

L'instance arbitrale

681. – Introduction. Même si c'est à la fois l'objet et la première étape de la mise en œuvre de la clause d'arbitrage à la naissance du litige, l'« instance arbitrale » est un moment particulier, une période assez difficile à saisir et à déterminer de manière précise, y compris dans son commencement et dans sa fin. À bien des égards en effet, cette étape recoupe les questions relatives à la détermination des règles procédurales concrètement applicables dès le début de la procédure (par ex. dans quelle langue doit-on commencer à échanger ?), mais aussi de la loi au fond du litige, et du processus de règlement du litige aboutissant à l'élaboration de la sentence, qui achève l'instance. Par convention, par conséquent, il sera considéré que les questions relatives à la question de l'instance arbitrale touchent à la constitution du tribunal arbitral (Titre 1) puis au déroulement de la procédure proprement dite (Titre 2) et enfin aux coûts (Titre 3).

La constitution du tribunal arbitral

682. – La constitution du tribunal arbitral n'est pas l'objectif premier de la convention d'arbitrage, mais elle est l'étape première – et indispensable – de sa mise en œuvre, de manière à permettre le déroulement de l'instance, et, au final, l'élaboration de la sentence et ses suites éventuelles. De ce point de vue, la procédure se présente dans une continuité. Cette continuité est cependant exceptionnelle, dans la mesure, d'une part, où le tribunal arbitral est constitué pour les seuls besoins du litige à traiter et que son pouvoir juridictionnel est en outre borné par les conditions posées par la convention ou le règlement d'arbitrage. C'est en ce sens que la phase de constitution du tribunal arbitral est essentielle, parfois contentieuse, dans la mesure où l'arbitrage est une technique choisie de règlement d'un litige et une technique fondée sur la confiance, assurant ensuite l'exécution la plus aisée possible de la sentence rendue. Au centre de la question se trouve la personne de l'arbitre (Chapitre 1), pris en tant que personne et en tant qu'institution, avec les questions relatives aux difficultés relatives à la constitution du tribunal arbitral (Chapitre 2) et les conséquences de la désignation de l'arbitre (Chapitre 3).

L'arbitre

683. – L'« arbitre » est ici pris de manière abstraite : l'institution qui rendra une sentence arbitrale, et qui renvoie à l'arbitre unique ou au tribunal arbitral et les arbitres qui le compose. La question des règles qui encadrent les conditions permettant à l'arbitre d'être « arbitre » est centrale, et tourne autour des qualités de l'arbitre (Section 1) et des techniques de désignation de l'arbitre (Section 2).

Section 1

Les qualités attendues de l'arbitre

684. – Qualités indifférentes ou non requises. Aucune règle n'envisage le « statut » de l'arbitre ou même quelque exigence attachée à la personne de l'arbitre, son âge, sa formation, sa personnalité, sa nationalité, son expérience, ses diplômes, *etc.*

Ces questions sont parfaitement indifférentes au droit français de l'arbitrage, à l'exception des logiques générales du droit privé, à savoir que l'arbitre doit être capable, « jouissant du plein exercice de ses droits », indique l'article 1450 du Code de procédure civile, au sens où il doit disposer de la capacité juridique, celle d'accepter une mission d'arbitrage.

Notamment, aucune qualification professionnelle particulière n'est requise, ni même de qualification technique, en droit ou même en droit de l'arbitrage, aucune inscription sur une liste particulière, aucune appartenance à une organisation professionnelle ou syndicale : c'est donc, outre les autres limites à l'exercice de l'activité d'arbitre, la seule rencontre des volontés de la partie (ou des parties) qui le désigne(nt) et celle de l'arbitre qui l'accepte qui fonde la mission de l'arbitre.

685. – Liberté et limites. Le principe en matière de désignation des arbitres est la liberté, laquelle vaut dans les deux sens : liberté dans le choix d'un arbitre par les parties et dans son acceptation par l'arbitre désigné, mais également dans la présentation par une personne qu'elle est un arbitre potentiel.

Toutefois, cette liberté est limitée par toute une série de contraintes dont l'objectif est d'assurer la sérénité de l'arbitrage en général, et de l'arbitrage pour lequel tel arbitre est désigné en particulier. Ces limites sont posées en termes de « qualités » de l'arbitre, lesquelles peuvent être distinguées selon qu'elles sont accessoires ou essentielles, autour des exigences d'indépendance et d'impartialité exigées de l'arbitre. Cette formule, opposant accessoire et essentiel, est le plus souvent utilisée en tant que les premières ne seraient pas sanctionnées, à la différence des secondes, mais pourrait laisser penser que les premières ne présentent aucun intérêt, parce

qu'accessoires. On peut alors préférer une distinction opposant les qualités personnelles (§ 1) et les qualités professionnelles de l'arbitre (§ 2).

§ 1. – Les qualités personnelles de l'arbitre

686. – Personne physique (arbitrage interne). L'article 1450, alinéa 1^{er} du Code de procédure civile impose que l'arbitre soit une personne physique : « la mission d'arbitre ne peut être confiée qu'à une personne physique ».

Une personne morale ne peut donc pas être désignée comme arbitre et, inversement, un arbitre ne peut pas être désigné au nom de la personne morale dans laquelle il exerce sa profession, à titre principal ou accessoire. Avant la réforme de 1980 qui a posé cette règle, la jurisprudence admettait la désignation d'une personne morale.

Si une convention d'arbitrage désigne une personne morale, celle-ci ne dispose que du pouvoir d'organiser l'arbitrage, poursuit l'article 1450, visant ainsi les centres d'arbitrage. D'ailleurs, en 1980, la règle avait été comprise comme une mesure de défiance à l'endroit des centres d'arbitrage dans l'hypothèse où ceux-ci pourraient être désignés comme arbitres proprement dits¹ : c'est le sens de la formule de l'article 1450 qui fait d'une personne morale désignée un « organisateur » de l'arbitrage. L'éviction des personnes morales répond plus précisément à l'idée selon laquelle les parties doivent être entièrement libres du choix de la *personne* de l'arbitre, de telle sorte que la désignation de la personne physique qui siègera comme arbitre ne pourrait dépendre de la volonté des organes de la personne morale désignée.

687. – Capacité de l'arbitre. L'arbitre personne physique doit être capable (CPC, art. 1450), comme l'affirmait déjà en 1843 le célèbre arrêt *Prunier*², ce qui signifie en pratique qu'il ne peut être un mineur ni un majeur sous tutelle ou sous curatelle, même si « nul ne songera sans doute à confier des fonctions d'arbitre à un mineur de seize ans »³. Mais ce qui est vrai pour le minimum légal l'est aussi, au moins indirectement, pour l'âge dit « limite ». Certes, la loi ne pose pas de seuil sur ce plan, d'autant que la fonction de juger, propre à la mission d'arbitre, exige souvent expérience, sagesse et ainsi en pratique, un certain nombre d'années, c'est-à-dire une certaine matière grise⁴. Cela ne veut pas dire pour autant qu'il ne faut pas se prémunir contre des situations où l'arbitre choisi est « vieux, impotent, hors d'état de sortir, et incapable de remplir les devoirs qui lui étaient imposés »⁵.

La question se pose cependant d'un arbitre qui perd tout ou partie de sa capacité civile en cours d'arbitrage, par exemple sous le coup d'une procédure de sauvegarde de justice, de tutelle ou toute autre procédure équivalente dans la mesure où, d'une manière générale, pour réaliser un acte juridique valable, il faut être « sain d'esprit »

¹V. 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.

²Cass. civ., 10 juill. 1843, *Prunier* : *DP* 1843, I, 343 : les arbitres doivent être « des personnes capables et dignes de confiance ».

³J. Robert et B. Moreau, *L'arbitrage, droit interne, droit international privé*, Dalloz, 1993, p. 95.

⁴Il est d'ailleurs piquant de relever que la discrimination qui est ici le plus souvent pointée du doigt n'est pas celle faite contre des arbitres d'un certain âge, mais vient au contraire du fait que de nombreux « jeunes » peinent à être nommés, au bénéfice de ces mêmes arbitres plus expérimentés, d'ailleurs souvent très sollicités.

⁵Paris, 25 mars 1814 : *Jurispr. gén. Dalloz*, V° Arbitrage-Arbitre, n° 557 *ad notam*, citée par Th. Clay, *L'arbitre*, Dalloz, 2001, spéc. § 455.

(C. civ., art. 1414-1). En pratique, il y a des cas où l'arbitre, fatigué par le poids des années, et parfois aussi par de longues heures de voyage et/ou d'audience, ne soit plus en mesure ou en état, physique ou mental, d'assurer pleinement la conduite efficace et réactive d'un arbitrage exigeant, voire épuisant⁶. Avant 2011, l'ancien article 1464, 1^o du Code de procédure civile prévoyait que l'instance arbitrale prenait fin dans cette situation. On peut penser qu'il s'agit plutôt d'une situation d'empêchement de l'arbitre de l'article 1457, à régler donc par le juge d'appui ou le centre d'arbitrage désigné si l'arbitrage est institutionnel⁷.

L'arbitre personne physique ne peut non plus⁸ être frappé de certaines sanctions le privant de ses droits civils, familiaux ou civiques : l'interdiction d'exercer une activité sociale ou professionnelle ou même le retrait d'une autorisation administrative d'exercer une telle activité (C. pén., art. 131-14, 131-6 et 131-28). En outre, et même si cela n'est pas à proprement parler une question de capacité, le candidat peut faire l'objet d'interdictions d'ordre juridique : en cas de liquidation judiciaire, de faillite personnelle ou de banqueroute⁹, ou en cas d'incompatibilité d'ordre professionnel (V. *infra*, n^o 700).

688. – Personne morale (arbitrage international). Toutefois, cette règle – d'ailleurs purement française, peu partagée – ne vaut pas en matière internationale, en ce sens qu'aucun texte relatif à l'arbitrage international n'envisage de manière positive une telle restriction : une personne morale, ayant son siège social en France ou à l'étranger, devrait pouvoir rendre une sentence arbitrale internationale susceptible d'être reconnue en France. Il s'agit cependant d'une règle purement française, d'ailleurs peu partagée.

689. – Sanction du défaut de qualité personnelle de l'arbitre. Les sanctions en la matière sont assez radicales.

En premier, la convention d'arbitrage qui désigne une personne ne pouvant l'être (sous la réserve de la désignation d'une personne morale, réputée alors organiser l'arbitrage) est réputée non écrite sur ce point particulier (CPC, art. 1461). Faute d'accord entre les parties pour désigner une personne susceptible de l'être, il s'agira d'une situation d'empêchement, réglée par le centre d'arbitrage désigné ou par le juge d'appui (CPC, art. 1457, al. 2).

En outre, la survenance d'un cas d'impossibilité de désignation au cours de l'arbitrage constitue un cas type d'empêchement de l'arbitre de l'article 1457 du Code de procédure civile : la procédure arbitrale est alors suspendue le temps de la résolution de l'incident, soit par le centre d'arbitrage en charge de l'organisation de celui-ci, soit par le juge d'appui, selon les cas, jusqu'à l'acceptation de sa mission par l'arbitre nouvellement désigné.

⁶Pour une illustration, et le cas de l'arbitre endormi, V. *infra*, n^o 690.

⁷V. par ex. Règl. CCI (2021), art. 15(2), qui prévoit les cas d'un remplacement d'arbitre, si celui-ci est empêché *de jure* ou *de facto*, soit à la demande des parties, soit à l'initiative de la Cour de la CCI. Ce peut être le cas par exemple en cas d'incompatibilité d'exercice, ou de façon plus pragmatique lorsque l'arbitre n'est pas en mesure d'exercer ses fonctions, par exemple s'il n'a aucune disponibilité pour tenir une audience, s'il est injoignable. V. J. Fry, S. Greenberg et F. Mazza, *The Secretariat's Guide to ICC Arbitration*, 2012, Publ. CCI n^o 729E, n^o 3-611 et s.

⁸La question se pose également d'un arbitre condamné, v. en Egypte, Cour de cassation, 23 janvier 2021, n^o 6882/72 qui juge que la nomination d'un arbitre condamné (pour fraude) reste valable dans la mesure où les parties en étaient informées et n'ont formé aucune objection.

⁹C. com., art. L. 640-1 et s., L. 653-1 et s. et L. 645-2.

Il s'agit également d'une cause de révocation de l'arbitre (CPC, art. 1458). Une telle révocation suppose toutefois le consentement unanime, ou bien dans les conditions de l'article 1456, alinéa 3 du Code de procédure civile. Enfin, la sentence arbitrale qui serait rendue par un arbitre qui n'aurait pas dû être désigné est annulable, sur le fondement de l'irrégularité de la constitution du tribunal arbitral (CPC, art. 1492, 2°).

Encart 21

Les qualités de l'arbitre : le meilleur et le pire

1. La nationalité de l'arbitre : c'est neutre ?

690. – Silence législatif et liberté des parties. Les textes français relatifs à l'arbitrage interne formulent une seule exigence relative à la personne même de l'arbitre : qu'elle soit une personne physique. Aucune condition de nationalité n'est posée par le droit français, même si la jurisprudence y fait parfois référence¹⁰. C'est que, du moins en droit français, la liberté des parties dans le choix de l'arbitre est absolue, ce qui implique d'ailleurs la liberté de restreindre ce choix¹¹. Les parties peuvent prévoir, dans la convention d'arbitrage ou par l'adoption d'un règlement d'arbitrage comportant des dispositions à cet égard, que les arbitres à désigner devront satisfaire certaines qualités, dont celle de nationalité¹². Le non-respect de ces exigences contractuelles pourra être sanctionné par la nullité de la sentence rendue au motif de la constitution irrégulière du tribunal arbitral¹³.

691. – Droit comparé. La loi-type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international (2006) ne pose aucune condition de nationalité pour que l'arbitre puisse exercer ses fonctions et précise, au contraire, que nul ne peut être empêché d'exercer des fonctions d'arbitre en raison de sa nationalité¹⁴. La plupart des droits étatiques ont d'ailleurs supprimé les conditions

¹⁰Paris, (Pôle 5, Ch. 16) 16 févr. 2021, n° 18/16695, *Grenwich* : *Dalloz Actualité*, 30 avr ; 2021, obs. J. Jourdan Marques : « l'impartialité de l'arbitre suppose l'absence de préjugés ou de partis pris susceptibles d'affecter le jugement de l'arbitre, lesquels peuvent résulter de multiples facteurs tels que la nationalité de l'arbitre, son environnement social, culturel ou juridique ».

¹¹Ph. Fouchard, E. Gaillard et B. Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, préc., § 765.

¹²Paris, 25 nov. 2014, *Sté Electroputere VFU Pascani c/ Sté Blue Engineering SRL* : *Rev. arb.* 2015, p. 555, note Cl. Fouchard : « Le Code de procédure civile n'énonçant aucune règle relative à la nationalité des arbitres dans les arbitrages internationaux se déroulant en France, il convient de donner effet, le cas échéant, aux accords conclus sur ce point entre les parties, soit dans la convention d'arbitrage, soit par renvoi à un règlement d'arbitrage » ; pour une affaire (qui ne soulevait toutefois pas de problème d'impartialité au regard de la nationalité) où les parties françaises ont cherché à « dépayser » le litige en imposant, dans la clause, des arbitres de nationalité suisse, V. sent. CCI n° 20538 du 30 oct. 2017, confirmé par Paris, 14 déc. 2019, *SA des Galeries Lafayette et a. c/ BNP Paribas Personal Finance et a.* : *Rev. arb.* 2019, p. 1209 et par Cass. 1^e civ, 31 mars 2021, pourvoi n° P 20-14.536.

¹³V. *infra*, n° 1520 et s.

¹⁴Loi-type CNUDCI (2006), art. 11.1, sur l'arbitrage commercial international (2006) : « Nul ne peut, en raison de sa nationalité, être empêché d'exercer des fonctions d'arbitre, sauf convention contraire des parties ».

de nationalité qu'ils ont pu un temps poser à la fonction d'arbitre¹⁵. La loi syrienne sur l'arbitrage du 25 mars 2008 (art. 13) précise que « [l]e sexe et la nationalité de l'arbitre sont indifférents sauf si les deux parties en conviennent autrement ». En vertu des dispositions de la loi jordanienne sur l'arbitrage du 16 juillet 2001 (art. 15), les parties peuvent convenir de faire arbitrer leur différend par un arbitre non jordanien, même dans le cadre d'un arbitrage interne. De la même façon, en vertu de la loi égyptienne sur l'arbitrage (art. 16), l'arbitre n'a pas à être d'une nationalité déterminée, de sorte que deux parties égyptiennes auront le loisir de soumettre un litige interne à un arbitre étranger¹⁶.

692. – Partialité et nationalité. C'est finalement au regard de l'exigence d'indépendance et d'impartialité de l'arbitre (CPC, art. 1456, al. 2) que la question peut se poser. Selon la jurisprudence, ces qualités sont « de l'essence de sa fonction juridictionnelle exclusive par nature de tout lien de dépendance à l'égard notamment des parties, et de tout préjugé »¹⁷, exigence qui se retrouve dans la plupart des principaux règlements dans le monde¹⁸. Or, la nationalité de l'arbitre est un critère de sélection encore pertinent et dont la portée psychologique reste forte dans l'esprit des parties, puisqu'il est généralement supposé qu'un compatriote ou un arbitre partageant la même culture comprendra mieux la façon dont cette partie appréhende le litige¹⁹. En effet, « à titre de symbole de l'impartialité, la neutralité nationale d'un arbitre est un facteur vital pour la mise en œuvre d'un tribunal valable »²⁰. Par exemple, on a pu avancer qu'il serait peu probable qu'un citoyen israélien soit nommé arbitre unique ou président dans un litige impliquant une partie arabe car le risque subsiste que sa nationalité surgisse sous l'angle (politique) de l'impartialité et fasse dérailler la procédure arbitrale²¹. Lorsqu'il s'agit d'une nomination d'arbitre unique et pour garantir la nomination d'un arbitre indépendant et impartial, certains règlements d'arbitrage précisent qu'il est préférable²² ou qu'il faut²³ nommer un arbitre d'une nationalité différente de celles des parties. En revanche, d'autres règlements ne tiennent aucunement compte de la nationalité de l'arbitre²⁴. Il serait vain de regarder la nationalité du seul point de vue du rapport juridique entre un citoyen et son État, qui

¹⁵V. : *Arbitration Act* anglais, s. 16, s. 19 and s. 24(b) ; *Commercial Arbitration Act* canadien, art. 11(2) ; *l'International Arbitration Act* australien, § 11(2) ; *Arbitration Act* néozélandais, First Schedule, art. 11(2) ; *International Arbitration Act* de Singapour (Cap. 143A), s. 9A ; *Arbitration Ordinance* de Hong Kong (2011), art. 24 ; *Arbitration and Conciliation Act* indien, s. 11(2) ; Loi suisse sur le droit international privé, art. 179 ; ZPO allemand, § 1035(1) ; CPC néerlandais, art. 1027(1) ; CPC italien, art. 809.

¹⁶Loi égyptienne relative à l'arbitrage en matière civile et commerciale n° 27 de 1994, art. 16, mod. par L. n° 8 de 2000.

¹⁷Paris, 12 févr. 2009, n° 07/22164 : *Rev. arb.* 2009, p. 186, note Th. Clay. – Cass. 1^{re} civ., 16 mars 1999, n° 96-12.748 : *Rev. arb.* 1999, p. 308.

¹⁸Règl. CCI (2021), art. 11.1 ; Règl. LCIA (2020), art. 5.3 ; Règl. SIAC (2016), art. 13.1.

¹⁹J.-P. Grandjean et C. Fouchard, *Le choix de l'arbitre : de la théorie à la pratique* : CDE juill.-août 2012, p. 33-39, spéc. p. 37.

²⁰N. Pearson, *Nationalité et attaches de l'arbitre : Symposium of 20 November 1970* : *Rev. arb.* 1970, p. 240.

²¹R. Bonnan, *On the nationality and multi-nationality arbitrator : old and new issues of formal neutrality* : *Bull. ASA* 2020, p. 637-658, spéc. p. 655.

²²Règl. CRCICA (2011), art. 8(4) ; Règl. CNUDCI (2010), art. 6(7).

²³Règl. LCIA (2020), art. 6(1) ; Règl. CCI (2021), art. 13(5).

²⁴Règl. ICDR (2014) ; VIAC (2018) ; Règl. d'arbitrage suisse SCAI (2012).

donne lieu à des droits et des devoirs pour les deux parties à ce lien²⁵, puisqu'elle s'apprécie aussi au regard de facteurs sociaux-culturels et linguistiques de rattachement²⁶. À tort ou à raison, la perception selon laquelle l'arbitre ayant une nationalité commune avec une des parties sera plus enclin à statuer en faveur de cette dernière reste solidement ancrée, à l'image de l'arbitrage sur le terrain sportif. Néanmoins, la « neutralité géographique » n'est pas en soi une garantie d'impartialité, mais un facteur psychologique qui s'inscrit dans l'idée de délocaliser le litige, que l'on qualifie de dépaysement en droit judiciaire²⁷.

693. – L'exigence d'une nationalité « neutre » comme condition de nomination d'arbitre. Par neutre, on entend souvent une définition négative, c'est-à-dire une nationalité différente de celle des parties à l'arbitrage. Cette exigence concerne les arbitres uniques et les présidents de tribunaux, à l'exception des coarbitres dont on accepte pourtant, un peu étrangement, qu'ils puissent avoir la même nationalité que la partie qui les a nommés²⁸. Toutefois, dans les arbitrages CCI, tous les arbitres nommés dans les arbitrages d'investissement fondés sur des traités d'investissement sont désormais soumis à cette exigence de « neutralité nationale »²⁹. L'idée qui sous-tend cette règle est que l'arbitre choisi sur cette base serait « plus impartial » encore³⁰. L'appartenance d'un arbitre au même ensemble géopolitique qu'une des parties ne peut pas toutefois empêcher sa nomination au titre de la condition de nationalité neutre³¹. Dans une affaire CCI, une des parties avait ainsi formulé une demande de récusation devant la CCI contre un des trois arbitres au motif qu'il était ressortissant d'un État (la Turquie) entré en guerre contre la Syrie, État dont la requérante était ressortissante³².

²⁵A. Edwards et L. van Wassen, *Nationality and Statelessness under international law*, Cambridge University Press, 2014, p. 11.

²⁶V. Conv. La Haye, 13 avr. 1930, art. 5, qui, en cas de conflit de nationalités, prend en compte, outre la résidence, les « circonstances » concrètes pour apprécier le lien de rattachement le plus proche.

²⁷P. Lalive, *Le choix de l'arbitre*, in « Libertés » : *Mél. J. Robert*, Monchrestien, 1998, p. 353, spéc. p. 360. – I. Lee, *Practice and Predicament : The Nationality of the International Arbitrator (With Survey Results)* : *Fordham International Law Journal* 2007, p. 603, spéc. p. 607. – R. Bonnan, *On the nationality and multi-nationality arbitrator : old and new issues of formal neutrality*, préc., spéc. p. 646 ; V. aussi P. Lalive, *On the neutrality of the Arbitrator and of the Place of Arbitration*, in C. Reymond et E. Bucher (éds), *Swiss Essays on International Arbitration*, Schulthess, 1984, p. 22-33, spéc. p. 24.

²⁸Règl. CCI (2021), art. 13(5). – V. R. Bonnan, *On the nationality and multi-nationality arbitrator : old and new issues of formal neutrality* : *Bull. ASA* 2020, p. 637, spéc. p. 641.

²⁹Règl. CCI (2021), art. 13(6). Cependant, cette exigence est tempérée puisque si les circonstances le justifient et qu'aucune des parties ne s'y oppose, l'arbitre unique, le président du tribunal arbitral ou encore l'arbitre à nommer dans un arbitrage d'investissement peut être ressortissant du même pays que l'une des parties (Règl. CCI (2021), art. 13[5] et 13[6]).

³⁰J.-P. Grandjean et Cl. Fouchard, *Le choix de l'arbitre : de la théorie à la pratique* : *CDE* juill.-août 2012, p. 33, spéc. p. 37.

³¹Aff. CCI rapportée in P. Lalive, *Le choix de l'arbitre*, préc., spéc. p. 361 : dans cet arbitrage, une partie africaine entendait s'opposer à ce que le centre chargé de désigner le président du tribunal choisisse un ressortissant de nationalité suisse en raison de la proximité géographique avec la France entraînant, à son avis, une présomption d'influence et donc d'absence d'impartialité.

³²Aff. CCI, n° 21845/ZF/AYZ, *Guris et al. v. Syria* ; V. à ce sujet : L. E. Peterson, *ICC Court disqualifies arbitrator in bilateral investment treaty case, leading to tribunal reshuffle* : *Investment Arbitration Reporter* 27 nov. 2018 (www.iareporter.com).

2. Le sexe de l'arbitre : pour l'égalité homme-femme

694. – Être femme arbitre, tu ne devais pas devenir. Dans le passé, plusieurs législations exigeaient que l'arbitre soit de sexe masculin et interdisaient aux femmes de siéger en tant qu'arbitre³³. Plus récemment, et sous d'autres cieux, même si, selon l'application stricte de la *Charia* et par analogie avec la fonction de juge³⁴, on a pu considérer qu'un arbitre ne pouvait être que de sexe masculin et de religion musulmane³⁵, la réalité est qu'il n'a pas existé de législation, du moins dans les pays arabes, interdisant expressément l'accès des femmes à la fonction d'arbitre.

695. – L'état actuel des droits nationaux. La question semble être réglée, du moins en théorie, même dans les pays considérés comme très conservateurs sur le sujet, sans pour autant pouvoir affirmer qu'en pratique le sexe est aujourd'hui un élément neutre dans le choix de l'arbitre. L'abolition de l'interdiction est en réalité relativement récente même dans certains pays du continent européen (1954 pour les Pays-Bas, 1969 dans les cantons suisses et 1971 pour la Grèce)³⁶. Les pays arabo-musulmans affirment aussi que le sexe est indifférent ou qu'il n'existe pas de condition de sexe (V. les lois égyptienne, jordanienne ou syrienne)³⁷. Le juge saoudien a confirmé pour la première fois en 2012 la nomination d'une femme arbitre³⁸, alors que, bien avant la réforme de 2012, on considérait déjà qu'on ne pouvait interpréter le droit saoudien de l'arbitrage comme interdisant les femmes à siéger en tant qu'arbitre³⁹.

³³Le Code Justinien excluait les femmes des affaires de la Cité, y compris de la fonction d'arbitre (Y. Jeanclos, *La pratique de l'arbitrage du XII^e au XV^e siècle, éléments d'analyse* : Rev. arb. 1999, p. 417, spéc. p. 445-446). Cujas a relevé que, longtemps, les femmes pouvaient être arbitres chez les Romains, et que cette faculté ne leur fut ôtée que par Justinien (*Les femmes sont-elles vraiment capables d'être arbitres ?* : Bull. ASA 1987, p. 313-316, spéc. p. 314). Au Moyen Âge, une exception s'impose pour les femmes bénéficiant des droits de justice ou ayant un rang social élevé. En droit français, cette interdiction est abolie depuis le XIII^e siècle, mais la doctrine inaugurée par Domat militait pour la restitution de l'incapacité (V. J. Domat, *Les lois civiles dans leur ordre naturel. Le droit public et Legum Delectus*, chez A. Chevalier, Luxembourg, 2^e éd., 1702, titre XIV, section II, n^o VIII).

³⁴Le Coran, Sourate *La vache*, verset 282.

³⁵A. H. El Ahdab, *L'arbitrage dans les pays arabes*, Economica, 1988, spéc. p. 47.

³⁶Th. Clay, *L'arbitre*, Dalloz, 2001, § 465.

³⁷V. Loi syrienne sur l'arbitrage, 25 mars 2008, art. 13 ; Loi jordanienne sur l'arbitrage, 16 juill. 2001, art. 15 ; Loi égyptienne relative à l'arbitrage en matière civile et commerciale n^o 27 de 1994, art. 16, mod. par L. n^o 8 de 2000.

³⁸Dans le cadre d'une procédure arbitrale avec siège en Arabie saoudite, la Cour d'appel administrative de Dammam avait été saisie d'une contestation portant sur la composition du tribunal arbitral en vertu de l'article 15(2) de la loi saoudienne sur l'arbitrage ; le 10 mai 2016, la Cour a confirmé la nomination de la première femme arbitre dans le royaume wahabite. V. A. Ross, *First woman arbitrator appointed in Saudi Arabia* : GAR 30 août 2016 ; V. aussi M. H. Almulhim, *The first female arbitrator in Saudi Arabia* : Kluwer Arbitration Blog 29 août 2016.

³⁹A. H. El Ahdab et J. El Ahdab, *Arbitration with the Arab countries*, Kluwer Law International, 3^e éd., 2011, p. 643, § SA-250.

3. La religion de l'arbitre : des portes qui s'ouvrent ou se ferment

696. – Sujet et objet religieux. Dans un pays civiliste comme la France, et un système juridique attaché au principe de laïcité, il serait incongru d'affirmer que le facteur religieux puisse être un critère « valide » de choix de l'arbitre, d'autant que, inversement, le principe de non-discrimination par la religion ne peut être totalement occulté ici (V. *infra*, n° 698). Toutefois, ce n'est pas dire que l'ordre juridique français ne pourrait pas se retrouver confronté à des sentences impliquant un arbitrage religieux. L'arbitrage s'est développé à l'origine en droit ecclésiastique, l'exemple le plus fameux étant celui de l'arbitrage papal de 1493 rendu par le pape Alexandre VI, entre Ferdinand II le Catholique et Jean II roi du Portugal, délimitant les zones d'influence de l'Espagne et du Portugal⁴⁰. Pour un autre exemple, le pape Alexandre IV a joué un rôle d'arbitre lors des combats entre Vénitiens et Génois à Saint-Jean-d'Acre en 1258⁴¹. En outre, en droit rabbinique⁴², la désignation d'un arbitre de confession juive est nécessaire⁴³ lorsque le litige implique l'interprétation d'un texte sacré issu de la Torah (en hébreu, la *halakha*), pour bien en saisir les enjeux et en déterminer les solutions⁴⁴. Se pose ici, comme pour d'autres religions et dans d'autres pays⁴⁵, la crainte d'une forme de communautarisme juridique et d'un recours à un arbitrage religieux pour échapper à la justice et au droit civils⁴⁶.

697. – C'est aussi le cas pour d'autres litiges religieux, notamment en matière de finance islamique⁴⁷, où la confession musulmane d'un arbitre peut être pertinente, sans être nécessaire, et lorsque certaines règles de coloration religieuse s'appliquent. S'agissant des critères de qualification, et par application des écoles et courants (notamment hanbalites) les plus stricts, les

⁴⁰M. Aurillac, *Colloque Droit et commerce – Où sont passés les contentieux ? Le règlement des différends entre sociétés commerciales : évolution ou révolution* : *Gaz. Pal.* 28 juin 2007, p. 51.

⁴¹F. Marrella, *L'arbitrage à Venise (XII^e-XVI^e siècles)* : *Rev. arb.* 2002, p. 263-300, spéc. p. 266.

⁴²Que le droit français rencontre aussi ; pour un cas de consécration de la responsabilité civile d'un époux pour refus abusif de délivrer le « guett » (la permission religieuse juive de divorcer) à son épouse, V. Cass. 2^e civ., 28 févr. 2013, 12-18.856.

⁴³Le *Rachba* (Livre 4, ch. 32) parle plus largement du témoignage et indique que ne peut être témoin qu'une personne qui respecte scrupuleusement les rites, ce qui s'applique sans nul doute à l'arbitre également ; V. *Choul'han 'Aroukh* (Code officiel des lois juives), '*Hochen Michpat* (lois relatives à la « nomination des juges en Israël et en dehors d'Israël », Chap. 1 à 3).

⁴⁴F.-X. Licari, *L'arbitrage rabbinique, entre droit Talmudique et droit des nations* : *Rev. arb.* 2013, p. 57, spéc. p. 82 ; V. pour un recours en annulation pour motivation insuffisante formulé contre une sentence rabbinique, rejeté par la cour d'appel de Paris : Paris, 25 mars 2004 : *Rev. arb.* 2004, p. 675, note J. Ortscheidt ; V. *contra* : Paris, 11 déc. 2012, n° 11/17477 (annulation d'une sentence arbitrale rendue par un tribunal rabbinique pour défaut de motivation) ; à noter que ce type d'arbitrage religieux semble connaître une recrudescence en droit positif français : V. Cass. 1^e civ., 17 mars 2021, n° 20-14.360, *Bouaziz* ; Versailles, 9 mars 2021, n° 19/05333, *Gan Yael*.

⁴⁵P. May, *La controverse sur les tribunaux d'arbitrage religieux ontariens : un non-dit identitaire ?* : *Rev. canadienne de science politique* 2014, p. 327.

⁴⁶M. Helfland, *Religious Arbitration and the New Multiculturalism : Negotiating Conflicting Legal Orders* : *New York University Law Review* nov. 2011, vol. 86, n° 5, p. 1231, spéc. 1237 ; au sujet de cette préoccupation au Canada, V. *supra*, n° 397 (dernier paragraphe de la section sur l'arbitrabilité en droit de la famille).

⁴⁷V. *infra*, n° 902.

non-musulmans seraient exclus de la fonction d'arbitre, à l'image du juge dans l'ancien droit saoudien⁴⁸. Si la nouvelle loi saoudienne exige uniquement que l'arbitre ait un diplôme universitaire en *Charia*, cette exigence est doublement limitée : elle est écartée si l'arbitre est diplômé en droit et, d'autre part, lorsque le tribunal arbitral statue sous forme collégiale, il suffit que le président remplisse cette condition⁴⁹. En réalité, souvent, comme en matière de nationalité, ce qui compte davantage ici est la maîtrise de la langue (arabe en l'occurrence), des textes et de la culture concernés, plus que d'« avoir la foi ».

698. – Articulation avec le principe d'ordre public de non-discrimination. La doctrine française, adepte de l'autonomie de la volonté, prône la liberté absolue des parties dans le choix de l'arbitre⁵⁰, impliquant la possibilité d'exiger certaines qualités y compris donc religieuses. Si cette liberté spécifique ne semble pas être consacrée en droit positif, on peut se demander si le principe de non-discrimination à valeur constitutionnelle et qui dépasse le droit social⁵¹ pourrait en limiter la portée et s'il s'étendait à l'arbitrage, et plus particulièrement à l'arbitre. Si le droit français ne s'est pas (encore) penché sur la question, elle s'est posée devant les tribunaux anglais. Dans la célèbre affaire *Jivraj v. Hashwani*, la Cour d'appel anglaise avait en effet annulé une clause d'arbitrage prévoyant la nomination de trois arbitres de confession musulmane (ismaélienne plus exactement) comme étant contraire à une loi de 2003 relative à l'égalité en matière d'emploi, de « religion ou croyance », ainsi qu'à la directive (à l'époque applicable en Angleterre) de l'Union européenne 2000/78/EC, considérant qu'il n'est pas nécessaire d'être ismaélien pour remplir les fonctions d'un arbitre⁵². Toutefois, la Cour suprême a considéré que la clause arbitrale déterminant la religion de l'arbitre était licite au motif que le contrat d'arbitre n'est pas un contrat de travail et donc, de ce fait, non-soumis au principe de non-discrimination⁵³. Il ne faut pas penser que l'insertion d'une telle clause compromissive dans un cercle religieux circonscrit n'est qu'une hypothèse d'école en France : même si la jurisprudence a eu l'occasion de considérer l'absence de caractère manifeste de sa nullité⁵⁴, elle pourrait, sur le plan théorique du moins, poser aussi la question des critères religieux de sélection (exclusive) de tel ou tel arbitre.

⁴⁸A. H. El Ahdab, *L'arbitrage dans les pays arabes*, Economica, 1988, spéc. p. 47.

⁴⁹Décret royal n° M/34, 16 avr. 2012, art. 14.

⁵⁰Ch. Jarrosson et J.-B. Racine, *Arbitrage commercial – Droit international* : JCI. Commercial, 9 mars 2012, § 41.

⁵¹V. CE, 10 mai 1974, n°s 88032 et 88148, *Denoyez et Chorques* : Rec. CE 1974, p. 274. – Cons. const., 12 juill. 1979, n° 79-107 DC, *Ponts à péage* : Rec. Cons. const. 1979, p. 31.

⁵²U. Oseni et H. Abia Kadouf, *The discrimination Conundrum in the appointment of arbitrators in international arbitration* : JIA 2012, p. 519 ; V. aussi : S. Zaiwalla, *Are arbitrators not human? Are they from Mars? Why should arbitrators be a separate species?* : JIA 2011, p. 276 ; V. V. Veeder, *Who are the arbitrators?*, in A. J. Van den Berg (éd.), *Legitimacy : Myths, Realities, Challenges*, ICCA Congress Series, vol. 18, 2015, p. 652-660, spéc. p. 656.

⁵³V. décision de la Cour suprême anglaise, 27 juill. 2011 : *Jivraj v. Hashwani* [2011] UKSC.

⁵⁴V. au sujet de l'insertion d'une clause arbitrale statutaire dans les statuts d'une association religieuse : Cass. 1^{re} civ., 10 juill. 2013, n° 12-25.535, *Consistoire israélite de Marseille*, inédit.

§ 2. – Les qualités professionnelles de l'arbitre

699. – Présentation. Les qualités professionnelles d'un arbitre sont diverses. Certaines, négatives, sont liées au fait de ne pas exercer une profession particulière. D'autres, bien plus nombreuses, correspondent à des exigences posées en termes de standard, largement organisées autour de l'exigence d'indépendance et d'impartialité attendue d'un arbitre. Il convient donc de présenter ces qualités professionnelles, objectives, attendues de l'arbitre, qu'elles soient techniques (A) ou attachées à sa fonction juridictionnelle, l'exigence d'indépendance et d'impartialité (B).

A. – Les qualités techniques

700. – Incapacités professionnelles. Il existe un certain nombre d'hypothèses d'incapacité professionnelle. La plus connue est l'impossibilité, l'interdiction même (C. pén., art. 131-26) depuis une loi de 1994, pour un magistrat en fonction, c'est-à-dire un juge étatique ou élu, d'être désigné comme arbitre, qu'il s'agisse d'un arbitrage interne ou international. La question s'entend d'évidence et elle est globalement partagée par les droits étrangers, anglo-américains notamment : il s'agit en effet d'éviter, notamment, le mélange des genres, étant entendu que le juge étatique, désigné comme arbitre ou l'un de ses collègues, n'est pas étranger à la procédure arbitrale, comme juge d'appui, de l'*exequatur*, de l'exécution, du référé, ou de l'annulation de la sentence⁵⁵. Les fonctionnaires, en outre, doivent obtenir l'autorisation de leur supérieur hiérarchique pour être désignés comme arbitres, quel que soit le type d'arbitrage, sauf à titre gracieux, dans le cas d'arbitrages de qualité par exemple, en raison du principe d'exclusivité qui s'attache à l'exercice de la fonction publique (L. 13 juill. 1983, art. 25-1). Les magistrats ou les fonctionnaires ayant cessé leur activité, en revanche, retrouvent leur capacité à être désignés comme arbitres. Les professeurs de droit, et plus globalement, les « membres du personnel enseignant, technique ou professionnel des établissements d'enseignement » peuvent exercer une activité libérale découlant de leurs fonctions, donc arbitrale (L. 13 juill. 1983, art. 25, III), même à titre onéreux, sous la réserve générale cependant qu'ils n'agissent pas de manière défavorable aux intérêts de l'État. Au-delà, aucune limite n'est posée, salariés, élus, chefs d'entreprise, professionnels libéraux, dont les avocats, notaires, mais point les huissiers, *etc.*, peuvent être désignés comme arbitres.

701. – Compétence technique ? Par ailleurs, et pour parachever l'idée que ces règles n'ont pas pour objet de rechercher l'arbitre parfait, mais un arbitre qui se présente comme ni manquant d'indépendance ou d'impartialité, à travers l'outil de l'obligation de révélation, il demeure que d'autres conditions auraient pu être invoquées, comme l'exigence d'une compétence technique, prise comme l'absence d'incompétence technique. Sans sombrer dans des logiques corporatistes, de quelque

⁵⁵Le principal argument avancé en 1994 était toutefois d'une part la revalorisation de la rémunération des magistrats et d'autre part la protection de leur indépendance professionnelle de crainte qu'ils ne délaissent leurs fonctions judiciaires au profit d'une telle activité libérale. Ce sont cependant des arguments bien secondaires : il s'agit moins de protéger l'indépendance des magistrats que celle de l'arbitrage proprement dit.

nature que ce soit, l'article 1456 du Code de procédure civile aurait pu se présenter comme une recherche, négative, d'absence de relation de dépendance, de partialité et d'incompétence technique. Un arbitre indépendant et impartial mais incapable de saisir les subtilités des questions juridiques techniques, souvent multiples, soulevées par les arguments des parties serait particulièrement inefficace, voire contraire à l'idée même du recours « alternatif » à l'arbitrage⁵⁶.

702. – Qualités particulières choisies par les parties : nationalité, langue, disponibilité, etc. Au-delà de la double exigence d'impartialité et d'indépendance, formulée légalement, les parties ont toujours la possibilité d'ajouter des exigences supplémentaires, dans la convention d'arbitrage ou bien parce que le règlement d'arbitrage auquel elle renvoie par référence formule de telles exigences, sous la réserve générale cependant des exigences légales. Ainsi, des exigences proches de celle de l'impartialité peuvent être ajoutées. C'est le cas, assez fréquent dans les règlements d'arbitrage, par exemple dans le règlement de la CCI (2021) (art. 13.1), ou le règlement LCIA (2020) (art. 6.1), d'une condition de nationalité (V. *infra*, n° 690 s.), qui s'apparente à une exigence « d'impartialité géographique », soit pour exiger que tous les arbitres soient d'une nationalité différente de celles des parties, soit pour que seul le président, ou l'arbitre unique, soit d'une nationalité différente des parties et des autres arbitres. Il peut s'agir d'une exigence de disponibilité, qui s'apparente à une forme de priorité et « d'impartialité temporelle ». C'est en effet une rude mission que celle d'arbitre qui impose une réelle disponibilité, plus importante en fonction de la complexité du litige. Il peut s'agir enfin d'une exigence d'appartenance à un groupe quelconque, que l'on trouve par exemple dans des secteurs spécifiques⁵⁷, voire que l'arbitre figure sur une liste fournie par un centre d'arbitrage ou bien déterminée dans la convention d'arbitrage, question placée alors sous le contrôle du principe d'égalité des parties (V. *infra*, n° 807) et d'impartialité (V. *infra*, n° 729). Il peut enfin s'agir de l'exigence que l'arbitre unique ou le président du tribunal arbitral soit un juriste et/ou qu'il maîtrise une langue particulière.

703. – Nouvelles exigences. D'autres exigences, plus modernes, semblent aujourd'hui émerger. Une forme d'intégrité intellectuelle, d'ouverture d'esprit, d'écoute, de bon sens, d'autorité, de neutralité, qui s'ajoutent plus qu'elles ne se confondent avec les exigences traditionnelles d'indépendance et d'impartialité. On trouve également de nouvelles exigences, comme la prise en compte des aspects écologiques et technologiques dans l'exercice de leur mission : l'avenir dira s'ils deviendront des « critères » de sélection à part entière.

Encart 22

L'arbitre écologique

704. – Vers des arbitrages plus vertueux ou *greenwashed* ? Le changement climatique est une réalité désormais au cœur des problématiques du

⁵⁶Cf. K. El Chazli, *L'impartialité de l'arbitre*, LGDJ, 2020, n° 15.

⁵⁷Cf. Règl. d'arbitrage de la *Grain and Feed Trade Association (GAFTA)*, art. 3.7.

commerce international, peut-être même de l'économie politique au sens général. Si l'on part du postulat que ce sont bien les activités humaines qui en sont la cause, la question de l'« impact » environnemental, longtemps laissée derrière eux par les praticiens de l'arbitrage international, se pose désormais inévitablement⁵⁸. Alors, comment rendre l'arbitrage plus écologique et l'arbitre davantage soucieux de limiter son empreinte carbone : doit-il, lui aussi, tenter de sauver la planète ? Peut-il ou doit-il, en plus de ses éventuelles compétences, par exemple en droit de l'environnement, objet du litige⁵⁹, être sélectionné sur cette base ? Est-ce un critère de choix et, si oui, pour qui ?

705. – Il est vrai que l'activité arbitrale n'a jamais été, du moins jusqu'à la crise de la Covid-19⁶⁰, particulièrement frugale en la matière : recours à des prestataires de services forts consommateurs d'énergie et producteurs de déchets (on pense aux services de courriers « express »), correspondances en papier et volumes imprimés considérables, notamment en vue des audiences, voyages réguliers pour des audiences ou encore des conférences⁶¹. Certes, comparées à la justice étatique, la dimension internationale de l'arbitrage et la complexité factuelle, technique ou documentaire des litiges arbitraux, n'incitent pas toujours à l'économie, ni des moyens de transport, ni des moyens matériels. Alors, si cette préoccupation devait faire l'objet d'un consensus dans la communauté arbitrale, comment arriver à des « arbitres écolos » ?

706. – Le rôle incitatif des institutions et des arbitres. Il est certain que, si l'arbitrage n'est pas *ad hoc*, le centre aura un rôle-clef dans le choix de l'arbitre, si toutefois, dans le contrat d'organisation de l'arbitrage, il existe une clause implicite qui consiste à imposer aux arbitres certaines contraintes d'ordre écologique, avant d'être en mesure de les nommer dans un dossier : c'est cette direction que certains centres ont d'ores et déjà prise⁶². D'autres centres ont mis à disposition, en raison de la récente pandémie de Covid-19, des indications sur les éléments à prendre en considération pour décider de procéder à une audience d'arbitrage en présentiel ou virtuelle⁶³. Plutôt que la

⁵⁸Selon une praticienne reconnue, la communauté d'arbitrage traite de manière extensive les questions relatives à l'arbitrage et au changement climatique, mais n'accorde pas le même temps pour discuter de la manière dont cette communauté pourrait aborder et lutter contre le changement climatique : V. L. Greenwood, *Make Arbitrations Greener*, *The Resolver*, févr. 2020, p. 14.

⁵⁹V. *supra*, n° 295.

⁶⁰L'un des effets évidents de la pandémie de Covid-19 a été la réduction des émissions de gaz à effet de serre (et d'autres polluants) au niveau mondial : V. M. Baker, K. O'Gorman et C. Dowling, *Climate change and sustainability: lessons learned from Covid-19 and resolving disputes by arbitration: International Law Office (ILO)* (www.internationalawoffice.com, 2 oct. 2020 [consulté le 3 nov. 2020]). La planète a enregistré, début d'avril 2020, une réduction d'environ 17 % des émissions journalières de CO₂ par rapport aux taux moyens de 2019 : V. C. Le Quéré, C. Jackson et al., *Temporary reduction in daily global CO₂ emissions during the Covid-19 forced confinement* : *Nature Climate Change* 19 mai 2020.

⁶¹H. Tabuchi, « *Worse Than Anyone Expected* » : *Air Travel Emissions Vastly Outpace Predictions* : *New York Times* 19 sept. 2019. Ces données doivent être toutefois relativisées après la crise du COVID19..

⁶²Sous le mode incitatif plutôt que directif, la SCC en Suède rembourse désormais aux arbitres le coût des compensations carbone de leurs vols pour se rendre aux audiences : V. SCC, *Guidelines for Arbitrators*, juin 2020, p. 11 (<https://sccinstitute.com/media/1067295/scc-guidelines-for-arbitrators.pdf>).

⁶³La *checklist* du centre Delos indique que, même lorsqu'il n'y a pas de quarantaine, les avocats et les arbitres peuvent choisir de tenir une audience en tout ou en partie en vidéoconférence : V. A. Ross, *Delos updates covid-19 checklist* : *GAR* 3 avr. 2020.

contrainte, les arbitres sont aussi « socialement » incités par la communauté à réduire leur nombre de vols pour diminuer « l'empreinte carbone de l'arbitrage »⁶⁴. Ainsi, un engagement pour des arbitrages plus écologiques a été lancé en novembre 2019 pour évaluer l'impact carbone des arbitrages internationaux et encourager les praticiens de l'arbitrage à se préoccuper de la cause environnementale⁶⁵.

707. – Mais, en dehors du cadre institutionnel ou de la volonté souveraine des parties de faire primer cette sensibilité écologique sur d'autres paramètres de compétence, dans le choix d'un arbitre, existe-t-il une obligation, légale, contractuelle ou éthique, pour l'arbitre, de prendre en compte ces aspects ? Outre le respect du contradictoire, l'arbitre est aussi responsable du bon déroulement de la procédure, ce qui implique un principe d'efficacité⁶⁶. Si les coûts et le temps en sont évidemment des paramètres, *quid* de l'arbitre qui imposerait une conduite écologique de l'arbitrage, plus ou moins économe (sans oublier qu'écologie ne rime pas toujours avec économie et peut induire un coût) ? Pourrait-il imposer, pour des considérations d'abord écologiques, des correspondances uniquement électroniques et des audiences uniquement virtuelles (bien qu'elles peuvent en fait être elles aussi très consommatrices d'énergie) ? Il n'y a ici qu'un pas que, pour l'heure, aucune règle juridique ou jurisprudentielle ne semble avoir franchi. À défaut de tels fondements explicites, on voit mal comment les arbitres pourraient forcer la main « verte » aux parties.

Encart 23

L'arbitre technologique

708. – Du réel au virtuel. Beaucoup plus que dans le cadre judiciaire, la technologie est désormais largement présente dans les arbitrages et la majorité des utilisateurs, en ce compris les arbitres, semblent favorables à une plus grande utilisation des salles d'audience virtuelles, du stockage en ligne, des vidéoconférences et de l'intelligence artificielle. Si peu de praticiens avaient fait l'expérience d'un arbitrage entièrement virtuel avant mars 2020, la Covid-19 a désormais changé la donne⁶⁷. À titre d'exemple, depuis cette date, 40 % des audiences SCC se sont déroulées virtuellement⁶⁸, ce qui peut

⁶⁴L. Greenwood, *The Green Pledge : no talk, more action* : *Kluwer Arbitration Blog* 20 mars 2020.

⁶⁵*Pledge for Greener Arbitrations* (www.greenerarbitrations.com).

⁶⁶V. *infra*, n° 998.

⁶⁷En 2018, seulement 8 % des professionnels de l'arbitrage interrogés avaient fait l'expérience d'une audience virtuelle dans le cadre d'une procédure arbitrale internationale (Rapport de l'Université Queen Mary de Londres et White & Case : *2018 International arbitration survey : the evolution of international arbitration*, 2018, p. 32.

⁶⁸*SCC virtual hearing survey*, oct. 2020, p. 3.

même sembler sous-évalué. Prenant acte de la nécessité du maintien des audiences malgré la pandémie, de nombreuses institutions ont ainsi adapté leur règlement pour que les audiences puissent se dérouler, indifféremment, en personne ou à distance⁶⁹, en conférant au tribunal le pouvoir d'utiliser la technologie pour favoriser une conduite efficace et rapide de l'arbitrage⁷⁰.

709. – L'organisation d'une audience virtuelle, une fois le principe décidé sur le terrain juridique⁷¹, peut requérir de l'arbitre unique ou du tribunal arbitral de rendre une ordonnance de procédure, en consultation ou avec l'accord des parties, incluant un protocole d'audience virtuelle prévoyant notamment des précisions techniques sur les normes à respecter ou l'interface à mettre en place. En effet, il est souhaitable que soit indiqué le logiciel convenu, qu'il soit tenu compte des différents fuseaux horaires des participants, de la méthode d'interrogatoire des témoignages des témoins et des experts pour garantir leur intégrité, de la méthode de confirmation et d'identification des participants (par exemple, en faisant tourner la caméra vidéo) et de la possibilité d'utiliser des diapositives démonstratives, y compris des vues d'écran partagées⁷², etc. Mais, même avant l'audience virtuelle, c'est toute la procédure écrite qui précède qui semble aujourd'hui dématérialisée⁷³. Enfin, concernant l'issue de l'arbitrage, certains règlements prévoient désormais que, sauf indication contraire, toute sentence peut être signée par voie électronique⁷⁴, tandis que d'autres prévoient que les parties peuvent convenir que la sentence soit notifiée par voie électronique⁷⁵. Devant cette profusion technique et technologique, que faire si un « arbitre du

⁶⁹Règl. LCIA (2020), art. 19.2.

⁷⁰Règl. LCIA (2020), art. 14.6 (III). – V. F. Poloni et T. Roujou de Boubée, *Arbitrage LCIA 3.0 – L'institution londonienne se positionne à la pointe des nouvelles pratiques* : LJA nov. 2020, p. 8 ; la CCI fournit également des conseils sur l'organisation des conférences et audiences par audioconférence ou visioconférence CCI, *Note d'orientation sur les mesures possibles visant à atténuer les effets de la pandémie du Covid-19*, 9 avr. 2020, § 16 (<https://iccwbo.org>).

⁷¹V. *infra*, n° [1246](#).

⁷²V. par ex., *SCC Arbitrators' tips for a successful virtual hearing*, 26 nov. 2020 (<https://sccinstitute.com>, consulté le 3 déc. 2020) ; V. aussi : Africa Arbitration Academy, *Protocol on virtual hearings in Africa*, avr. 2020, p. 11 (www.africaarbitrationacademy.org). On peut aussi citer Delos qui offre quelques recommandations, notamment que les participants organisent des essais préalables de l'équipement, qu'ils réservent du temps dans le calendrier des audiences pour les problèmes techniques et qu'ils se mettent d'accord sur la nécessité d'enregistrer l'audience (A. Ross, *Delos updates covid-19 checklist* : GAR 3 avr. 2020 ; pour le contenu de ces protocoles, à la frontière de la technique et du juridique, V. *infra*, n° [1249](#)).

⁷³Selon le règlement LCIA (2020), les parties doivent communiquer par voie électronique pour tous leurs échanges, sauf autorisation expresse et préalable du *Registrar* (art. 4.1) ou du tribunal s'il est constitué (art. 4.2), tandis que la plateforme de la SCC a créé un espace virtuel pour le partage des fichiers et la communication dans tous les arbitrages sous son égide (V. *SCC virtual hearing survey*, oct. 2020, p. 2 [<https://sccinstitute.com/>]) ; la CCI, quant à elle, exige expressément que les communications avec le Secrétariat soient sous format électronique et encourage les parties à utiliser les moyens de communication électronique pour leur soumission (V. *Note CCI d'orientation sur les mesures possibles visant à atténuer les effets de la pandémie du Covid-19*, 9 avr. 2020, § 8 et 13 ; Note CCI aux Parties et aux Tribunaux Arbitraux du 1^{er} janv. 2021, n° 95, 101, 104, 107 et 199).

⁷⁴Règl. LCIA (2020), art. 26.2 ; V. F. Poloni et T. Roujou de Boubée, *Arbitrage LCIA 3.0 – L'institution londonienne se positionne à la pointe des nouvelles pratiques* : LJA nov. 2020, p. 8.

⁷⁵CCI, *Note d'orientation sur les mesures possibles visant à atténuer les effets de la pandémie du Covid-19*, 9 avr. 2020, § 15.

20^e siècle », se retrouve, parfois légitimement, dépassé, incapable de se départir de ses classeurs « papier » et de manier l'outil informatique (actionner un bouton *mute* ou vidéo, convertir un document, administrer une session *zoom*...), alors que l'on attend de lui un rôle actif, plutôt que passif, une signature électronique plutôt que manuscrite ? Ce qui pose la question d'un critère (juridique ?), technologique et générationnel, dans le choix de l'arbitre.

710. – Une condition bientôt réhivitoire ? Peut-on en effet imaginer que, parmi les qualités, non pas souhaitées mais indispensables, de l'arbitre, lors de sa désignation et/ou confirmation par le centre, on en vienne à exiger, outre sa déclaration d'indépendance et de disponibilité, des connaissances technologiques minimum ? La majorité des règlements exigent de l'institution de prendre en compte certains éléments lors de la nomination ou confirmation d'un arbitre⁷⁶, qui peuvent être évolutifs. Après tout, la disponibilité de l'arbitre, qui en 2000 n'était pas un critère, s'est finalement progressivement imposée, « malgré quelques "grincements" »⁷⁷. On peut imaginer que la maîtrise de ces nouveaux outils, autrefois seulement pratiques, mais aujourd'hui indispensables pour le règlement de litiges notamment en temps de crise, limitent ou au contraire élargissent le *pool* de praticiens qualifiés et diversifiés⁷⁸ ? Une chose est certaine, indépendamment de la génération concernée et malgré un certain gain en confort, ce qu'il est désormais courant d'appeler la *zoom fatigue* – c'est-à-dire celle liée à la répétition des audiences à distance et aux longues heures et journées passées devant un écran – peut poser des difficultés à tout âge, qu'il ne faut pas négliger, y compris pour la santé des intervenants. L'économie de temps et de coûts liée à l'absence de déplacements physiques doit également s'apprécier à l'aune de ce coût, lequel peut être mitigé par les qualités organisationnelles de l'arbitre et le respect du protocole par les parties. En somme, en matière technologique comme sur d'autres plans, il s'agit de ne pas trop en faire, car l'arbitre idéal ou recherché doit rester humain et ne saurait être, en tout cas aujourd'hui, une machine⁷⁹.

B. – Les conditions attachées à la fonction juridictionnelle de l'arbitre

711. – Les qualités attachées à la fonction juridictionnelle de l'arbitre correspondent aux exigences, majeures, d'indépendance et d'impartialité, dont il

⁷⁶S. Lazareff, *De la qualité des arbitres* : *Gaz. Pal.* 20 mai 2004, p. 3, spéc. p. 3.

⁷⁷V. par ex. Règl. CCI (2021), art. 13(1).

⁷⁸M. S. Abdel Wahab, *Dispute prevention, management and resolution in times of crisis between tradition and innovation : the Covid-19 catalytic crisis*, in M. Scherer, N. Bassiri et M. S. Abdel Wahab, *International Arbitration and the Covid-19 Revolution*, Wolters Kluwer, 2021, p. 25. – G. Born, A. Day QC et H. Virjee, *Empirical study of experiences with remote hearings : a survey of users' views*, *op. cit.*, p. 148 ; V. aussi : M. S. Abdel Wahab, *Exculpating the fear to virtually hear : a proposed pathway to virtual hearing considerations in international arbitrations* : *New York Dispute Resolution Lawyer* 2020, p. 20.

⁷⁹Sur l'intelligence artificielle comme « avenir de l'arbitre », V. *infra*, n° [1253](#).

convient d'examiner le cadre (1°), les techniques d'identification (2°), le contenu (3°) et enfin le contrôle (4°).

1° Le cadre des exigences d'indépendance et d'impartialité

712. – Qualités attachées à la fonction juridictionnelle de l'arbitre. L'arbitre assure une fonction juridictionnelle dans sa mission d'arbitre de sorte qu'un certain nombre de qualités sont attendues qui ressemblent à celles exigées des juges professionnels, à ceci près, toutefois, que ces exigences sont contrôlées à l'occasion de chaque constitution d'un tribunal arbitral, ce qui explique qu'un arbitre devra s'y soumettre autant de fois qu'il sera désigné comme arbitre, et que les sanctions sont autrement plus efficaces et redoutables.

L'exigence se comprend aisément : le fait de confier aux arbitres le soin de trancher un litige en le soustrayant à la justice étatique constitue une exception aux compétences étatiques, mais point aux règles fondamentales de la justice, dont des règles processuelles considérées comme essentielles, le principe du contradictoire par exemple, mais également des règles relevant de la fonction de juger. Celles-ci reposent sur un certain nombre de piliers qu'il n'est pas question de contourner, sauf à ne plus exercer une mission de justice. C'est d'ailleurs à cette condition que l'arbitre, ou le juge, peut être considéré comme un « tiers désintéressé », en un sens universellement partagé (Loi-type CNUDCI (2006), art. 12), et d'ailleurs, plus techniquement, comme une condition de l'exercice d'un droit à un procès équitable au sens de l'article 6, § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme⁸⁰.

L'exigence correspond également à la logique conventionnelle qui fonde l'arbitrage : la convention d'arbitrage présente en effet cette particularité que, insérée dans un contrat qui la contient ou qui y réfère, elle permet aux parties de désigner des arbitres dont chacune ignore l'identité et les qualités de celle ou de celui qui sera désigné par l'autre. Que l'on considère que le contrat est, de manière optimiste, un pacte de confiance ou, pessimiste, un pacte de défiance, il demeure que la condition d'efficacité d'un contrat repose précisément sur cette question de confiance, prise de manière positive ou négative : confiance dans l'arbitre désigné par une partie, défiance éventuelle dans l'arbitre désigné par l'autre, de sorte que la seule manière pour que l'ensemble fonctionne, mais également pour le choix du tiers arbitre, repose sur une exigence de confiance, ou plus exactement de non-défiance, qui s'exprime notamment dans l'exigence d'indépendance.

713. – Obligation d'indépendance et d'impartialité ou obligation de révélation en cas de soupçon de défaut d'indépendance et de partialité ? Parmi ces exigences, celles d'indépendance et d'impartialité sont essentielles, en ce sens qu'elles sont « l'essence » même de la fonction de juger. L'article 1456, alinéa 2 du Code de procédure civile impose cette exigence, avant l'acceptation de la mission et

⁸⁰Pour une (rare et limitée) application, V. CEDH, 3^e sect., 2 oct. 2018, n^{os} 40575/10 et 67474/10, *Mutu et Pechstein c/ Suisse*, opinion séparée, § 27 : « [I]l est concevable qu'une procédure puisse être équitable même en l'absence d'audience publique ou même si les parties n'avaient pas accès à tous les documents. Or il paraît difficilement concevable qu'un individu puisse renoncer à son droit à un tribunal indépendant et impartial et toujours faire l'objet d'une "procédure équitable" (...) [en ce] » qu'en « matière d'arbitrage commercial et d'arbitrage sportif consenti de manière libre, licite et non équivoque les notions d'indépendance et d'impartialité pourraient être interprétées avec souplesse, dans la mesure où l'essence même du système arbitral repose sur la nomination des instances décisionnelles, ou du moins d'une partie d'entre elles, par les parties au litige ». – V. cependant : CEDH, 21 mai 2021, *BEG c/ Italie : Dalloz actualités*, 18 juin 2021, obs. J. Jourdan-Marquès et supra, n° 303.

tout le long du déroulement de l'arbitrage, même si sa compréhension est largement développée par le contentieux organisé autour de son contrôle. L'article 1506 du Code de procédure civile y renvoie en matière d'arbitrage international.

L'article 1456, alinéa 2 du Code de procédure civile énonce cette exigence mais de manière biaisée en imposant à l'arbitre, avant d'accepter sa mission, une obligation particulière, celle de révélation de toute circonstance de nature à affecter son indépendance ou son impartialité. Par conséquent, la règle ne pose pas directement des exigences relatives aux qualités attendues de l'arbitre, même si cela revient à peu près au même, du moins dans l'idée que s'en font les arbitres. Le progrès, depuis 2011, est cependant sensible, dans la mesure où ces termes mêmes, « indépendance et impartialité » ne se retrouvaient pas dans le Code de procédure civile, de sorte que c'est par emprunt aux règles prévalant pour les juges étatiques et au titre des « causes de récusation » que l'arbitre devait révéler que ces exigences apparaissaient, en jurisprudence.

Ces termes ont été intégrés en 2011, comme dans la plupart des lois étrangères, dans le *corpus* légal, sans toutefois se présenter comme une règle déontologique positive, c'est-à-dire l'exigence d'impartialité et d'indépendance, que l'on retrouve également dans de nombreux règlements d'arbitrage à commencer par celui de la CCI. À lire l'article 1456, alinéa 2 du Code de procédure civile, en effet, on doit constater que la seule exigence qui pèse sur l'arbitre est une obligation de révélation, point une « obligation » ou une exigence d'impartialité et d'indépendance⁸¹, comme l'affaire *Tecnimont* qui court sur une dizaine d'années de 2009 à 2018, et qui sera ensuite détaillée (V. *infra*, n° 757), en fait la démonstration.

714. – Indépendance, impartialité et transparence : vertus de l'arbitre ou efficacité de l'arbitrage ? Indépendance, impartialité, ce sont en effet des vertus particulières, exprimées de manière positive et qui, à l'inverse, renvoient à l'absence de lien de dépendance ou de cas de partialité chez l'arbitre. Ces vertus, cependant, sont évidemment difficiles à cerner, et on ne peut concevoir un ordre juridique qui impose ainsi des comportements vertueux absolus : l'article 1241 (ex-art. 1383) du Code civil impose la réparation du dommage causé par la négligence ou l'imprudence, mais ne crée pas une obligation générale pour chacun d'être prudent, attentif ou diligent. On comprend donc que les auteurs de la réforme de 2011 aient répugné à poser, de manière voisine, une « obligation » générale, ou spéciale le temps d'un arbitrage, d'impartialité et d'indépendance.

D'ailleurs, ce ne sont pas des arbitres absolument vertueux, des sortes de « surhommes arbitraux », qui sont attendus, mais des arbitres *efficaces*. L'efficacité de l'arbitrage suppose alors que les arbitres soient indépendants des parties, et impartiaux, peu importe d'ailleurs qu'ils soient susceptibles d'être considérés, dans une autre situation ou dans un autre arbitrage, comme dépendants ou partiaux. Tout arbitre évolue dans un milieu particulier, il a des amis et des ennemis, des opinions, des relations, *etc.* Il n'est pas un Père du désert juridique et la fonction arbitrale n'est pas un sacerdoce.

Par conséquent, il est illusoire, voire contre-productif, d'imaginer et *a fortiori* d'exiger que les arbitres n'aient pas de lien, d'aucune sorte, avec les parties ou leur conseil. C'est l'esprit de la formule souvent utilisée de l'existence d'un « petit monde

⁸¹Comp. Th. Clay, *La disparition de l'obligation d'indépendance et d'impartialité au profit de l'obligation de révélation*, note ss Paris, 12 févr. 2009, *Tecnimont* : *Rev. arb.* 2009, p. 186.

de l'arbitrage » : l'arbitrage est une spécialité, une expertise, une expérience également, de telle sorte que les arbitres désignés sont « connus », au moins de réputation, par ceux qui les désignent. En revanche, si des liens existent, il est essentiel que ces liens soient révélés. La difficulté, alors, repose sur la mesure de la consistance de ces liens et des liens qui pourraient faire douter de l'indépendance ou de l'impartialité d'un arbitre et, ensuite, de celle de la sanction de la violation de l'obligation de révélation, en termes d'annulation de la sentence (V. *infra*, n° 1575).

715. – Doute raisonnable. C'est en ce sens que l'obligation de révélation se présente comme un outil au service de l'efficacité de l'arbitrage, comme une technique de vérification que les faits au cœur de cette obligation de révélation, sous la forme d'une déclaration d'indépendance et d'impartialité, ne soient pas de nature à créer un doute raisonnable quant au sentiment d'indépendance ou d'impartialité de l'arbitre chez l'une des parties ou ne trahissent pas un mensonge par omission, condition renforcée par la jurisprudence à partir de 1999⁸².

La cour d'appel de Paris retient une formule générale selon laquelle les circonstances opposées à l'arbitre « doivent caractériser, par l'existence de liens matériels ou intellectuels avec l'une des parties en litige, une situation de nature à affecter le jugement de cet arbitre et constituant un risque certain de prévention à l'égard de l'une des parties à l'arbitrage »⁸³. L'obligation de révélation n'est donc pas une confession ou une autocritique, mais ne porte que sur des faits pertinents, non anodins ou dérisoires, pour l'arbitre et pour les parties. Plus qu'une obligation d'indépendance et d'impartialité, c'est donc une exigence de transparence, qui prend la forme juridique d'une obligation de révélation, sur des faits qui seraient susceptibles d'affecter les exigences d'indépendance et d'impartialité, et non une obligation de se renseigner pesant sur les parties ; le seul fait que les parties soient contraintes de se renseigner est un indice de faillite de la qualité de l'obligation de révélation. C'est d'ailleurs ainsi que la jurisprudence, en 2001, avait saisi l'exigence d'indépendance⁸⁴.

716. – Permanence de l'exigence d'indépendance et d'impartialité. L'exigence est permanente en ce sens qu'elle ne se limite pas au moment de la désignation de l'arbitre ; elle demeure tout au long du déroulement de l'arbitrage. L'article 1456 du Code de procédure civile le précise, comme la plupart des règlements d'arbitrage⁸⁵, de sorte que l'obligation de révélation se prolonge au-delà du moment de la désignation : l'arbitre doit révéler tout événement survenant ensuite et qui serait susceptible d'affecter le sentiment de son indépendance ou de son

⁸²Cf. Cass. 1^{re} civ., 16 mars 1999, n° 96-12.748, *Qatar* : *D.* 1999, p. 497, note P. Courbe ; *Rev. arb.* 1999, p. 308, note M. Henry ; *RTD com.* 1999, p. 850, obs. E. Loquin : « il appartient au juge de la régularité de la sentence arbitrale d'apprécier l'indépendance et l'impartialité de l'arbitre, en relevant toute circonstance de nature à affecter le jugement de celui-ci et à provoquer dans l'esprit des parties un doute raisonnable sur ces qualités qui sont de l'essence même de sa fonction arbitrale ».

⁸³Paris, 28 oct. et 30 nov. 1999 : *Rev. arb.* 2000, p. 299, note Ph. Grandjean. – Paris, 28 nov. 2002 : *JCP G* 2003, I, 164, n° 3, obs. Ch. Seraglini ; *D.* 2003, somm. p. 2473, obs. Th. Clay ; *Rev. arb.* 2003, p. 445, note Ch. Belloc.

⁸⁴Cass. 2^e civ., 22 nov. 2001, n° 99-15.163 : *D.* 2001, somm. 2473, obs. Th. Clay. – Cass. 1^{re} civ., 6 déc. 2001, n° 00-10.711 : *Rev. arb.* 2002, p. 1231, note E. Gaillard ; *D.* 2003, somm. p. 2473, obs. Th. Clay ; *RTD com.* 2002, p. 657, obs. E. Loquin. Dans le premier cas, un arbitre unique avait révélé être un ancien salarié de l'une des parties, la sentence a été validée ; dans le second, un arbitre n'avait pas révélé un fait pertinent, la sentence a été invalidée (cassation de l'arrêt validant la sentence plus exactement, sur renvoi : Paris, 2 avr. 2003 : *Rev. arb.* 2003, p. 1231, note E. Gaillard ; *D.* 2003, somm. 2473, obs. Th. Clay).

⁸⁵Comp. Règl. CCI (2021), art. 11.1 « l'arbitre doit être et demeurer impartial et indépendant des parties en cause », Règl. LCIA, art. 5.3 (2020).

impartialité⁸⁶, un lien de parenté (un mariage par exemple) avec une partie ou son avocat, un lien de subordination ou d'intérêt, *etc.*

Plus ces exigences sont formulées et plus les parties disposeront de conditions de désignation précises leur permettant de composer d'un tribunal arbitral correspondant à leurs intentions, mais plus le risque de contentieux pré-arbitral, né de la contestation de la désignation des arbitres, augmente. Le choix par les parties, indépendamment des clauses de la convention d'arbitrage, repose également sur des critères souvent particuliers, reprenant ceux ici décrits, dont des exigences de maîtrise de la langue, de compétences juridiques particulières, mais peut-être aussi d'expérience, de hauteur de vue, disposant de qualités de consensus, d'organisation (*V. infra*, n° 811), *etc.* Ces vertus et ces qualités dépendent d'une part du niveau d'exigence retenu par un ordre juridique déterminé, à travers l'exigence, première et dominante, d'indépendance et d'impartialité, mais également des techniques permettant d'assurer le contrôle de ces exigences.

2° Les modes d'appréciation de l'indépendance et de l'impartialité de l'arbitre

717. – Présentation. Les deux exigences, indépendance et impartialité, sont très proches, à tel point d'ailleurs qu'elles souvent exprimées ensemble et qu'elles pourraient même être confondues⁸⁷ ou hiérarchisées : l'impartialité attendue d'un arbitre pourrait être considérée comme un caractère de l'indépendance de l'arbitre à l'endroit des parties. Les cas de contestation de l'impartialité, seuls, sont rares. Cette confusion n'est pas toujours heureuse si l'on admet que l'exigence d'impartialité laisse place à des critères particulièrement subjectifs tels que les opinions de l'arbitre⁸⁸.

À bien des égards d'ailleurs, on peut se demander si le critère d'indépendance, tel qu'il est classiquement présenté comme identifiant un lien d'intérêt entre l'arbitre et une partie n'est pas secondaire par rapport au critère d'impartialité. Qu'importe alors qu'un arbitre soit supposément dépendant dès lors qu'il est impartial⁸⁹ ? Le défaut d'indépendance ne serait ainsi qu'un critère, non nécessaire mais concret, extériorisé, de la partialité, intellectuelle, de l'arbitre, partialité qui peut par ailleurs se révéler

⁸⁶Paris, 12 févr. 2009 : *Rev. arb.* 2009, p. 186, obs. Th. Clay ; *LPA* 2009, p. 4, note M. Henry.

⁸⁷Comp. Th. Clay, *L'arbitre*, Dalloz, 2001, n°s 275 et s. – M. Henry, *Le devoir d'indépendance de l'arbitre*, LGDJ, 2001. Adde J.-D. Bredin, *La révélation*, in *Mél. Poudret*, Lausanne, 1999, p. 349. – D. Cohen, *Indépendance des arbitres et conflits d'intérêts* : *Rev. arb.* 2011, p. 611. – M. Henry, *Les obligations d'indépendance et d'information de l'arbitre à la lumière de la jurisprudence récente* : *Rev. arb.* 1999, p. 193 ; *L'indépendance de l'arbitre au cœur du Juste et de l'Utile* : *Cah. arb.* 2013, p. 873. – E. Loquin, *La dualité des fonctions de l'obligation de révélation*, in *Mél. Ph. Merle*, Dalloz, 2012, p. 487. – G. Pluyette, *Actualités du droit de l'arbitrage : l'obligation de révélation des arbitres et le contrôle de l'ordre public de fond par la Cour de cassation*, in *Mél. B. Audit*, Lextenso, 2014, p. 623. – J.-B. Racine, *Propos sur une hérésie juridique : l'arbitre partisan* : *Med Mid African Arbitration and Mediation Reports*, in *The electronic Bulletin of the European Court of Arbitration* 2012/2, p. 14. – P.-X. Train, *Mode d'exercice de l'activité de l'arbitre et conflits d'intérêts* : *Rev. arb.* 2012, p. 725. Cf. Paris, 9 sept. 2010 : *D.* 2010, pan. p. 2934, obs. Th. Clay ; *Cah. arb.* 2010, p. 1169 ; *LPA* 2011, p. 17, note M. Henry. – Paris, 10 mars 2011 : *Cah. arb.* 2011, p. 787, note M. Henry.

⁸⁸Comp. en droit anglais, à propos de l'*Arbitration Act*, N. Andrews, *Andrews on Civil Processes*, vol. 2 : *Arbitration & Mediation*, Intersentia, 2013, n°s 4.63 et 4.64, qui estime au contraire que c'est l'exigence d'indépendance qui doit être englobée par celle d'impartialité.

⁸⁹M. Henry, *Le devoir d'indépendance de l'arbitre*, LGDJ, 2001. – P. Mayer, *Réflexions sur l'exigence d'indépendance de l'arbitre*, in *Mél. A. Sadek El-Kosheri*, Kluwer Law International, 2015, p. 85. – K. El Chazli, *L'impartialité de l'arbitre*, LGDJ, 2020, n° 13.

chez un arbitre indépendant. Séduisante intellectuellement, la proposition présente cependant la difficulté de faire reposer l'exigence d'indépendance et d'impartialité sur le caractère très subjectif de ce dernier critère. Or, toute la difficulté posée par la détermination de ces exigences repose sur son contrôle, lequel suppose une forme, au moins élémentaire, d'objectivation.

718. – Technique du standard et technique des listes. Deux grandes techniques sont en concurrence dans la plupart des systèmes juridiques, aux fins de tenter d'objectiver l'identification du manque d'indépendance ou de la partialité.

Le premier, qui correspond au choix français et qui est le plus répandu, est celui du *standard* d'impartialité ou d'indépendance, conçu en droit français comme celui qui permet, ou non, d'identifier les éléments qui permettraient de faire naître un « doute raisonnable » (ou « doute légitime », *justifiable doubt*, dans l'article 11 du règlement d'arbitrage CNUDCI (2010)) donc sur le sentiment, chez les parties, qu'un arbitre pourrait ne pas être indépendant ou impartial.

La grande subjectivité du critère, s'il ne s'apprécie que chez les parties, au risque alors d'un blocage systématique de l'arbitrage par une partie qui ferait valoir systématiquement de tels doutes, est partiellement limitée, d'ailleurs, par le fait que, en droit français, ce doute raisonnable doit rejaillir sur les arbitres, unanimement, ou chez un autre tiers (impartial et indépendant) qu'est le juge d'appui (ou celui de l'annulation), de telle manière que le doute qui peut s'insérer est raisonnable au sens d'un standard, celui que « l'homme raisonnable », l'ancien « bon père de famille », et représenté par un juge, aurait pareillement ressenti. Par conséquent le doute légitime n'est pas un simple sentiment, mais un sentiment objectivé⁹⁰. L'un des moyens de procéder à cette objectivation, relative, consiste alors à critiquer l'arbitre devant une autorité, l'institution d'arbitrage ou le juge d'appui en vue par exemple d'une récusation (V. *infra*, n° 781)⁹¹.

719. – Evident partiality. D'autres standards, moins opérationnels, sont utilisés comme celui de l'*evident partiality*⁹², utilisé dans le *Federal Arbitration Act* des États-Unis, ou défaut *manifeste* d'impartialité ou d'indépendance du règlement CIRDI (2006)⁹³, qui sont bien plus difficiles à établir. Tout en nuance, le droit anglais distingue l'*actual bias* – la partialité réelle – de l'*apparent bias* – partialité perçue –

⁹⁰N. Blackaby et C. Partasides, *Redfern and Hunter on International arbitration*, Oxford University Press, 6^e éd., 2015, spéc. nos 4.94 et s.

⁹¹Par exemple, l'article 14.1 du Règlement CCI (2021) dispose que « La demande de récusation, fondée sur une allégation de défaut d'impartialité ou d'indépendance ou sur tout autre motif, est introduite par la soumission au Secrétariat d'une déclaration écrite précisant les faits et circonstances sur lesquels cette demande est fondée. »

⁹²Comp. US Supreme Court, 18 nov. 1968, *Commonwealth Coatings c/ Continental Casualty Co. et a.* : *Rev. arb.* 1969, p. 69, US Court of Appeals, 2nd circuit, 5 nov. 1984, *Morelite Const. v. NYC Dist. Council Carpenters*, n° 84-7351, 748 F.2d 79 (1984) : « Exactly what constitutes 'evident partiality' by an arbitrator is a troublesome question. The Supreme Court (...) attempted to resolve the issue, but the result of that decision appears to be ongoing uncertainty » ; « We are left (...) with little guidance concerning what standard is to be applied in construing the 'evident partiality' language of the statute ».

⁹³Règl. CIRDI (2006), art. 14, al. 1 : « Les personnes désignées pour figurer sur les listes doivent jouir d'une haute considération morale, être d'une compétence reconnue en matière juridique, commerciale, industrielle ou financière et offre toute garantie d'indépendance dans l'exercice de leurs fonctions » ; art. 57 : la récusation d'un arbitre peut être demandée pour « tout motif impliquant un défaut manifeste des qualités requises par l'article 14, al. 1 ». *Adde* CIRDI, n° ARB/17/34, 17 mai 2018, *Raiffeisen Bank International Ag And Raiffeisenbank Austria D.D. c/ République de Croatie*, § 79. – CIRDI, n° ARB/17/32, 23 avr. 2018, *Elitech B.V. And Razvoj Golf D.O.O. c/ République de Croatie*, § 40. – CIRDI, nos ARB/03/17 et 19, 22 oct. 2007, *Suez & InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. c/ Argentine* ; *Suez et Vivendi Universal S.A. c/ Argentine* ; *AWG c/ Argentine*, § 30.

mais reste étrangement et particulièrement libérale et peu exigeante en la matière⁹⁴. L'autre technique est celle des « listes » de causes de manque d'indépendance ou de partialité, notamment issue des « lignes directrices sur les conflits d'intérêts dans l'arbitrage international », adoptée en 2004 et révisée en 2014⁹⁵, par l'*International Bar Association* (IBA), dites aussi *IBA Rules*⁹⁶.

720. – IBA Rules (2014), techniques d'identification de l'indépendance ou de l'impartialité de l'arbitre. Certes non contraignantes, en tant qu'élément de la *soft law*, ces « lignes directrices » connaissent un certain succès, notamment parce que les parties s'y réfèrent souvent, mais également parce que les tribunaux y font parfois référence⁹⁷ ainsi que les centres d'arbitrage, au stade de la confirmation de la désignation ou de la récusation des arbitres⁹⁸. Ces règles, de source privée et non normatives, ne doivent toutefois pas être surestimées. Elles se présentent comme des techniques d'aides à la décision dans l'exécution, par l'arbitre, de l'obligation de révélation, mais également comme des critères d'impartialité et d'indépendance pour les institutions en charge de l'évaluer. L'objectif est d'objectiver tant les critères d'indépendance et d'impartialité de manière à inciter les arbitres à développer le contenu de l'obligation de révélation, que l'arbitrage lui-même, par une tentative d'uniformisation de ces règles et de manière à éviter que des demandes de récusation infondées ou dilatoires soient formées. Elles précisent en premier lieu l'obligation générale d'indépendance et d'impartialité (*Rules 1 et 2*), l'obligation de révélation (*Rule 3*), le principe de la renonciation par les parties faute d'avoir objecté à la déclaration d'indépendance et d'impartialité avant trente jours (*Rule 4*), à l'exception des cas de la « liste rouge non susceptible de renonciation », la question du lien entre un avocat et son cabinet (*Rule 6*), les obligations des parties (*Rule 7*), mais surtout une série de listes, la « liste rouge non susceptible de renonciation », la « liste rouge susceptible de renonciation », la liste « orange » et « verte ».

721. – « Listes » des IBA Rules (2014). La « liste rouge non susceptible de renonciation » est constituée des cas les plus graves ou évidents, en termes de défaut d'indépendance ou de partialité, dans lesquels il existe un risque important que

⁹⁴V. *Halliburton c/ V. Chubb Bermuda Insurance Ltd* [2020] UKSC 48, où, malgré le défaut de révélation par un arbitre d'un lien avec une partie, la Cour suprême n'a sanctionné ni l'arbitre ni la sentence, bien qu'elle ait imposé, pour le futur, des standards plus exigeants pour la partialité apparente.

⁹⁵Notamment pour généraliser leur application, à l'arbitrage commercial ou d'investissement, mais encore à tous les arbitres, juristes ou non-juristes par exemple.

⁹⁶V. aussi *Arbitration and Conciliation (amendment) Ordinance* indienne de 2015, ou la « Note aux parties et aux tribunaux arbitraux sur la conduite de l'arbitrage » de la CCI publiée en 2016 et révisée en 2019 et 2021 (art. 22 et s.).

⁹⁷En effet, cette *soft law* semble être incorporée en droit positif. V. not. Paris, 23 févr. 2021, n° 18/03068, LERCO ; CEDH, 20 mai 2021, n° 5312/11, *Beg S.p.a. v. Italy* ; M. de Boissésou, *La « Soft Law » dans l'arbitrage : Cah. arb.* 2014, p. 519. – G. Kaufman-Koeler, *Soft Law in International Arbitration: Codification and Normativity: Journal of International Dispute Settlement* 2010, p. 283. – 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. V. aussi Paris 23 févr. 2021, n° 18/03068, LERCO, Dalloz actualité, 30 avr. 2021, obs. J. Jourdan-Marques, qui cite les « listes orange » des IBA Rules, invoquées par les parties, rejetant l'une des causes de récusation d'un arbitre, observant que l'arbitre critiqué était allé au-delà des exigences de la cause visée.

⁹⁸S. Greengerg et J. R. Feris, *Références aux Directives de l'International Bar Association sur les conflits d'intérêts dans l'arbitrage international (« Directives de l'IBA ») pour décider de l'indépendance des arbitres dans les affaires CCI : Bull. CCI* 2009, p. 37. À noter que la politique de la CCI est de ne pas considérer les règles IBA (2014) comme des critères déterminants dans son appréciation de l'indépendance et de l'impartialité d'un arbitre qui fait l'objet d'une confirmation ou d'une récusation, la Cour internationale d'arbitrage rappelant toujours qu'elle n'est pas liée par ces règles et qu'elle dispose de ses propres standards.

l'arbitre se présente comme juge et partie. Elle vise deux cas d'école, celui où il existe un élément « d'identité » entre l'arbitre et une partie, par exemple lorsque l'arbitre est le représentant légal ou un employé d'une partie ou encore est un administrateur, un dirigeant, membre d'un organe de direction ou de contrôle ou dispose d'un pouvoir de contrôle sur une des parties ou sur une entité ayant un intérêt direct avec la sentence à rendre.

La « liste rouge susceptible de renonciation » vise des situations plus ordinaires, et, d'ailleurs, parfois plus sévères que les situations envisagées par le droit français. Elle vise les questions relatives aux relations de l'arbitre vis-à-vis du litige, les cas dans lesquels un intérêt direct ou indirect de l'arbitre peut être identifié et enfin ceux relatifs à la relation de l'arbitre avec les parties ou leurs conseils. On y trouve, par exemple, l'hypothèse dans laquelle l'arbitre a déjà fourni un avis juridique, un conseil, *etc.*, à une partie ou sa filiale, ou lorsqu'il est déjà intervenu dans le litige ou encore le cas dans lequel un arbitre ou l'un de ses proches parents (conjoint au sens large, parent, enfant, frère ou sœur) détient des actions dans le capital d'une société ou ses filiales, non cotées ou celui dans lequel l'arbitre est le conseil habituel d'une partie ou d'une de ses filiales, l'avocat ou son cabinet.

La liste « orange » vise les situations intermédiaires et de ce fait est la plus longue. Elle concerne les relations professionnelles antérieures entre l'arbitre et l'une ou l'autre des parties, le cas des « services » actuellement rendus à une partie, les relations entre arbitres ou conseil, et une catégorie plus générale « Autres circonstances ». On y trouve par exemple la situation dans laquelle l'arbitre a été le conseil, dans les trois ans, d'une partie ou a déjà été désigné par une partie, ou l'a été plus de trois fois par un même cabinet, le fait que deux arbitres ou un arbitre et un conseil soient dans un même cabinet, qu'il existe une relation d'amitié ou d'inimitié entre un arbitre et un avocat, ou une partie, ou lorsque l'arbitre a donné publiquement un avis sur l'affaire.

Enfin, la liste verte comprend des situations dans lesquelles aucun conflit d'intérêts objectif ne se présente, de sorte que les arbitres ne sont pas tenus de les révéler. Par exemple le fait que l'arbitre a exprimé un avis juridique sur une problématique qui se pose dans l'affaire pour laquelle il est désigné, l'arbitre et le conseil ou la partie sont en relation *via* une association professionnelle, sociale ou caritative ou un réseau social, *etc.*

3° Le contenu de l'exigence d'indépendance et d'impartialité de l'arbitre

722. – Ces deux critères seront résolument, pour les raisons précédemment exposées, considérés de manière distincte : l'indépendance relève de l'absence de liens d'intérêts avec les parties (*a*), l'impartialité serait plus subjective, le fait d'être débarrassé de préjugés particuliers (*b*).

a) L'indépendance de l'arbitre

723. – **Notion d'indépendance.** L'exigence d'indépendance se comprend ordinairement comme l'absence de lien matériel ou intellectuel avec une ou les parties et qui serait de nature à affecter le jugement de l'arbitre. Autant dire qu'il ne s'agit pas d'une véritable définition, qui serait d'ailleurs introuvable, dans la mesure où il s'agit d'une règle juridique, contingente donc, concurrente d'ailleurs d'autres notions, comme l'impartialité, mais encore la confiance, la neutralité, l'objectivité, *etc.*

L'exigence d'indépendance de l'arbitre s'apprécie dans son rapport avec l'une quelconque des parties et même des autres arbitres désignés⁹⁹. Elle s'apprécie donc pour chaque arbitrage, et non de manière globale, comme une sorte de moyenne, même s'il convient parfois de tenir compte de désignations dans d'autres arbitrages. Il s'agit donc d'une appréciation au cas par cas, à la fois objective, c'est-à-dire non établie sur des rumeurs ou des sensations, fondée sur des faits objectifs et concrets, mais intégrant également une part de subjectivité avec l'ajout du critère du « doute raisonnable » que ces faits peuvent produire sur l'une des parties¹⁰⁰.

Par ailleurs, l'appréciation de l'indépendance de l'arbitre est autonome de celle de l'indépendance du juge étatique. L'article 341 du Code de procédure civile prévoit en effet des cas de récusation du juge « si lui-même ou son conjoint a un intérêt personnel à la contestation, ou si lui-même ou son conjoint est créancier, débiteur, héritier présomptif ou donataire de l'une des parties ou parent ou allié de l'une des parties ou s'il a conseillé l'une des parties ou s'il est chargé d'administrer les biens de l'une des parties ou encore s'il existe un lien de subordination entre le juge ou son conjoint et l'une des parties ». Or, si la jurisprudence s'en est tenue, dans un premier temps, pour l'arbitre, aux cas de récusation de l'article 341¹⁰¹, elle a ensuite, dans un important arrêt de 1999, étendu cette appréciation de manière très large, autonome donc de celle prévalant pour le juge étatique¹⁰².

724. – Indépendance et absence d'indépendance. Introuvable, la notion d'indépendance s'apprécie, comme bien des notions voisines où l'acception juridique se confond aisément avec une vertu, comme la bonne foi, la légitimité, la représentativité, *etc.*, par son contraire, c'est-à-dire à travers les circonstances susceptibles d'affecter l'indépendance de l'arbitre. La question est d'autant plus complexe que l'exigence est appréciée de manière stricte, comme c'est le cas du droit français de l'arbitrage¹⁰³ qui rejette l'arbitre non neutre ou « l'arbitre partisan »¹⁰⁴. Il existe en effet toute une série de cas reconnus d'absence d'indépendance qui constituent autant d'exemples à ne pas suivre et que l'on peut citer, ou en toutes hypothèses les principaux. Il convient cependant de rappeler, pour limiter la portée de ces exemples, d'une part que les cas qui ne seraient pas cités ne qualifient pas nécessairement une situation d'indépendance et, d'autre part, que la question est présentée en termes d'efficacité de l'arbitrage, c'est-à-dire à raison des deux logiques de la sanction de l'indépendance, à savoir l'obligation de révélation et l'hypothèse de la révocation de l'arbitre.

725. – Cas types. Un certain nombre de cas types se sont présentés en jurisprudence. Ils ne constituent nullement des cas d'école, l'expérience montrant au contraire leur permanence, ce qui démontre, à rebours, l'utilité de l'exigence et de son

⁹⁹V. en ce sens : Th. Clay, « *Le coarbitre* », in Mél. Pierre Mayer, LGDJ, 2015, p. 134, spéc. p. 145-146.

¹⁰⁰Cass. 1^{re} civ., 16 mars 1999, préc.

¹⁰¹Cass. 2^e civ., 14 déc. 1990 : *Rev. arb.* 1991, p. 75, note Ch. Jarrosson : « Seules les causes pouvaient être invoquées pour caractériser l'existence de liens de dépendance détruisant l'indépendance requise de l'arbitre ».

¹⁰²Cass. 1^{re} civ., 16 mars 1999, *Qatar*, préc. : « Il appartient au juge de la régularité de la sentence arbitrale d'apprécier l'indépendance et l'impartialité de l'arbitre en relevant toute circonstance de nature à affecter le jugement de celui-ci et à provoquer dans l'esprit des parties un doute raisonnable sur ces qualités qui sont de l'essence de la fonction juridictionnelle ».

¹⁰³Cass. 1^{re} civ., 16 mars 1999, *Qatar*, préc. – Paris, 10 mars 2011 : *Cah. arb.* 2011, p. 787, note M. Henry. – Paris, 9 sept. 2010 : *D.* 2010, pan. p. 2934, obs. Th. Clay ; *Cah. arb.* 2010, p. 1169 ; *LPA* 2011, p. 17, note M. Henry.

¹⁰⁴J.-B. Racine, *Propos sur une hérésie juridique : l'arbitre partisan*, préc.

contrôle. En toute hypothèse, ces cas types ne résument pas la question, qui repose, principalement, sur les éléments du contrôle des exigences d'indépendance et d'impartialité, à savoir l'obligation de révélation ou les conditions d'une récusation d'un arbitre ou d'annulation d'une sentence arbitrale.

726. – Liens d'intérêt. Le premier cas repose sur l'existence d'un lien d'intérêt entre un arbitre et l'une des parties ou l'avocat d'une partie, voire, mais plus rare, un autre arbitre¹⁰⁵.

Il peut s'agir d'un lien de parenté entre l'arbitre et une partie ou son avocat¹⁰⁶, mais surtout d'un lien de subordination, quel que soit l'ordre hiérarchique¹⁰⁷, situation qui est en pratique rédhitoire. Il peut s'agir d'un lien plus lâche, comme le lien d'intérêt lorsque l'arbitre est ou a été l'avocat¹⁰⁸, le conseil, le comptable¹⁰⁹, l'expert, *etc.*, de l'une des parties. L'existence d'un tel lien ne constitue pas nécessairement une cause affectant l'indépendance de l'arbitre. Un tel lien doit assurément être révélé, et s'il crée un doute raisonnable, la récusation devient possible¹¹⁰, notamment dans le cas où l'arbitre a eu connaissance de l'affaire comme conseil ou comme avocat¹¹¹, voire s'il a connu des affaires autres que celle faisant l'objet de l'arbitrage ; tout dépend alors du volume d'affaires qui sont alors représentées et qui risquent d'affecter l'indépendance, autant d'esprit que pécuniaire, de l'arbitre, ou encore s'il exerce dans le même cabinet que l'avocat d'une partie¹¹². Par exemple, le fait pour un arbitre désigné d'avoir réalisé, au moins ponctuellement, des conseils ou des consultations à une partie (ou à un avocat) ne devrait pas pouvoir créer de manière automatique un doute raisonnable sur son indépendance¹¹³.

727. – Courant d'affaires. L'existence d'un lien d'intérêt est en effet une circonstance qui risque de troubler raisonnablement une partie. Tel est le cas d'une désignation habituelle d'un arbitre par une partie. Le cas est ici assez délicat : *a priori* le fait d'avoir été désigné, pour une précédente affaire par une partie n'est pas dirimant, à supposer que cette désignation préalable soit révélée¹¹⁴. La jurisprudence a cependant considéré que le fait d'être désigné non pas quelques fois, mais de manière systématique ou quasi systématique, dans des affaires globalement similaires, ce que l'on désigne comme un « arbitre maison », devait, évidemment, être révélé et pouvait créer un doute raisonnable dans l'esprit d'une partie en raison de la présence d'un « courant d'affaires »¹¹⁵ entre l'arbitre et une partie¹¹⁶.

¹⁰⁵Paris, 24 nov. 2002 : *JCP G* 2003, I, 164, obs. Ch. Seraglini ; *Rev. arb.* 2003, p. 445, note Ch. Belloc.

¹⁰⁶Paris, 12 janv. 1999 : *Rev. arb.* 1999, p. 380. – Cass. 2^e civ., 31 mars 1978 : *Rev. arb.* 1979, p. 457, note Ph. Fouchard.

¹⁰⁷Paris, 20 oct. 1994 : *Rev. arb.* 1996, p. 442, note Ph. Fouchard.

¹⁰⁸Versailles, 14 nov. 1996 : *Rev. arb.* 1997, p. 361, note A. Hory.

¹⁰⁹Cass. 2^e civ., 19 avr. 1985 : *Rev. arb.* 1986, p. 57, note Ch. Jarrosson.

¹¹⁰Paris, 23 mars 1995 : *RTD com.* 1995, p. 588, obs. E. Loquin.

¹¹¹Paris, 20 nov. 1997 : *Rev. arb.* 1999, p. 319. – Versailles, 14 nov. 1996, préc.

¹¹²Paris, 18 déc. 2008 : *Rev. arb.* 2011, p. 682.

¹¹³Cass. 1^{re} civ., 10 oct. 2012 : *JCP G* 2012, act. 1929, obs. M. Henry ; *JCP G* 2012, I, 1354, n° 1, obs. Ch. Seraglini (Paris, 10 mars 2011 : *Cah. arb.* 2011, p. 787, note M. Henry).

¹¹⁴Comp. Cass. 1^{re} civ., 16 mars 1999, *Qatar*, préc. – Paris, 28 oct. 1999 : *Rev. arb.* 2000, p. 299, note Ph. Grandjean.

¹¹⁵Paris, 29 janv. 2004 : *JCP G* 2004, I, 179, n° 5, obs. Ch. Seraglini ; *D.* 2004, pan. p. 3182, obs. Th. Clay ; *Rev. arb.* 2005, p. 709, note M. Henry. *Adde, cf.* Paris, 9 sept. 2010 : *D.* 2010, pan. p. 2934, obs. Th. Clay ; *Cah. arb.* 2010, p. 1169 ; *LPA* 2011, p. 17, note M. Henry. – Paris, 10 mars 2011 : *Cah. arb.* 2011, p. 787, note M. Henry.

¹¹⁶Cass. 2^e civ., 6 déc. 2001 : *Rev. arb.* 2003, p. 1231, note E. Gaillard ; *RTD com.* 2002, p. 657, obs. E. Loquin (cassation de Paris, 28 oct. 1999, préc.). – Paris, 28 nov. 2002 : *JCP G* 2003, I, 164, n° 3, obs. Ch. Seraglini. – Paris, 29 janv. 2004, préc. – Paris, 6 juill. 2004 : *D.* 2005, pan. p. 3050, obs. Th. Clay ; *Rev. arb.* 2004, 2005,

Dans une telle situation, c'est donc moins le caractère absolu ou renforcé de l'exigence d'indépendance qui est en jeu que la sincérité de la révélation à laquelle se soumet l'arbitre. Si, donc, rien n'interdit à une partie, ou son conseil, de nommer régulièrement un arbitre, il importe que cet arbitre révèle cette situation.

728. – Arbitrage « corporatif » ou « de qualité ». Le critère de l'indépendance de l'arbitre est cependant apprécié avec moins de sévérité dans les types d'arbitrages singuliers que sont les arbitrages « corporatifs » ou « de qualité », dans des secteurs spécifiques, surtout le domaine des matières premières ou agricoles, et en général organisés par des chambres d'arbitrage spécialisées. Les arbitres sont souvent des négociants, des courtiers, des agents, des ingénieurs, des experts, des avocats parfois, particulièrement connaisseurs de ces domaines, inscrits sur des listes dressées par ces centres, et pour des arbitrages portant en général sur des questions techniques de qualité de livraison. La rigueur imposée aux arbitres « ordinaires » n'est ici plus de mise dans la mesure où les arbitres sont, par nature, en relation voire en relation d'affaires avec les parties ou leurs avocats, lesquelles ne sont pas, par principe, de nature à caractériser un manque d'indépendance ou d'impartialité¹¹⁷, sauf à ce que des faits distincts particuliers permettent de suspecter l'absence d'indépendance. Par ailleurs, et comme toutes les situations de ce type, encore convient-il que le doute raisonnable soit invoqué en temps utile, c'est-à-dire dans le délai prévu par le règlement d'arbitrage ou le Code de procédure civile (art. 1456) sauf à être privé de la possibilité d'exercer utilement une action en annulation¹¹⁸.

b) L'impartialité de l'arbitre

729. – Impartialité. L'impartialité est un critère qui est, d'une part, très proche de l'indépendance, voire qui se confond avec lui défini comme une forme « d'indépendance d'esprit [...] indispensable à l'exercice du pouvoir juridictionnel »¹¹⁹, et qui, d'autre part, lorsqu'il s'agit de l'isoler, se présente de manière très subjective, voire intime, comme l'absence de préjugés à l'encontre d'une partie, ou à l'encontre d'un type de problèmes juridiques¹²⁰. Ce cas, essentiel, est cependant particulièrement subjectif, et, ce faisant, rarement invoqué seul¹²¹. Pourrait être considéré comme manquant d'impartialité l'arbitre qui a fait preuve d'animosité avec une partie ou son avocat ou inversement, a manifesté une opinion favorable à leur endroit¹²². Il s'agit alors de faire état des convictions personnelles, des

p. 709, note M. Henry. – Paris, 10 févr. 2005 : *Rev. arb.* 2005, p. 709, note M. Henry. – Arbitrage international, mais non récusation : Paris, 17 févr. 2005 : *Rev. arb.* 2005, p. 709, note crit. M. Henry. – Cass. 1^{re} civ., 20 oct. 2010, nos 09-68.997 et 09-68.131 : *JCP G* 2010, 2011, I, 1286, obs. Ch. Seraglini ; *D.* 2010, pan. p. 2933, obs. Th. Clay ; *LPA* 2011, p. 17, note M. Henry : « Le caractère systématique de la désignation d'une personne donnée par les sociétés d'un même groupe, sa fréquence et sa régularité sur une longue période, dans des contrats comparables, ont créé les conditions d'un courant d'affaires entre cette personne et les sociétés du groupe partie à la procédure », imposant une obligation de révélation.

¹¹⁷Paris, 27 juin 2002 : *Rev. arb.* 2003, p. 427, note C. Legros. – TGI Paris, 28 oct. 1988, 14 juin 1989, 29 juin 1989 et 15 juill. 1989 : *Rev. arb.* 1990, p. 497.

¹¹⁸Cass. 1^{re} civ., 19 déc. 2012, n° 10-27.474 : *Procédures* 2013, comm. 45, obs. L. Weiller.

¹¹⁹Paris, 14 déc. 2019, *SA des Galeries Lafayette et a. c/ BNP Paribas Personal Finance et a.* : *Rev. arb.* 2019, p. 1209, confirmé par Cass. 1^{re} civ, 31 mars 2021, n° 20-14.536.

¹²⁰Cf. K. El Chazli, *L'impartialité de l'arbitre*, LGDJ, 2020 ; V. aussi : M. Henry, *Le devoir d'indépendance de l'arbitre*, LGDJ, 2001.

¹²¹Cf. G. B. Born, *International Commercial Arbitration*, vol. II : *International Arbitral Procedure*, op. cit., p. 1878 (propos racistes).

¹²²V. par ex., au sujet d'une motivation considérée comme vexatoire : Cass. 2^e civ., 14 sept. 2006, n° 04-20.524 : *JCP* 2006, p. 2177, note R. Kessous *D.* 2006. 2346 ; *ibid.* 2007, p. 896, chr.. V. Vigneau ; *AJD* 2006, p. 932, obs.

sentiments, des opinions de l'arbitre. De manière à rendre ce critère plus objectif, l'impartialité se manifeste comme un ensemble d'éléments présentant les apparences d'une partialité, que l'arbitre ait, ou non, manifesté quelque opinion permettant d'identifier un préjugé, susceptible de faire naître un doute raisonnable sur l'impartialité de l'arbitre.

D'une manière générale d'ailleurs, que l'on considère que les deux exigences d'indépendance et d'impartialité se conjuguent ou se distinguent, il demeure que la dernière est, certes, plus difficile à établir, mais pour cette raison, est au moins aussi importante que la première dans la mesure où il s'agit d'une logique fondée sur un soupçon, latent, susceptible de dégénérer en un sentiment d'injustice profond. Présenter l'ensemble sous les auspices de l'exigence d'indépendance ne doit pas, en effet, rendre moins visibles les éléments susceptibles de caractériser, dans son sens subjectif, l'exigence spécifique d'impartialité.

L'impartialité est une question de caractère : est impartial, dans une conception « pure » qui n'est pas celle que retient le droit de l'arbitrage, l'arbitre qui résiste aux tentations de la partialité, mais ne s'en remet qu'à la qualité des arguments développés par la partie, sans souci d'intérêts passés ou à venir (cette conception est d'ailleurs tout aussi bien celle de l'exigence d'indépendance) ou de sympathie/antipathie à l'endroit d'une partie ou de ses conseils. Mais est également impartial celui qui, indépendamment de ses sentiments à l'endroit des parties, demeure neutre au regard du litige lui-même. Dans les deux cas toutefois, la partialité peut se manifester par le comportement de l'arbitre ou dans ses propos à l'endroit des parties, créant un sentiment diffus ou aigu chez une ou les parties. Outre la proximité avec l'exigence d'indépendance, l'impartialité peut être confondue avec une exigence de neutralité et d'objectivité. En tout état de cause, le « défaut d'impartialité doit résulter de faits précis et vérifiables de nature à faire naître un doute raisonnable sur cette impartialité »¹²³.

730. – Neutralité. La question de la neutralité apparaît par exemple en termes de communauté de culture, pas uniquement juridique d'ailleurs, entre un arbitre et une partie, notamment dans un arbitrage international, qui conduit d'ailleurs souvent à choisir des arbitres d'une autre nationalité (mais peut-être devrait-on pousser à l'hypothèse d'une autre culture, prise en termes sociaux ou religieux par exemple¹²⁴) que celles des parties, du moins si cette différence présente un intérêt. C'est d'ailleurs l'une des différences majeures existant entre le recours à un juge étatique, souvent celui de l'une des parties et à l'arbitrage international. Dans une situation de conflit d'intérêts cependant, seule la partialité fondée sur une communauté ou une divergence d'intérêts apparaît¹²⁵.

F. Bérenger ; *Procédures* 2006, n° 11, p. 14, obs. R. Perrot.

¹²³Paris, 14 déc. 2019, *GLF et alii c/ BNP et alii*, préc. ; dans le même sens, même si certains préjugés ou partis pris, comme la nationalité, l'environnement social, culturel ou juridique de l'arbitre, peuvent affecter son impartialité, encore faut-il qu'il existe un « doute raisonnable » à son sujet, « de telle sorte que l'appréciation de ce défaut soit procéder d'une démarche objective » (Paris, 5-16, 16 févr. 2021, n° 18/16695, *Grenwich*, préc., Paris, 2 mars 2021, n° 18/16891, *Rotana*, Dalloz actualité, 30 avr. 2021, obs. J. Jourdan-Marques).

¹²⁴V. en ce sens, Paris, 5-16, 16 févr. 2021, n° 18/16695 *Grenwich* : Dalloz Actualité, 30 avr ; 2021, obs. J. Jourdan Marques : « l'impartialité de l'arbitre suppose l'absence de préjugés ou de partis pris susceptibles d'affecter le jugement de l'arbitre, lesquels peuvent résulter de multiples facteurs tels que la nationalité de l'arbitre, son environnement social, culturel ou juridique ».

¹²⁵Cf. C. Castres Saint-Martin, *Les conflits d'intérêts en arbitrage commercial international*, L'Harmattan, 2016. – F.-X. Train, *Mode d'exercice de l'activité d'arbitre et conflits d'intérêts ?* : *Rev. arb.* 2012, p. 725.

731. – Dans tous les cas cependant, si l'exigence d'impartialité est nécessaire¹²⁶, elle ne l'est qu'en tant qu'elle permet de se prémunir de la partialité, et non comme technique d'identification de l'arbitre parfait¹²⁷. Du reste, une partie suspectera, de manière presque automatique, le coarbitre désigné par l'autre partie, présumant que ce dernier n'est pas impartial, alors qu'il devrait l'être, tout en considérant, de manière étrangement asymétrique, et presque aussi automatiquement, que celui qu'il a désigné est, lui, impartial.

732. – Cas types d'impartialité. Les cas types d'impartialité sont assez difficiles à identifier, dans la mesure où il s'agit d'une situation subjective. Il en résulte que deux situations se présentant de la même manière peuvent avoir une incidence radicalement différente sur l'appréciation de l'impartialité de l'arbitre.

733. – Liste rouge. Les cas des deux listes rouges des *IBA Rules* (2014) par exemple offrent des situations que l'arbitre doit révéler et qui sont, pour ceux de la liste susceptible de renonciation, de nature à créer un doute raisonnable dans l'esprit d'une partie. Le fait pour un arbitre d'être désigné dans deux arbitrages visant la même affaire, ou correspondant à des problèmes connexes ou en relation pose de notre point de vue par exemple une difficulté majeure¹²⁸ qu'ils soient successifs ou concomitants, dans la mesure où une partie peut raisonnablement estimer que cela risque de créer, au minimum, un défaut de recul nécessaire pour apprécier, au moins, l'une des deux affaires, de même que le fait d'être désigné assez systématiquement, c'est-à-dire dans une forte proportion, par une partie comme arbitre dans des litiges récurrents. À l'inverse donc, le fait pour un arbitre d'être désigné par une même partie (ou un même conseil ?), à plusieurs reprises, pour des faits, des problèmes juridiques distincts ou encore sans relations de cause à effet entre elles¹²⁹ ne devrait pas poser de difficulté particulière ou *per se*.

734. – Connaissance du litige. De même pose difficulté le fait pour l'arbitre d'avoir eu à connaître du litige, avant que l'arbitrage n'ait débuté, comme consultant ou comme avocat¹³⁰ ou encore le fait d'avoir manifesté publiquement un avis positif ou, au contraire, négatif, sur l'affaire ou de nourrir de manière publique, ostensible ou connue, une affection ou une hostilité manifeste à l'endroit d'une partie ou de son conseil, par exemple en raison d'un litige entre eux, situation que l'affaire *Tapie* a par exemple vu naître, mais encore des situations de « procès bâillon »¹³¹.

¹²⁶Comp. dans « l'affaire *Tapie* » (et *V. supra*, n° 171), où est affirmée que l'impartialité est de « l'essence même de la fonction arbitrale » (Paris, 17 févr. 2015, n° 13/13278, *Sté CDR créances c/ Tapie et a.* : *Rev. arb.* 2015, p. 832, note P. Mayer ; *JCP G* 2015, 289, p. 474, note S. Bollée ; *Procédures* 2015, n° 4, étude 4, L. Weiller ; *D.* 2015, p. 1253, note D. Mouralis ; *Cah. arb.* 2015, n° 2, p. 281, note A. de Fontmichel ; *Bull. ASA* 2016, p. 207, note M. Henry).

¹²⁷Comp. (cité par K. El Chazli, *L'impartialité de l'arbitre*, *op. cit.* n° 15) le Southern District of New York, 30 juin 2014, *Zurich American Insurance Company v. Team Tankers A.S.*, n° 13cv8404), qui a jugé d'un recours contre une sentence, à propos de laquelle il était reproché à l'arbitre de ne pas avoir divulgué une tumeur au cerveau, que : « Any number of matters – brain tumors, substance issues, marital problems, lack of sleep – might affect an arbitrator's concentration or faculties. Parties are entitled to unbiased and uncorrupted arbitrators (...), not perfect arbitrators ».

¹²⁸*V.* Paris, 28 nov. 2002 : *JCP G* 2003, I, 164, n° 3, obs. Ch. Seraglini ; *Rev. arb.* 2003, p. 445, note C. Belloc.

¹²⁹Paris, 14 oct. 1993 : *D.* 1994, p. 446, note E. Loquin ; *Rev. arb.* 1994, p. 234, note P. Bellet. – Paris, 12 janv. 1996 : *Rev. arb.* 1996, p. 428, note Ph. Fouchard.

¹³⁰Versailles, 14 nov. 1996, préc.

¹³¹Th. Clay, obs. ss Paris, 18 mars 2005 : *D.* 2005, pan. p. 3057.

735. – Double-hat dilemma. En revanche, la question du « conflit de problèmes juridiques » dit aussi *double-hat dilemma*¹³², est plus difficile à cerner. Il s'agit de la situation dans laquelle un arbitre siège pour trancher un problème juridique particulier, alors qu'il intervient dans une autre affaire, comme conseil d'une partie devant des arbitres ou des juges qui ont à trancher le même problème juridique. Elle peut poser difficulté, en raison du doute qui pourrait surgir dans l'esprit d'une partie quant à sa capacité à estimer de manière impartiale le cas à juger. Il semble que des institutions arbitrales, du moins sur le terrain de l'arbitrage d'investissements qui est plus exigeant encore que pour l'arbitrage commercial, se sont saisies du problème en proposant des solutions et en imposant certaines exigences dans ces situations¹³³.

736. – Cas des « relations ». Plus ambiguë est la situation dans laquelle l'arbitre et un conseil, ou une partie, sont en relation, autre que celle pouvant établir une situation de dépendance, et ont une relation « d'amitié ». La relation « d'amitié » peut en effet être à géométrie variable. On peut écarter le cas dans lequel ils nouent un lien purement électronique, par exemple à travers un réseau social¹³⁴. Des liens d'amitié réelle sont plus rares, mais dans ce cas, le fait que deux personnes « amies » soient désignées ou soient l'une le conseil (ou partie, situation encore plus rare) et l'autre arbitre, dans un arbitrage constitue-t-il un risque de partialité de nature à devoir être révélé parce que risquant de créer dans l'esprit d'une partie qui le découvrirait un doute raisonnable en raison d'un lien, ici intellectuel ? La question mérite d'être posée. Certains amis sont plus proches que des parents mais, dans le même temps, l'amitié réelle permet, précisément, de « se dire les choses » de manière franche sans affecter cette amitié.

De même, ne devrait pas poser de difficulté le fait que les arbitres aient, entre eux, ou avec un conseil ou une partie des relations liées à une participation à une activité professionnelle, par le biais d'un syndicat par exemple, ou participent à une même association ou activité de nature sociale, politique ou religieuse. Un tribunal arbitral comprenant des avocats, des comptables ou des anciens magistrats ou des professeurs de droit par exemple laisse supposer qu'ils ont pu se rencontrer de manière physique ou intellectuelle, mais il n'en résulte pas, par nature, une relation « d'amitié », de connivence, quand bien même des relations cordiales, amicales mêmes soient développées entre eux. D'ailleurs, les arbitres sont souvent considérés comme appartenant au « petit monde » de l'arbitrage où tous écrivent, se lisent, participent à des conférences, des arbitrages simulés ou des rencontres professionnelles.

737. – Comportement de l'arbitre. Complexe également est l'appréciation générale du comportement du tribunal arbitral, en tant que celui-ci serait la manifestation d'une forme de partialité, par exemple le fait d'adopter un comportement contradictoire¹³⁵, ou encore de traiter de manière différente les écritures des parties¹³⁶.

¹³²N. Blackaby et C. Partasides, *Redfern and Hunter on International arbitration*, Oxford University Press, 6^e éd., 2015, spéc. n° 4.132; 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. Avocat arbitre et avocat conseil : CAPJIA 2019*, n° 4, p. 637, spéc. p. 643.

¹³³V. à ce sujet l'initiative d'un code préparé conjointement par le CIRDI et la CNUDCI : *Draft ICSID-UNCITRAL Code of conduct*, en date du 19 avril 2021 (<https://uncitral.un.org/en/codeofconduct>)

¹³⁴V. *infra*, n° 738.

¹³⁵V. Paris, 17 déc. 2019, n° 17/23073 : *Dalloz actualité*, 6 avr. 2020, obs. W. Brillat-Capello (pas d'annulation).

¹³⁶V. Cass. 1^{re} civ., 19 déc. 2018, n° 17-22.056 : *Dalloz actualité*, 28 janv. 2019, obs. A. Bolze (citation de plusieurs

Encart 24

Relations sociales et impartialité de l'arbitre

738. – La difficulté de saisir la notion d'impartialité tient au fait qu'elle se présente de manière positive, optimiste même : l'arbitre *doit être* impartial ; ce qui est attendu est un arbitre impartial, tandis que c'est la partialité, à démontrer, qui est sanctionnée. Or, entre l'arbitre abstraitement impartial et l'arbitre partial sanctionnable, il existe un espace, difficile à appréhender et qui tient au fait que l'arbitre n'est pas enfermé dans un bocal. Au contraire, il est choisi par les parties pour toute une série de raisons, dont sa compétence, sa réputation, sa renommée, *etc.* Or, ces éléments ne peuvent être connus des parties que par l'insertion de l'arbitre et des parties (ou plus sûrement leur conseil) dans un milieu social, un cercle d'amitié, d'inimitié, d'expériences plus ou moins heureuses, de relations professionnelles ou extraprofessionnelles, académiques, religieuses, associatives, philosophiques, de coups du sort, *etc.* Bref, on choisit rarement un arbitre au hasard, mais parce qu'on le connaît ou qu'il est connu, c'est-à-dire, entre la relation et la réputation, une infinité de situations dont on peut esquisser quelques traits, dont ceux de l'« arbitre ami », ceux de l'« arbitre ennemi », de l'arbitre amoureux ou encore de l'arbitre distrait, disons « endormi », voire ceux de l'arbitre particulièrement investi dans son environnement social.

1. L'arbitre ami : amitié et impartialité, un duo impossible ?

739. – Être ami hier et aujourd'hui ? On peut penser qu'une relation amicale est affaire d'intérêts – on parle de « rendre un service d'ami » et, en droit civil, les « contrats d'amis » comme le prêt, le dépôt, le mandat, sont par nature gratuits – et empêcherait donc une relation « arbitrale », notamment entre une partie / son conseil et « son » arbitre. La question pourrait pareillement se poser au sein même du tribunal arbitral alors que deux, voire les trois arbitres nourrissent des liens qui vont au-delà de l'estime, d'amitié.

740. – Dès lors, l'amitié est-elle, doit-elle, peut-elle être vraiment et nécessairement désintéressée ? Montaigne, en penseur de la question, y voyait un lien entre deux âmes, au-delà des circonstances ou de l'utilité, si profond que sa couture finit par s'effacer¹³⁷. Un autre philosophe contemporain, qui rappelait que Socrate la voyait nécessaire à la construction de la cité¹³⁸, parlait d'une affinité « libre de tous les délires, toutes les

pages des écritures d'une partie, simple visa de celles de l'autre).

¹³⁷Montaigne, *Essais*, Chapitre XXVII, *De l'Amitié*, 1595.

¹³⁸H. Arendt (*Vies politiques*, 1955), partant de « l'importance politique de l'amitié » chez les Grecs, voyait justement dans celle-ci le seul lieu où peut s'exercer, sans influence, « l'antique vertu de la modération », le désir de la confrontation sincère et un espace où comprendre l'autre : par le dialogue et le parler-ensemble, Arendt distinguait ainsi l'amitié de l'intimité (où les âmes individuelles parlent d'elles-mêmes).

souffrances et haines de la passion », qui « suppose une relation équilibrée, un échange à peu près symétrique et surtout désintéressé », au contraire des groupes d'intérêts et autres lobbies¹³⁹. Ainsi, l'amitié réelle rimerait avec liberté et sincérité et exclurait toute forme de déséquilibre ou d'intérêts pécuniaires. Il est vrai qu'une véritable amitié implique de pouvoir tout dire, y compris les choses qui fâchent, même si c'est avec délicatesse. Mais, à la difficulté de percer ce concept, s'ajoute l'irruption d'un nouveau modèle d'« amitié » : les réseaux sociaux. Deux personnes « amies » sur les réseaux sociaux le sont-elles, en fait, au sens classique du terme ? Au-delà de son aspect sociologique, une telle question trouve un intérêt sur le plan juridique, notamment en matière de conflits d'intérêts et défaut d'impartialité. La jurisprudence s'est d'ailleurs prononcée sur ce point en décidant qu'une telle amitié virtuelle n'impliquait pas en soi une relation au sens classique du terme, le réseau social étant uniquement un moyen de communication entre des personnes partageant les mêmes centres d'intérêt ou la même profession¹⁴⁰.

741. – La révélation du lien amical. L'existence d'une amitié entre l'arbitre et l'une des parties ou son conseil, ou entre arbitres, n'est pas en soi une cause de récusation : tout dépend des circonstances de l'espèce. Certaines normes prévoient l'obligation pour l'arbitre de révéler le lien amical perçu comme susceptible de créer, aux yeux des parties, un doute sur l'impartialité de l'arbitre¹⁴¹. En revanche, le silence des parties vaut acceptation et renonciation à s'en prévaloir comme cause de récusation¹⁴². La jurisprudence française reste fluctuante sur ce point, et notamment si la relation, amicale ou non, mais ayant entraîné des désignations répétées, doit faire l'objet d'une révélation¹⁴³. Selon les lignes directrices de l'IBA (2014), la réticence de l'arbitre, ici à révéler un lien d'amitié, ne présume pas sa partialité et par conséquent ne conduit pas automatiquement à sa récusation¹⁴⁴.

2. L'arbitre adverse : connaît ton adversaire ?

742. – Incidence sur l'impartialité. L'inimitié figure, selon la liste « orange » des lignes directrices de l'IBA (2014), parmi les circonstances que l'arbitre est tenu de révéler au moment de sa déclaration d'indépendance et

¹³⁹M. Serres et M. Polacco, *De l'amitié aujourd'hui*, Le Pommier, 2017, p. 18-19.

¹⁴⁰Cass. 2^e civ., 5 janv. 2017, n° 16-12.394 : D. 2017, p. 208, note P.-Y. Gautier : il s'agit en l'espèce d'une demande de récusation introduite par un avocat mis en cause dans une procédure disciplinaire contre les avocats composant la juridiction disciplinaire sous prétexte que ceux-ci étaient « amis » sur un réseau social. V. aussi Paris, 10 mars 2011, n°s 09/28537 et 09/28540, *EURL Tesco c/ Neoelectra Group* : recours en annulation de la sentence au motif que le président du tribunal et le conseil de l'une des parties sont des « amis » sur Facebook. Cependant, la cour ne se prononce pas sur ce point au motif que le lien a été créé postérieurement au prononcé de la sentence.

¹⁴¹L'amitié figure dans la liste « Orange » à l'article 3.3.6 des Lignes directrices de l'IBA sur les conflits d'intérêts dans l'arbitrage international (2014).

¹⁴²Lignes directrices de l'IBA, préc., Partie II « Application pratique des principes généraux », pt 3.

¹⁴³Cass. 2^e civ., 6 déc. 2001 : *Rev. arb.* 2003, p. 1240, note E. Gaillard (non-révélation et non-annulation) ; en sens contraire (annulation) : Paris, 29 janv. 2004 : *Rev. arb.* 2005, p. 720, note M. Henry.

¹⁴⁴Lignes directrices de l'IBA (2020), préc., Partie II « Application pratique des principes généraux », pt 5.

d'impartialité¹⁴⁵. En revanche, telle amitié, inimitié opposant l'arbitre et l'une des parties ou son conseil ne serait pas en soi une cause de récusation et son incidence sur l'impartialité doit être appréciée *in concreto*¹⁴⁶. Dans tous les cas, l'arbitre a l'obligation de révéler l'existence d'une telle inimitié, mais le silence des parties vaut acceptation de la nomination¹⁴⁷.

743. – Applications. Dans ce domaine, comme dans d'autres, les parties ont pu faire preuve de créativité, parfois à des fins dilatoires, et notamment concernant les motifs de récusation. Ainsi, une partie a tenté de récuser un arbitre en faisant valoir que ce dernier a participé à un colloque organisé par un syndicat connu pour son inimitié « professionnelle » à son égard¹⁴⁸. Par ailleurs, se pose la question de savoir si l'inimitié politique entre deux États, l'État partie à l'arbitrage et l'État dont l'arbitre est le ressortissant, peut remettre en cause l'impartialité de ce dernier. Par exemple, un État, partie à un arbitrage, est-il fondé à demander la récusation d'un arbitre en faisant valoir que ce dernier est le ressortissant d'un État contre lequel il est en guerre ? Enfin, outre l'inimitié « politique », rien n'interdit de penser que certains ne pourraient pas soulever l'inimitié « amoureuse », celle issue d'une relation, autrefois sentimentale, mais qui aurait mal tourné.

3. L'arbitre amoureux : pour le meilleur et le moins bon

744. – Situation à double tranchant. L'existence d'une relation amoureuse entre l'arbitre et l'une des parties ou son conseil peut être à la fois cause de complicité ou au contraire d'inimitié. Dans tous les cas, elle est susceptible de créer un doute sur l'impartialité de l'arbitre. S'il est parfois difficile, pour les personnalités connues, de distinguer entre leurs sphères privée et publique, de telles circonstances sentimentales sont aussi délicates pour les arbitres, stars ou non du monde arbitral.

745. – Incidence sur l'impartialité. Dans une affaire, un peu salace, rapportée au *Wall Street Journal*¹⁴⁹, un arbitre a été récusé pour avoir passé deux nuits au cours de la procédure arbitrale avec l'avocate de la partie ayant prévalu à l'arbitrage. Ici, la partialité de l'arbitre se manifeste par une affinité, indirecte, entre l'arbitre et l'une des parties, rendant *a priori* le premier plus « à l'écoute » des demandes de la seconde. À l'inverse, dans une affaire rapportée par le professeur Fouchard¹⁵⁰, la partie avec laquelle l'arbitre avait

¹⁴⁵Lignes directrices de l'IBA (2020), art. 3.3.6, préc.

¹⁴⁶Lignes directrices de l'IBA (2020), préc., pt 3 : « La Liste Orange est une liste non exhaustive des situations spécifiques qui, selon les faits présentés, peuvent, selon les parties, susciter des doutes quant à l'impartialité ou l'indépendance de l'arbitre ».

¹⁴⁷Sur la sanction du manquement à l'obligation de révélation, V. *infra*, n° 780.

¹⁴⁸Cass. 1^{re} civ., 4 juill. 2012, n° 11-19.624 : *RJ com.* 2013, p. 31, note B. Moreau ; *D.* 2012, p. 2425, note Le Bars ; *D.* 2012, pan. p. 2991, obs. Clay.

¹⁴⁹Report on the Mission Insurance case, *The Wall Street Journal*, 14 févr. 1990, in J. Lew et L. Mistelis, *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2003, p. 264.

¹⁵⁰V. TGI Paris, ord. réf., 19 déc. 1999, inédit, cité in Ph. Fouchard, *Le statut de l'arbitre dans la jurisprudence française* : *Rev. arb.* 1996, p. 325-372, spéc. p. 342, n° 33.

entretenu une relation amoureuse dans le passé a demandé la récusation de ce dernier. Bien qu'en l'espèce la demande n'ait pas abouti en raison de sa tardiveté, le juge n'a pas manqué de préciser qu'une telle relation a pu faire naître une inimitié qui « aurait pu expliquer une abstention de l'arbitre »¹⁵¹.

4. L'arbitre endormi : jusqu'où peut-on avoir l'esprit ailleurs ?

746. – Spécificité par rapport aux autres éléments. Cet élément ne concerne pas le cercle social de l'arbitre mais l'attitude de l'arbitre au cours de l'audience. Le comportement est en effet susceptible de poser, tout comme les traits de caractère, un problème d'impartialité mais aussi de procès équitable en considérant que l'arbitre, qui s'endormirait, au sens propre comme figuré, au cours de l'audience, n'a pas dûment entendu la partie. La distraction de l'arbitre peut reposer sur des causes multiples, correspondant à une situation d'indisponibilité de l'esprit : l'arbitre amoureux (mais d'une personne autre qu'un autre arbitre ou un[e] avocat[e]), situation plus ordinaire), l'arbitre qui rencontre un souci, de santé, pour lui ou l'un de ses proches, toutes ces petites ou lourdes choses de la vie qui pèsent sur tout un chacun, parfois durablement, au point d'en rendre l'arbitre distrait, voire absent.

747. – Incidence sur l'impartialité. La question s'est notamment posée devant le juge allemand¹⁵² mais le recours a échoué pour manque de preuve de partialité. En effet, il ne suffit pas de prouver que l'arbitre s'est effectivement endormi durant l'audience, encore faut-il qu'une telle attitude ait engendré un manque d'impartialité (un manque d'intérêt pour les arguments d'une partie en particulier). Le seul fait de s'endormir ne serait donc pas en soi un fondement pour récuser un arbitre (ou obtenir l'annulation de la sentence sur cette base) : le manque de partialité ne serait caractérisé que lorsque la partie qui s'estime lésée prouve en quoi cette attitude a avantage son adversaire. On peut toutefois s'interroger sur le respect du débat contradictoire et du droit à un procès équitable par l'arbitre assoupi. Finalement, pour tenter de remédier au risque de voir un arbitre s'endormir durant l'audience, il serait possible de tenter, outre les techniques contre la *zoom-fatigue* (V. *supra*, n° 1249) d'en choisir un qui vit sous les mêmes latitudes et qui n'aura pas à subir de décalage horaire, ce qui renvoie à ses caractéristiques géographiques, de domicile et donc nationales.

5. L'arbitre et son cercle social

748. – Que dire enfin de l'arbitre investi, dans une association, dans un culte, dans la vie politique, littéraire, médiatique, sociale ? C'est souvent un

¹⁵¹*Ibid.*

¹⁵²*Tamara Smolchek and Meri Ramazio v. Merrill Lynch, Pierce, Fenner & Smith, Inc.*, FINRA Case n° 10-04432. – Cour régionale de Karlsruhe, n° 146, *H c/ F in liquidation*, aff. n° 9 Sch 2/09, 4 janv. 2012 et Cour fédérale de justice de l'Allemagne, aff. n° III ZB 8/12, 20 déc. 2012 : *Yearbook Commercial Arbitration*, vol. 38, 2013, p. 379-383 ; V. aussi un recours en annulation devant les tribunaux fédéraux US contre une sentence ICDR : *Vantage Deepwater Co. and alii v. Petrobas and alii*, US District Court for the Southern District of Texas Houston Division (Case n° 4 :18-cv-02246), p. 13.

non-dit très important de l'arbitrage : comment une partie pourrait-elle ne pas soupçonner tel arbitre, connu pour ses opinions ou relations politiques, de ne pas être, au minimum, bienveillant à l'endroit d'une partie qui correspondrait à celles-ci ? La difficulté ici tient au caractère notoire des relations d'un arbitre alors que tout arbitre, tout avocat, tout conseil, toute personne, a des positions morales, philosophiques, politiques, etc. Or, nul ne peut prétendre sonder les âmes bien entendu : l'arbitre discret n'est pas moins le prisonnier de ses convictions que l'arbitre investi. Encore autre est la situation dans laquelle toutes les parties admettent une logique de partialité. Un exemple très connu des spécialistes de l'arbitrage¹⁵³ tient à un cas anglais, dans lequel une procédure d'arbitrage était organisée dans une même communauté religieuse, de telle manière que les arbitres étaient censés avoir la même religion (V. *supra*, n° 696). Une clause compromissoire précisait que « all arbitrators must be members of the Ismaili community and holders of high office within the community », sans qu'*in fine* sa validité n'ait été remise en cause.

4° Le contrôle des exigences d'indépendance et d'impartialité

749. – Preuve, prévention et traitement du défaut d'indépendance et d'impartialité. Comme pour toute règle de droit, la technique de « contrôle », de « sanction » se pose de plusieurs manières, subjective et indemnitaire et/ou objective et portant sur les actes en résultant, de manière préventive ou curative.

Par ailleurs, la question de savoir sur qui pèse la charge de la preuve de l'indépendance ou de l'impartialité, ou l'inverse, est essentielle. Par exemple, aux États-Unis, et avant la révision en 2004 du *Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes*, de l'*American Arbitration Association*, les arbitres désignés par les parties étaient présumés « non neutre », solution désormais révisée qui considère comme présumés neutres tous les arbitres y compris les arbitres désignés par les parties, ce qui est la solution en général retenue, de sorte que la répartition des techniques permettant de parvenir à cerner les qualités d'indépendance et d'impartialité doit être saisie.

L'importance de la règle, mais aussi la circonstance que l'arbitrage est un objet de droit particulier, organisé et saisi par des juristes, aboutit à un ensemble de mécanismes qui envisagent, pratiquement, toutes ces facettes, à travers l'obligation de révélation de l'arbitre (a) et les mécanismes de sanction (b).

a) L'obligation de révélation de l'arbitre

750. – Prévention : l'obligation de révélation. Si le droit français de l'arbitrage, à la différence de nombre d'autres, ou de la plupart des règlements d'arbitrage ou encore des *IBA Rules* (2014) (V. *supra*, n° 720) ne propose pas une exigence générale et de principe d'indépendance et d'impartialité, elle découle cependant de la formulation de l'article 1456 du Code de procédure civile, associée à l'obligation de révélation, dont le renforcement, en jurisprudence, remonte à la fin des années 1990

¹⁵³UK Court of appeal, 22 juin 2010 ; UK Supreme Court, 27 juill. 2011 : *Rev. arb.* 2011, p. 1007, note J.-B. Racine.

(V. *supra*, n° 715) et qui fonde l'exigence de transparence en la matière : « Il appartient à l'arbitre, avant d'accepter sa mission, de révéler toute circonstance susceptible d'affecter son indépendance et son impartialité. Il lui est également fait obligation de révéler sans délai toute circonstance de même nature qui pourrait naître après l'acceptation de sa mission ».

Il en résulte que l'exigence d'indépendance et d'impartialité se présente comme une « obligation » légale, ou un devoir, comme on préférera (puisque non encore contractuel), dont l'objet correspond aux éléments qui sont de nature à affecter le sentiment d'indépendance et d'impartialité qui pourrait naître chez l'une ou l'autre des parties, à travers le standard du « doute raisonnable », loin donc des seules causes énumérées par l'article 341 du Code de procédure civile applicable aux hypothèses de récusation d'un juge étatique français.

751. – Désignation de l'arbitre. Par conséquent, en principe, la désignation de l'arbitre, précédée de l'exécution de l'obligation de révélation, est effective dès l'acceptation de sa mission. En effet, cette obligation de révélation est une véritable mesure de prévention, en ce sens qu'elle n'est pas confondue avec des sanctions de celle-ci, ou avec des logiques procédurales : ainsi, une partie qui aurait, réellement ou de manière dilatoire, des doutes raisonnables à faire valoir ne peut profiter de cette séquence particulière pour opposer une sorte de veto à la désignation de l'arbitre, ce qui, de manière répétée, aboutirait à paralyser la constitution du tribunal arbitral. Il s'agit d'ailleurs d'une formule conforme à la loi-type CNUDCI (2006) (art. 12 et 13).

Or, c'était précisément la situation que pouvait susciter, avant 2011, la formulation de l'ancien article 1452, alinéa 2 du Code de procédure civile, dans la mesure où l'arbitre, dans cette situation, devait obtenir l'accord de toutes les parties, subordonnant donc la constitution du tribunal arbitral à cet accord, peu important alors la consistance de ces doutes. Depuis 2011, cette séquence est déconnectée de la constitution du tribunal arbitral : « La difficulté est réglée par la personne chargée d'organiser l'arbitrage ou, à défaut, tranchée par le juge d'appui saisi dans le mois qui suit la révélation de l'arbitre » (CPC, art. 1456, al. 3), à moins que la récusation ne soit le résultat du « consentement unanime des parties » (CPC, art. 1458).

La partie qui éprouverait des doutes devrait, naturellement, s'opposer à cette désignation, sans que cette opposition présente, donc, d'effet immédiat : cette partie devra mettre en œuvre, devant un juge étatique ou le centre d'arbitrage, l'une des sanctions proposées (V. *infra*, n° 780) ; à défaut, elle serait privée de la possibilité de contester la sentence ensuite rendue (V. CPC, art. 1466 et *infra*, n° 1517).

Si l'arbitre est donc désigné par l'acceptation de sa mission, précédée de l'exécution de l'obligation de révélation, il demeure que bien des règlements d'arbitrage proposent des aménagements à cette procédure. Il est souvent prévu en effet que l'institution d'arbitrage se réserve la possibilité de « nommer » et/ou confirmer la désignation de l'arbitre¹⁵⁴ et que les difficultés posées en termes d'indépendance et d'impartialité soient tranchées par un organe particulier créé à cet effet par l'institution d'arbitrage, souvent une « commission d'arbitrage ».

752. – Étendue de l'obligation de révélation : déclaration d'indépendance et d'impartialité. La généralité des procédés retenus, qu'il s'agisse de la méthode des standards, comme celle du droit français, ou celle des « listes » comme dans les *IBA Rules* (2014), aboutit globalement à la même solution, une forme d'objectivation des

¹⁵⁴V. Règl. CCI (2021), art. 13.2 ; Règl. LCIA (2020), art. 7.1 ; Règl. CMAP, art. 13.2.

éléments qui, en pratique, se traduiront par une déclaration d'indépendance et d'impartialité, éventuellement corrigée ou amendée au cours du déroulement de l'arbitrage. L'exercice est délicat : l'arbitre doit en effet tenter un effort d'empathie pour identifier les cas qui, dans l'esprit des parties, pourraient ou bien affecter son indépendance ou son impartialité ou bien au contraire les rassurer sur ces points : « Toute circonstance de nature à affecter le jugement de celui-ci et provoquer, dans l'esprit des parties, un doute raisonnable » sur cette indépendance ou cette impartialité¹⁵⁵. Pris au pied de la lettre, l'exercice pourrait se transformer, même pour un arbitre tentant de se placer dans la situation d'une partie « raisonnable », en un exercice sinon impossible (« toute circonstance ») parce que, par nature, l'exhaustivité est inatteignable, en tout cas fastidieuse¹⁵⁶.

753. – Objectivation de l'obligation de révélation. L'objectivation de l'obligation conduit cependant la jurisprudence à limiter l'obligation ou, plus exactement, à la préciser.

En premier, si l'arbitre n'a, *a priori*, rien à révéler (c'est par ex. la première désignation de l'arbitre dans ce type de fonction), doit-il se soumettre à cette obligation de révélation ? Si la jurisprudence est hésitante¹⁵⁷, on peut raisonnablement penser que, même de manière sobre, une telle déclaration s'impose, ne serait-ce que pour que l'arbitre s'impose une forme d'introspection.

En second, la déclaration doit avoir pour objet les circonstances affectant l'indépendance et l'impartialité. Si la jurisprudence insiste, en matière d'exigence d'indépendance, sur les circonstances identifiant un « lien d'intérêts » ou un « courant d'affaires »¹⁵⁸, on peut saisir cette exigence de manière étroite (seules les circonstances identifiant un tel courant d'affaires doivent être révélées) ou large (les circonstances, *notamment* identifiant un courant d'affaires doivent être révélées) qui peut s'étendre à des éléments beaucoup plus subjectifs. Les partisans de la conception stricte de la révélation font valoir que la conception subjective fragilise l'arbitrage dans la mesure où l'arbitre, en mesure d'être critiqué à tout moment, hésiterait alors à révéler certaines circonstances, ce qui, à rebours, risquerait au contraire d'emporter la méfiance d'une partie. Ils considèrent en général que dès lors que l'indépendance d'une partie n'est pas en cause, il est inutile d'imposer des sujétions supplémentaires aux arbitres¹⁵⁹, en raison de la spécificité de l'arbitrage et du « milieu » étroit de l'arbitrage. À l'inverse les partisans d'une conception large visent à élargir l'obligation de révélation à des informations plus subjectives parce qu'aucune raison (juridique) particulière ne justifierait un traitement « spécifique » de l'arbitrage. À titre de comparaison, on peut observer dans les *IBA Rules* (2014) des circonstances

¹⁵⁵Cass. 1^{re} civ., 16 mars 1999, préc. – Cass. 2^e civ., 22 nov. 2001, préc. – Cass. 1^{re} civ., 3 oct. 2019, n° 18-15.756.

¹⁵⁶Comp. J.-D. Bredin, *La révélation, Études de procédure et d'arbitrage*, in *Mél. J.-F. Poudret*, Lausanne, 1999, p. 349 : « Voici que le président urbain, rentrant chez lui, traînant le pas, se posait cette terrible question : transformé en arbitre, était-il indépendant, impartial ? N'avait-il pas quelque chose de suspect à révéler ? ».

¹⁵⁷Paris, 10 mars 2011, *Nykcoll AB* : *Rev. arb.* 2011, p. 611, note D. Cohen ; *D.* 2011, pan. p. 3027, obs. Th. Clay (réponse positive). – Paris, 29 oct. 2013 : *D.* 2013, pan. p. 2944, obs. Th. Clay (réponse négative).

¹⁵⁸Cass. 1^{re} civ., 20 oct. 2010, préc. – V. CA Versailles, 22 oct. 2019, n° 18/03519, *Elisa Distribution*, qui énonce que « les circonstances invoquées pour critiquer l'indépendance ou l'impartialité de l'arbitre doivent caractériser l'existence de liens matériels ou intellectuels de nature à faire naître un doute raisonnable dans l'esprit des parties sur son jugement ».

¹⁵⁹Comp. D. Ferrier et J.-C. Magendie, *La transparence : une exigence raisonnable pour l'indépendance de l'arbitre* : *D.* 2015, p. 29. – M. Henry, *Le devoir d'indépendance de l'arbitre*, *op. cit.*, spéc. n° 627 ; *Les obligations d'indépendance et d'information de l'arbitre* : *Rev. arb.* 1999, p. 193.

qui, précisément, dépassent les seules logiques du courant d'affaires, qui, en toute hypothèse, affectent surtout l'indépendance de l'arbitre.

754. – Contenu de l'obligation de révélation. Le standard du « doute raisonnable » de la jurisprudence française est largement complété par un ensemble de décisions de jurisprudence qui forment autant de « cas » d'indépendance ou d'impartialité (V. *supra*, n° 712), tandis que les listes, comme les *IBA Rules* (2014), se présentent comme autant de cas, dont beaucoup sont tellement larges qu'elles se présentent, nécessairement, comme des standards appelant une interprétation, les cas de la liste « orange » notamment (V. *supra*, n° 720). La difficulté consiste alors à déterminer les situations qui sont réellement de nature à créer, chez une partie, un doute raisonnable dans l'indépendance et l'impartialité de l'arbitre ou, au contraire, à réduire ce doute, c'est-à-dire que l'obligation de révélation a pour objet de prévenir les cas de récusation et de préserver ou accroître le degré nécessaire de confiance entre l'arbitre et les parties¹⁶⁰. En ce sens, l'arbitre n'est tenu, d'une manière générale, de ne révéler que des faits ayant un lien avec le litige, pris dans son entièreté¹⁶¹. Ainsi, de manière positive, l'arbitre peut être conduit à évoquer les types d'arbitrage auxquels il a participé, ou les domaines dans lesquels il dispose d'une expertise ou d'une expérience, de manière à rassurer les parties sur ses compétences, quand bien même il ne s'agirait pas, en droit français, d'une exigence particulière. De manière négative, il s'agit des liens, directs ou indirects, d'intérêts entre l'arbitre et une partie, son conseil¹⁶², le cabinet de celui-ci¹⁶³, ou encore le groupe de sociétés d'une partie¹⁶⁴ ou des tiers intéressés¹⁶⁵, *etc.* À bien des égards, la ligne de démarcation entre ce qui devrait conduire l'arbitre à révéler des faits particuliers ou à ne pas les révéler, et dans le premier cas, à s'interroger sur son acceptation ou simplement révéler est assez intuitive. Le cas de l'arbitre associé ou ancien associé du conseil d'une partie, ou ayant connu l'affaire avant sa désignation, ou encore ses qualités de dirigeant de la société partie est assez évident en termes de devoir de ne pas accepter la mission. Il correspond d'ailleurs aux cas de la « liste rouge non susceptible de renonciation » des *IBA Rules* (2014). De même il ne fait guère de doute que le cas dans lequel un arbitre a rencontré une partie à l'occasion d'une conférence voire d'une journée de formation n'a pas à être révélé.

En revanche, bon nombre de situations méritent d'être révélées en raison de l'impression désastreuse que leur découverte produit sur une partie. Par exemple, le fait qu'un arbitre ait déjà été désigné par une partie, *a fortiori* s'il ne s'agit pas d'une désignation systématique et récurrente, comme dans le cas de la jurisprudence dite du courant d'affaires (V. *supra*, n° 727), ou le fait qu'un arbitre a un lien avec un avocat membre d'un cabinet dont le conseil d'une partie qui l'a désigné sont des situations

¹⁶⁰Cf. Paris, 18 déc. 2008 : *Rev. arb.* 2011, p. 682. – Paris, 12 févr. 2009 : *Rev. arb.* 2009, p. 186, note Th. Clay. – Paris, 10 mars 2011, préc. Adde E. Loquin, *La dualité des fonctions de l'obligation de révélation*, in *Mél. en l'honneur de P. Merle*, Dalloz, 2013, p. 487.

¹⁶¹Paris, 15 sept. 2015 : *Rev. arb.* 2015, p. 1221.

¹⁶²Paris, 1^{er} juill. 2011 : *Rev. arb.* 2011, p. 761, note D. Cohen.

¹⁶³Paris, 2 juill. 2013 : *Rev. arb.* 2013, p. 1033, note M. Henry.

¹⁶⁴Cass. 1^{re} civ., 20 oct. 2010, n^{os} 09-69.997 et 09-68.131.

¹⁶⁵Lorsqu'ils ont pu avoir un intérêt au litige, connaissance du contexte litigieux ou que le litige peut avoir un retentissement sur leur situation, V. Cass. 1^{re} civ., 4 mai 2017, n^o 15-29.158. – Paris, 17 mars 2011 : *Rev. arb.* 2011, p. 741. – Cass. 1^{re} civ., 25 juin 2014, n^o 11-16.444. – Paris, 5 nov. 2013, n^o 12/08681 ; V. aussi, dans une certaine mesure : Paris, 15 déc. 2020, *SB c/ ACT*, n^o 18/14864 : *Dalloz Actualités*, 22 févr. 2021, obs. J. Jourdan-Marquez.

ambigües : il peut s'agir d'un simple lien d'amitié ou bien d'un lien d'intérêts parce que cet arbitre a réalisé les consultations ; la révélation s'impose alors¹⁶⁶, du moins si elle n'est pas trop ancienne.

755. – Faits notoires, dérisoires ou indifférents, directs ou indirects. Si l'obligation de révélation s'impose, elle trouve sa limite dans des faits notoires ou aisément accessibles, ayant un lien direct ou indirect, dont la détermination n'est pas aisée, comme l'affaire *Tecnimont* l'a démontré¹⁶⁷ (V. *infra*, n° 757) la « saga Tecnimont »). Ainsi, les informations présentant un caractère dérisoire n'ont pas à être révélées de sorte que si de telles informations sont l'objet d'une opposition ensuite, il importait alors de démontrer en quoi ces faits portaient atteinte à l'indépendance ou à l'impartialité de l'arbitre¹⁶⁸. De même, les liens de nature scientifique ou académique ne relèvent pas du contenu nécessaire et impératif de la révélation : les avocats et professeurs de droit ou anciens magistrats participent à toutes sortes d'activités de ce type mêlant enseignements, colloques, journées d'étude, *etc.*¹⁶⁹, ni les opinions politiques des arbitres¹⁷⁰ que l'on pourrait étendre aux opinions philosophiques, religieuses, *etc.* Rien n'interdit cependant aux arbitres de révéler ces faits, par exemple lorsque le tribunal est constitué d'avocats ou de professeurs qui ont des liens entre eux, notoires dans le milieu de l'arbitrage mais pas nécessairement dans l'esprit des parties, de manière à rassurer celles-ci.

756. – Par ailleurs, et pour éviter les déclarations « fleuves » ou sous forme de « confessions », la jurisprudence considère que l'efficacité de l'obligation de révélation est appréciée en fonction du caractère « notoire » ou aisément accessible de la situation envisagée et de l'incidence qu'elle peut avoir sur le litige à trancher¹⁷¹.

¹⁶⁶Cass. 1^{re} civ., 18 déc. 2014, n° 14-11.085 : *RTD com.* 2015, p. 53 (sentence annulée). En l'espèce, l'arbitre avait révélé ses liens avec un associé du conseil, mais en omettant que cet associé et lui-même siégeaient au conseil d'administration d'une association, dont le cabinet était un partenaire important. *Adde* Paris, 12 janv. 1999 : *Rev. arb.* 1999, p. 381, arbitre marié avec la mère d'un conseil d'une partie, Paris, 18 déc. 2008 : *Rev. arb.* 2011, p. 682, fille d'un arbitre exerçant dans le même cabinet que le conseil.

¹⁶⁷Arbitre exerçant comme avocat dans un cabinet disposant de bureaux dans plusieurs endroits du monde, alors que son cabinet entretenait des liens avec des sociétés du groupe constitué par l'une des parties, liens qu'il ignorait en partie : Paris, 12 févr. 2009, *Tecnimont* : *Rev. arb.* 2009, p. 189, note Th. Clay ; *D.* 2009, p. 2959, spéc. p. 2964, obs. Th. Clay ; *LPA* 21 juill. 2009, p. 4, note M. Henry. *Adde* : L. Degos, *La révélation remise en question(s). Retour sur l'arrêt de la cour d'appel de Paris J&P Avax SA c/ Tecnimont SPA du 12 février 2009* : *Cah. arb.* 2011, 54. – Cass. 1^{re} civ., 4 nov. 2010, n° 09-12.716 (cassation) : *D.* 2010, p. 2939, obs. Th. Clay ; *JCP G* 2010, II, 1306, note B. Le Bars et J. Juvénal. – Reims, 2 nov. 2011 (renvoi) : *Rev. arb.* 2012, p. 112, note M. Henry ; *Cah. arb.* 2011, p. 1109, note Th. Clay ; *RTD com.* 2012, obs. E. Loquin. – Cass. 1^{re} civ., 25 juin 2014, n° 11-26.529 (cassation) : *D.* 2014, p. 1967, obs. L. d'Avout et S. Bollée, p. 1986, note B. Le Bars, p. 2541, obs. Th. Clay ; *Cah. arb.* 2014, p. 547, note Th. Clay ; *Procédures* 2014, n° 269, obs. L. Weiller ; *Rev. arb.* 2015, p. 85, note J.-J. Arnaldez et A. Mezghani ; *JCP G* 2014, 857, n° 4, obs. Ch. Seraglini. – Paris, 12 avr. 2016, n° 14/14884 : *D.* 2016, p. 2589, obs. Th. Clay ; *RTD civ.* 2016, p. 856, obs. H. Barbier ; *Rev. arb.* 2017, 234, note E. Loquin, p. 949, note M. Henry ; *Cah. arb.* 2016, 447, note Th. Clay. – Cass. 1^{re} civ., 19 déc. 2018, n° 16-18.349 : *Daloz actualité*, 29 janv. 2019, obs. J. Jourdan-Marques ; *Daloz actualité*, 1^{er} févr. 2019, obs. C. Debourg ; *D.* 2019, p. 2435, obs. Th. Clay ; *Procédures* 2019, étude 8, obs. L. Weiller ; *JCP E* 2019, 177, note A. Constans. – Paris, 26 janv. 2021, n° 19/10666, *Vidatel* : *Daloz actualité*, 22 févr. 2021, obs. J. Jourdan-Marques.

¹⁶⁸Cf. Cass. 1^{re} civ., 10 oct. 2012, *Tesco*, préc.

¹⁶⁹Paris, 1^{er} juill. 2011 : *Rev. arb.* 2011, p. 761 (en l'espèce deux arbitres membres d'un comité scientifique d'une même revue et ayant participé à au moins une même journée d'étude), Cass. 1^{re} civ., 4 juill. 2012 : *D.* 2012, p. 2425, note B. Le Bars ; *Procédures* 2012, n° 284, obs. L. Weiller. – Paris, 14 oct. 2014 : *D.* 2014, pan. p. 2550, obs. Th. Clay (participation à un dîner débat).

¹⁷⁰Cass. 1^{re} civ., 29 juin 2011, n° 09-17.946 : *Rev. arb.* 2011, p. 959, note V. Chantebout ; *D.* 2011, pan. p. 3026, obs. Th. Clay ; *JCP G* 2011, I, 1422, n° 7, obs. J. Ortscheidt. V. aussi, Versailles, 22 oct. 2019, n° 18/03519 : *Daloz actualité*, 6 janv. 2020, obs. J. Jourdan-Marques, qui interroge cette question (pas d'annulation).

¹⁷¹Cass. 1^{re} civ., 25 mai 2016, n° 14-20.532 : *D.* 2016, p. 2589, obs. Th. Clay ; *RTD com.* 2016, p. 699, obs.

Les faits notoirement connus ou sans incidence sur le cas peuvent être omis¹⁷². Sont notoires les informations connues de tous (le fait qu'un arbitre soit un élu par exemple, ou que l'arbitre et le conseil effectuent des enseignements dans le même établissement), mais aussi les informations aisément accessibles¹⁷³, dans la presse ou sur Internet¹⁷⁴. On peut songer par exemple à la situation d'un arbitre qui serait un élu politique, responsable d'une association professionnelle par exemple. En effet, ces situations, parce que notoires, sont à l'évidence de nature à faire obstacle à la désignation d'un arbitre, au besoin, alors que l'obligation de révélation a pour objet, non de rappeler les évidences, mais au contraire les éléments non connus de manière à ce que les parties soient parfaitement informées. Même ainsi, l'exercice de l'obligation de révélation est complexe. Le fait d'omettre un fait, de manière volontaire ou non, rend en effet cette omission suspecte¹⁷⁵.

La question se pose notamment pour des informations concernant un arbitre, exerçant une activité d'avocats dans un cabinet important, de niveau international, susceptible d'entretenir des liens avec une partie, une filiale, la société mère ou cousine, de manière plus ou moins connue, et notamment de l'arbitre. Or c'est précisément cette situation qui est à l'origine de la *saga Tecnimont* (V. *infra*, n° 757), elle-même à l'origine d'une évolution profonde de la question. Une évolution se dessine en jurisprudence de ce point de vue. À bien des égards, en effet, l'évolution de la jurisprudence pouvait laisser penser que, la formule de l'article 1456 du Code de procédure civile est prise à la lettre en ce sens que l'obligation de révélation tend à prendre le pas sur l'exigence, non posée expressément (du moins dans le Code de procédure civile) d'indépendance et d'impartialité¹⁷⁶. En effet, l'exécution de l'obligation de révélation, par exemple par une déclaration d'indépendance et d'impartialité, contenant des faits qui seraient susceptibles d'affecter son indépendance ou son impartialité, qui ne serait pas suivie d'une opposition, dans les formes et délais prévus, est purgée de telle sorte que la partie perd ensuite le droit de récuser ou de demander l'annulation de la sentence arbitrale fondée sur l'un des faits révélés.

Ne demeurent alors que les faits non révélés, sanctionnables uniquement s'il est démontré¹⁷⁷ qu'ils constituent une cause légitime de récusation. Dans le même temps,

E. Loquin ; *Cah. arb.* 2016, 633, note V. Chantebout. – Paris, 2 juill. 2013, n° 11/23234, *La Valaisanne Holding* : *Rev. arb.* 2013, p. 1033, note M. Henry ; *JCP G* 2013, 1391, n° 5, obs. J. Ortscheidt ; *D.* 2013, p. 2936, obs. Th. Clay ; *RTD com.* 2014, p. 318, obs. E. Loquin. – Paris, 28 mai 2013, n° 11/17672, *Catering International* : *D.* 2013, p. 2936, obs. Th. Clay ; *Gaz. Pal.* 27-28 sept. 2013, p. 18, obs. D. Bensaude. – Paris, 28 mai 2013, n° 11/17672. – Paris, 10 mars 2011, n° 09/28537, *Tecso* : *Rev. arb.* 2011, p. 737, obs. D. Cohen ; *D.* 2011, p. 3023, obs. Th. Clay ; *Cah. arb.* 2011, p. 787, note M. Henry ; *LPA* 2011, n°s 225-226, p. 14, note P. Pinsolle ; *Gaz. Pal.* 15-17 mai 2011, p. 19, obs. D. Bensaude. – Paris, 13 mars 2008 : *D.* 2008, pan. p. 3111, obs. Th. Clay. – Paris, 28 nov. 2002 : *Rev. arb.* 2003, p. 445, note Ch. Belloc. – Cass. 2^e civ., 25 mars 1999 : *Rev. arb.* 1999, p. 319, note Ch. Jarrosson.

¹⁷²Paris, 13 mars 2008, préc.

¹⁷³Cass. 1^{re} civ., 15 juin 2017, n° 16-17.108, *République de Guinée Équatoriale* : *D.* 2017, p. 1306, p. 2559, obs. Th. Clay ; *RTD com.* 2017, p. 842, obs. E. Loquin ; *adde* Paris, 26 janv. 2020, n° 19/10666, *Vidatel*, préc.

¹⁷⁴Paris, 28 mai 2013 : *D.* 2013, pan. 2943, obs. Th. Clay ; *JCP G* 2013, I, 1391, n° 5, obs. J. Ortscheidt. – Paris, 29 oct. 2013 : *D.* 2013, p. 2944, obs. Th. Clay. – Paris, 14 mars 2017, n° 15/19525 : *Rev. arb.* 2017, p. 1213, note B. Zadjela. – Cass. 1^{re} civ., 25 mai 2016, préc.

¹⁷⁵V. Paris, 10 mars 2011, *Nykcool AB*, préc.

¹⁷⁶En ce sens, Th. Clay, *L'arbitre, op. cit.*, spéc. n°s 651 et s.

¹⁷⁷*Cf.* Paris, 28 oct. 1999, préc., « un manquement à cette obligation d'information n'entraîne pas automatiquement l'annulation de la sentence et (...) il appartient au juge de l'annulation de mesurer les effets de cette sentence et d'apprécier si à elle seule, ou rapprochée d'autres éléments de la cause, elle constitue une

le droit de l'arbitrage ne recherche pas un juge parfait, ouvert et transparent, mais un professionnel de l'arbitrage, dans un « petit » monde qui sait aussi faire son ménage, de sorte que la mesure de l'obligation de révélation mérite attention. La jurisprudence *Tecnimont* a au moins le mérite de présenter les deux aspects de l'obligation de révélation, passant d'une exigence générale de révélation, y compris pour des faits notoires¹⁷⁸, à telle enseigne que l'on a pu considérer que l'obligation d'indépendance et celle d'impartialité étaient fondues dans l'obligation de révélation¹⁷⁹ vers une exigence, de la part des parties, de « curiosité » ou de « réaction »¹⁸⁰. Précisément, « l'exception de notoriété » permet à l'arbitre d'éviter de révéler des faits notoires : si les parties sont créancières d'une obligation générale d'information, l'arbitre est dispensé de l'exécution de cette obligation s'agissant d'un fait notoire. Toutefois, la jurisprudence récente, notamment dans l'arrêt *Vidatel*¹⁸¹, tend à proposer une distinction : l'arbitre est dispensé de la révélation de faits notoires au moment de la constitution du tribunal arbitral, quand bien même il s'agirait de faits de nature à créer un doute raisonnable dans l'esprit des parties, par exemple un lien indirect entre l'arbitre et une partie ou une société appartenant à son voisinage, et elle est compensée par le « devoir de curiosité » des parties, mais il devrait révéler les faits, y compris notoires, survenus pendant le déroulement de l'instance. La partie doit alors réagir en exécution d'un principe de célérité et de loyauté de l'arbitrage. L'enjeu nouveau repose alors sur la balance à réaliser, par l'arbitre, par les parties et par le juge de l'annulation, entre l'obligation de révélation de l'arbitre, dans les limites ainsi présentées, mais également entre le *devoir de réaction* et de vérification que les parties doivent réaliser, notamment s'agissant des faits notoires, avec la difficulté de déterminer la césure entre les faits notoires, dits aussi aisément accessibles, et donc non notoires, alors que la jurisprudence *Tecnimont*, dans son dernier état de 2018, et *AVME* en 2019, semblent retenir une césure apparemment simple. Notoire, le fait est donc supposé connu, de sorte que le délai de récusation court à compter de la déclaration d'indépendance et d'impartialité de l'arbitre (voire dès sa désignation), dans la mesure où l'obligation d'information sur le fait notoire est tempérée par ce caractère. Le devoir de réaction des parties est donc urgent, puisque le défaut de réaction, par exemple en n'exerçant pas d'action en récusation, et qui peut être très court dans certains règlements d'arbitrage¹⁸², aboutit à renoncer à ce grief, ce qui est assez paradoxal : peut être notoire un fait anodin ou au contraire considérable. N'est pas notoire un fait qui impose une recherche particulière et doit donc être révélé, dans la mesure toutefois du respect des règles processuelles de récusation de l'arbitre concerné, tandis qu'un fait, même notoire, s'il survient après le déclenchement de l'arbitrage, doit être révélé lorsqu'il présente une importance particulière pour l'arbitre¹⁸³. Entre le « fait notoire », aisément accessible, qui n'a donc pas à être révélé

présomption suffisante du défaut d'indépendance ou d'impartialité ».

¹⁷⁸Paris, 12 févr. 2009, préc.

¹⁷⁹Th. Clay, note ss Paris, 12 févr. 2009, préc., J. Jourdan-Marques, obs. ss Cass. 1^{re} civ., 19 déc. 2018, préc.

¹⁸⁰Cass. 1^{re} civ., 19 déc. 2018, préc.

¹⁸¹Paris, 26 janv. 2021, n° 19/10666, *Vidatel* : *Dalloz actualité*, 22 févr. 2021, obs. J. Jourdan-Marques : « les faits notoires [sont] entendus comme ceux qui recouvrent les informations publiques aisément accessibles que les parties ne pouvaient manquer de consulter avant le début de l'arbitrage, cette dispense cesse une fois que l'instance arbitrale est en cours ».

¹⁸²Règl. LCIA (2020), art. 10.3 (quatorze jours).

¹⁸³Cass. 1^{re} civ., 3 oct. 2019, n° 18-15.756, *AVME* : *Dalloz actualité*, 29 oct. 2019, obs. J. Jourdan-Marques ; D. 2019, p. 2435, obs. Th. Clay.

et permet d'identifier une obligation des parties de se renseigner, et le « fait non notoire », qui suppose une recherche particulière, mais sans que soit exigé un « dépouillement systématique des sources »¹⁸⁴, il existe une « zone grise », les faits qui, sans être aisément accessibles, ne supposent pas non plus une recherche minutieuse, et qui devraient, logiquement, être révélés, si l'on admet que la jurisprudence ayant affirmé que l'arbitre doit « informer les parties de toute relation qui ne présente pas un caractère notoire »¹⁸⁵, demeure d'actualité. Par exemple, l'arrêt *AVME* montre que des faits aisément accessibles pourraient ne pas être connus par l'arbitre lui-même, ce qui est parfaitement plausible pour un arbitre exerçant son activité dans un grand cabinet d'avocats¹⁸⁶. Par conséquent, l'obligation de révélation s'effacerait devant l'exception de notoriété pour les faits notoires ou aisément accessibles, les faits connus des deux parties ou qui devraient être connus¹⁸⁷.

Encart 25

La « saga Tecnimont » : les faits notoires, entre obligation de révélation de l'arbitre et obligation de réaction rapide des parties

757. – La Saga *Tecnimont* rend compte de la difficulté d'appréciation de l'obligation de révélation de l'arbitre, face à des « faits notoires » ou aisément accessibles et notamment dans le cas, assez fréquent, dans lequel un arbitre exerce par ailleurs une activité d'avocats, dans un cabinet d'avocats important, voire d'importance mondiale qui est donc susceptible d'entretenir des liens avec l'une des parties, éventuellement ignorés d'ailleurs par l'arbitre. Elle est remarquable en ce qu'elle a donné lieu, en l'espace de plus dix ans, à pas moins de six décisions de justice, trois arrêts de cassation et trois de la cour d'appel de Paris¹⁸⁸, sur la même question de droit, à savoir la portée du

¹⁸⁴Paris, 27 mars 2018, n° 16/09386, *AVME* : *D.* 2018, p. 2448, obs. Th. Clay ; *Rev. arb.* 2019, p. 522, note L.-C. Delanoy ; *Gaz. Pal.* 24 juill. 2018, p. 19, obs. D. Bensaude ; *Rev. Lamy dr. aff.* 2018, p. 138, obs. H. Guyader.

¹⁸⁵Paris, 13 mars 2008, préc. – Paris, 10 mars 2011, *Tecso*, préc. – Paris, 2 juill. 2013, *La Valaisanne Holding*, préc. Comp. Paris, CCI, 25 févr. 2020, 5 arrêts, n°s 19/07575, 19/15816 à 819, *Dommo* : *Dalloz actualité*, 27 avr. 2020, note C. Debourg ; 4 mai 2020, obs. J. Jourdan-Marques (à propos d'une information disponible sur le site de l'arbitre, mais au prix d'une recherche minutieuse et systématique).

¹⁸⁶Paris, 27 mars 2018, *AVME*, préc.

¹⁸⁷Cass. 1^{re} civ., 19 déc. 2012, n° 10-27.474, *Rocco* : *D.* 2013, p. 2936, obs. Th. Clay ; *Procédures* 2013, comm. 45, obs. L. Weiller ; *JDI* 2013, p. 946, note S. Sana-Chaillé de Néré ; *Gaz. Pal.* 28-30 avr. 2013, p. 16, obs. D. Bensaude. – V. cependant : Paris 25 mai 2021, n°18/20625, *BYD Auto* : *Dalloz actualités*, 18 juin 2021, obs. J. Jourdan-Marques, à propos de la question de l'appréciation du moment et de la preuve de la notoriété.

¹⁸⁸Paris, 12 févr. 2009, *Tecnimont* : *Rev. arb.* 2009, p. 189, note Th. Clay ; *D.* 2009, p. 2959, spéc. p. 2964, obs. Th. Clay ; *LPA* 21 juill. 2009, p. 4, note M. Henry. *Adde* : L. Degos, *La révélation remise en question(s). Retour sur l'arrêt de la cour d'appel de Paris J&P Avax SA c/ Tecnimont SPA du 12 février 2009* : *Cah. arb.* 2011, 54. – Cass. 1^{re} civ., 4 nov. 2010, n° 09-12.716 (cassation) : *D.* 2010, p. 2939, obs. Th. Clay ; *JCP G* 2010, II, 1306, note B. Le Bars et J. Juvénal. – Reims, 2 nov. 2011 (renvoi) : *Rev. arb.* 2012, p. 112, note M. Henry ; *Cah. arb.* 2011, p. 1109, note Th. Clay ; *RTD com.* 2012, obs. E. Loquin. – Cass. 1^{re} civ., 25 juin 2014, n° 11-26.529 (cassation) : *D.* 2014, p. 1967, obs. L. d'Avout et S. Bollée, p. 1986, note B. Le Bars, p. 2541, obs. Th. Clay ; *Cah. arb.* 2014, p. 547, note Th. Clay ; *Procédures* 2014, n° 269, obs. L. Weiller ; *Rev. arb.* 2015, p. 85, note J.-J. Arnaldez et A. Mezghani ; *JCP G* 2014, 857, n° 4, obs. Ch. Seragliani. – Paris, 12 avr. 2016, n° 14/14884 : *D.* 2016, p. 2589,

devoir de révélation de l'arbitre et du devoir de réaction des parties. Cette répétition d'arrêts témoigne de la difficulté de trouver le juste équilibre dans ce domaine.

758. – Elle se déroule sur une dizaine d'années et s'achève par une forme de renversement de situation, partant de la rigueur de l'obligation de révélation de l'arbitre vers une obligation de réaction, à la charge des parties, portant sur ces faits. La société grecque J&P Avax et la société italienne Tecnimont avaient conclu un contrat de sous-traitance visant à la construction d'une usine, comprenant une clause compromissoire renvoyant au règlement d'arbitrage de la CCI. Trois arbitres avaient été désignés et une requête en récusation avait, en 2007, été engagée contre le président de ce tribunal arbitral, rejetée par la CCI en raison du caractère tardif de la requête. Puis, une sentence partielle, sur le principe de responsabilité, avait été rendue le 10 décembre 2007, par le tribunal arbitral, comprenant le président contesté. Une action en annulation de cette sentence était alors engagée, fondée sur l'article 1520-2° du Code de procédure civile, c'est-à-dire sur le fait que le tribunal a été irrégulièrement constitué. La société J&P Avax considérait en effet que la déclaration d'indépendance présentée par le président était incomplète et que, sur différentes demandes formulées par celle-ci, le président distillait progressivement des informations sur ses relations, *via* un cabinet d'avocats dans lequel il exerçait une activité d'*of counsel*, avec la société Tecnimont, ses sociétés mères et filiales.

759. – Acte I. Par un arrêt du 12 février 2009, la cour d'appel de Paris annulait la sentence sur le fondement de l'article 1520, 2° du Code de procédure civile et sur le fondement de la violation de l'obligation de révélation de l'arbitre, rappelant que les « qualités d'impartialité et d'indépendance (...) sont l'essence même de [l]a fonction arbitrale », de sorte qu'il aurait dû révéler les liens existant entre le cabinet dans lequel il exerçait et les différentes sociétés du Groupe Tecnimont : « Les activités du cabinet J prises dans leur ensemble de conseil d'une filiale de Tecnimont pendant toute la durée de l'arbitrage, d'assistance de sa société mère quelques mois encore avant l'acceptation par le président du tribunal arbitral de sa nomination par le bureau parisien de J où de surcroît travaille l'arbitre et encore après la reddition de la sentence partielle, le montant des honoraires versés à J au titre de conseil et de représentant, établissent l'existence d'un conflit d'intérêts (...) ».

760. – Acte II. Sur pourvoi, la Cour de cassation, le 4 novembre 2010, censurait l'arrêt, essentiellement parce que « la quasi-totalité des faits dénoncés figurait dans la requête en récusation ».

761. – Acte III. La cour d'appel de Reims, le 2 novembre 2011, résistait à cette argumentation et prononçait à nouveau l'annulation de la sentence, estimant que le juge de l'annulation n'était pas tenu par le délai de

obs. Th. Clay ; *RTD civ.* 2016, p. 856, obs. H. Barbier ; *Rev. arb.* 2017, 234, note E. Loquin, p. 949, note M. Henry ; *Cah. arb.* 2016, 447, note Th. Clay. – Cass. 1^{re} civ., 19 déc. 2018, n° 16-18.349 : *Dalloz actualité*, 29 janv. 2019, obs. J. Jourdan-Marques ; *Dalloz actualité*, 1^{er} févr. 2019, obs. C. Debourg ; *D.* 2019, p. 2435, obs. Th. Clay ; *Procédures* 2019, étude 8, obs. L. Weiller ; *JCP E* 2019, 177, note A. Constans.

recevabilité de la requête en récusation alors que « le défaut d'information de la demanderesse sur ces faits, suivi d'une information incomplète et perlée de celle-ci, est de nature à faire raisonnablement douter de l'indépendance de l'arbitre et conduit à annuler la sentence ».

762. – Acte IV. Nouvelle cassation, le 25 juin 2014, où la cour reprenait sa précédente solution : « La partie qui, en connaissance de cause, s'abstient d'exercer, dans le délai prévu par le règlement d'arbitrage applicable, son droit de récusation en se fondant sur toute circonstance de nature à mettre en cause l'indépendance ou l'impartialité d'un arbitre, est réputée avoir renoncé à s'en prévaloir devant le juge de l'annulation ».

763. – Acte V. La cour d'appel de Paris, sur un deuxième renvoi, rejetait finalement le recours en annulation, le 12 avril 2016, d'une part parce que s'agissant des faits antérieurs à la demande de récusation, ceux-ci étaient purgés en raison de la réaction tardive de la société J&P Avax et parce que les « informations alléguées au soutien de la demande de récusation étaient publiques, car aisément accessibles et les recherches alléguées pour les découvrir auraient pu être menées plus tôt » et, s'agissant des faits postérieurs, ils n'étaient pas de nature à aggraver le doute qui pouvait résulter des éléments disponibles avant la demande en récusation. On passait donc d'un devoir, critiqué, de révélation de l'arbitre à un devoir de réaction rapide de la partie doutant de l'indépendance du premier.

764. – Épilogue ?. La Cour de cassation, le 19 décembre 2018, rejetait le pourvoi contre ce dernier arrêt d'appel, pour clore le litige, en considérant que, s'agissant des faits antérieurs à la demande de récusation, la cour d'appel avait pu décider « sans inverser la charge de l'obligation de révélation, que la requête en récusation était tardive pour avoir été introduite plus d'un mois après que la société Avax eut reçu les renseignements qui auraient altéré sa confiance dans le président du tribunal arbitral, et sans qu'aucune information complémentaire, qui ne fût notoire, ait été entre-temps découverte de sorte que cette société n'était plus recevable à invoquer à l'appui du recours en annulation de la sentence les faits sur lesquels cette requête se fondait » et que s'agissant des informations postérieures, « celles-ci, qui ne faisaient que compléter celles dont elle disposait avant le dépôt de sa requête, n'étaient pas de nature à aggraver de manière significative ses doutes sur l'indépendance et l'impartialité de l'arbitre ». L'obligation de révélation, dans sa rigueur, est ainsi supplantée par une obligation de réaction et une obligation de célérité ou une « obligation de curiosité »¹⁸⁹ et ce, indépendamment donc de la réalité de l'indépendance de l'arbitre. On ajoute donc, au moins dans cette affaire, à une conception substantielle, une conception processuelle de l'indépendance. Par ailleurs, l'objet de l'obligation de réaction des parties, face à la déclaration d'indépendance de l'arbitre, repose sur les faits « non notoires », puisque les faits notoires n'ont pas à être révélés. La question se pose ainsi de savoir ce que sont des faits « non notoires ». Or, la cour d'appel de Paris a considéré dans un arrêt du 27 mars 2018, que les faits non notoires sont ceux qui supposent « un dépouillement

¹⁸⁹E. Loquin, obs. ss Cass. 1^{re} civ., 15 juin 2017 : *RTD com.* 2017, p. 842.

systématique des sources susceptibles de mentionner le nom de l'arbitre et des personnes qui lui sont liées »¹⁹⁰, que les faits notoires, ainsi inversement définis, n'ont donc pas à être révélés, pour autant qu'ils soient antérieurs à l'instance, mais que, ensuite, les parties n'étaient plus obligées à cette exigence de réaction, y compris pour des faits notoires (ce que l'arrêt *Tecnimont VI* de 2018 semble renverser), l'obligation de révélation retrouvant son empire, justifiant l'annulation de la sentence.

765. – La suite. On peut penser que le débat ne va pas cesser, surtout après l'arrêt *AVME* du 3 octobre 2019¹⁹¹ sur appel de l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 27 mars 2018 (préc.). Dans cette affaire, concernant un litige intéressant des contrats de distribution conclus entre une société qatari, SBA, et la société émiratie Audi-VAG Middle East (AVME), l'annulation de la sentence rendue était demandée sur le fondement de l'article 1520, 2° du Code de procédure civile. L'un des arbitres (celui désigné par SBA) n'avait pas révélé les liens existant entre son cabinet d'avocats et l'une des parties (AVME), faits découverts postérieurement à la sentence, et établis par des publications dans un annuaire professionnel, avant et après la sentence. La cour rejette le pourvoi : « La cour d'appel a exactement décidé que si l'existence d'un contrat exécuté en 2010 par le cabinet H pour la Volkswagen Bank devait être regardée comme notoire du fait de sa publication avant le début de l'arbitrage dans un annuaire professionnel connu de tous les cabinets d'avocats d'affaires allemands, en revanche, AVME n'était pas tenue de poursuivre ses recherches après le début des opérations d'arbitrage et il incombait à l'arbitre d'informer les parties de toute circonstance susceptible d'affecter son indépendance ou son impartialité survenant après l'acceptation de sa mission ; Attendu, ensuite, que l'arrêt relève que la mission confiée pendant l'arbitrage par la société Porsche au cabinet H, revêtait une incontestable importance aux yeux de ce dernier, pour figurer, comme suffisamment notable, au titre de sa communication, dans le "top 5" en 2014 et 2015 de ses dossiers les plus remarquables ; que par ces énonciations, qui procèdent de son pouvoir souverain d'appréciation, la cour d'appel, qui n'était pas tenue de procéder à des recherches que ces constatations rendaient inopérantes, a légalement justifié sa décision sur l'existence d'un doute raisonnable quant à l'indépendance et à l'impartialité de [l'arbitre] ». L'arbitre n'avait donc pas à informer les parties de faits, notoires, antérieurs, mais aurait dû informer des faits notoires postérieurs, et même concomitants, en raison de l'importance économique de ceux-ci pour son cabinet.

766. – L'arrêt est casuistique, casuistique inhérente à ce type de situations, qui invite à la plus grande prudence, pour l'arbitre, et le plus grand esprit d'investigation, de curiosité et de célérité, pour les parties. La situation correspond d'ailleurs à la liste « orange » des *IBA Rules* (2014) (*V. supra*, n° [720](#)), dans le cas où le cabinet d'avocats de l'arbitre entretient des relations avec une société du groupe de l'une des parties (sauf en cas d'un

¹⁹⁰Paris, 27 mars 2018, *AVME*, préc.

¹⁹¹Cass. 1^{re} civ., 3 oct. 2019, *AVME*, préc.

courant d'affaires, auquel cas il s'agit d'une situation relevant de la « liste rouge susceptible de renonciation »).

Il en est de même de l'arrêt *Vidatel* de la cour d'appel de Paris du 26 janvier 2021¹⁹². Dans cet arrêt, qui présente une grande importance pour la compréhension du principe d'égalité (V. *infra*, n° 822), était en jeu la question de l'indépendance et de l'impartialité de deux arbitres (sur cinq), désignés par la cour de la CCI. La cour d'appel de Paris y réitère la césure entre dispense de la révélation de faits notoires au moment de la constitution et sa reprise ensuite, mais surtout ajoute que, en pareil cas, la partie doit réagir en application du principe de célérité de l'article 1464, alinéa 3 du Code de procédure civile, ce qui aurait dû conduire *Vidatel* à en aviser la CCI ; « à défaut, ces parties sont présumées avoir considéré que cette circonstance n'était pas de nature à créer dans leur esprit un doute raisonnable quant à l'indépendance de l'arbitre ». Le même argument est opposé, de manière un peu différente, sur le fondement du principe de loyauté processuelle, dans le cas de l'autre arbitre. L'arrêt ajoute également une distinction selon que les faits sont à considérer comme créant un lien direct, ou indirect : « pour être caractérisé, ce doute raisonnable doit résulter d'un potentiel conflit d'intérêts dans la personne de l'arbitre, qui peut être, soit direct, parce qu'il concerne un lien avec une partie, soit indirect parce qu'il vise un lien d'un arbitre avec un tiers intéressé à l'arbitrage. À cet égard, lorsque le potentiel conflit d'intérêts est seulement indirect, l'appréciation du doute raisonnable dépendra notamment de l'intensité et la proximité du lien entre l'arbitre, le tiers intéressé et l'une des parties à l'arbitrage »¹⁹³.

767. – Obligation de se renseigner à la charge des arbitres, des parties et devoir de réaction. Si les arbitres assument une obligation de révélation, l'étendue de celle-ci suppose une forme d'introspection, personnelle, de l'arbitre. Elle s'impose également, lorsque l'arbitre appartient, à un titre ou un autre, collaborateur, associé, *of counsel* par exemple, à un cabinet d'affaires, notamment lorsqu'il s'agit d'un cabinet important, de vérifier que le cabinet ne dispose pas de liens susceptibles de créer un doute dans l'esprit des parties, avec la société partie, la société mère, une société sœur, cousine, *etc.*, y compris par d'autres membres, éventuellement étrangers, de ce cabinet. C'est la leçon majeure des arrêts *Tecnimont*, *AVME* et *Vidatel*.

Du constat de l'existence d'une obligation de révélation à la charge de l'arbitre par ailleurs, il ne résulte pas que les parties n'assument pas, réciproquement, une obligation de se renseigner de nature à limiter ou contrebalancer l'obligation d'informer de l'arbitre, notamment les faits notoires ou dérisoires, tels qu'envisagés par la jurisprudence : les parties doivent procéder à des vérifications concernant les

¹⁹²Paris, 26 janv. 2021, n° 19/10666, *Vidatel*, préc.

¹⁹³Paris, 26 janv. 2021, n° 19/10666, *Vidatel*, préc., n° 118-119. *Adde* : Paris, 23 févr. 2021, n° 18/03068, *Lerco*, Dalloz actualité, 30 avr. 2021, obs. J. Jourdan-Marques (à propos d'un arbitre, ayant révélé avoir été désigné plusieurs fois par un même cabinet d'avocats au moment de sa désignation, mais n'ayant pas révélé une nouvelle désignation pendant le cours de l'arbitrage).

informations qu'elles ne peuvent pas manquer de rechercher avant le début de l'arbitrage, notoires donc¹⁹⁴.

768. – « Zone grise ». La difficulté dans l'analyse tient à la présence d'une « zone grise ». En effet, la jurisprudence avait pu considérer que ce n'est pas aux parties de rechercher toutes les sources imaginables susceptibles d'identifier un lien entre un arbitre et une partie¹⁹⁵ de telle sorte que la jurisprudence exige bien des parties une obligation de s'informer, et rapidement, pour ne pas être limitée par les exigences processuelles enfermant la critique des faits non révélés par l'arbitre. La partie ayant obtenu une information doit donc agir utilement, dans le mois suivant cette information.

On peut penser que cette balance limite l'obligation de révélation dans un sens qui ne correspond pas à la lettre de l'article 1456 du Code de procédure civile¹⁹⁶, mais on peut penser aussi qu'il n'est pas raisonnable de faire peser sur l'arbitre une obligation d'introspection générale le conduisant à effectuer des recherches considérables aux fins d'épuiser l'obligation de révélation. De ce point de vue, la mesure de l'exception de notoriété, impliquant une obligation de curiosité des parties, permet de constituer une exigence supportable pour tous. L'enjeu, comme il a été dit, est la fin de l'arbitrage et la possibilité pour une partie d'exercer éventuellement un recours en annulation : il lui faut avoir préalablement réagi, sauf à subir les effets de l'article 1466 du Code de procédure civile. L'absence ou la tardiveté de la réaction aboutit à être réputé avoir renoncé à se prévaloir du grief tiré du défaut d'indépendance ou d'impartialité de l'arbitre.

769. – Devoir de réaction. Le *devoir de réaction* des parties trouve ici son fondement : réagir, c'est-à-dire prendre en compte les informations fournies par l'arbitre dans l'exécution de son obligation de révélation, des informations notoires, donc aisément disponibles que les parties doivent rechercher elles-mêmes, et des informations non notoires que l'arbitre aurait éventuellement tues. Réagir donc, mais comment ? L'article 1466 du Code de procédure civile dispose que « la partie qui, en connaissance de cause et sans motif légitime, s'abstient d'invoquer en temps utile une irrégularité devant le tribunal arbitral est réputée avoir renoncé à s'en prévaloir ». Le *devoir de réaction* des parties se traduit donc, *a priori*, comme le fait d'invoquer l'irrégularité, ici le défaut d'indépendance et d'impartialité d'un arbitre, devant le tribunal arbitral. La question se pose alors de savoir si l'invocation, en temps utile, d'une autre manière, suffit à tenir en échec l'article 1466 du Code de procédure civile : c'est le cas d'un recours en récusation devant le juge d'appui, dont la décision serait revêtue de l'autorité de la chose jugée, mais on peut se poser la question d'une protestation adressée à l'arbitre, c'est-à-dire la situation dans laquelle le fait en cause soit invoqué devant le tribunal arbitral, ou à l'institution arbitrale chargée de l'organisation de l'arbitrage¹⁹⁷.

¹⁹⁴Cass. 1^{re} civ., 3 oct. 2019, *AVME*, préc.

¹⁹⁵Cf. Paris, 14 oct. 2014 : *D.* 2014, pan. p. 2549, obs. Th. Clay ; *Cah. arb.* 2014, p. 795, note D. Cohen ; *Rev. arb.* 2015, p. 151, note M. Henry, confirmé par Cass. 1^{re} civ., 16 déc. 2015, n° 14-26.279 : *D.* 2016, p. 2589, obs. Th. Clay ; *Rev. arb.* 2016, 536, note M. Henry ; *Gaz. Pal.* 2016, n° 26, p. 27, obs. D. Bensaude ; *Cah. arb.* 2016, p. 653, note D. Cohen (existence d'un lien entre les associés d'un arbitre avec la société mère d'une partie, ignoré de l'arbitre, sans lien avec l'affaire).

¹⁹⁶J. Jourdan-Marques, obs. ss Cass. 1^{re} civ., 19 déc. 2018, préc.

¹⁹⁷Cf. Paris, 25 févr. 2020, n° 16/22740, *IBC* : *Dalloz actualité*, 4 mai 2020, obs. J. Jourdan-Marques (opposition à la désignation de l'arbitre devant l'institution, qui confirme la désignation, sans demande de récusation, demande d'annulation irrecevable).

Le problème posé est considérable dans la mesure où les délais liés au devoir de réaction sont très courts et que les faits à l'origine de ce devoir peuvent être très lourds. Par exemple, il peut s'agir d'un conflit d'intérêts patent, d'un lien de subordination, notoire car aisément accessible, qui serait considéré, abstraitement, comme une cause évidente de dépendance et de partialité, mais qui, invoqué mal ou trop tard, ne permettrait plus, alors, d'invoquer le fait devant le juge de l'annulation.

La balance de l'appréciation se joue entre l'idée que l'arbitrage, conventionnel, est la chose des parties, que les règles du droit de l'arbitrage sont connues, reposent sur « le petit monde de l'arbitrage » et l'idée de justice, notamment dans le cas précédemment présenté, qui peut conduire alors, au stade du recours en annulation, à des solutions curieuses¹⁹⁸.

Encart 26

Petit « guide âne » des révélations : que révéler ? Comment révéler ?

770. – En la matière tout est affaire de circonstances et de répétitions. Les règles sont globalement uniformes, révéler toute information susceptible de créer un doute raisonnable dans l'esprit des parties quant à l'indépendance ou l'impartialité des arbitres, ce qui est assez vague. Les arbitres doivent alors tenir compte de la jurisprudence, notamment de la cour d'appel de Paris (pour le droit français) ou les règles des *IBA Rules* sur les conflits d'intérêts dans l'arbitrage international (2014) (V. *supra*, n° 720).

771. – **Étape 1. Révéler ou ne pas révéler ?** La question ici appelle une réponse correspondant à la formule (jurisprudentielle) générale : tous faits ou circonstances créant, dans l'esprit des parties, un doute raisonnable quant à l'indépendance ou l'impartialité de l'arbitre, qu'il soit antérieur ou postérieur à la constitution du tribunal arbitral (ici indépendamment du caractère notoire ou non de ces faits). Quelques exemples, non exhaustifs :

772. – **Refuser une mission, ou se récuser si :**

– Je suis désigné comme arbitre par un ami très cher, un parent, un employeur, une entreprise ou un avocat qui me consulte régulièrement ou qui est mon client ou avec lequel je suis associé (*IBA Rules* (2014), 4 et 6) ou encore si je suis membre d'un organe social de la partie qui m'a désigné ou d'une filiale ou d'une entreprise ayant un lien économique direct avec la société de l'arbitrage (*IBA Rules* (2014), 8, 1).

¹⁹⁸Paris, 25 févr. 2020, *Dommo*, préc. Dans lequel la chambre commerciale internationale de la cour d'appel de Paris, pour rejeter l'irrecevabilité, se fonde sur le fait que « l'irrecevabilité de la demande d'annulation au motif que la contestation de l'indépendance et de l'impartialité de l'arbitre serait tardive n'a pas été formulée dans les prétentions des parties énoncées dans le dispositif de leurs conclusions, mais figure uniquement dans des moyens développés par la société [B.] pour contester au fond la demande en annulation », pour ensuite examiner les faits et rejeter, finalement, la demande d'annulation.

– J’ai un conflit personnel, idéologique, politique, avec un avocat, une partie, un arbitre et toute question dans laquelle mon indépendance ou mon impartialité est clairement douteuse.

– Je reçois une proposition d’embauche d’une des parties ou d’un avocat pendant l’arbitrage.

– J’ai une relation amoureuse avec une partie, son représentant, son avocat, un arbitre.

– Je ne serais pas intellectuellement ou physiquement disponible durant le temps de l’arbitrage.

773. – Révéler quand :

– Je suis désigné par la société A, dont l’avocat B exerce dans le cabinet C et ma fille, mon fils, ma femme, ma compagne, mon père, ma mère, ou ceux de ma femme ou compagne, y travaillent¹⁹⁹.

– Je suis désigné par la société A, cliente du cabinet d’avocats dans lequel j’exerce une activité d’avocats, ou qui est une filiale, la société mère ou une société cousine de la société A, ou encore, même élément, à l’endroit de la société B qui ne m’a pas désigné, ce qui correspond aux questions soulevées dans les affaires *Tecnimont* et *AVME*²⁰⁰.

– J’ai déjà été désigné par la société A à plusieurs reprises, dans les cinq dernières années, ou une filiale ou sa société mère, solution qui correspond à la situation de l’existence d’un « courant d’affaires continu »²⁰¹.

– J’ai été désigné comme arbitre par la société A, défendue par l’avocat B du cabinet C dans lequel j’ai été avocat, ou *of counsel*, il y a dix ans²⁰².

– Je suis désigné par la société A conseillée par l’avocat B, l’un ou l’autre m’ayant désigné comme expert ou comme médiateur à plusieurs reprises.

– J’ai effectué une consultation pour la société A qui m’a désigné ou la société B qui m’a désigné, ou leurs avocats.

– Je suis intervenu, d’une manière ou d’une autre, dans le litige (*IBA Rules* (2014), 8, 2.1.2).

774. – S’interroger (et c’est déjà y répondre) si :

– J’ai déjà été désigné par la société A une fois, dans les cinq dernières années, ou une filiale ou sa société mère, solution qui correspond à la situation de l’existence d’un « courant d’affaires continu » ou encore si je suis désigné dans un litige emportant des arbitrages multiples mais corrélés, dans plusieurs de ces arbitrages.

775. – Il n’y a pas matière à révéler le fait que :

– Je suis « ami » sur un réseau social avec la partie qui m’a désigné, son représentant ou son avocat²⁰³.

¹⁹⁹Paris, 18 déc. 2008 : *Rev. arb.* 2011, p. 682. – Paris, 12 janv. 1999 : *Rev. arb.* 1999, p. 380.

²⁰⁰Cass. 1^{re} civ., 19 déc. 2018, n° 16-18.349, *Tecnimont VI* : *Dalloz actualité*, 29 janv. 2019, obs. J. Jourdan-Marques ; *Dalloz actualité*, 1^{er} févr. 2019, obs. C. Debourg ; *D.* 2019, p. 2435, obs. Th. Clay ; *Procédures* 2019, étude 8, obs. L. Weiller ; *JCP E* 2019, 177, note A. Constans. – Cass. 1^{re} civ., 3 oct. 2019, n° 18-15.756, *AVME* : *Dalloz actualité*, 29 oct. 2019, obs. J. Jourdan-Marques ; *D.* 2019, p. 2435, obs. Th. Clay et V. *supra*, n° 757.

²⁰¹Cass. 1^{re} civ., 20 oct. 2010. – Cass. 1^{re} civ., 20 oct. 2010, n°s 09-68.997, 09-68.131 : *JCP G* 2010, 2011, I, 1286, obs. Ch. Seraglini ; *D.* 2010, pan. p. 2933, obs. Th. Clay ; *LPA* 2011, p. 17, note M. Henry.

²⁰²Paris, 10 mars 2011 : *Cah. arb.* 2011, p. 787, note M. Henry.

²⁰³Paris, 10 mars 2011, préc. ; V. *supra*, n° 739.

– J’ai écrit un ouvrage, un article, participé à un colloque, avec un représentant de la partie qui m’a désigné ou son avocat²⁰⁴.

– Je suis désigné par une partie, laquelle, ou son avocat, indiquent qu’ils participent à des enseignements dans mon université (*IBA Rules*, (2014) 4.3.3, 4.3.4).

– J’ai déjà effectué un arbitrage avec un arbitre ou l’un des conseils (désignés par d’autres parties) (*IBA Rules* (2014), 4.3.2).

– Je suis désigné par une partie dans un arbitrage portant notamment sur une question sur laquelle j’ai écrit un article dans lequel j’exprime mon opinion.

– Je fais partie d’une association, académique, universitaire, sociale, politique, religieuse, caritative, philosophique, dans laquelle la partie qui m’a désigné ou son avocat ou un autre arbitre fait partie (sauf si des liens forts existent) (*IBA Rules* (2014), 4.3.1).

– J’ai été contacté par la partie ou l’avocat qui me désigne, avant cette désignation, sans que l’objet du litige ait été évoqué (*IBA Rules* (2014), 4.4.1).

– Je dispose d’actions, d’un volume insignifiant, dans le capital d’une partie (*IBA Rules* (2014), 4.4.2).

776. – Étape 2. Devoir de se renseigner des parties. C’est ici que commence le bal des difficultés : les faits notoires constituent une limite à l’obligation de révélation de l’arbitre ; ils n’ont pas à être révélés, avec un doute sur l’hypothèse du fait notoire survenu en cours de procédure²⁰⁵.

777. – Étape 3. Devoir de réaction des parties. Que le fait ait été révélé ou découvert par les parties, celles-ci doivent réagir, soit passivement, en acceptant la situation telle qu’elle se présente (ce qui est, tout de même, la majorité des cas), ce qui est, en soi, une forme de réaction, qui purge alors l’obligation de révélation ; soit activement, en exerçant un recours, devant le juge d’appui, ou l’institution arbitrale (mais dont la décision ne bénéficie pas de l’autorité de la chose jugée), en vue d’une récusation, peu important les éléments préalables (courriers, opposition à la désignation, etc.) dans le délai légal ou conventionnel, de manière à évincer l’irrecevabilité tirée de l’article 1466 du Code de procédure civile, ou de l’estoppel de manière plus générale.

778. – Étape 4 (éventuelle). Recours en annulation. Les cas sont alors multiples. Le plus facile est l’hypothèse dans laquelle les parties n’ont pas réagi, provoquant la présomption de renonciation au recours, ou dans laquelle le juge d’appui devant lequel un recours en récusation a été exercé l’a *rejeté* : l’autorité de la chose jugée fait obstacle à l’examen des mêmes faits, sauf s’il s’agit de faits nouveaux, postérieurs donc à la constitution du tribunal arbitral. Plus complexe est l’hypothèse dans laquelle un recours a été exercé devant l’institution d’arbitrage : dénuée d’autorité de la chose jugée, la décision est indifférente mais le recours est

²⁰⁴Paris, 1^{er} juill. 2011 : *Rev. arb.* 2011, p. 761. – Cass. 1^{re} civ., 4 juill. 2012 : *D.* 2012, p. 2425, note B. Le Bars ; *Procédures* 2012, n° 284, obs. L. Weiller. – Paris, 14 oct. 2014 : *D.* 2014, pan. p. 2550, obs. Th. Clay. – Versailles, 22 oct. 2019, n° 18/03519 : *Dalloz actualité*, 6 janv. 2020, obs. J. Jourdan-Marques.

²⁰⁵Comp. en faveur de la révélation, Cass. 1^{re} civ., 3 oct. 2019, *AVME*, préc.

nécessaire pour évincer le jeu de l'article 1466 du Code de procédure civile (avantage donc à l'arbitrage institutionnel où les faits peuvent être examinés deux fois). Enfin, dans tous les autres cas (un recours ne peut plus être exercé, l'article 1466 n'est pas opposé ou l'est mal), alors, le juge de l'annulation appréciera les faits en tant qu'ils sont (ou auraient pu être) de nature à créer un doute raisonnable dans l'indépendance ou l'impartialité de l'arbitre. Reste, enfin, le cas de la fraude, de la collusion entre arbitres, de la corruption, *etc.*, par exemple identifiées dans l'affaire *Tapie* (V. *supra*, n° 170).

779. – Un dernier point. Lorsque le défendeur au recours en annulation invoque l'article 1466 du Code de procédure civile et l'irrecevabilité qui lui est associée, cette demande est désormais de la compétence du conseiller de la mise en état (CME) dont les pouvoirs sont ceux du juge de la mise en état (JME), déterminés par les articles 780 du Code de procédure civile par renvoi de l'article 907, et donc de l'article 789, 6° qui prévoit que le JME est compétent pour trancher les fins de non-recevoir, y compris lorsque lui est associée une question de fond (très fréquent : par ex., le caractère notoire d'un fait est une question de fond, dont dépend le point de départ de l'action en récusation, relevant de la recevabilité). C'est donc à lui que doit être adressée la fin de non-recevoir (sauf à demander que la question soit tranchée en formation collégiale) et celle-ci doit apparaître *dans le dispositif* et pas uniquement dans les moyens, sauf à ne pas être examinée.

b) La sanction du manque d'indépendance et d'impartialité

780. – Sanctions. L'obligation de révélation à la charge des arbitres, en tant qu'elle assure à la fois la réalité et le contrôle de l'exigence d'indépendance et d'impartialité, est tellement importante que toute la palette des moyens traditionnels est envisagée. Au titre des moyens préventifs, l'obligation de révélation assure l'efficacité des techniques de désignation de l'arbitre, tandis que, au titre des moyens curatifs, sont identifiées trois sanctions possibles : la première affectant la présence de l'arbitre dans le tribunal arbitral par la technique de la récusation (1), la deuxième affectant l'existence même de la sentence arbitrale par son annulation (2) et la troisième enfin affectant éventuellement l'arbitre lui-même par l'engagement de sa responsabilité (3).

1) La récusation de l'arbitre

781. – Mécanisme de la récusation. La « récusation » d'un arbitre suppose que l'arbitre soit désigné. Or, bien souvent les difficultés dans la désignation d'un arbitre s'observent avant que la désignation soit parfaite. L'article 1456 du Code de procédure civile, comme la plupart des autres instruments au soutien de cette désignation, impose une obligation de révélation *avant* que l'arbitre accepte sa mission : « En cas de différend sur le maintien de l'arbitre, la difficulté est réglée par la personne chargée d'organiser l'arbitrage ou, à défaut, tranchée par le juge d'appui saisi dans le mois qui suit la révélation de l'arbitre ». En toute hypothèse, il demeure

que la critique d'un arbitre est une situation finalement assez fréquente²⁰⁶ et peut être l'occasion d'une « bataille psychologique », ne serait-ce que pour montrer à un arbitre qu'il est sous surveillance, ou tout simplement pour préparer une future, et éventuelle, demande en annulation de la sentence. Deux phases doivent donc être identifiées.

La première correspond à la période en amont de la désignation où l'arbitre, ayant adressé une déclaration d'indépendance et d'impartialité, voit sa présence critiquée avant qu'il n'ait accepté sa mission (par prudence d'ailleurs, bien des arbitres reportent le moment de l'acceptation de leur mission à un moment ultérieur, qui peut être la confirmation par un centre d'arbitrage ou la signature d'un acte de mission). Dans cette phase, cette critique ne peut être considérée comme une forme de récusation dans la mesure où l'arbitre n'est pas encore désigné. Il s'agit donc d'une opposition à la nomination ou à la désignation de l'arbitre, un « différend sur le maintien d'un arbitre », qui peut être informelle dans un arbitrage *ad hoc* ou correspondre à une procédure particulière d'un règlement d'arbitrage auquel les parties ont souscrit (*cf.* Règl. CCI, art. 14.1)²⁰⁷. Ce type de procédure offre alors un pouvoir assez considérable à l'institution d'arbitrage pour apprécier si la récusation s'impose, ou non²⁰⁸, après avoir reçu les observations de l'arbitre, des parties ou des autres membres du tribunal arbitral (Règl. CCI (2021), art. 14.3). Dans cette situation, l'arbitre ainsi visé peut parfaitement « se maintenir » c'est-à-dire résister à la critique et accepter sa mission.

La récusation de l'arbitre correspond alors à la seconde phase de la procédure de désignation. Cette seconde phase suppose donc que l'arbitre ait accepté sa mission ; il est arbitre. La récusation proprement dite correspond au traitement de la difficulté qui s'instaure, sur le fondement des éléments révélés par l'arbitre où, au contraire sur ceux non révélés, mais découverts ou connus d'une partie, qu'il s'agisse de faits antérieurs ou postérieurs à la désignation, dans la mesure où l'exigence d'indépendance et d'impartialité et l'obligation de révélation qui l'accompagne courent jusqu'à la fin de la procédure arbitrale, c'est-à-dire jusqu'au prononcé de la sentence²⁰⁹.

782. – Procédures de récusation. Diverses procédures de récusation coexistent. En premier, l'article 1456, alinéa 3 du Code de procédure civile vise l'appui du juge étatique ou de la personne chargée d'organiser l'arbitrage. Il en résulte²¹⁰ que la compétence du juge d'appui n'est pas exclusive et que les parties peuvent parfaitement confier le traitement de cette difficulté d'une autre manière, par exemple par une institution d'arbitrage. D'ailleurs, la plupart des règlements d'arbitrage connaissent une procédure particulière de récusation d'un arbitre. Outre la récusation judiciaire ou la récusation par une institution d'arbitrage, il pourrait cependant exister

²⁰⁶N. Blackaby, C. Partasides et *al.*, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, *op. cit.* n° 4.89.

²⁰⁷« La récusation d'un arbitre, que ce soit pour un prétendu manque d'impartialité ou d'indépendance, ou autrement, est faite par la soumission au Secrétariat d'une déclaration écrite précisant les faits et circonstances sur lesquels la contestation est fondée. » V. aussi LCIA (2020), art. 10(1) : « circumstances exist that give rise to justifiable doubts as to the arbitrator's impartiality or independence ».

²⁰⁸Règl. CCI (2021), art. 11.4 : « Les décisions de la Cour quant à la nomination, confirmation, récusation ou le remplacement d'un arbitre est définitive ».

²⁰⁹Sur les difficultés dans l'appréciation de la date clôturant l'obligation de révélation, *cf.* Ch. Seraglini et J. Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, *op. cit.*, p. 735, § 746.

²¹⁰*Cf.*, de manière explicite, l'*English Arbitration Act* de 1996 (art. 23.1) qui évoque expressément que « the parties are free to agree in what circumstances the authority of an arbitrator may be revoked ».

une troisième voie, initiée par les arbitres eux-mêmes, notamment dans un arbitrage international, comme celui régi par le Règlement CIRDI (art. 9).

783. – Récusation par le juge d'appui. La récusation judiciaire est subsidiaire, en ce sens que le juge d'appui n'est compétent que dans la mesure où les parties n'ont pas prévu une autre technique, notamment celle choisie par un centre d'arbitrage²¹¹.

784. – Arbitrage interne. Dans un arbitrage interne, il s'agit du président du tribunal judiciaire, ou du juge qu'il aura désigné à cet effet. Il dispose d'une compétence subsidiaire mais exclusive, quand bien même les parties auraient, par inadvertance, désigné le président du tribunal de commerce à cet effet²¹². Il s'agira alors du juge d'appui et donc du juge du siège de l'arbitrage tel que désigné par la convention d'arbitrage et, à défaut, du président du tribunal judiciaire du lieu du siège du ou de l'un des défendeurs (ou de celui du ou de l'un des demandeurs si le défendeur a son domicile à l'étranger)²¹³.

785. – Arbitrage international. Dans un arbitrage international, de nombreux droits de l'arbitrage étrangers désignent le juge du siège de l'arbitrage²¹⁴ et le droit français de l'arbitrage international renvoie, par l'article 1506 du Code de procédure civile, aux dispositions prévues en matière d'arbitrage interne, de sorte que c'est le juge d'appui, dans les mêmes logiques que pour un arbitrage interne qui est compétent, à la différence d'une part que le juge d'appui est, territorialement, le président du tribunal judiciaire de Paris en application de l'article 1505 du Code de procédure civile et d'autre part que les parties peuvent choisir un autre juge, d'une autre juridiction française, voire un juge étranger²¹⁵.

De manière plus précise, la compétence du juge d'appui aux termes de l'article 1505 du Code de procédure civile repose sur quatre circonstances : l'arbitrage se déroule en France, les parties sont convenues de soumettre l'arbitrage à la loi de procédure française, les parties ont expressément donné compétence aux juridictions étatiques françaises pour connaître les différends relatifs à la procédure arbitrale ou l'une des parties est exposée à un risque de déni de justice.

786. – Délai pour exercer une action en récusation devant le juge d'appui. Dans tous les cas où le juge français est compétent, le délai prévu par l'article 1456, alinéa 3 du Code civil est enfermé dans un délai assez bref par une saisine « dans le mois qui suit la révélation ou la découverte du fait litigieux ». La sanction prend la forme d'une forclusion et donc de l'irrecevabilité de la demande²¹⁶. Une difficulté surgit cependant pour le cas où un fait se révélerait après le prononcé de la sentence. Avant la réforme de 2011, il ne faisait pas de difficulté sur le fait que la récusation devait, en toute hypothèse, être demandée avant le prononcé de la sentence²¹⁷ dans la mesure où, ensuite, les arbitres sont dessaisis (V. *infra*, n° 1481). On peut penser que malgré la réforme de 2011, cette situation demeure dans la mesure où l'on voit mal comment les parties pourraient, après que la sentence a été rendue et les arbitres dessaisis, « dans le mois » saisir le juge d'appui, en concurrence d'ailleurs avec le juge de l'annulation.

²¹¹Paris, 28 janv. 2014 : *D.* 2014, pan. p. 2548, obs. Th. Clay.

²¹²Toulouse, 12 juin 2012 : *RTD com.* 2013, p. 483, obs. E. Loquin.

²¹³CPC, art. 1459.

²¹⁴Cf. J.-F. Poudret et S. Besson, *Droit comparé de l'arbitrage international*, Bruylant, 2002, spéc. n° 427.

²¹⁵Cass. 1^{re} civ., 7 mars 2000 : *Rev. arb.* 2000, p. 447, note A. Lacabarats ; *RTD com.* 2000, p. 345, obs. E. Loquin.

²¹⁶TGI Paris, ord., 10 nov. 2011 : *D.* 2011, pan. p. 3023, obs. Th. Clay.

²¹⁷TGI Paris, ord., 2 juill. 1990 : *Rev. arb.* 1996, p. 483.

En outre, la saisine du juge d'appui s'effectue sans préalable particulier. Notamment il n'est pas prévu, au rebours d'autres législations (*cf.* Loi-type CNUDCI (2006), art. 13.2) que les arbitres, dont l'arbitre objet de la récusation, soient saisis pour décision ou pour avis. Rien n'empêche cependant, dans un arbitrage international, de prévoir une telle possibilité. La procédure est celle du référé, « comme en matière de référé », même si la décision présente un caractère définitif et présente l'autorité de la chose jugée (CPC, art. 492-1, 1^o qui excepte l'article 488), de sorte que le juge de l'annulation, ensuite éventuellement saisi, ne peut revenir, sauf à tenir compte d'éléments nouveaux, sur la décision de rejet ou d'admission de la récusation²¹⁸. L'article 1460 du Code de procédure civile, auquel renvoie d'ailleurs l'article 1506, prévoit que le juge d'appui statue « par ordonnance non susceptible de recours »²¹⁹ même si la jurisprudence avait, avant 2011, prévu la possibilité d'un appel-nullité contre l'ordonnance en cas d'excès de pouvoir du juge. Depuis 2011, un appel est possible contre cette ordonnance « lorsque le juge déclare n'y avoir lieu à désignation pour une ou des causes prévues à l'article 1455 », c'est-à-dire lorsque la convention d'arbitrage est manifestement nulle ou manifestement inapplicable, ce qui n'a rien à voir avec la procédure de récusation, de sorte que l'appel-nullité d'avant 2011 devrait continuer de prospérer²²⁰.

787. – Procédure institutionnelle de récusation. Dans de nombreux règlements d'arbitrage proposés par les centres institutionnels, des techniques de récusation sont prévues²²¹, renvoyant à un organe de l'institution le soin de trancher, contradictoirement²²², sur la demande de récusation d'un arbitre. L'intérêt d'une telle procédure institutionnelle est de déroger à la compétence judiciaire, le juge d'appui étant alors incompétent pour statuer²²³. Il demeure que la décision de cet organe n'est pas, par hypothèse, une sentence arbitrale, qui n'est donc pas une « décision » au sens procédural du terme et ne peut donc faire l'objet d'un recours devant le juge²²⁴. En revanche, n'étant pas une sentence et ne bénéficiant pas de l'autorité de la chose jugée, il en résulte que le juge de l'annulation peut remettre en cause le sens de la « décision » de l'organe de l'institution qui l'a rendue, par exemple pour annuler la sentence pour défaut d'indépendance ou d'impartialité malgré la « décision » rejetant la récusation.

788. – Procédure de récusation devant les arbitres. En matière internationale, une telle situation est possible dans la mesure où l'article 1506 du Code de procédure civile renvoie, pour la question de récusation d'un arbitre, à l'article 1456 du même code « à moins que les parties en soient convenues autrement ». L'article 1456 lui-même ne comprend pas cette précision de sorte que l'on peut considérer que ce texte institue soit une option de compétence, entre l'institution qui organise l'arbitrage interne ou le juge d'appui, soit fait de ce texte une règle supplétive, du fait de cette option. Dans le doute, on admettra ici que cette option ne vaut de manière certaine que pour l'arbitrage international. En matière d'arbitrage d'investissement, l'article 57

²¹⁸Paris, 3 mars 2005 : *Rev. arb.* 2005, p. 787. – Paris, 6 avr. 1990 : *Rev. arb.* 1990, p. 880, note M. de Boissésou.

²¹⁹Paris, 6 déc. 2007 : *Rev. arb.* 2007, p. 934.

²²⁰*Cf.* P. Chevalier, *Le nouveau juge d'appui*, in *Le nouveau droit français de l'arbitrage*, Lextenso, 2011, p. 143, spéc. p. 158. – Th. Clay, *Liberté, égalité, efficacité : la devise du nouveau droit français de l'arbitrage, commentaire article par article : JDI* 2012, p. 443, spéc. p. 489.

²²¹*Cf.* not. Règl. CCI (2021), art. 14 ; Règl. LCIA (2020), art. 10 ; Règl. CMAP, art. 15.

²²²TGI Paris, ord., 14 juin 1989 : *Rev. arb.* 1990, p. 497.

²²³TGI Paris, ord., 1^{er} avr. 1993 : *Rev. arb.* 1993, p. 455, note P. Bellet.

²²⁴Cass. 2^e civ., 7 oct. 1987 : *Rev. arb.* 1987, p. 479, note E. Metzger.

de la Convention de Washington prévoit qu'une partie peut demander à la Commission ou au tribunal lui-même la récusation d'un arbitre et l'article 9 du règlement d'arbitrage CIRDI prévoit une procédure de notification aux arbitres assurant ensuite la mise au vote par le tribunal lui-même, sauf si la récusation concerne la majorité des arbitres.

Une telle procédure peut être organisée par les parties elles-mêmes, dans la convention d'arbitrage, ou par référence à un règlement d'arbitrage qui prévoit cette technique²²⁵ étant rappelé que l'article 1505 du Code de procédure civile propose également une dérogation à la compétence exclusive du tribunal judiciaire de Paris. La loi-type CNUDCI (2006) prévoit également cette solution dans son article 13.2²²⁶, solution parfois reprise dans des droits étrangers, par exemple dans la loi espagnole n° 60/2003 du 23 décembre 2003 (art. 18.2) ou allemande (ZPO, § 1037, al. 2).

789. – Effets de la récusation. La récusation a pour effet d'écarter l'arbitre du tribunal arbitral. Il devra donc être remplacé, dans les mêmes conditions que celles qui étaient prévues pour sa désignation, à moins que la convention d'arbitrage n'en dispose autrement, et avec l'aide éventuelle du juge d'appui. Durant cette période, entre la récusation de l'arbitre et son remplacement, la procédure d'arbitrage est suspendue, aux termes de l'article 1473 du Code de procédure civile²²⁷.

Cette question ne suscite aucune difficulté particulière, sauf à envisager la situation de l'arbitre, dont la récusation est demandée, et ce quelle que soit la technique utilisée, pendant l'instance arbitrale. La procédure de récusation ne vaut pas récusation, d'abord parce qu'elle suppose un examen contradictoire et que la décision est incertaine, récusation ou maintien de l'arbitre, et ensuite parce que l'arbitre demeure tel tant qu'une décision n'a pas prononcé sa récusation. Par conséquent, la procédure doit pouvoir se dérouler et les actes réalisés par le tribunal arbitral, comprenant cet arbitre, avec sa récusation, sont considérés comme valables et efficaces²²⁸, y compris la sentence arbitrale elle-même, si l'on suppose que celle-ci est rendue et qu'une procédure soit tardivement mise en œuvre, à la suite d'une découverte postérieure à la désignation par une partie²²⁹. En effet, la procédure de récusation ne présente pas d'effet suspensif, ni en droit français ni dans la plupart des droits étrangers de l'arbitrage.

Rien n'interdit toutefois que la convention d'arbitrage ou le règlement d'une institution d'arbitrage prévoient une telle suspension, et ses effets sur les délais de l'arbitrage, ne serait-ce que pour prémunir la sentence à rendre du risque d'annulation parce qu'elle aurait été rendue par un tribunal arbitral qui aurait été irrégulièrement constitué (au sens de l'article 1492, 2° du Code de procédure civile). Rien n'interdit non plus le tribunal, de sa propre initiative ou sur demande des parties, de surseoir à statuer en attendant le résultat de la procédure engagée de récusation.

²²⁵Cf. Règl. CIRDI (2006), art. 9.

²²⁶Loi-type CNUDCI (2006), art. 13.2 : « Faute d'un tel accord, la partie qui a l'intention de récuser un arbitre expose par écrit les motifs de la récusation au tribunal arbitral, dans un délai de quinze jours à compter de la date à laquelle elle a eu connaissance de la constitution du tribunal arbitral ou de la date à laquelle elle a eu connaissance des circonstances visées à l'article 12.2). Si l'arbitre récusé ne se déporte pas ou que l'autre partie n'accepte pas la récusation, le tribunal arbitral se prononce sur la récusation ».

²²⁷Avant 2011, la solution était beaucoup plus radicale, la récusation d'un arbitre emportait la fin de l'arbitrage, sauf accord, fréquent, des parties (CPC, ancien art. 1464, 2°).

²²⁸Paris, 12 nov. 1998 : *Rev. arb.* 1999, p. 374, note Ch. Jarrosson.

²²⁹Paris, 12 nov. 1998, préc.

2) L'annulation de la sentence arbitrale

790. – Caractère subsidiaire. L'hypothèse de l'annulation d'une sentence arbitrale du fait du manquement par un arbitre à son obligation de révélation renvoie au cas d'annulation de l'article 1492, 2°, pour l'arbitrage interne ou 1520, 2°, pour l'arbitrage international, du Code de procédure civile, c'est-à-dire le cas dans lequel l'annulation est possible en raison de l'irrégularité de la constitution du tribunal arbitral²³⁰ (V. *infra*, n° 1571). L'annulation d'une sentence en raison du défaut d'indépendance ou d'impartialité d'un arbitre semble en effet une sanction opportune, évidente et essentielle pour préserver l'esprit de justice de l'arbitrage. Toutefois, les règles du droit de l'arbitrage visent tout autant la préservation de la régularité et de l'efficacité de l'instance arbitrale que la célérité de l'arbitrage, de sorte que ces règles organisent les procédures visant à assurer l'indépendance et l'impartialité de manière à coordonner ces objectifs. Ainsi, une partie qui ressent un doute à l'observation des éléments révélés par l'arbitre ou qui aurait connaissance de circonstances particulières, non révélées, doit mettre en œuvre les techniques mises à sa disposition, celles de l'article 1456, alinéa 3 du Code de procédure civile. Il n'est pas question, en effet, qu'une partie « réserve » ce type de critique à l'attente du résultat de la sentence pour, dans le cas où elle succomberait, engager une action en annulation sur ce fondement, sauf à faire échec à l'objectif de célérité de l'arbitrage en favorisant, indirectement, une logique presque dilatoire. C'est la raison pour laquelle l'article 1466 du Code de procédure civile pose, de manière générale, que « la partie qui, en connaissance de cause, et sans motif légitime, s'abstient d'invoquer en temps utile une irrégularité devant le tribunal arbitral est réputée avoir renoncé à s'en prévaloir ». C'est donc dans l'hypothèse où une partie aurait fait valoir une telle « irrégularité », devant le juge d'appui, l'institution qui organise l'arbitrage ou le tribunal arbitral selon les cas, qu'elle pourrait alors engager une action en annulation. Et encore, il conviendrait que la décision rendue à cet effet n'ait pas purgé l'irrégularité de telle manière que la décision soit revêtue de l'autorité de la chose jugée face au juge de l'annulation (ordonnance du juge d'appui ou sentence rejetant la récusation). Une dernière hypothèse est celle dans laquelle une circonstance affectant l'indépendance ou l'impartialité serait découverte après la constitution du tribunal arbitral et que la partie pouvant l'invoquer n'aurait pu utilement faire valoir son droit de récusation (notamment si elle intervient à un moment proche de la sentence ou après que la sentence a été rendue), justifiant alors l'invocation de la violation à l'ordre public procédural (V. *infra*, n° 1586)²³¹.

²³⁰Cass. 1^{re} civ., 16 mars 1999 : *Bull. civ.* 1999, I, n° 88. L'annulation pourrait cependant, en matière d'arbitrage interne, se justifier de l'application de l'article 1492, 1°, l'incompétence du tribunal arbitral en raison de la nullité de la convention d'arbitrage du fait du « vice du consentement » qui l'affecte pour la raison du défaut d'indépendance ou d'impartialité, solution plus discutable si le « vice » survient après la conclusion de la convention d'arbitrage et parce que l'arbitre n'est pas partie à cette convention (Paris, 9 avr. 1992 : *Rev. arb.* 1996, p. 483), de même qu'en matière d'arbitrage interne, sur le fondement de l'article 1520, 1° (ancien art. 1502, 1°, avant 2011), pour les mêmes raisons (Paris, 12 nov. 1998 : *RTD com.* 1999, p. 371, obs. E. Loquin), voire sur le fondement de contrariété à l'ordre public de l'article 1520, 5° (ancien art. 1502, 5° avant 2011) dans la mesure où le défaut d'indépendance et d'impartialité, qui pourrait être considéré comme un principe ou une règle d'ordre public international, porte atteinte au principe d'égalité des parties et au principe du contradictoire (Paris, 23 févr. 1999 : *RTD com.* 1999, p. 371, obs. E. Loquin ; *adde* : Paris, 23 mars 1995 : *Rev. arb.* 1996, p. 446, note Ph. Fouchard, en matière de violation de l'ordre public procédural interne pour un arbitrage interne).

²³¹Paris, 23 févr. 1999, préc. – Paris, 23 mars 1995, préc.

791. – Annulation automatique ? En outre, lorsqu'une action en annulation demeure possible, la question se pose de savoir si l'annulation de la sentence doit, ou non, être automatique. En faveur de l'automatisme, milite l'argument objectif d'un défaut de la sentence arbitrale mais, en défaveur bien d'autres arguments peuvent être invoqués. En premier, l'idée fondamentale que la « nullité » d'un acte n'est jamais automatique : un acte est éventuellement « annulable » par un juge pour autant, d'une part, que quelqu'un engage une action en nullité et, d'autre part, que cette action parvienne, de manière contradictoire, à convaincre un juge. C'est par un raccourci, un « tic » de langage que l'on peut « dire », rapidement qu'un contrat, un acte ou une sentence arbitrale est « nulle », alors que ce caractère « nul » ne peut être que le résultat d'une décision de justice. Ensuite, l'idée que les circonstances affectant l'indépendance et l'impartialité d'un arbitre, pour objectivées qu'elles tendent de l'être, sont rarement évidentes et dépendent souvent de considérations factuelles, elles-mêmes subjectives et psychologiques : un arbitre a pu oublier un fait, ou le considérer comme véniel, tandis qu'une partie *a le sentiment* que cette omission était volontaire ou que le fait était majeur. C'est la mesure du « doute » d'une partie qui sert d'étalon à la sincérité et l'efficacité de l'obligation de révélation, ce qui devrait faire obstacle à toute annulation automatique. Du reste, et pendant longtemps, le caractère non automatique de l'annulation de la sentence ne posait pas difficulté²³², jusqu'à la survenue de deux circonstances particulières.

La première est l'idée que l'obligation de révélation supplante l'exigence d'indépendance et d'impartialité, qui n'est pas formulée, d'ailleurs, expressément dans le Code de procédure civile (mais que l'on retrouve cependant dans bien des règlements d'arbitrage ou des législations étrangères) de sorte que l'obligation de révélation aurait « dissous » cette exigence²³³. Dès lors, ce ne serait pas le défaut d'indépendance ou d'impartialité qui serait la cause de l'annulation de la sentence, mais le manquement, objectivement appréciable, à l'obligation de révélation de l'arbitre : une telle inexécution d'une obligation essentielle emporterait, alors, annulation automatique de la sentence. L'idée n'est pas fautive, mais reste à mesurer son application juridique effective. Or, précisément, une deuxième circonstance est venue jeter le trouble, à travers des décisions, d'ailleurs rendues en matière d'arbitrage interne ou international²³⁴, et une formule ambiguë selon laquelle une sentence avait été annulée alors qu'un arbitre avait révélé avoir déjà été « régulièrement » désigné par un groupe de sociétés mais sans indiquer le nombre de désignations, de telle manière que la Cour de cassation, en 2010, avait annulé l'arrêt d'appel qui avait écarté l'annulation de la sentence, car « le caractère systématique de

²³²Comp. Paris, 29 janv. 2004 : *JCP G* 2004, I, 179, n° 5, obs. Ch. Seraglini ; *D.* 2004, somm. p. 3182, obs. Th. Clay ; *Rev. arb.* 2005, p. 709, note M. Henry. – Paris, 17 févr. 2005 : *Rev. arb.* 2005, p. 709, note M. Henry : « si l'arbitre a l'obligation d'informer les parties de l'existence de circonstances de nature à affecter son jugement ou à constituer un risque certain de prévention à l'égard d'une partie à l'arbitrage, un manquement à cette obligation entraîne l'annulation, si cette réticence, soit à elle seule, soit rapprochée d'autres éléments de la cause, constitue une présomption suffisante de défaut d'indépendance et d'impartialité ».

²³³Comp. Th. Clay, obs. ss Paris, 12 févr. 2009 : *Rev. arb.* 2009, p. 186 ; note ss Cass. 1^{re} civ., 4 nov. 2010 ; *Cah. arb.* 2010, p. 1147.

²³⁴Paris, 29 janv. 2004, préc. – Paris, 12 févr. 2009 : *Rev. arb.* 2009, p. 186, note Th. Clay ; *LPA* 2009, p. 4, note M. Henry ; *Cah. arb.* 2009, p. 6, obs. L. Degos. – Cass. 1^{re} civ., 20 oct. 2010 : *D.* 2010, pan. p. 2933, obs. Th. Clay ; *JCP G* 2011, I, 1286, obs. Ch. Seraglini ; *LPA* 2011, p. 17, note M. Henry. – Cass. 2^e civ., 6 déc. 2011 : *RTD com.* 2002, p. 657, obs. E. Loquin ; *Rev. arb.* 2003, p. 1231, note E. Gaillard ; *D.* 2003, pan. p. 2472, obs. Th. Clay ; *JCP G* 2004, I, 179, obs. Ch. Seraglini.

la désignation d'une personne donnée par les sociétés d'un même groupe, sa fréquence et sa régularité sur une longue période, dans des contrats comparables, ont créé les conditions d'un courant d'affaires entre cette personne et les sociétés du groupe parties à la procédure de sorte que l'arbitre était tenu de révéler l'intégralité de cette situation à l'autre partie à l'effet de la mettre en mesure d'exercer son droit de récusation ». À bien des égards cependant, ces décisions, sévères²³⁵, peuvent également être considérées comme un raccourci de la formulation, traditionnelle de la jurisprudence selon laquelle il appartient au juge de l'annulation d'apprécier si les éléments non révélés étaient véritablement de nature à créer un doute raisonnable quant à l'indépendance ou l'impartialité de l'arbitre, une nullité non automatique, donc²³⁶. Il existerait donc des circonstances de non-révélation dont la gravité est susceptible d'emporter aisément la conviction du juge²³⁷, un peu à la manière de la « liste rouge non susceptible de renonciation » des *IBA Rules* (2014) (*V. supra*, n° 720).

3) La responsabilité de l'arbitre

792. – Manquement grave. Si l'on ne peut, d'une manière générale, reprocher à l'arbitre sa manière de décider (*V. infra*, n° 1538), de sorte qu'une forme d'immunité²³⁸ de l'arbitre se dégage, celle-ci ne vaut pas pour les situations dans lesquelles l'arbitre aurait commis une faute, soit dans la conduite de l'arbitrage (omission de délais par exemple), dans son comportement, dont la violation de l'obligation de révélation lorsque celle-ci aboutit à l'annulation de l'arbitrage²³⁹, dans la mesure où la faute de l'arbitre emportant l'annulation de l'arbitrage cause un préjudice économique aux parties, d'une part, et où elle se présente comme une violation délibérée de ses devoirs d'arbitre consistant en un manquement grave²⁴⁰ à sa fonction juridictionnelle, d'autre part²⁴¹. Ce n'est donc pas une responsabilité automatique de l'arbitre qui se dégage du manquement à l'obligation de révélation. Plus exactement, l'ampleur de la réparation, qui peut être considérable dans le cas de l'annulation d'une sentence arbitrale, dépend de ces facteurs. À défaut d'ailleurs, le manquement à l'obligation de révélation, s'il n'aboutit pas à une sanction particulière, récusation ou annulation de la sentence, n'est donc pas fautif, donc ne crée pas de préjudice réparable, de nature délictuelle ou contractuelle selon les cas (*V. infra*, n° 876).

²³⁵Cf. Th. Clay, obs. *in D.* 2010, pan. p. 2933.

²³⁶Paris, 10 mars 2011 : *Cah. arb.* 2011, p. 787, note M. Henry. – Paris, 9 sept. 2010 : *D.* 2010, pan. p. 2933, obs. Th. Clay ; *LPA* 2011, p. 17, note M. Henry. – Cass. 1^{re} civ., 10 oct. 2012, n° 11-20.299 : *JCP G* 2012, act. p. 1929, obs. M. Henry ; *JCP G* 2012, I, 1354, obs. Ch. Seraglini.

²³⁷Cf. Cass. 1^{re} civ., 20 oct. 2010, préc. (à ceci près que la cour d'appel ne l'avait pas entendu ainsi).

²³⁸Sur ce point, cf. Th. Clay, *L'arbitre*, *op. cit.*, spéc. n°s 565 et s. – G. B. Born, *International commercial arbitration*, t. II, *International arbitral procedures*, *op. cit.*, 2^e éd., p. 1964 et s.

²³⁹Paris, 12 oct. 1995 : *Rev. arb.* 1999, p. 324, note Ph. Fouchard. – TGI Paris, 12 mai 1993 : *Rev. arb.* 1996, p. 411, note Ph. Fouchard.

²⁴⁰V. Paris, 21 mai 2019, n° 17/12238 concernant une faute des arbitres qui n'est pas constitutive d'une faute lourde et n'est pas de nature à engager la responsabilité des arbitres.

²⁴¹Cf. Ph. Stoffel-Munck, *La responsabilité de l'arbitre* : *Rev. arb.* 2017, p. 1123.

Section 2

Le processus de désignation des arbitres

793. – Présentation. Quel que soit le mode de désignation de l'arbitre, le principe est celui de la volonté des parties : les parties sont libres de désigner le ou les arbitres qui seront chargés de conduire la procédure d'arbitrage et de rendre une sentence arbitrale²⁴². Toutefois, un certain nombre de difficultés ou de règles apparaissent tenant à la question du nombre d'arbitres (§ 1) ou des techniques de désignation des arbitres (§ 2).

§ 1. – Le nombre d'arbitres

794. – Imparité de principe ? La règle de l'imparité s'impose en matière d'arbitrage interne, aux termes de l'article 1451 du Code de procédure civile : « Le tribunal arbitral est composé d'un ou de plusieurs arbitres en nombre impair »²⁴³. Il peut s'agir d'un tribunal arbitral constitué d'un arbitre unique ou composé de trois arbitres, ou plus²⁴⁴, en nombre impair. Une certaine tradition – certains diront européenne – propose souvent un arbitrage à trois arbitres, deux coarbitres désignés par les parties et un arbitre faisant fonction de président du tribunal arbitral, en général proposé par les arbitres, sous la réserve de l'intervention d'un centre d'arbitrage ou du juge d'appui. Une autre – qu'on dit parfois d'origine américaine – consisterait plutôt à privilégier un arbitrage à arbitre unique, en raison d'une méfiance, presque objective, envers les *party-appointed arbitrators*, et visant à éviter l'« arbitre partisan » (V. *supra*, n° 724), que l'obligation de révélation vise, au contraire à bannir, sous la responsabilité des parties et de l'éthique des arbitres. En effet, le coarbitre²⁴⁵ n'est pas, quel que soit son mode de désignation, l'arbitre d'une partie, une sorte de « super avocat » niché dans le tribunal arbitral. En réalité, la différence d'approche n'est pas culturelle, mais dépend de la physionomie du litige, du montant en jeu, des différents acteurs. C'est d'ailleurs toute l'ambiguïté apparente de la constitution du tribunal arbitral laissant à chaque partie le soin, la liberté et la responsabilité de désigner un arbitre, qui pourra, assez aisément, être considéré comme suspect aux yeux de l'autre partie et réciproquement. Or, l'arbitre n'est pas celui d'une partie mais un membre du tribunal arbitral et qui doit être impartial au point de ne pas prendre fait et cause pour la partie qui l'a désigné. Le seul intérêt de la

²⁴²V. gén. A. Cohen Smutny, A. de Lotbinière McDougall et M. P. Daly (eds), *A Practical Guide to International Arbitration, Juris*, 2020, p. 25 et s.

²⁴³S'agissant de la question spécifique du nombre d'arbitres des conseils à prévoir lors de la rédaction de la clause compromissoire, v. *supra*, n° 511.

²⁴⁴La situation de tribunaux arbitraux à cinq arbitres, ou davantage, est assez rare (V. cependant Paris, 26 janv. 2021, n° 19/10666, *Vidatel : Dalloz actualité*, 22 févr. 2021, obs. J. Jourdan-Marques), sinon dans des arbitrages entre États (cf. G. B. Born, *International commercial arbitration*, vol. II, *International arbitral procedures*, *op. cit.*, p. 1673, pour des exemples) ; V. *infra*, n° 821, sur l'arbitrage multipartite.

²⁴⁵Th. Clay, *Le coarbitre*, in *Mél. P. Mayer*, LGDJ, 2015, p. 133.

désignation d'un arbitre pour une partie se limite à l'existence d'une forme de garantie supplémentaire qu'elle peut attendre que ses arguments et pièces seront examinés avec impartialité et sérieux par le tribunal et que, si elle doit succomber, que ce soit sur la base d'un raisonnement non arbitraire. Il est assez fréquent, en outre, que, dans des arbitrages importants, un secrétaire administratif soit proposé aux parties (V. *infra* encart, n° 797).

795. – Arbitre unique. Il est en outre assez usuel qu'un arbitre unique soit désigné. Ce peut être du fait de la convention d'arbitrage, de la volonté des parties ou, plus sûrement, d'un règlement d'arbitrage. Ceux-ci prévoient en effet très souvent que, à défaut de désignation des arbitres par les parties, le centre d'arbitrage décidera si l'arbitrage, en fonction de son importance, nécessite l'intervention d'un ou de trois arbitres. L'intérêt principal est alors la réduction des coûts de l'arbitrage, notamment en cas d'arbitrage dans lequel les montants en litige seraient peu élevés.

796. – Président du tribunal arbitral. Le président du tribunal arbitral est le troisième arbitre ou le tiers arbitre²⁴⁶ et n'est pas désigné de manière particulière par les règles applicables en droit français de l'arbitrage mise à part dans l'hypothèse d'un conflit, en matière d'arbitrage international, lui laissant la possibilité de trancher, seul, le litige (CPC, art. 1513 ; *adde*, Règl. CCI (2021), art. 31-1). Son rôle est pourtant essentiel dans la conduite de la procédure arbitrale : il préside les audiences, dirige les débats, le délibéré, rédige le plus souvent un projet de sentence, reçoit et répond aux courriers des parties, propose des ordonnances de procédure ou des mesures d'administration, *etc.*, qui justifie l'usage du partage inégal des honoraires en sa faveur. S'agissant du choix, proprement dit, du président et ce, indépendamment des difficultés qui pourraient survenir, tranchées par le centre d'arbitrage ou par le juge d'appui, ce sont les parties qui maîtrisent en principe les « règles » de la désignation. Elles peuvent déléguer aux arbitres le choix du président, sans s'en mêler, ou bien s'impliquer dans cette désignation, par voie d'approbation ou de refus. Cette hypothèse est d'ailleurs à privilégier dans la mesure où le président est, tout autant que les arbitres, soumis à indépendance et impartialité. Il n'est donc pas inutile que les parties puissent, dès le départ, apprécier ces qualités. De la même manière les parties (ou la convention d'arbitrage) peuvent guider le choix par des critères objectifs, de nationalité, de maîtrise d'une langue, d'une spécialité, d'une compétence de procédure arbitrale, d'expérience, de disponibilité, *etc.* Très souvent les parties dressent chacune une liste d'arbitres possibles, se l'adressent, jusqu'à ce qu'un nom commun apparaisse, ou bien dressent une liste (avec ou sans l'aide des conseils) et peuvent même tirer au sort l'un des noms.

²⁴⁶Comp. Ch. Gavalda, *Le président du tribunal arbitral international* : LPA 25 juin 1999, p. 13. – Cl. Reymond, *Le président du tribunal arbitral*, *Études P. Bellet*, Litec, 1991, p. 467. – H. Barbier, *Faut-il un statut spécial pour le président du tribunal arbitral ?* : *Cah. arb.* 2015, p. 459.

Encart 27

Le secrétaire administratif

797. – Objectifs et origine. D'origine suisse²⁴⁷ la fonction du secrétaire administratif a été reconnue par la CCI en 1988, pour répondre à la demande des arbitres et une pratique qui s'est amplifiée à partir des années 1980. La pratique a en outre été reconnue par la jurisprudence, notamment par la cour d'appel de Paris qui a énoncé que le tribunal arbitral avait « la possibilité de s'adjoindre un secrétaire », pouvant assister à certaines audiences sans violer le principe du contradictoire ni celui de l'égalité des parties²⁴⁸. La fonction de secrétaire administratif permet d'aider les arbitres dans leurs tâches administratives afin qu'ils puissent se concentrer sur leur mission juridictionnelle. Il est notamment énoncé dans la *Note aux Parties et aux Tribunaux arbitraux concernant la conduite de l'arbitrage* 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 »²⁴⁹. Cette fonction permet aussi d'assurer la formation « des arbitres de demain »²⁵⁰, et une certaine économie de temps et d'argent aux parties²⁵¹.

798. – Missions. Les tâches d'un secrétaire administratif doivent être purement administratives : classement des dossiers, correspondance courante, interface avec le centre et les parties, organisation logistique des conférences téléphoniques et d'audiences, tenue du dossier et localisation de documents, etc. Ces tâches ne doivent pas être de nature juridique ou juridictionnelle, comme le fait de participer (activement ?) à la décision qui conduit à trancher tel ou tel aspect du litige. C'est ce qui a permis à certains de prétendre que le secrétaire ne pourrait pas participer au délibéré²⁵². C'est

²⁴⁷Concordat intercantonal suisse, 27 août 1969, art. 7 et 15.

²⁴⁸V. Paris, 21 juin 1990 : *Rev. arb.* 1991.96, note J.-L. Delvolvé.

²⁴⁹Note aux parties et aux tribunaux arbitraux sur la conduite de l'arbitrage selon le règlement d'arbitrage CCI, 1^{er} janv. 2021, n° 178 ; V. aussi *Guidelines on the Use of a Secretary to the Arbitral Tribunal*, HKIAC, 1^{er} juin 2014 ; d'autres centres, en Finlande, aux Pays-Bas, en Suisse ou en Suède, prévoient des règles à ce sujet, tandis que d'autres les imposent au sein de leur propre personnel (V. Règl. CIRDI (2006), art. 25).

²⁵⁰V. P. Lalive, *Secrétaire de tribunaux arbitraux : le bon sens l'emporte* : *Bull. ASA* 1989, p. 1 ; V. égal. : *Young ICCA Guide on Arbitral Secretaries : The ICCA Reports n° 1*, 2014 (disponible en ligne). – M. Polkinghorne et Ch. B. Rosenberg, *The Role of the Tribunal Secretary in International Arbitration : A Call for a Uniform Standard*, in *Dispute Resolution International* oct. 2014 (disponible en ligne). – R. Karadelis, *The Role of the Tribunal Secretary* : *GAR* 21 déc. 2011 (disponible en ligne). – C. Partasides, *The Fourth Arbitrator? The Role of Secretaries to Tribunals in International Arbitration* : *Arb Int'l.* 2002, vol. 2, p. 18 ; du même auteur, *Secretaries to Arbitral Tribunals*, in B. Hanotiau et A. Mourre, *Players' interaction in International Arbitration*, Dossier of the ICC Institute of World Business Law, ICC Publ., 2012.

²⁵¹V. P. Tercier, *The Role of the Secretary to the Arbitral Tribunal*, in L. W. Newman et R. D. Hill, *The Leading Arbitrators' Guide to International Arbitration*, Juris, 2014, p. 531, spéc. p. 544.

²⁵²Dans une affaire anglaise (*Sonatrach v. Statoil* [2014] EWHC 875 [Comm.], 2 avr. 2014, n° 46-50), la société pétrolière algérienne a introduit un recours en annulation contre une sentence CCI rendue en faveur de sa contrepartie norvégienne parce que le tribunal aurait laissé le secrétaire, sans l'autorisation des parties,

dans la difficulté d'établir la frontière entre les caractères actif ou passif de cette participation que la question se pose. La responsabilité du comportement d'un secrétaire administratif est assumée par le tribunal arbitral et non par le centre. Il existe en effet un débat sur le rôle du secrétaire dans la « rédaction de la sentence par le secrétaire administratif »²⁵³, à l'image de la préoccupation qui peut exister au sujet des *clerks* qui assistent les juges fédéraux américains²⁵⁴. La question pose difficulté dans la mesure où le secrétaire administratif n'est pas un arbitre, admis aux audiences, au délibéré ; il ne doit pas prendre la place d'un arbitre ni recevoir de délégation de pouvoir d'un arbitre²⁵⁵. Dans une affaire, une partie avait allégué que le tribunal avait incorrectement « délégué son rôle au secrétaire administratif, violé son mandat d'arbitre, et négligé de révéler l'existence, la nature, l'étendue et l'effet de la délégation de son rôle d'arbitre au secrétaire administratif »²⁵⁶ ; dans d'autres affaires, la sentence arbitrale peut être soumise à un recours lorsque le secrétaire administratif se serait comporté comme un quatrième membre du tribunal arbitral²⁵⁷.

799. – Conditions de désignation. Le tribunal arbitral doit informer les parties de l'identité de la personne qu'il souhaite nommer, sans qu'aucune partie ne soulève d'objection à cette désignation. Le secrétaire administratif doit présenter les mêmes conditions d'indépendance que les arbitres²⁵⁸.

800. – Rémunération. Le secrétaire administratif est une fonction rémunérée ou gratuite. La rémunération se fait par le biais du tribunal arbitral par prélèvement sur ses honoraires (dont le montant est déterminé par le centre ou par les parties)²⁵⁹. Le coût d'un secrétaire administratif est alors pris en compte lors de la détermination de la provision pour frais d'arbitrage. Les dépenses exposées par un secrétaire administratif (telles que les frais de voyage) peuvent être assimilées aux frais du tribunal arbitral.

801. – Nécessité de la règle d'imparité ? La règle de l'imparité se justifie pour deux raisons au moins. La première est qu'elle permet aisément de constituer une

« participer » au délibéré, ce que les tribunaux anglais ont rejeté.

²⁵³V. E. Kleiman, *Arbitre, Intuitu personae*, in *Liber Amicorum en l'honneur de S. Lazareff*, Pedone, 2011, p. 371, spéc. p. 374, qui énonce que le rôle du secrétaire administratif ne saurait aller jusqu'à la rédaction de la sentence ; à l'inverse d'autres auteurs pensent que c'est un faux débat : V. Y. Derains, *Le professionnalisme des arbitres internationaux* : *Rev. arb.* 2019, p. 659, spéc. p. 671 : « L'arbitre n'est pas un scribe et rédiger n'est pas sa fonction essentielle. Il doit décider en connaissance de cause ».

²⁵⁴V. à ce sujet : R. A. Swanson et S. L. Wasby, *Good Stewards : Law Clerk Influence in State High Courts : The Justice System Journal* 2008, vol. 29, n° 1, p. 24 ; V. aussi : *Guidelines for Use of Clerks and Tribunal Secretaries in Arbitrations*, JAMS International.

²⁵⁵Ph. Mirèze, *Autant en emporte le vent... de l'arbitrage*, in Nassib Ziadé (éd.), *Liber Amicorum S. Saleh : Reflections on Dispute Resolution with Particular Emphasis on the Arab World*, 2019, p. 249, spéc. 272.

²⁵⁶P. Hirst, *When Does a Tribunal Secretary Overstep the Mark?* : *Kluwer Arbitration Blog* 18 avr. 2017 (<http://kluwerarbitrationblog.com/2017/04/18/when-does-a-tribunal-secretary-overstep-the-mark/>).

²⁵⁷*Yukos Universal Ltd v. Russian Federation*, UNCITRAL, PCA Case n° AA. 227.

²⁵⁸V. *supra*, n° 712.

²⁵⁹CCI, Note aux Parties et aux Tribunaux Arbitraux sur la conduite de l'arbitrage selon le règlement CCI, 1^{er} janv. 2021, n° 220 ; HKIAC, *Guidelines on the Use of a Secretary to the Arbitral Tribunal*, para. 2.2.

majorité permettant une décision. Clemenceau l'affirmait dans une formule célèbre : « Pour prendre une décision, il faut être en nombre impair », mais il ajoutait « et trois c'est déjà trop ». La deuxième tient au fait que de cette manière les arbitres ne se présentent pas comme les représentants des parties qui les ont désignés, à coup sûr en cas d'arbitrage à juge unique, au moins pour le tiers arbitre dans un tribunal arbitral constitué de trois arbitres, de telle manière que la règle française se méfie de l'idée selon laquelle un arbitrage en nombre pair se solderait par le fait que chaque partie désignerait « son arbitre » qui risquerait de se présenter comme son représentant, aboutissant à un risque de paralysie de l'arbitrage. Le renfort de cette règle est d'ailleurs assuré par les exigences posées en termes d'indépendance et d'impartialité. La sanction est l'annulation de la sentence, en raison d'une irrégularité de la constitution du tribunal arbitral (CPC, art. 1492, 2°). Pour autant, une telle règle d'imparité n'est pas universelle. D'ailleurs, avant la réforme de l'arbitrage de 1980, le droit français admettait l'arbitrage d'arbitres en nombre pair²⁶⁰. En outre, en matière d'arbitrage international, le fait qu'une sentence ait été rendue par un nombre pair d'arbitres n'emporte pas l'annulation de la sentence, de sorte que l'on peut considérer que le droit français de l'arbitrage international n'impose pas la règle de l'imparité²⁶¹, bien que l'usage tende à montrer que l'imparité est plus souvent retenue. Les parties peuvent donc parfaitement prévoir une convention d'arbitrage envisageant un nombre pair d'arbitres. D'ailleurs, la convention de New York prévoit que la convention d'arbitrage choisie par les parties s'agissant de la sélection des arbitres doit recevoir application, y compris s'agissant du nombre d'arbitres (Conv. New York, art. V, 1°), ce que la loi-type CNUDCI (2006) énonce explicitement (art. 10, 1)²⁶².

De nombreux droits étrangers, d'ailleurs, ne retiennent pas de règle particulière en la matière. Alors que le droit allemand par exemple (ZPO, §1034), ou le droit anglais (Arbitration Act 1996, art. 15) laissent aux parties le soin de déterminer le nombre d'arbitres appelés à siéger, d'autres droits, comme le droit français (de l'arbitrage interne) ou la loi espagnole de 2003 (art. 12), ou certains règlements d'arbitrage exigent cependant parfois l'imparité²⁶³.

802. – Correction de l'arbitrage désigné en méconnaissance de la règle d'imparité. Dans un arbitrage interne, du fait que les parties ne puissent convenir à un arbitrage formé d'un nombre pair d'arbitres, il ne résulte pas que la convention d'arbitrage soit nulle pour autant. L'article 1451, alinéa 2 du Code de procédure civile prévoit en effet un mécanisme permettant de compléter le tribunal « si la convention d'arbitrage prévoit la désignation d'arbitres en nombre pair », soit par l'accord des parties qui disposent d'un délai d'un mois, soit, à défaut, par le juge d'appui (CPC, art. 1451, al. 3), saisi par les parties, le tribunal arbitral ou un des arbitres, aux fins de régulariser la composition du tribunal arbitral. Dans les autres situations, notamment dans des situations d'arbitrage international, la parité convenue est possible, à moins que la loi applicable à l'arbitrage ou le règlement d'arbitrage ne le permettent pas, renvoyant alors à leurs dispositions spécifiques. La clause compromissoire n'est donc

²⁶⁰Cf. E. Loquin, obs. ss Cass. 2^e civ., 25 mars 1999 : *RTD com.* 1999, p. 370.

²⁶¹Paris, 16 janv. 2003 : *D.* 2003, pan. p. 2479, obs. Th. Clay ; *JDI* 2004, p. 161, note C. Kessedjan.

²⁶²G. B. Born, *International commercial arbitration*, t. II, *International arbitral procedures*, op. cit., 2^e éd., p. 1664.

²⁶³L'article 12.2 du règlement d'arbitrage de la CCI (2021), par exemple, prévoit un tribunal arbitral composé d'un ou trois arbitres, à moins que les parties n'en aient décidé autrement. Toutefois, le règlement prévoit qu'à défaut d'accord, l'arbitrage s'effectue à arbitre unique, sauf si l'importance de la cause justifie un arbitrage à trois arbitres.

pas manifestement nulle ou inapplicable dans cette situation et, dans un arbitrage international, la sentence rendue par deux arbitres tels que prévus par la convention d'arbitrage n'est pas annulable.

803. – Arbitrage tronqué : empêchement et refus de siéger. La question de « l'arbitrage tronqué » n'est donc pas la situation dans laquelle la convention d'arbitrage prévoit un arbitrage à deux arbitres, plus globalement en nombre pair, mais celle dans laquelle le droit applicable, ou la convention d'arbitrage, prévoit un arbitrage en nombre impair, mais que le tribunal, désigné en nombre pair laisse se dérouler l'instance et rend une sentence. Dans cette situation en effet, la sentence aurait été rendue par un tribunal arbitral irrégulièrement constitué, au sens de l'article 1492, 2° ou 1520, 2° du Code de procédure civile²⁶⁴.

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

804. – Solutions en matière d'arbitrage interne et international. En matière d'arbitrage interne, l'article 1473 du Code de procédure civile prévoit que l'instance est automatiquement suspendue jusqu'à l'acceptation de l'arbitre désigné en remplacement du précédent, soit dans les conditions décidées, à ce moment, entre les parties, soit, à défaut, dans les mêmes conditions que celles qui présidaient à la désignation de l'arbitre remplacé. En matière d'arbitrage international, l'article 1473 n'est pas applicable, de sorte que l'arbitrage n'est pas, alors, automatiquement suspendu ; l'arbitrage est alors « amputé ». En principe, donc, l'arbitrage devrait pouvoir se poursuivre, avec le risque toutefois qu'une sentence soit prononcée en contrariété avec une règle d'imparité, le transformant en arbitrage tronqué.

Pour éviter la difficulté, il est nécessaire que les parties conviennent que l'arbitrage peut être rendu par deux arbitres, afin d'éviter, ensuite, l'annulation ou le défaut de reconnaissance de la sentence rendue, à moins que les parties ne choisissent de maintenir le tribunal arbitral²⁶⁵, si la convention d'arbitrage, le règlement d'arbitrage ou la loi applicable ne prévoit pas une autre solution²⁶⁶. La jurisprudence française admet l'efficacité d'une telle convention si les parties y ont consenti après l'incident²⁶⁷.

805. – Absence volontaire d'un arbitre. Le problème repose essentiellement sur la situation dans laquelle un arbitre décide, de son propre chef, de ne pas participer à l'arbitrage, sans que cela soit justifié par une cause « ordinaire » (par ex. celles énumérées par l'article 1473 du Code de procédure civile). C'est une situation qui survient parfois, et qui n'honore d'ailleurs pas l'institution de l'arbitrage : l'arbitre pourrait démissionner, mais il refuse tout simplement de siéger, sans doute poussé par une des parties qui espère alors, de manière totalement dilatoire, paralyser la poursuite

²⁶⁴Cf. Paris, 21 oct. 2005, préc. *Adde* : Ph. Mirèze, *Difficultés procédurales causées par les clauses compromissoires et les tribunaux tronqués* : *Gaz. Pal.* 2004, vol. II, cah. arb., p. 82. – P. Lalive, *Du nouveau sur les tribunaux arbitrages tronqués ?* : *Bull. ASA* 1999, p. 211.

²⁶⁵Cf. en ce sens, Règl. CCI (2021), art. 15.5, qui renvoie à la Cour d'arbitrage pour décider si les arbitres demeurants peuvent continuer, en cas de décès ou de récusation après la clôture des débats. *Comp. ZPO*, § 1039.

²⁶⁶Cf. Règl. CIRDI (2006), art. 10 et 11, qui prévoient le remplacement dans cette situation.

²⁶⁷Paris, 21 avr. 2005 : *JCP G* 2005, I, 179, n° 5, obs. Ch. Seraglini.

de l'instance ou bien espérer pouvoir disposer d'une action future en annulation contre la sentence. Dans cette situation, les parties peuvent éprouver de grandes difficultés à trouver un accord sur la révocation de l'arbitre par hypothèse, étant entendu qu'on voit mal comment elles pourraient convenir que l'arbitrage continuera avec le ou les arbitres restants, puisque l'arbitre « manquant » est toujours arbitre, et aucune règle efficace ne peut contraindre un arbitre à poursuivre sa mission. En outre le juge d'appui ne serait pas compétent pour régler cette situation très particulière, ni pour forcer la démission de l'arbitre²⁶⁸, ni pour le contraindre à poursuivre sa mission, d'autant que l'instance arbitrale, internationale, échappe à l'office d'un juge étatique.

Il est donc très opportun que soit identifiée une solution qui ne préjudicie pas la ou les parties qui n'y sont pour rien. Une telle solution pourrait passer par la validation du constat, par le tribunal arbitral, de la « défaillance » de l'arbitre récalcitrant et de l'absence de raisons valables de ne pas siéger²⁶⁹, pour admettre qu'une sentence rendue par les arbitres restant soit efficace, comme s'il avait refusé de la signer, mais aussi pour l'empêcher de revenir participer au délibéré²⁷⁰. L'article 30, alinéa 1^{er} de la loi suédoise de l'arbitrage de 1999 dispose ainsi que : « Si un arbitre, sans raison valable, ne participe pas à l'examen par le tribunal arbitral d'une question donnée, cela ne fait pas obstacle à ce que les autres arbitres tranchent cette question ». Ce faisant, un contrôle de la réalité de l'appréciation de cette absence de raison valable par l'arbitre demeurerait, au stade de l'examen de la validité de la sentence ou de sa reconnaissance, justifiant qu'une sentence soit rendue sans cet arbitre. Il s'agirait donc d'identifier une exception à la cause d'annulation pour irrégularité de la constitution du tribunal arbitral de l'article 1520, 2^o du Code de procédure civile.

§ 2. – Les modalités du choix de l'arbitre

806. – Liberté de principe. L'arbitrage est la chose des parties, à commencer par la constitution du tribunal arbitral²⁷¹. C'est particulièrement exact pour l'arbitrage international, où la plupart des règles, expurgées de quelques-unes prévalant en matière interne, sont supplétives même si, en matière d'arbitrage interne, les règles ne sont, finalement, guère contraignantes. C'est la volonté des parties qui fonde cette constitution, à travers la convention d'arbitrage, ou l'appel à un règlement d'arbitrage.

En matière interne, les règles en la matière sont les articles 1451 à 1460 du Code de procédure civile, alors qu'en matière d'arbitrage international, et en l'absence de convention entre les parties, les articles 1451 à 1458 et l'article 1460 sont alors applicables. Cela étant, le libéralisme de la constitution d'un tribunal arbitral international s'exprime de manière très claire dans l'article 1508 du Code de procédure civile, le seul texte qui traite de sa constitution, pour exprimer que « la convention d'arbitrage peut, directement ou par référence à un règlement d'arbitrage ou à des règles de procédures, désigner le ou les arbitres ou prévoir les modalités de leur désignation » : pas d'obligation donc de prévoir ces modalités dans la convention d'arbitrage, à la différence de l'arbitrage interne d'autrefois, mais la primauté à la volonté des parties, y compris pour déterminer des « règles de procédure » et donc pas

²⁶⁸TGI Paris, ord., 15 févr. 1995 : *Rev. arb.* 1996, p. 503, note Ph. Fouchard.

²⁶⁹Ou bien, en effet, il est « empêché » et doit être remplacé, ou bien il ne l'est pas et il doit siéger.

²⁷⁰Comp. impl., Paris, 21 avr. 2005, préc.

²⁷¹Sur le profil sociologique des arbitres, V. *supra*, n° 101 et n° 738.

nécessairement une loi étatique de procédure. Le libéralisme de cet article 1508 est d'autant plus important qu'il a vocation à s'appliquer à tous les arbitrages internationaux qui ont leur siège en France et aux sentences rendues hors de France dont l'*exequatur* serait demandé en France.

807. – Principe d'égalité des parties. Le principe d'égalité des parties n'est pas expressément posé par les règles françaises de l'arbitrage interne, mais il se présente comme un « principe directeur du procès arbitral » à côté du principe du contradictoire par exemple. L'article 1510 du Code de procédure civile, en matière d'arbitrage international, pose en revanche que « quelle que soit la procédure choisie, le tribunal arbitral garantit l'égalité des parties ». Il suppose un égal accès au tribunal arbitral et le fait que chacune des parties doit pouvoir être traitée de manière égale, c'est-à-dire de façon à ne pas subir un désavantage procédural, et donc s'étend à la désignation des arbitres²⁷².

Ce principe, d'ordre public, a été généralisé à l'arbitrage interne²⁷³, à partir de la règle prévalant pour l'arbitrage international, d'abord jurisprudentielle, à travers l'arrêt *Dutco*²⁷⁴ qui le posait à propos de la constitution d'un tribunal arbitral dans des arbitrages multipartites (V. *infra*, n° [82]), puis consacrée en 2011 dans l'article 1510 du Code de procédure civile, ce qui s'entend aisément dans la mesure où les parties sont libres du choix de la procédure ou de la loi de procédure applicable au litige arbitré et que l'article 1510 constitue donc un minimum de garantie procédurale. Le principe d'égalité dans la désignation des arbitres qui en découle n'est cependant guère efficace en termes de « devoir être » : il s'agit plutôt d'une technique de contrôle, comme tous les principes, garantissant, *a posteriori*, le respect de cette égalité.

Cette égalité n'est en outre pas mesurable : il ne s'agit pas d'une compétition où il conviendrait de veiller à ce que chaque partie puisse désigner « son » arbitre et de prendre garde que chacun de ces arbitres soit de même « taille » arbitrale. Il ne s'agit pas non plus de veiller à ce que les parties désignent un arbitre selon la même technique : si une convention d'arbitrage prévoit que chaque partie doit désigner un arbitre de son choix et qu'une des parties n'y procède pas, de sorte que l'autre saisira le juge d'appui (ou le contre d'arbitrage), il n'en résulte pas une rupture dans l'égalité des parties dans la désignation des arbitres²⁷⁵. Il ne s'agit pas non plus d'une égalité absolue et d'une rigidité telle qu'elle ne saurait pas s'adapter aux circonstances de l'espèce, notamment dans le cas d'un groupe de parties aux intérêts alignés²⁷⁶. Le principe vise simplement à garantir que chacune des parties *puisse* désigner un arbitre

²⁷²V. Paris, 26 janv. 2021, n° 19/10666, *Vidatel* : *Dalloz actualité*, 22 févr. 2021, obs. J. Jourdan-Marques.

²⁷³Cass. 2^e civ., 31 janv. 2002 : *JCP G* 2003, I, 105, n° 5, obs. Ch. Seraglini. – Paris, 16 nov. 1999 : *Rev. arb.* 2000, p. 313.

²⁷⁴Cass. 1^{re} civ., 7 janv. 1992, *Dutco* : *JDI* 1992, p. 707, concl. Filippo, note Ch. Jarrosson ; *Rev. arb.* 1992, p. 470, note P. Bellet ; *RTD com.* 1992, p. 796, obs. E. Loquin : « Le principe de l'égalité des parties dans la désignation des arbitres est d'ordre public (...) on en peut y renoncer qu'après la naissance du litige ».

²⁷⁵Cf. Cass. 2^e civ., 31 janv. 2002, préc. : convention d'arbitrage prévoyant que la demanderesse à l'arbitrage pourrait désigner, seule, l'arbitre unique à partir d'une liste de plusieurs noms choisis ensemble par les parties. L'égalité n'est pas rompue puisque la demanderesse peut être indifféremment l'un ou l'autre et la convention joue alors, soit le rôle d'une technique favorisant un accord amiable pour éviter une désignation par l'autre, soit, en l'absence d'accord, un accélérateur, pour pouvoir désigner l'arbitre seul, et éviter qu'un litige ne finisse par s'éterniser. *Adde* : Paris, 16 nov. 1999 : *Rev. arb.* 2000, p. 313.

²⁷⁶Paris, 10 oct. 2002 : *Rev. arb.* 2003, p. 1277, note A. Lacabarats : « La désignation d'un seul coarbitre pour deux parties dont le sort est lié, ayant signé la convention indivisément et solidairement et n'ayant pas d'intérêts divergents ne constitue pas une rupture d'égalité entre les parties ».

dans les mêmes conditions, il s'impose aux parties, au juge d'appui appelé à trancher une difficulté de constitution du tribunal arbitral²⁷⁷ et, sans doute, aux institutions d'arbitrage²⁷⁸. Ainsi, il ne pourrait être imposé par un centre d'arbitrage à des codéfendeurs un arbitre commun, alors que le demandeur a déjà procédé à la désignation d'un arbitre²⁷⁹. En outre le principe a, après l'arrêt *Dutco* de 1992, intéressant la question des arbitrages multipartites (V. *infra*, n° 822) été considéré comme se réduisant à la seule possibilité pour une partie d'avoir accès à la désignation d'un arbitre, de sorte que si une partie se garde d'y procéder, par impéritie ou ignorance, elle ne peut, ensuite, revendiquer un « droit à la désignation d'un arbitre » : si une convention d'arbitrage prévoit, par exemple, qu'en cas de carence dans la désignation d'un arbitre, celui désigné par l'autre partie sera désigné comme arbitre unique, le principe d'égalité n'est pas violé, dans la mesure où la clause vise simplement à sanctionner cette carence²⁸⁰.

808. – Clauses asymétriques. De la même manière, se pose la question des clauses *asymétriques*, par exemple lorsqu'il est prévu qu'une partie pourra exercer une action soit devant un tribunal arbitral, soit devant un juge étatique, tandis que l'autre ne dispose que d'un seul choix (élection de for par exemple). Ces clauses, connues lorsqu'il s'agit de clauses asymétriques, ou hybrides asymétriques d'élection de for²⁸¹, sont valables à condition qu'elles n'offrent pas à une partie un choix discrétionnaire, ce qui suppose que le choix soit objectivement déterminable. La question est plus complexe pour les clauses hybrides asymétriques arbitrales-étatiques, souvent insérées dans des contrats de financement, en raison du principe de compétence-compétence et du principe d'égalité des parties, de sorte que, valables *a priori*, elles sont susceptibles d'emporter un contentieux préalable.

809. – Diversité des techniques de désignation. Si l'on distingue arbitrage interne et arbitrage international, il reste que les techniques de désignation sont multiples et présentent des niveaux divers de difficultés, au-delà des situations dans lesquelles l'aide du juge d'appui pourrait être recherchée (V. *infra*, n° 833) à travers un principe fondamental posé et applicable pour toutes les techniques de désignation, le principe d'égalité des parties encadrant la gestion de la désignation, par les parties elles-mêmes (A), ou par un tiers, un centre d'arbitrage notamment (B).

A. – La désignation des arbitres par les parties

810. – Liberté de principe. La désignation des arbitres par les parties est le mode normal de désignation, qu'il s'agisse de l'expression de la volonté des parties au moment où survient le litige, une partie étant alors conduite à désigner un arbitre, soit par le truchement d'un règlement d'arbitrage, sous la réserve d'une désignation par le juge d'appui ou une institution d'arbitrage, dans des conditions diverses d'ailleurs et

²⁷⁷Cass. 1^{re} civ., 8 juin 1999 : *Rev. arb.* 2000, p. 116, note E. Loquin.

²⁷⁸Paris, 21 avr. 2005, préc.

²⁷⁹Paris, 7 oct. 1999 : *Rev. arb.* 2000, p. 288, note D. Bureau.

²⁸⁰Paris, 7 oct. 1999, préc.

²⁸¹Cass. 1^{re} civ., 26 sept. 2012 : *D.* 2012, p. 2876, note D. Martel ; *ibid.* 2013, p. 2301, obs. L. d'Avout ; *JCP G* 2013, 105, obs. L. Degos ; *JDI* 2013, p. 175, note C. Brière ; *Rev. crit. DIP* 2013, p. 256, note D. Bureau ; *RDC* 2013, p. 661, obs. J.-B. Racine, p. 265, obs. J. Klein. *Addé* M.-E. Ancel, L. Marion et L. Wynaendts, *Réflexions sur les clauses de juridiction asymétriques dans le contentieux international : Banque et droit* 2013, n° 148, p. 3. – Cass. 1^{re} civ., 25 mars 2015 : *JCP G* 2015, 600, obs. L. d'Avout ; *D.* 2015, p. 2620, note F. Jault-Seseke ; *Procédures* 2015, n° 190, obs. C. Nourissat ; *RTD civ.* 2015, p. 844, obs. L. Usinier ; *RDC* 2015, p. 552, obs. E. Treppoz.

pas uniquement comme solution de sauvetage. Elle l'est cependant du fait de l'accord *des parties* dans la mesure où c'est l'accord *des parties* qui fonde la mission des arbitres et le pouvoir juridictionnel qui leur alors reconnu²⁸². Si par exemple la convention d'arbitrage prévoit la désignation d'un arbitre par chacune des parties, il n'en résulte pas que chacun de ces arbitres est effectivement désigné du fait de l'expression unilatérale de volonté d'une partie ; la désignation n'est en effet effective que du fait de l'acceptation de cet arbitre par les autres parties, le plus souvent à l'occasion de la finalisation de la constitution du tribunal arbitral, quelle qu'en soit la technique. Il peut s'agir aussi de la sélection préalable d'arbitres potentiels dans une liste convenue entre les parties dans la convention d'arbitrage²⁸³. En pratique, que ce soit un arbitrage institutionnel ou *ad hoc*, les arbitres sont désignés par les parties dans une très large majorité des cas.

Encart 28

Qui désigner ? Comment désigner ?

811. – Choix et liberté de choix. Le principe de liberté de choix des arbitres par les parties est une chose ; autre est ensuite celle, pratique, du choix véritable par une partie qui souhaite développer un litige alors qu'une convention d'arbitrage est prévue, ou qui est atraite à un arbitrage. La question intéresse la partie à qui incombe cette désignation, mais également l'autre partie, les autres arbitres, le juge d'appui, *etc.*

812. – Le choix d'un arbitre est évidemment fondamental, et difficile. Ce choix est par ailleurs discrétionnaire, sous la réserve des qualités attendues d'un arbitre. La difficulté consiste à désigner un arbitre indépendant et impartial, mais également un arbitre disponible, compétent, et l'on pourrait ajouter courtois, de bonne foi, responsable, cultivé, élégant, diligent, honnête, *etc.*²⁸⁴

813. – Cela étant, rien n'impose aux parties de désigner un arbitre présentant ces qualités, c'est même l'inverse : c'est à l'arbitre désigné de prendre ses responsabilités. Or, aucun critère particulier ne permet d'identifier les éléments d'un « personnel arbitral », comme il existe des techniques identifiant le personnel médical par exemple. Une éthique de la désignation, à la charge des parties, supposerait cependant que l'arbitre désigné présente de telles qualités, de manière à ce que l'arbitrage puisse se dérouler dans de bonnes conditions. Ces qualités ne sont pas uniformes (sauf en termes d'indépendance et d'impartialité) notamment en termes de « compétences » de l'arbitre : il peut s'agir de compétences techniques, financières ou comptables, d'un domaine précis du droit ou d'un secteur

²⁸²Comp. Cass. 1^{re} civ., 19 mars 2002 : *JDI* 2003, p. 139, note E. Loquin.

²⁸³Cf. Cass. 2^e civ., 31 janv. 2002, préc.

²⁸⁴Comp. P. Lalive, *Le choix de l'arbitre*, in *Mél. J. Robert*, Montchrestien, 1998, p. 353. – E. Robine, *Le choix des arbitres* : *Rev. arb.* 1990, p. 315.

d'activité, de procédure arbitrale, etc. Rien n'impose ainsi que les arbitres soient des juristes, même s'il n'est pas inutile que l'un au moins, notamment le président du tribunal arbitral, le soit. Les contraintes des parties peuvent ainsi être diverses : la partie qui estime que le cœur de l'arbitrage repose sur des questions techniques et extrajuridiques gagnera à désigner un arbitre relevant de ce secteur, une partie peut vouloir choisir (ou ne pas choisir) un type de juriste particulier, ou bien un arbitre d'une nationalité particulière, disposant de compétences linguistiques particulières ou maîtrisant une culture, juridique ou non, propre à l'arbitrage. À cet égard, il n'est pas inutile de souligner la tendance, lourde, à la prédominance de l'usage de l'anglais dans l'arbitrage international. Les centres d'arbitrage disposent d'ailleurs, pour la partie novice, des « listes d'arbitres », qui peuvent utilement servir pour choisir un arbitre²⁸⁵. L'arbitre idéal n'existe pas mais il peut se rapprocher de ces quelques éléments. En pratique, le choix d'un arbitre est rarement un choix aléatoire, par une partie ou par son conseil, parce qu'il le connaît de réputation, l'a rencontré dans un colloque, etc. C'est à l'arbitre alors de révéler les circonstances qui, éventuellement, seraient de nature à faire obstacle à cette désignation pour l'autre partie. L'une des difficultés concerne l'expérience de l'arbitre et son savoir-faire en matière d'arbitrage. Celui-ci peut s'apprécier par le fait que l'arbitre a déjà été désigné (ce qui suppose par hypothèse une première fois), ou exerce ou a exercé une activité d'avocat conseil dans le secteur de l'arbitrage, ou dispose de connaissances scientifiques dans la matière. C'est cependant une difficulté dans la mesure où, parce que l'arbitrage se présente comme une alternative à la justice étatique, faite de juges, certes compétents, formés et expérimentés, mais qui peuvent subir le contrecoup de ces avantages par l'effet de répétition et d'enfermement disciplinaire, que cela peut produire. Or l'arbitrage, comme alternative, a besoin, aussi, de « fraîcheur » et accueille sans difficulté des non-juristes notamment. Ce serait une erreur que les arbitres se concentrent dans un milieu cadencé.

814. – Comment, alors, procéder pour désigner un arbitre ? Il peut s'agir, de manière très simple, de piocher dans la liste d'arbitres d'un centre d'arbitrage, quand bien même l'arbitrage serait un arbitrage *ad hoc*, et à supposer que cette liste soit disponible. À défaut, la partie doit bien saisir qu'elle ne choisit pas *son* arbitre, mais l'un des coarbitres qui formera le tribunal arbitral. Bien entendu, la partie ou son avocat dévoilera les grandes lignes du litige ou de la situation juridique concernés à l'arbitre pressenti, ne serait-ce que pour que celui-ci puisse accepter, ou refuser, en toute indépendance. Ce type d'échange doit cependant se limiter aux éléments essentiels (domaine, convention d'arbitrage, type de litige) et doit cesser à ce moment (cf. *IBA Rules of Ethics* (1987), art. 5, *IBA Guidelines on Party Representation in International Arbitration* (2013)). Il n'est guère acceptable en effet que des communications se poursuivent durant l'instance pour débattre du fond.

815. – Beauty contest et entretien préalable. *A fortiori*, un arbitre sérieux ne devrait pas se soumettre à des épreuves de sélection, parfois organisées par

²⁸⁵Comp. F. Ruhlmann, *Les listes d'arbitres* : RTD com. 2014, p. 729.

les parties, où le fond du litige est débattu de manière à choisir un arbitre « conciliant » ; d'ailleurs le surnom de ces procédés, *beauty contest*, est révélateur de son acceptabilité du moins en Europe²⁸⁶. Autre serait l'entretien visant, au préalable, et sans dévoiler les détails des éléments du litige, à débayer les éventuelles situations de conflits d'intérêts. Une fois l'arbitre choisi, il s'agit ensuite de le faire savoir à l'autre partie, généralement à l'occasion du « déclenchement » de l'arbitrage, consistant, simplement, en un courrier avertissant l'autre partie qu'en vertu de la convention d'arbitrage, elle met en œuvre un arbitrage pour résoudre un litige et qu'ayant désigné un arbitre, elle invite l'autre partie à procéder de même, ce dans les conditions de la loi de procédure ou du règlement d'arbitrage. Dès lors, les coarbitres étant désignés, reste à désigner le tiers arbitre, appelé à présider le tribunal arbitral. Cette étape est essentielle. Dans des arbitrages menés par des parties habituées à la procédure arbitrale, cette question est souvent gérée par les parties elles-mêmes, sans doute parce qu'elles auront pris la précaution d'indiquer dans la convention d'arbitrage que l'accord unanime des parties et des coarbitres est nécessaire pour désigner ce tiers arbitre. Dans d'autres situations, les coarbitres peuvent proposer des noms de tiers arbitres, en fonction de leur propre expérience ; il n'est pas inutile d'informer, sans recueillir l'accord, les parties de cette proposition de choix, ne serait-ce que pour éviter une difficulté inconnue des coarbitres. En revanche, les contacts entre les parties et le président pressenti doivent être limités et, s'ils existent, doivent être divulgués à l'autre partie. Il en est de même d'ailleurs pour la désignation d'un arbitre unique : la sollicitation par une partie et les échanges postérieurs doivent faire l'objet d'une information à l'autre partie.

816. – « Qualité » de l'arbitre. La qualité de l'arbitre n'est pas non plus sans intérêt : arbitre par ailleurs avocat, professeur de droit, magistrat²⁸⁷ (à la retraite en France), expert, etc. Dans tous les cas, l'arbitre « abandonne » sa qualité initiale : le professeur n'est pas là pour faire des leçons, le magistrat pour trancher à la place des autres, l'avocat pour plaider, l'expert pour techniciser les propos. Chacun, avec sa part d'originalité, d'expérience et de pratique, apporte au tribunal tout en se métamorphosant en arbitre, avec ses qualités et exigences propres. Toutefois, des situations de conflits peuvent exister entre ces fonctions²⁸⁸, notamment pour un avocat qui exercerait dans un cabinet important, *a fortiori* dans un cabinet de dimension internationale dans la mesure où il doit alors réaliser un audit d'indépendance (*conflict check*) à l'intérieur de son cabinet à l'endroit des deux parties d'ailleurs (V. *supra*, n° 765), conduisant paradoxalement, des avocats spécialisés, à la fois comme conseils dans des arbitrages et comme arbitres, à se regrouper dans de petites structures, dites « boutiques d'arbitrage ». Ils sont en outre susceptibles de se mettre dans des situations de conflit spécifiques, dites de

²⁸⁶Cf. N. Blackaby et C. Partasides, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, Oxford University Press., 6^e éd., 2015, spéc. n° 4.72, comp. D. Bishop et L. Reed, *Practical guidelines for interviewing, selecting and challenging party-appointed arbitrators in international commercial arbitration* : *Arb. Int.* 1998, vol. 14, issue 4, p. 395.

²⁸⁷P. Bellet, *Le juge arbitre* : *Rev. arb.* 1980, p. 392. – D. de Laval, *Le juge arbitre* : *RID comp.* 1982, p. 265.

²⁸⁸F.-X. Train, *Mode d'exercice de l'activité d'arbitre et conflits d'intérêts* : *Rev. arb.* 2012, p. 725.

*double hat*²⁸⁹, soit parce qu'ils seraient susceptibles de rendre une décision dans un sens qui favoriserait par ailleurs leur client soit, surtout, parce qu'ils seraient par ailleurs le conseil d'une partie, dans un autre litige, portant sur des questions similaires, de sorte qu'ils ne pourraient, sérieusement, être dans une situation partisane dans ce dernier cas et impartial comme arbitre. La question se présente tout spécialement dans des litiges dans lesquels des questions récurrentes se posent, par exemple en matière d'investissement ou bien de vente internationale de marchandises par exemple. Le problème pourrait être voisin pour un magistrat ayant eu à s'occuper de cas proches ou d'un professeur de droit qui aurait écrit dans le domaine de l'arbitrage et qui risquerait de se voir opposer sa propre doctrine. Le problème, surtout circonscrit aux arbitrages d'investissement²⁹⁰, ne doit cependant pas être surestimé et doit être envisagé et réglé au cas par cas.

817. – Désignation automatique par la convention d'arbitrage. Depuis 2011, la convention d'arbitrage n'a plus besoin, sous peine de nullité, de prévoir les modalités de la désignation des arbitres ou les désigner directement, contrairement au droit antérieur, dont on doit mesurer l'existence, dans la mesure où, en principe, le décret de 2011 ne s'applique pas aux conventions d'arbitrage, les clauses compromissoires ici principalement, conclues avant la date d'entrée en vigueur de la réforme, au 1^{er} mai 2011. Rien n'interdit cependant les clauses compromissoires ou les compromis rédigés ensuite de prévoir une désignation des arbitres. La situation est rarement utilisée pour une clause compromissoire, dans la mesure où entre la conclusion du contrat qui en est le support et le litige, donc la désignation de l'arbitre, peut s'écouler un long temps, propice à toute sorte d'évolutions. En matière de compromis il s'agissait, avant 2011, d'un choix assez malheureux cependant dans la mesure où la « désignation » est un terme ambigu : l'arbitre « désigné » ne le devient qu'après l'acceptation de cette mission, de sorte que s'il n'accepte pas ou renonce, le compromis devenait caduc. Depuis 2011, on peut penser que la philosophie du régime nouveau devrait se manifester en ce sens que, dans une pareille situation, le juge d'appui, ou l'institution d'arbitrage, devrait pouvoir être saisi pour pallier la difficulté ainsi créée. D'une manière générale, cependant, ce genre d'effet automatique proposé par un contrat n'est pas le mieux à même de mettre en œuvre la volonté des parties.

818. – Désignation des arbitres en fonction des modalités prévues par la convention d'arbitrage. Plus ordinairement, la convention d'arbitrage prévoit des modalités de désignation des arbitres, ce qui s'imposait avant l'entrée en vigueur de la réforme de 2011, c'est-à-dire référer à un règlement d'arbitrage qui, lui-même, connaît une technique de désignation des arbitres, ou bien par les modalités proprement dites de désignation des arbitres. C'est d'ailleurs ordinairement, ou prudemment, le cas dans les arbitrages *ad hoc*.

²⁸⁹D.-H. Hranitsky et E. Silva Romero, *The Double hat Debate in International Arbitration* : *New York Journal* 14 juin 2010.

²⁹⁰N.G. Ziadé, *How many hats can a player wear : arbitrator, counsel and expert ?* : *ICSID Rev.* 2009, n° 1, p. 49 ; *L'éthique de l'arbitrage en matière d'investissement : grandeur et misère de la fonction d'arbitre* : *Rev. arb.* 2012, p. 307. – B. Poulain, *L'indépendance et l'impartialité de l'arbitre CIRDI, dans quelles mesures les fonctions d'arbitre et de conseil sont-elles compatibles ?* : *Cah. arb.* 2013, p. 929.

Il est usuel, dans cette situation, que chaque partie désigne un arbitre, chacune, et que ces deux arbitres choisissent un troisième arbitre qui, généralement, assurera la fonction de présider le tribunal arbitral. Ce tiers arbitre peut par ailleurs faire l'objet de l'assentiment des parties, mais rien n'oblige les arbitres de le recueillir, à supposer toutefois que la clause compromissoire soit clairement rédigée en ce sens. En effet, c'est cette dernière qui fonde le mécanisme de désignation des arbitres, de telle manière que le fait de ne pas avoir prévu que les parties doivent consentir au nom du tiers arbitre signifie qu'elles permettent aux arbitres de le désigner, seules.

819. – Clauses blanches, règles supplétives de désignation des arbitres. Avant 2011, la clause imprécise, précisant simplement que les litiges survenant entre les parties doivent être soumis à l'arbitrage, mais sans prévoir de modalité de désignation des arbitres, était considérée comme manifestement nulle dans l'arbitrage interne²⁹¹. En revanche les clauses pathologiques, qui ne précisaient pas avec suffisamment de précision les modalités de désignation étaient considérées comme valables, et le juge d'appui ou l'institution d'arbitrage pouvait aider à parfaire la constitution du tribunal arbitral²⁹².

Depuis 2011, les clauses blanches ne posent plus de difficulté, l'article 1444 du Code de procédure civile prévoit que, à défaut de désignation directe ou de modalité de désignation, « il est procédé conformément aux articles 1451 à 1454 ». La clause blanche n'est donc pas annulable, mais un simple renvoi aux règles supplétives prévues par le Code de procédure civile. La convention d'arbitrage désigne, le cas échéant, par référence à un règlement d'arbitrage, le ou les arbitres, ou prévoit les modalités de sa désignation.

En matière d'arbitrage international, les clauses blanches étaient valables avant 2011, elles le demeurent depuis. L'article 1508 du Code de procédure civile prévoit que « la convention d'arbitrage peut, directement ou par référence à un règlement d'arbitrage ou à des règles de procédure, désigner le ou les arbitres ou prévoir les modalités de leur désignation ». La convention d'arbitrage *peut* : c'est donc une simple faculté offerte aux parties.

À bien des égards, donc, la clause contenant le mot « arbitrage » suffirait²⁹³ : les parties indiquent leur accord sur le recours à cette technique de résolution des conflits et s'en remettent aux règles supplétives pour procéder à la constitution du tribunal arbitral. Il s'agirait d'ailleurs d'un arbitrage *ad hoc*, où la clause « arbitrage CCI » serait une référence au règlement de la CCI. À bien des égards, d'ailleurs, depuis 2011, le formalisme imposé auparavant (en matière d'arbitrage interne) paraît bien superfluetatoire. Ce qui importe, en effet, c'est le choix fait par les parties de recourir à un juge étatique ou à l'arbitrage. D'ailleurs, l'article 1452 comprend des règles qui ressemblent à s'y méprendre à celles que l'on rencontre dans les règlements d'arbitrage ou dans les clauses compromissoires bien rédigées, ce qui montre d'une part que l'essentiel repose sur l'efficacité de la clause compromissoire, et non sur sa validité, et en outre, qu'il existe une forme de généralité de la pratique en la matière, confinante à l'usage. Les articles 1452 et suivants, auxquels renvoie l'article 1506 du Code de procédure civile en matière d'arbitrage international, prévoient d'ailleurs des modalités qui ressemblent à celles que les parties choisissent ordinairement : choix de

²⁹¹Cass. com., 24 janv. 1994 : *Rev. arb.* 1994, p. 545, note Ph. Fouchard.

²⁹²V. *supra*, n^{os} 486 et 495.

²⁹³Cf. Th. Clay, *Liberté, égalité, efficacité, la devise du nouveau droit de l'arbitrage* : *JDI* 2012, p. 815, spéc. p. 826.

l'arbitre unique par les parties dans le cas où cette technique est retenue, choix par chacune des parties d'un arbitre, puis désignation du troisième par les deux premiers (sans obligation de recueillir l'accord des parties) (CPC, art. 1452). En revanche, pas de précision sur la priorité de l'un de ces deux cas dans l'hypothèse où la clause ne prévoit aucun choix²⁹⁴. Dans cette situation, ce sera au juge d'appui ou à l'institution d'arbitrage de déterminer si l'arbitrage doit s'effectuer à arbitre unique ou à trois arbitres, en fonction de la complexité ou de l'importance du litige. En cas de blocage, soit parce qu'une partie ne désigne pas d'arbitre soit parce que les deux arbitres désignés ne s'entendent pas sur le troisième arbitre, l'article 1452 prévoit alors le secours soit de la « personne chargée d'organiser l'arbitrage », c'est-à-dire une institution d'arbitrage, soit le juge d'appui, selon le cas.

Le mécanisme favorise d'ailleurs un certain souci de célérité dans la constitution du tribunal arbitral : une partie dispose d'un mois après la réception de la demande pour désigner un arbitre, et les deux arbitres désignés disposent également d'un mois. Il faut préciser, d'une part, que ces délais sont supplétifs et qu'il n'est pas rare qu'ils soient écourtés par les parties ou des règlements d'arbitrage et, d'autre part, qu'il ne s'agit pas de délais de prescription ou de forclusion mais simplement le moment du déclenchement, par une partie, de la possibilité de saisir l'institution d'arbitrage ou le juge d'appui.

820. – L'arbitre « fantôme », la pratique du *shadow arbitrator*. Certains arbitrages complexes supposent la rédaction de très nombreux écrits, de procédure, de recevabilité, portant sur la question du droit applicable au litige, à la procédure, voire à la clause compromissoire, sur le fond, *etc.*, où chacune des parties rivalise d'ingéniosité, de rigueur et d'excellence littéraire pour présenter les meilleurs arguments, les plus réalistes, les plus acceptables, les plus adaptés à la situation, en termes juridiques, culturels, linguistiques, processuels, *etc.*

D'un autre point de vue, le temps presse et l'on peut imaginer qu'une partie risque de surestimer un argument, un raisonnement, voire se contredire, sans trop s'en rendre compte, dans des conclusions rédigées à plusieurs semaines, voire plusieurs mois, d'intervalle. Une pratique dite de désignation d'un *shadow arbitrator*²⁹⁵, voire d'un *shadow arbitral tribunal* par une partie, composé d'arbitre(s) expérimenté(s) peut alors permettre de placer cette partie dans une situation proche de la réalité : présenter ces écrits, ceux de la partie qui le nomme et ceux de son adversaire, éventuellement les présenter à l'oral, afin d'en tester l'efficacité, la cohérence ou l'intelligibilité, l'arbitre fantôme se plaçant alors dans la même situation qu'un arbitre : il ne reçoit pas d'information sur l'affaire, ne participe pas à la rédaction, ne donne pas de conseil, *etc.* Il est comme un arbitre, donc, mais sans mission arbitrale. La mission de l'arbitre fantôme est alors celle d'un consultant. Il est utile qu'il soit choisi très tôt et qu'il le soit exactement comme l'aurait été un arbitre, ou peut-être plus précisément, un arbitre désigné par un centre d'arbitrage, un juge d'appui ou comme président par

²⁹⁴Cf. pour une solution assez contestable : Paris, 7 nov. 1999 : *Rev. arb.* 2000, p. 298, note D. Bureau. Dans cette espèce, la convention prévoyait que chaque partie devrait désigner un arbitre mais que, faute de désignation par l'autre, le premier arbitre désigné serait considéré comme désigné à titre d'arbitre unique, solution validée par la Cour, alors même que le choix d'un arbitrage à trois avait clairement été convenu. On voit mal comment l'arbitre désigné par l'une des parties pourrait tout à la fois être considéré comme arbitre unique et admettre que cette solution valide le principe d'égalité dans la désignation des arbitres entre les parties. Comp. en revanche, Paris, 16 nov. 1999, préc.

²⁹⁵Cf. J. Risse, *The shadow arbitrator : mere luxury or real need?* : *Bull ASA* 2020/2, p. 338.

les deux autres arbitres, c'est-à-dire se présentant comme impartial, indépendant et compétent à l'égard des deux parties, au risque, d'ailleurs, que les parties et surtout les conseils doivent assumer, que l'arbitre fantôme livre une première impression assez désagréable : plus l'arbitre fantôme sera désigné de manière indépendante et impartiale, plus son expertise sera neutre et donc efficace. Un autre avantage du recours à un arbitre fantôme est d'éviter la tentation de chercher à recevoir les impressions d'un arbitre désigné au risque d'une violation de son indépendance et donc de la validité de la sentence à rendre. L'objet de sa mission est alors moins de présenter « son » ressenti que de donner son avis sur celui qui serait celui d'un arbitre qui aurait pu être choisi : la qualité de la présentation, son caractère compréhensible, éventuellement ennuyeux ou inutile, la qualité des arguments, leur enchaînement, leur adaptabilité à la situation factuelle, la manière de les présenter eu égard à la nature de l'arbitrage, *etc.* Elle est ensuite, une fois cette première étape réalisée, de conseiller sur une meilleure manière de procéder, au risque, d'ailleurs, de heurter l'ego des conseils, notamment lorsqu'il s'agit de corriger le style de la présentation, ou de conseiller d'éliminer des arguments inutiles ou surabondants. Enfin l'arbitre fantôme peut être chargé d'évaluer les chances de succès des demandes, comme s'il était l'un des arbitres, de manière plus détachée que les conseils, par hypothèse.

821. – Arbitrage multipartite. Il n'est pas rare, et même assez ordinaire, qu'un litige n'oppose pas un demandeur et un défendeur, mais plusieurs parties. La situation, alors, est complexe si l'on admet que le mécanisme de l'arbitrage repose sur un fondement conventionnel et, donc, se propose d'organiser un litige opposant *deux* parties. En témoigne la technique de désignation des arbitres dans l'article 1452 du Code de procédure civile par exemple. Par conséquent, en cas de parties multiples, on pressent que la situation pourrait devenir complexe.

L'article 1453 du Code de procédure civile, auquel renvoie, en matière d'arbitrage international, l'article 1506, présente ainsi un mécanisme : « lorsque le litige oppose plusieurs parties (...) » et devrait ajouter « ayant des intérêts distincts ». L'arbitrage est ainsi multipartite dès lors que plus de deux parties sont en litige. Or, ce peut être une situation simple dans laquelle deux co-demandeurs ayant des intérêts communs, ou solidaires, sont confrontés à un défendeur (ou deux co-défendeurs dans la même situation). L'arbitrage comprend alors plusieurs parties, mais n'est pas multipartite au sens de l'article 1453 du Code de procédure civile. Il ne l'est que dans des situations plus complexes, dans lesquelles deux co-défendeurs ou co-demandeurs ont des intérêts distincts, ou qu'un défendeur est attiré dans le litige par une technique d'extension de l'arbitrage (V. *supra*, n° 561). On conçoit alors que si la clause d'arbitrage ne prévoit rien sur les modalités de désignation des arbitres ou si elle prévoit, classiquement, que chaque partie désignera un arbitre, *etc.*, pour un arbitrage à trois arbitres, la constitution du tribunal arbitral peut devenir difficile, voire impossible dès lors que chacune de ces multiples parties souhaite désigner un arbitre, notamment lorsque leurs intérêts sont divergents.

822. – Arrêt *Dutco*. Dans l'affaire *Dutco*²⁹⁶, à l'origine de l'intégration du principe d'égalité des parties dans l'arbitrage (V. *supra*, n° 807), une clause

²⁹⁶Cass. 1^{re} civ., 7 janv. 1992, *Dutco* : *JDI* 1992, p. 707, concl. Filippo, note Ch. Jarrosson ; *Rev. arb.* 1992, p. 470, note P. Bellet ; *RTD com.* 1992, p. 796, obs. E. Loquin : « le principe de l'égalité des parties dans la désignation des arbitres est d'ordre public ; qu'on ne peut y renoncer qu'après la naissance du litige ». *Adde* : Cass. 1^{re} civ., 10 mai 1995 : *Rev. arb.* 1995, p. 602, note A. Hory.

d'arbitrage contenue dans un contrat de consortium de construction liant trois parties distinctes renvoyait au règlement d'arbitrage de la CCI et prévoyait un arbitrage à trois arbitres. Un litige s'était élevé et le demandeur, *Dutco*, avait désigné un arbitre, invitant les deux autres à procéder de même. Or *Dutco* avait engagé l'arbitrage sur la base de prétentions visant distinctement l'un et l'autre défendeur (*Siemens* et *Bangladesh Knowledge Management Initiative, BKMI*). La CCI avait invité les deux défendeurs à désigner un arbitre, sauf à ce qu'il soit désigné par l'institution, ce que *Siemens* acceptait tout en formulant de fermes réserves sur la régularité de la constitution du tribunal arbitral, dans la mesure où il ne partageait pas le même intérêt dans l'affaire que l'autre défendeur. *Siemens* engageait ensuite une action en annulation sur ce fondement, rejetée par la cour d'appel de Paris, dans la mesure où la technique de constitution du tribunal arbitral avait été décidée par la convention d'arbitrage et qu'elle ne faisait pas obstacle à la défense efficace par *Siemens*, puis un pourvoi, aboutissant à la solution de l'arrêt *Dutco*. La solution résultant de l'arrêt d'appel n'avait d'ailleurs rien d'extraordinaire *a priori* : on peut penser que le contrat était commercial et que, donc, les codéfendeurs étaient solidaires (sauf stipulation contraire), de sorte que la technique de la représentation que propose le phénomène de solidarité passive permettait ainsi de rendre opposable aux autres débiteurs l'action conduite par l'un d'eux. Pourtant la Cour de cassation avait considéré que l'égalité des parties dans la constitution du tribunal arbitral, principe « d'ordre public international », avait été violée, justifiant l'annulation de la sentence rendue. D'ordre public international, la règle ne peut donc faire l'objet d'une convention contraire, à moins que, une fois le droit né, une fois le litige né, les parties y renoncent soit en acceptant de désigner un arbitre en commun (ou de permettre à l'institution de procéder ainsi), soit en acceptant la désignation réalisée par l'un d'eux. Cela étant, on peut penser que, par hypothèse, la divergence des intérêts ne favorise guère un tel type d'accord. Par conséquent, on peut être un peu surpris de cette solution choisie par la Cour de cassation qui, au rebours de la plupart des décisions qu'elle rend, ne participe pas à l'efficacité de l'arbitrage et favorise, au contraire, les recours par les parties, éventuellement dilatoires, ayant pour effet d'allonger le temps de la constitution du tribunal arbitral. L'article 1453 du Code de procédure civile propose alors une technique de résolution de la difficulté : « Lorsque le litige oppose plus de deux parties et celles-ci ne s'accordent pas sur les modalités de constitution d'un tribunal arbitral, la personne chargée d'organiser l'arbitrage ou, à défaut, le juge d'appui, désigne le ou les arbitres ». Il s'agit, comme pour l'article 1452, d'une formule que l'on retrouve, sous des formes diverses, dans la plupart des règlements d'arbitrage²⁹⁷. L'égalité des parties est alors respectée, au prix d'un contournement de

²⁹⁷Cf. Règl. CCI (2021), art. 12.6, 7 et 8 : « En cas de pluralité de demandeurs ou de défendeurs, et si le litige est soumis à trois arbitres, les demandeurs conjointement, les défendeurs conjointement, désignent un arbitre pour confirmation conformément à l'article 13. Lorsque l'arbitrage implique une partie intervenante et que le litige est soumis à trois arbitres, la partie intervenante peut, conjointement avec le(s) demandeur(s) ou avec le(s) défendeur(s), désigner un arbitre pour confirmation conformément à l'article 13. À défaut d'une désignation conjointe conformément à l'article 12, paragraphe 6 ou 7, et de tout autre accord entre les parties sur les modalités de constitution du tribunal arbitral, la Cour peut nommer chacun des membres du tribunal arbitral et désigne l'un d'entre eux en qualité de président. Dans ce cas, la Cour est libre de choisir toute personne qu'elle juge adéquate pour agir en qualité d'arbitre, en appliquant l'article 13 lorsqu'elle l'estime approprié ». V. aussi A. M. Whitesell et E. Silva-Romero, *L'arbitrage à pluralité de parties ou de contrats : l'expérience récente de la Chambre de commerce internationale, L'arbitrage complexe, Questions de procédure* : Bull. CCI déc. 2013, suppl., p. 7. Adde, LCIA (2020), art. 8.

celui-ci : les parties ont la possibilité, égale, de désigner, ensemble ou séparément, un arbitre. En n'y parvenant pas, le juge d'appui ou le règlement d'arbitrage y pourvoit mais exactement comme la clause compromissoire aurait pu le faire, à ceci près qu'alors, celle-ci violerait le principe d'égalité. Le règlement d'arbitrage de la CCI (2021) prévoit ainsi (art. 12.8) qu'en cas de difficulté, l'institution peut nommer chacun des arbitres. Pour le juge d'appui, la situation pourrait être plus difficile, comme serviteur de la convention d'arbitrage²⁹⁸ et garant du principe d'égalité, qui plus est dans une procédure contradictoire, et l'on voit mal comment il pourrait ne pas procéder à la désignation de l'ensemble des arbitres non déjà désignés, voire l'ensemble des arbitres.

Ce principe d'égalité des parties tel que posé dans l'affaire *Dutco*²⁹⁹ a connu un succès international très important et a influencé de nombreux règlements d'institutions arbitrales internationales³⁰⁰ et emportant, souvent, des débats importants y compris dans la situation inverse où une convention d'arbitrage, dans un contrat multipartite, proposerait un arbitre par partie alors que le litige ne concernerait qu'une partie contre d'autres disposant d'un intérêt commun. La question se pose alors des limites de la mise en œuvre du principe d'égalité, comme dans l'affaire *PT Ventures/Vidatel* dans les îles Vierges britanniques et en France³⁰¹. Il s'agissait d'une convention d'associés entre quatre associés d'une entreprise de téléphonie en Angola (*Unitel*), contenant une convention d'arbitrage à cinq arbitres, un par partie et un président, renvoyant au règlement d'arbitrage de la CCI, le siège de l'arbitrage étant fixé à Paris. Or, un associé, *PT Ventures*, avait engagé un arbitrage contre ses trois autres associés, mais reprochait à la clause une rupture d'égalité si les défendeurs pouvaient désigner chacun un arbitre alors qu'ils avaient le même intérêt au litige, et invitait la CCI à désigner l'ensemble des arbitres. Le tribunal ainsi constitué faisait droit à la demande de *PT Ventures* qui cherchait alors à obtenir, avec succès, l'exécution de la sentence dans les îles Vierges britanniques, tandis que l'annulation de la sentence était recherchée en France, avec, dans les deux cas, en jeu, le principe d'égalité et sa mise en œuvre, ici le fait d'une part que, pour respecter le principe et la convention d'arbitrage, la CCI ait désigné l'ensemble des arbitres (contesté par les défendeurs) et d'autre part que, à l'inverse il serait résulté une rupture d'égalité en « défaveur » du demandeur. Ce cas illustre une difficulté particulière ou plus exactement une dérive de l'appréciation du principe d'égalité. Ce principe est, en effet, un principe *processuel* et non une règle substantielle. Il s'agit simplement, du moins dans l'esprit « historique » de l'affaire *Dutco*, d'assurer aux parties la possibilité de participer à la constitution du tribunal arbitral, pas de pallier une suspicion de partialité liée à l'« avantage » procuré par la rédaction de la convention d'arbitrage. Or, l'arrêt *Vidatel* de la cour d'appel de Paris ajoute ce dernier élément dans le principe d'égalité : « Il incombait donc bien à la CCI, en tant que centre chargé d'organiser l'arbitrage, compte tenu de l'opposition des parties, d'organiser les

²⁹⁸Comp. Paris, 7 nov. 1999, préc. Dans cette espèce, la convention prévoyait que chaque partie devrait désigner un arbitre mais que, faute de désignation par l'autre, le premier arbitre désigné serait considéré comme désigné à titre d'arbitre unique.

²⁹⁹Et largement consacré par la suite, V. Cass. 2^e civ., 31 janv. 2002 : *JCP G* 2003, I, 105, n° 5, obs. Ch. Seraglini. – Paris, 3 juill. 2012 : *Rev. arb.* 2013, p. 160, note J. Barbet.

³⁰⁰Cf. Règl. CCI (2021), art. 12 ; Règl. SCC (2017), art. 17 ; Règl. SIAC (2016), art. 9.

³⁰¹Comp. : British Virgin Islands High Court, 13 août 2020, *PT Ventures SGPS v. Vidatel*, (COM) 2015/0017 et 2019/0067. – Paris, 26 janv. 2021, n° 19/10666, *Vidatel* : *Dalloz actualité*, 22 févr. 2021, obs. J. Jourdan-Marques.

modalités de désignation des arbitres conformément à son Règlement, et ce dans des conditions telles qu'elles permettaient de satisfaire au principe d'ordre public de l'égalité des parties dans la désignation des arbitres, qui suppose la possibilité pour chaque partie de pouvoir participer de manière égale à la constitution d'un tribunal arbitral » (pt 63). Elle précise que : « Si au jour de la conclusion de la clause compromissoire, il était conforme audit principe de prévoir que chacune des parties au pacte d'actionnaires puisse effectivement être en mesure de désigner un arbitre, au jour où le litige est né, ce principe de l'égalité doit s'apprécier non plus seulement au regard de la qualité des parties au contrat, mais aussi au regard des prétentions et des intérêts de chacune des parties au litige. Ce faisant, si plusieurs d'entre elles sont susceptibles de défendre des intérêts communs et partagés contre une seule autre, il convient de veiller à constituer un tribunal arbitral permettant d'en garantir le respect »³⁰².

B. – La désignation des arbitres par les institutions d'arbitrage

823. – Rôle de l'institution d'arbitrage. Une institution d'arbitrage au règlement duquel il est renvoyé par la convention d'arbitrage emporte la mise en œuvre de celui-ci, notamment s'agissant de la question de la désignation des arbitres. L'institution d'arbitrage assure donc la fonction d'assistance des parties dans la mise en œuvre de la clause compromissoire, comme le juge d'appui dans un arbitrage *ad hoc*, même si le juge d'appui peut également être saisi en cas de défaillance de l'institution d'arbitrage. L'intervention d'une institution d'arbitrage ne modifie donc pas le rôle, de principe, des parties, dans la désignation des arbitres. L'institution d'arbitrage joue, *via* son règlement, un simple rôle d'assistance dans le cas où les parties auraient prévu une technique de désignation dans la convention d'arbitrage mais rencontreraient une situation de blocage ou une difficulté. Or, précisément, les règlements d'arbitrage comportent généralement des règles relatives à la constitution du tribunal arbitral, au nombre d'arbitres, à la méthode de désignation, *etc.* La difficulté ici tient au fait que la référence au règlement d'arbitrage fait de ce dernier une masse conventionnelle qui s'ajoute à la convention d'arbitrage. Or, bien souvent, les règlements d'arbitrage prévoient des règles auxquelles les parties n'auraient pas songé spontanément.

Ainsi, de très nombreux règlements d'arbitrage prévoient la « confirmation » des arbitres choisis par les parties, transformant la « désignation » d'un arbitre par une partie en simple « proposition de désignation » dite souvent, dans les règlements d'arbitrage, « nomination », la désignation proprement dite n'intervenant alors qu'après la confirmation par l'institution d'arbitrage, après réception et examen de la déclaration d'indépendance et d'impartialité, la confirmation atteignant en général des taux importants³⁰³.

Il arrive fréquemment que les centres d'arbitrage disposent de « listes d'arbitres », souvent assez conséquentes et composées d'arbitres choisis en fonction de critères de

³⁰²Paris, 26 janv. 2021, n° 19/10666, *Vidatel*, préc.

³⁰³Cf. *2012 Statistical report ICC : Bull. ICC 2013*, qui identifie un taux de 95 % de confirmation. Dans l'édition de 2018, le rapport précise en outre que 38 % des arbitres désignés et confirmés sont des femmes, et 30 % des femmes arbitres uniques.

compétence définis par l'institution elle-même³⁰⁴. L'objectif peut être alors de fournir des arbitres *a priori* compétents pour les parties qui seraient étrangères à la pratique de l'arbitrage, mais aussi de puiser dans la liste au moment de choisir un arbitre, à la place des parties dans les conditions posées par le règlement d'arbitrage. L'objectif est alors de permettre à l'institution d'arbitrage de vérifier le respect de l'obligation d'indépendance et d'impartialité par l'arbitre, en supposant que l'institution, au cœur du mécanisme arbitral, soit considérée comme en mesure d'apprécier sa cohérence en complément des parties. Aucun recours autre que ceux prévus par le règlement d'arbitrage devant un organe qui serait éventuellement prévu à cet effet n'est possible contre la décision de l'institution de nommer ou de confirmer (ou d'infirmer) un arbitre. En effet, la mission de l'institution d'arbitrage intervient comme un mandataire des parties aux fins de désigner ou confirmer les arbitres. Dès lors cette désignation, ou cette confirmation, ne se présente pas comme un acte juridictionnel et aucun recours juridictionnel n'est donc ouvert, directement, contre cette décision³⁰⁵.

À ce principe, au moins trois limites peuvent être apportées. En premier, les parties peuvent toujours exciper d'une difficulté du règlement d'arbitrage lui-même pour saisir le juge d'appui. En outre l'arbitre ou les arbitres ainsi désignés demeurent compétents pour traiter le problème de leur propre compétence, par exemple si l'institution d'arbitrage a désigné un arbitre dans des circonstances qui prêteraient à discussion³⁰⁶ ou dans des conditions contraires à la convention d'arbitrage dans la mesure où les stipulations de celle-ci priment sur celles du règlement d'arbitrage³⁰⁷. Enfin, la sentence qui serait rendue alors que l'une des parties considérerait que la constitution du tribunal arbitral n'a pas été régulière dispose ensuite d'un recours en annulation, sous la réserve que les parties aient soulevé cette question au cours de la procédure.

L'objectif peut également être de respecter des règles d'organisation de l'institution. Par exemple le règlement d'arbitrage de la CCI (2021) (art. 13.1) précise que « lors de la nomination ou confirmation d'un arbitre, la cour tient compte de sa nationalité, de son lieu de résidence et de tout lien avec les pays auxquels ressortissent les parties et les autres arbitres (...) » et lorsqu'elle est conduite à nommer un arbitre, l'article 13.5 de son règlement indique que « l'arbitre unique ou le président du tribunal arbitral sera de nationalité différente de celle des parties », sauf circonstances particulières et que les parties ne s'y opposent pas. L'idée ici est de valider un « principe de neutralité »³⁰⁸ visant à faire en sorte que l'arbitre unique ou le président soient d'une nationalité différente de celle des parties, assez discutable dans la mesure où l'arbitrage repose en principe sur celui de la liberté de choix des arbitres et que le critère de l'extra-nationalité, à défaut d'être perçu comme une forme de discrimination (dans la mesure où il ne s'agit pas d'écarter une nationalité particulière), pourrait s'avérer inefficace³⁰⁹ dans la situation dans laquelle la

³⁰⁴C'est le cas par exemple du TAS, qui impose que les arbitres désignés figurent sur une liste préétablie, V. Règl. de procédure du TAS, art. R33. Sur le principe des listes d'arbitres, V. M. Danis, *Les listes d'arbitres en question : Cah. arb.* 2014, p. 465. – Montpellier, 12 oct. 2017, n° 17/00269 : *D.* 2017, p. 2559, obs. Th. Clay. – Versailles, 4 juin 2019, n° 17/06632.

³⁰⁵Cf. TGI Paris, ord., 13 juill. 1988 : *Rev. arb.* 1988, p. 97, note P. Bellet.

³⁰⁶Cf. Paris, 7 févr. 2002 : *Rev. arb.* 2002, p. 413, note Ph. Fouchard.

³⁰⁷Cf. Cass. 1^{re} civ., 4 déc. 1990 : *Rev. arb.* 1991, p. 81, note Ph. Fouchard.

³⁰⁸V. égal. Loi-type CNUDCI (2006), art. 11.

³⁰⁹Comp. TGI Paris, ord., 23 juin 1987 : *Rev. arb.* 1988, p. 699, note Ph. Fouchard, « l'arbitre, juge et non mandataire d'une partie, ne saurait faire l'objet d'une suspicion de principe fondée sur sa seule nationalité ».

connaissance de la loi nationale d'une partie, choisie comme loi applicable, serait considérée comme importante pour la résolution du litige³¹⁰.

824. – Arbitre unique ou pluralité d'arbitres ? Les règlements d'arbitrage, à la différence du Code de procédure civile, formulent souvent une logique de préférence lorsque la convention d'arbitrage ne prévoit pas le nombre d'arbitres. Par exemple, l'article 12 du règlement de la CCI (2020) indique que : « 1. Les différends sont tranchés par un arbitre unique ou par trois arbitres. 2. Si les parties ne sont pas convenues du nombre d'arbitres, la Cour nomme un arbitre unique, à moins que le différend ne lui paraisse justifier la nomination de trois arbitres ». Cette solution correspond plutôt à la tradition anglo-américaine, tandis que la tradition européenne privilégie en général un arbitrage à trois arbitres, comme le règlement d'arbitrage de la CNUDCI (2010) par exemple³¹¹.

³¹⁰D'ailleurs, à pousser plus loin le raisonnement, il peut conduire vers d'autres difficultés. Ainsi, certaines communautés religieuses, juives, musulmanes ou chrétiennes, utilisent l'arbitrage pour résoudre des litiges entre membres d'une telle communauté religieuse, de telle manière que les arbitres sont censés avoir la même religion, exigence parfois prévue par des institutions organisant ces arbitrages. Les juges étatiques sont en général assez prudents. L'affaire *Jivraj v. Hashwani* au Royaume-Uni avait de ce point de vue suscité de nombreuses questions. Une clause compromissoire précisait que « all arbitrators must be members of the Ismaili community and holders of high office within the community ». La *Court of appeal* avait considéré que l'arbitre était un employé des parties, de sorte que la clause tombait sous le coup de l'interdiction des discriminations au travail, tandis que la *UK Supreme Court* avait, au contraire, écarté la qualification de contrat de travail et donc validé la clause (*UK Court of appeal*, 22 juin 2010, *UK Supreme Court*, 27 juill. 2011 : *Rev. arb.* 2011, p. 1007, note J.-B. Racine).

³¹¹Cf. F. Ruhlmann, *Les listes d'arbitres* : *RTD com.* 2014, p. 729.

La résolution des difficultés relatives à la constitution du tribunal

825. – Juge d'appui. La constitution du tribunal arbitral dépend de la qualité de rédaction ou d'interprétation de la convention d'arbitrage, ou du règlement d'arbitrage auquel la convention réfère, mais également à la volonté des parties de s'y conformer. De ce dernier point de vue en effet, l'inertie ou la mauvaise volonté d'une partie peuvent constituer des freins, voire des difficultés, majeures, dans la constitution du tribunal arbitral. C'est le cas aussi après la désignation et en cours de procédure, par exemple si un arbitre cesse de poursuivre sa mission, décide de ne pas siéger, voire de ne pas participer au délibéré de la sentence, *etc.* (V. *infra*, n° 833).

D'une manière générale, peu importe la détermination de ces cas de nature à identifier des difficultés, l'article 1454 du Code de procédure civile dispose en effet que « tout autre différend lié à la constitution du tribunal arbitral est réglé, faute d'accord des parties, par la personne chargée d'organiser l'arbitrage ou, à défaut, par le juge d'appui », faisant ainsi « balai » des autres cas identifiés, celui de la composition impaire du tribunal (CPC, art. 1451, al. 3), de la mésentente des parties pour désigner un arbitre ou entre arbitres pour désigner le président (CPC, art. 1452 et 1453), de la récusation d'un arbitre (CPC, art. 1456, al. 3), son empêchement ou sa démission (CPC, art. 1457), sa révocation (CPC, art. 1348) ou encore celui de la prorogation des délais de l'arbitrage (CPC, art. 1463). L'intervention du juge d'appui³¹² est prévue, outre par ces textes particuliers, par les articles 1459 à 1460 du Code de procédure civile, en matière interne comme en matière internationale, l'article 1506 y renvoyant expressément. Toutefois, l'article 1461, qui prévoit le caractère impératif des conditions d'intervention du juge d'appui, n'est pas repris en matière internationale. L'article 1460 précise que le juge d'appui, désormais le président du tribunal judiciaire, statue « selon la procédure accélérée au fond », c'est-à-dire, depuis la réforme de la procédure civile de la loi de programmation et de réforme pour la justice du 23 mars 2019, une procédure orale et contradictoire engagée par voie d'assignation à jour fixe, pour une décision assortie de l'exécution provisoire et un délai d'appel de quinze jours (CPC, art. 481-1). Par ailleurs, l'article 54 du Code de procédure civile devrait s'appliquer, supposant la démonstration que les diligences ont été effectuées en vue d'une résolution amiable.

826. – Arbitrage international et institutionnel. En matière d'arbitrage international, plus qu'en matière interne, la question de l'intervention d'un juge

³¹²Th. Clay, *L'appui du juge à l'arbitrage* : *Cah. arb.* 2011, p. 331. – G. Pluyette, *La désignation d'un arbitre par le juge d'appui*, in *Mél. P. Meyer*, LGDJ, 2015, p. 711.

étatique est essentielle pour régler les difficultés de constitution d'un tribunal arbitral, notamment lorsque la convention d'arbitrage ou un règlement d'arbitrage ne prévoient pas de solution ou des solutions inapplicables, ou encore en cas d'inertie des parties. En effet, sans solution de support, l'arbitrage serait paralysé. Pour cette raison, la plupart des législations étatiques prévoient des techniques d'assistance d'un juge étatique, à la manière d'un juge d'appui³¹³. En général, le juge d'appui est le juge du siège, ce qui est logique et cohérent avec les règles de compétence en matière d'annulation d'une sentence.

L'implication du juge d'appui ne couvre toutefois pas l'intégralité des cas posés par les difficultés de constitution du tribunal arbitral. En effet, le juge d'appui suppose en général le caractère *ad hoc* de l'arbitrage où la difficulté se pose, mais il n'a pas vocation à intervenir.

827. – Plan. C'est dans cette mesure que l'intervention du juge d'appui (Section 1) et la procédure conduite devant lui (Section 2) peuvent être envisagées, ainsi que l'intervention de l'institution d'arbitrage (Section 3).

Section 1

L'intervention du juge d'appui

828. – Principe de l'intervention du juge d'appui. Essentiel, le juge d'appui, au point que l'on dit aisément dans le « monde de l'arbitrage » que, en matière internationale notamment, la place judiciaire de Paris joue le rôle d'une institution permanente d'arbitrage, ne peut intervenir que dans des conditions précisément déterminées. En effet, l'arbitrage est un mode alternatif de règlement d'un litige, de sorte que, par hypothèse, l'intervention parallèle d'un juge étatique est exclue, sauf pour donner corps à l'arbitrage, en matière de contrôle de validité ou d'exécution, en fin d'arbitrage, ou pour régler certaines difficultés, s'agissant du juge d'appui. Ce caractère exceptionnel du juge d'appui se mesure en premier au caractère subsidiaire de sa compétence, mais également à des éléments particuliers que le juge d'appui doit vérifier, soit en cas de difficulté liée à la convention d'arbitrage elle-même (§ 1) soit liée à la mise en œuvre de la convention d'arbitrage, s'agissant de la constitution du tribunal arbitral (§ 2).

829. – Compétence subsidiaire. En toutes circonstances, la compétence du juge d'appui est subsidiaire en ce sens que ce n'est que dans une situation dans laquelle les parties ou l'institution d'arbitrage n'ont pu résoudre la difficulté qui se présente. La compétence est même doublement subsidiaire, puisqu'une difficulté qui se présente peut être résolue par les parties en fonction de la convention d'arbitrage en premier, puis, si elles ont confié l'organisation de l'arbitrage à un centre d'arbitrage particulier, c'est à ce dernier de trouver des solutions, et ce n'est qu'en cas d'échec ou de défaillance qu'un juge d'appui peut intervenir. En pratique, lorsqu'un juge d'appui est saisi de manière inopportune, il peut soit rejeter la requête, soit constater que les éléments permettant sa compétence ne sont pas totalement rassemblés, et enjoindre

³¹³Cf. Loi-type CNUDCI (2006), art. 11.4 ; *English arbitration Act*, art. 18 ; ZPO, § 1035.

les parties de mettre en œuvre telle solution de la convention d'arbitrage ou du règlement d'arbitrage, avant, en cas d'échec, de revenir vers lui.

§ 1. – Difficultés liées à la convention d'arbitrage elle-même

830. – Existence d'une convention d'arbitrage qui n'est pas manifestement nulle ou inapplicable. Pour qu'un arbitrage puisse se dérouler, encore convient-il que les parties puissent exciper une convention d'arbitrage, sous quelque forme que ce soit. Dans cette situation, le principe de « compétence-compétence » exclut tout conflit de compétence entre le tribunal arbitral et un juge étatique et l'un des effets de ce principe conduit à l'affirmation de l'autonomie de la convention d'arbitrage (V. *supra*, n° 209). Cette autonomie se traduit, négativement, par l'impossibilité pour le juge étatique de se considérer comme compétent pour apprécier le litige ; or, dans ce litige, peut se trouver la question de la validité ou de l'efficacité de la convention d'arbitrage. Dans le même temps, le juge d'appui ne peut être saisi que dans l'hypothèse où une convention d'arbitrage lie les parties. Cet ensemble de contradictions apparentes est tranché par la règle permettant au juge d'appui de vérifier *prima facie* l'existence d'une convention d'arbitrage. En outre, le juge d'appui est habilité à apprécier, non pas la validité, mais l'invalidité manifeste de la convention d'arbitrage.

L'article 1455 du Code de procédure civile dispose que : « Si la convention d'arbitrage est manifestement nulle ou manifestement inapplicable, le juge d'appui déclare n'y avoir lieu à désignation », formule qui se retrouve à l'article 1448 du même code qui fonde le principe de « compétence-compétence » et l'incompétence de principe des juridictions étatiques en présence d'une convention d'arbitrage manifestement valide. Il en résulte que le juge d'appui peut constater que la convention d'arbitrage est manifestement invalide ou inapplicable. Il ne peut cependant se prononcer à titre préventif ; il ne peut donc, dans une pareille situation, considérer qu'il n'y a pas lieu à régler la difficulté liée à la constitution du tribunal arbitral. La compétence du juge d'appui est donc, ici, limitée à la vérification, négative, que la convention d'arbitrage n'est pas manifestement invalide ou inapplicable (V. *supra*, n° 830) : il ne peut donc interpréter la convention d'arbitrage, ni refuser de désigner un arbitre ou, plus généralement, régler la demande de résolution d'une difficulté envisagée par les articles 1451 et suivants du Code de procédure civile, par exemple si la convention prévoit un nombre pair d'arbitres, dans une situation où ce nombre est illicite, plus généralement si le juge d'appui est en présence d'une « clause blanche », du moins si la convention d'arbitrage a été conclue après l'entrée en vigueur du décret de 2011³¹⁴ ou bien qu'elle est contraire au principe

³¹⁴V. *supra*, n° 39 : s'agissant d'une clause compromissoire conclue avant l'entrée en vigueur du décret de 2011 en revanche, l'ancien article 1455 du Code de procédure civile prévoyait que le juge d'appui ne pouvait procéder à désignation si la clause était manifestement nulle ou si elle était « insuffisante pour permettre au juge de constituer le tribunal arbitral », c'est-à-dire une « clause blanche », d'ailleurs nulle en matière d'arbitrage interne au titre de l'ancien article 1443, alinéa 2 du même code. En revanche, en matière d'arbitrage international, l'ancien article 1493 du Code de procédure civile prévoyait la possibilité au juge d'appui de régler quelque difficulté que ce soit.

d'égalité des parties³¹⁵, ou bien encore parce qu'une partie est en redressement judiciaire³¹⁶.

§ 2. – Difficultés liées à la constitution du tribunal arbitral

831. – La compétence, subsidiaire, du juge d'appui est ici assurée dans la limite d'un certain nombre de vérifications du juge d'appui, l'existence d'un litige en cours, et d'un litige sur la constitution du tribunal arbitral. Un certain nombre de règles générales, valables tant en matière d'arbitrage interne qu'en matière d'arbitrage international, sont posées (A), nécessitant un certain nombre de compléments en matière d'arbitrage international (B).

A. – Règles générales

832. – Existence d'un litige non encore tranché. L'intervention du juge d'appui suppose que soient rassemblées certaines conditions, dont la première est qu'un litige soit né. Cette considération était posée expressément dans l'ancien article 1444 du Code de procédure civile, avant la réforme de 2011 et elle ne l'est plus mais se conçoit sans difficulté, à partir de la lettre de l'article 1454 du Code de procédure civile qui évoque un « différend ».

Il convient également que le litige ne soit pas tranché par le ou les arbitres. Cette condition n'est pas plus posée expressément que la précédente, mais s'entend de la même manière : si le litige est tranché par le ou les arbitres, il n'existe plus de difficulté de constitution du tribunal arbitral, sauf du point de vue de l'éventuelle irrégularité de la constitution qui relève alors du juge de l'annulation, point du juge d'appui.

833. – Existence d'une difficulté dans la constitution du tribunal arbitral. Le juge d'appui doit alors constater une difficulté en cas d'une désignation en nombre pair (CPC, art. 1451), sur la désignation de l'arbitre unique ou du tiers arbitre dans la situation d'une convention prévoyant un arbitrage à trois arbitres (CPC, art. 1452), lorsque l'organisme chargé d'organiser l'arbitrage ne permet pas de résoudre la difficulté (CPC, art. 1453), en cas de difficulté dans une situation de récusation (CPC, art. 1456), d'empêchement (CPC, art. 1457) ou de rétractation (CPC, art. 1459) ou pour tout autre difficulté (CPC, art. 1454). Il importe alors que le juge d'appui constate, et donc qu'il lui soit démontré, que la difficulté est bien relative à l'une de ces situations liées à la « constitution d'un tribunal arbitral » : il ne peut donc se prononcer sur une difficulté autre, par exemple une question relative à la désignation d'un expert, d'un médiateur ou d'un conciliateur. Dans ces situations, il est donc compétent, en cas de difficultés, c'est-à-dire d'un « différend », pour désigner un arbitre en cas de refus d'une partie de procéder à la désignation à laquelle la convention d'arbitrage l'invite, ou lorsqu'un arbitre a été récusé, ou pour compléter le

³¹⁵Cf. Cass. 1^{re} civ., 13 févr. 2019, n° 18-10.985 : D. 2019, 387, p. 2435, obs. Th. Clay ; *Dalloz actualité*, 6 mars 2019, obs. J. Jourdan-Marques ; *Procédures* 2019, 124, note L. Weiller ; *JCP G* 2019, 393, note J. Ortscheidt ; *JCP E* 2019, 1332, obs. P. Casson.

³¹⁶Paris, 13 févr. 2002 : *Rev. arb.* 2003, p. 131, note Ph. Fouchard.

tribunal arbitral lorsque les arbitres désignés ne s'entendent pas sur le nom d'un troisième ou en l'absence d'accord sur le nom d'un arbitre unique. Cette compétence est notamment très utile pour faire obstacle à la mauvaise volonté d'une partie dans la désignation d'un arbitre ou dans l'acceptation de sa désignation.

Il est également compétent pour trancher les difficultés liées à la constitution du tribunal arbitral intervenant en cours d'instance pour trancher les différends liés à la récusation d'un arbitre, sa rétractation, sa démission ou son empêchement ; ce dernier cas, d'ailleurs, est suffisamment large pour permettre d'envisager les situations, embarrassantes, dans lesquelles un arbitre refuse de siéger, sans démissionner ni se rétracter (V. *supra*, n° 805). Cette compétence qui demeure, et qui peut porter sur toute autre difficulté liée à la constitution du tribunal arbitral (CPC, art. 1454), permet en outre au juge d'appui de trancher les différends liés à la mise en œuvre de l'obligation de révélation de l'arbitre (V. *supra*, n° 749), par exemple lorsque celui-ci refuse de fournir des éléments liés à un doute dans l'indépendance ou l'impartialité qu'une partie entretiendrait à l'endroit d'un arbitre, pour lui enjoindre de fournir ces éléments, sans que cela constitue un excès de pouvoirs de sa part³¹⁷.

834. – Clauses pathologiques et intervention d'un centre d'arbitrage. Dans tous les cas dans lesquels les parties ont confié à un organisme d'arbitrage le soin de désigner les arbitres ou de régler les difficultés liées à la désignation d'un arbitre, le juge d'appui est incompétent pour régler ces difficultés. Plus exactement, la compétence du juge d'appui est alors subsidiaire en ce sens qu'il est possible que la convention d'arbitrage ne soit pas suffisamment précise quant aux modalités de désignation.

Depuis l'entrée en vigueur du décret de 2011 (V. *supra*, n° 39), cette situation, identifiant une « clause pathologique » ne conduit pas, en matière d'arbitrage interne, à l'invalidation de la convention d'arbitrage (en matière internationale, une telle clause pathologique, conclue avant le décret de 2011, pouvait être palliée par le juge d'appui)³¹⁸, de sorte que le juge d'appui retrouve compétence pour trancher la difficulté, du moins si les parties ne parviennent pas à s'entendre sur la désignation du ou des arbitres.

La difficulté consiste alors à identifier les cas de clauses pathologiques : ce sont toutes celles qui présentent un doute ou une difficulté dans la mise en œuvre de l'arbitrage, par exemple quand une clause envisage à la fois le recours à un juge étatique et à un tribunal arbitral, une clause faisant référence à un tribunal arbitral *ad hoc* et un arbitrage institutionnel, clause renvoyant à deux règlements d'arbitrage³¹⁹, etc.

³¹⁷Cass. 1^{re} civ., 20 juin 2006 : *JCP G* 2006, I, 187, n° 4, obs. J. Béguin : le juge d'appui doit « résoudre les difficultés de constitution du tribunal arbitral de manière à ce que cette juridiction soit investie de la confiance des parties ». *Adde*, Paris, 10 févr. 2005 : *Rev. arb.* 2005, p. 713, note M. Henry ; *D.* 2005, p. 3057, obs. Th. Clay.

³¹⁸La question était tranchée par application de l'ancien article 1157 du Code civil qui, en matière d'interprétation d'un contrat ou d'une clause, assurait de donner effet à une clause en fonction de son effet utile. Ainsi, la convention d'arbitrage s'en remettant à la CCI permettait de considérer que les parties avaient souhaité confier la question de la désignation aux organes de la CCI : Paris, 14 févr. 1985 : *Rev. arb.* 1987, p. 325, note P. Level.

³¹⁹*Cf.* Cass. 1^{re} civ., 4 mars 2020, n° 18-22.019, *Antrix : Dalloz actualité*, 4 mai 2020, obs. J. Jourdan-Marques : dans cette affaire, une clause compromissoire renvoyait aux « règles et procédures de la chambre de commerce internationale » ou de la CNUDCI, alors que l'une est une institution arbitrale complète et l'autre un simple règlement d'arbitrage sans institution arbitrale associée.

835. – Impossibilité pour le juge d'appui d'apprécier la compétence des arbitres. Le juge d'appui doit donc vérifier qu'il existe un litige entre les parties. Il ne lui appartient cependant pas d'effectuer un contrôle plus poussé, par exemple de vérifier si le litige est arbitral ou encore s'il entre dans la compétence des arbitres. Le principe de « compétence-compétence » n'est ainsi pas mis en échec du seul fait que les parties recourent à un juge étatique : le juge d'appui ne peut donc refuser une demande de règlement d'une difficulté de constitution, désigner un arbitre par exemple, en considérant que la convention d'arbitrage ne garantit pas la compétence des arbitres³²⁰, ou encore que la demande ne serait pas sérieuse, ou non urgente : cette solution serait constitutive d'un excès de pouvoir par le juge d'appui. Le juge d'appui est en effet saisi « comme en matière de référé ».

B. – Précisions en matière d'arbitrage international

836. – Deux questions particulières se présentent : celle de la compétence internationale du juge d'appui français (1^o) et celle des conditions de son intervention (2^o).

1^o Principes de la compétence internationale du juge d'appui français

837. – Compétence internationale du juge d'appui français. La compétence du juge d'appui français n'est pas universelle ; celle-ci est limitée aux situations dans lesquelles un arbitrage international présente un lien avec la France. L'article 1505 du Code de procédure civile dispose en effet que : « En matière d'arbitrage international, le juge d'appui de la procédure arbitrale est, sauf clause contraire, le président du tribunal judiciaire de Paris lorsque : 1^o L'arbitrage se déroule en France ; ou 2^o Les parties sont convenues de soumettre l'arbitrage à la loi de procédure française ; ou 3^o Les parties ont expressément donné compétence aux juridictions étatiques françaises pour connaître des différends relatifs à la procédure arbitrale ; ou 4^o L'une des parties est exposée à un risque de déni de justice ». L'article 1505 du Code de procédure civile reproduit, pour les deux premiers cas, des situations visées par l'ancien article 1493 du même code, les deux premières, mais la question de la date de conclusion de la convention d'arbitrage, avant ou après le 1^{er} mai 2011, date d'entrée en vigueur du décret de 2011, importe dans la mesure où le décret a sensiblement modifié les règles d'intervention du tribunal arbitral, en ne la limitant plus aux seules difficultés de sa constitution, dans la mesure où l'article 1506 du Code de procédure civile renvoie aux dispositions des articles 1451 et suivants du même code prévues en matière d'arbitrage interne.

838. – Arbitrage international se déroulant en France. Le premier cas ne pose aucune difficulté et reprend la règle de l'ancien article 1493 du Code de procédure civile, que la convention ait donc été conclue avant ou après l'entrée en vigueur du décret de 2011. Il s'agit d'une compétence posée en termes territoriaux : il suffit donc que l'arbitrage se déroule en France ou qu'il soit prévu de se dérouler en France, peu important qu'il se déroule, ou non, effectivement, en France, c'est-à-dire si le siège de

³²⁰Cass. 2^e civ., 13 juin 2002 : *Rev. arb.* 2002, p. 679, « en refusant ainsi de prêter son concours à la constitution du tribunal arbitral, sans constater que la clause compromissoire était soit manifestement nulle, soit insuffisante pour permettre de constituer le tribunal arbitral, la cour d'appel a excédé ses pouvoirs ». *Adde*, D. Foussard, *Le recours pour excès de pouvoir dans le domaine de l'arbitrage* : *Rev. arb.* 2002, p. 579. – Cass. 2^e civ., 31 mai 2001 : *Rev. arb.* 2002, p. 691 (appréciation abusive de la prescription de l'action).

l'arbitrage est français, et ce indépendamment de la nature de la loi de procédure choisie par les parties, même étrangère³²¹. Inversement, si le lieu de l'arbitrage n'est pas un lieu en France, la compétence du juge d'appui français ne se justifie pas, que l'arbitrage se déroule, en tout ou partie, en France³²².

839. – L'arbitrage est soumis à la loi de procédure française. Ce deuxième cas, également repris de l'ancien article 1493 du Code de procédure civile, assure la compétence du juge d'appui français lorsque « les parties sont convenues de soumettre l'arbitrage à la loi de procédure française ». Peu importe ici le siège de l'arbitrage, notamment si celui-ci se trouve à l'étranger ou n'est pas précisé, il suffit que la loi de procédure française ait été retenue, même de manière implicite ou indirecte³²³. La situation est en pratique assez rare, l'expérience montrant que le droit processuel français n'est guère choisi. Lorsqu'elle se réalise cependant, cette compétence emporte donc un risque de conflit de compétence entre le juge français et l'éventuel juge étatique du siège, en fonction de la loi de ce dernier ou de la loi de procédure choisie, selon les dispositions des droits applicables dans ces situations.

840. – Clause attributive de compétence au juge d'appui français. La compétence du juge peut faire l'objet d'une extension, comme la jurisprudence l'admettait avant 2011³²⁴, lorsque « les parties ont expressément donné compétence aux juridictions étatiques françaises pour connaître des différends relatifs à la procédure arbitrale », du moins pour les conventions d'arbitrage conclues après l'entrée en vigueur du décret de 2011. Comme précédemment, ce cas emporte un risque de conflit de compétence entre plusieurs juges, français et étranger.

841. – Risque de déni de justice. La compétence du juge français est encore affirmée lorsqu'« une des parties est exposée à un risque de déni de justice ». Il s'agit là d'une compétence subsidiaire, référant territorialement au juge d'appui français. Il ne s'agit donc pas d'une compétence générale du juge, mais d'une compétence résiduelle, supplétive, lorsqu'une telle situation est observée³²⁵. Un tel risque de déni de justice n'est pas lui-même général, mais un *risque* de « déni de justice arbitrale », par exemple si le juge étranger compétent ne peut être saisi de la difficulté de constitution du tribunal arbitral ou bien encore lorsque les parties n'ont pas prévu de localiser le siège de l'arbitrage et qu'aucun autre juge étranger n'est en mesure d'assurer cette tâche³²⁶. Il suffit donc d'un risque de déni de justice et non du constat

³²¹TGI Paris, réf., 15 févr. 1995 : *Rev. arb.* 1996, p. 503, note Ph. Fouchard.

³²²Cf. Ch. Seraglini et J. Ortsheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, op. cit., p. 770, § 776.

³²³Cf. TGI Paris, réf., 11 mai 1987 : *Rev. arb.* 1988, p. 699, note Ph. Fouchard (participation à une procédure française d'assistance judiciaire à l'étranger).

³²⁴Paris, 1^{er} mars 2007 : *RTD com.* 2008, p. 526, obs. E. Loquin.

³²⁵Cass. 1^{re} civ., 13 déc. 2007 : *Rev. arb.* 2018, p. 370, note V. Chantebout ; *Cah. arb.* 2007, p. 701, note H. Barbier, pourvoi après Paris, 24 mai 2016 : *Rev. arb.* 2016, p. 649 ; *Cah. arb.* 2016, p. 641, note M. de Fontmichel ; *JCP G* 2017, 1018, n° 9, obs. J. Ortsheidt ; *D.* 2016, p. 2589, obs. Th. Clay.

³²⁶Paris, 29 mars 2001, *Nioc* : *Rev. arb.* 2002, p. 487, note Ph. Fouchard ; *RTD com.* 2001, p. 651, obs. E. Loquin ; *JDI* 2002, p. 498, note D. Cohen : « le juge français peut intervenir en cas de déni de justice avéré à l'étranger ; qu'en effet, le droit pour une partie à une convention d'arbitrage de voir soumettre ses prétentions à une juridiction arbitrale est une règle d'ordre public, que le juge français, comme tout autre, a vocation à faire respecter dans l'exercice de ses attributions de soutien à l'arbitrage ». Sur pourvoi, Cass. 1^{re} civ., 1^{er} févr. 2005 : *Rev. arb.* 2005, p. 695, note H. Muir Watt ; *JCP G* 2005, I, 134, n° 4, note J. Béguin ; *JCP E* 2005, II, 447, note G. Kessler ; *D.* 2005, p. 2727, note S. Hotte ; *D.* 2005, pan. p. 3054, obs. Th. Clay ; *RTD com.* 2005, p. 266, obs. E. Loquin : « l'impossibilité pour une partie d'accéder au juge, fût-il arbitral, chargé de statuer sur sa prétention, à l'exclusion de toute juridiction étatique, et d'exercer ainsi un droit qui relève de l'ordre public international consacré par les principes de l'arbitrage international et l'article 6.1 de la Convention européenne des droits de l'homme, constitue un déni de justice qui fonde la

d'un déni actuel et avéré. La jurisprudence *NIOC* avait ajouté l'exigence qu'il existe un élément de rattachement avec la France, même ténu, en l'espèce le choix de la CCI de Paris pour assurer la désignation d'un arbitre, exigence qui ne se retrouve pas dans la rédaction de l'article 1505, 4^o du Code de procédure civile. On peut alors se demander si cette exigence est abandonnée, au risque de faire du juge d'appui français une sorte de juge universel dans des situations de risque de déni de justice, ou bien alors si un lien quelconque avec la France doit demeurer, par exemple si une partie est française, sur le fondement des articles 14 et 15 du Code civil, instituant un privilège de juridiction, auquel les parties, en concluant une convention d'arbitrage n'ont renoncé qu'en partie, s'agissant du traitement au fond du litige ou bien encore parce que les parties auraient choisi la loi française comme loi du fond du litige.

842. – Privilège de juridiction ? Ce dernier cas, auquel peut s'ajouter l'hypothèse d'un rattachement français par la nationalité d'une partie, pourrait même permettre de considérer que, du fait du lien avec la France entretenu du seul fait d'être Français et de disposer du privilège de juridiction des articles 14 et 15 du Code civil auquel les parties n'ont renoncé qu'en partie, permet, en outre, d'identifier un cinquième cas de compétence du juge d'appui français, par exemple si le lieu de l'arbitrage est à l'étranger, qu'une loi de procédure étrangère est choisie, sans extension de la compétence du juge d'appui et sans risque de déni de justice arbitrale³²⁷. La tentation est grande d'admettre cette solution, pour assurer ainsi une forme d'extraterritorialité aux règles du droit français de l'arbitrage international, quand bien même la doctrine la rejette en général³²⁸ parce que l'article 1505 du Code de procédure civile, loi spéciale, aurait ainsi dérogé aux règles, générales, des articles 14 et 15 du Code civil. On peut cependant limiter cette position en considérant que, précisément, l'article 1505 du Code de procédure civile, comme l'ancien article 1493 du même code, exceptent les articles 14 et 15 du Code civil de manière spéciale, mais uniquement dans les limites de ce texte.

2° Conditions d'intervention du juge d'appui français

843. – Compétence exclusive du président du tribunal judiciaire. Lorsque l'un des chefs de compétence du juge d'appui est déterminé au sens de l'article 1505 du Code de procédure civile, la compétence du juge français est acquise, renvoyant alors à celle du président du tribunal judiciaire de Paris. Comme en matière de recours en annulation, il en résulte une centralisation et une concentration du contentieux vers un seul « pôle » judiciaire. Exclusive, la compétence du président du tribunal judiciaire de Paris est également subsidiaire, dans la mesure où elle ne résiste pas à la volonté des parties qui peuvent, dans la convention d'arbitrage, renoncer à cette compétence, par exemple pour retenir celle d'un autre juge, étranger ou français, ou encore confier la charge de son organisation à un centre d'arbitrage³²⁹.

compétence internationale du président du tribunal de grande instance [judiciaire] de Paris, dans la mission d'assistance et de coopération du juge étatique à la constitution d'un tribunal arbitral, dès lors qu'il existe un rattachement avec la France ».

³²⁷En revanche, ce indépendamment du choix de la loi française comme loi du fond du litige : TGI Paris, réf., 2 avr. 1981 : *Rev. arb.* 1983, p. 191, note Ph. Fouchard.

³²⁸Cf. Ph. Fouchard, note préc., et note ss TGI Paris, réf., 11 mai 1987 : *Rev. arb.* 1988, p. 699. – Ch. Seraglini et J. Ortsheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, op. cit., p. 772, § 780.

³²⁹Cf. Paris, 21 nov. 2002 : *Rev. arb.* 2003, p. 239 ; Cass. civ. 1, 13 déc. 2017, n° 16-22.131 ; dans le même sens : TJ Paris, 16 avr. 2021, n° 21/50115 : « le juge d'appui ne peut se substituer au centre d'arbitrage dans l'application de son règlement ».

Le choix des parties doit être habilement mesuré : la voie conventionnelle ainsi déterminée a des conséquences sur les recours contre la décision du juge ou du centre choisi en sorte que les voies de recours prévues contre l'ordonnance du juge d'appui français qui aurait été compétent en l'absence de choix conventionnel sont alors exclues, y compris d'ailleurs si le juge choisi était un autre juge français³³⁰, ce dernier étant alors non point un juge alternatif mais un simple mandataire des parties³³¹. Toutefois, et pour éviter d'autres formes de déni de justice, la jurisprudence française admet que lorsque les modalités retenues par les parties se révèlent insuffisantes, inefficaces ou impossibles à réaliser, le juge d'appui supplétivement prévu peut retrouver sa compétence³³². Les articles 1452 et suivants du Code de procédure civile prévoient désormais cette solution, en faisant du juge d'appui (français) le juge compétent en cas d'échec des autres techniques retenues par les parties.

844. – Modalités d'intervention du juge d'appui français. La réforme de 2011 a étendu les conditions d'intervention du juge d'appui. Auparavant en effet, le juge ne pouvait être saisi que lorsque « la constitution du tribunal arbitral se heurte à une difficulté ». Le terme « difficulté » était suffisamment accueillant pour assurer une interprétation large à laquelle la réforme rend hommage par renvoi, par l'article 1506, 2° du Code de procédure civile, aux dispositions des articles 1451 et suivants du même code pour trancher toutes les difficultés y compris la compétence pour désigner un arbitre³³³, procéder à son remplacement en cas de démission, d'empêchement ou, surtout, d'abstention d'un arbitre, ou encore de révocation³³⁴ et « tout autre différend lié à la constitution du tribunal arbitral » (CPC, art. 1454) par exemple pour trancher une difficulté liée à une « clause blanche »³³⁵ ou encore en raison de l'inefficacité de l'institution d'arbitrage désignée³³⁶. Le juge d'appui français dispose ainsi d'une compétence large mais pas au point d'englober toutes les difficultés qui pourraient surgir au cours de la procédure, notamment en présence d'une clause renvoyant à une institution arbitrale³³⁷, ou encore si sa compétence spécifique n'est pas retenue ou pour apprécier la validité de la convention d'arbitrage (V. *supra*, n° 830). De ce point de vue, le juge d'appui ne dispose pas de pouvoir dépassant ceux décrits dans les articles 1451 et suivants du Code de procédure civile. Il ne peut, par exemple, enjoindre un arbitre démissionnaire de poursuivre sa mission pas plus qu'il ne pourrait autoriser un tribunal arbitral tronqué (V. *supra*, n° 803) à poursuivre sa mission³³⁸.

845. – Anti-suit injunctions. Le juge d'appui ne peut non plus imposer à une partie de participer à un arbitrage, ou le lui interdire au contraire. La question fait

³³⁰Paris, 19 juin 2003 : *Rev. arb.* 2004, p. 136.

³³¹Paris, 5 juin 2003 : *Rev. arb.* 2004, p. 134 ; *RTD com.* 2003, p. 700, obs. E. Loquin.

³³²Paris, 5 juin 2003, préc.

³³³Cf. Paris, 1^{er} mars 2007, *Rev. arb.* 2007, p. 643.

³³⁴TGI Paris, réf., 12 juill. 1989 : *Rev. arb.* 1990, p. 176, note Ph. Kahn, décidant, dès avant la réforme de 2011, que la mission de l'arbitre ne se limitait pas aux seules difficultés tenantes, temporellement, au moment de la constitution du tribunal arbitral, mais à toutes celles liées à cette constitution, y compris durant la procédure.

³³⁵TGI Paris, réf., 13 juill. 1999 : *Rev. arb.* 1999, p. 625, note D. Bureau.

³³⁶TGI Paris, réf., 13 déc. 1988 : *Rev. arb.* 1989, p. 625.

³³⁷Comp. Cass. 1^{re} civ., 13 déc. 2017 : *Rev. arb.* 2018, p. 370, note V. Chantebout ; *Cah. arb.* 2007, p. 701, note H. Barbier, pourvoi après Paris, 24 mai 2016 : *Rev. arb.* 2016, p. 649 ; *Cah. arb.* 2016, p. 641, note M. de Fontmichel ; *JCP G* 2017, 1018, n° 9, obs. J. Ortsheidt ; *D.* 2016, p. 2589, obs. Th. Clay.

³³⁸TGI Paris, réf., 15 févr. 1995 : *Rev. arb.* 1996, p. 503, note Ph. Fouchard. Il ne peut pas non plus se substituer à un centre d'arbitrage dans l'application de son règlement ou connaître de la responsabilité du candidat-arbitre, TJ Paris, 16 avril 2021, préc.

référence à la procédure dite *anti-suit injunction*, c'est-à-dire l'injonction de ne pas exercer une action particulière, qui permet, dans certains États, de conférer cette compétence au juge, comme dans bien des pays de tradition de *common law* dont les États-Unis, la Grande-Bretagne, l'Australie, ou l'Inde par exemple. À bien des égards, elle pourrait tout aussi bien être française : une convention d'arbitrage peut être considérée comme produisant deux obligations, une obligation (anciennement « de faire ») de constituer le tribunal arbitral dans les conditions conventionnellement prévues et une obligation (anciennement « de ne pas faire ») de ne pas saisir un juge étatique. Or, du point de vue de l'aspect contractuel de la convention d'arbitrage, cette obligation négative devrait pouvoir bénéficier de l'exécution forcée par destruction de ce qui a été fait en violation de cette obligation (C. civ., art. 1222) et donc obtenir une décision enjoignant de ne pas, ou ne plus, saisir le juge étatique malgré la présence d'une procédure arbitrale. Dans sa conception traditionnelle, la procédure d'*anti-suit injunction* permet à un juge, dans un État qui reconnaît cette procédure, d'interdire à une partie de participer à une procédure, pas uniquement un arbitrage³³⁹, en dehors des frontières de cet État, et qui serait engagée en violation d'une règle conventionnelle, une clause attributive de compétence ou une clause compromissoire notamment. La sanction est alors la possibilité, pour l'État à l'origine de l'injonction qui ne serait pas respectée, de prononcer des sanctions, pénales notamment en application de la règle du *contempt of court*.

La jurisprudence française admet la régularité internationale des *anti-suit injunctions*, du moins lorsqu'elles sont la conséquence de la violation d'une obligation contractuelle préexistante, clause attributive de compétence ou compromissoire, comme une forme d'exécution forcée de cette obligation. La solution française présente cet intérêt de se singulariser par rapport aux solutions promues en application des règles du droit processuel de l'Union européenne et notamment du règlement (CE) n° 44/2001. La Cour de justice de l'Union européenne a considéré dans la célèbre affaire *West Tankers* en 2009 en effet que, dans l'espace européen, la décision d'injonction *anti-suit* prononcée par un juge d'un État membre, ici britannique, de ne pas exercer une action dans un autre État membre, parce que cette action serait contraire à une clause compromissoire, et imposant donc la procédure arbitrale, devait être rejetée, c'est-à-dire interdite³⁴⁰, car « l'adoption, par une juridiction d'un État membre, d'une injonction visant à interdire à une personne

³³⁹Cf. Cass. 1^{re} civ., 14 oct. 2009, n°s 08-16.370 et 08-16.550, *Zone Brands International*. – Cass. 1^{re} civ., 14 oct. 2009, n°s 08-16.369 et 08-16.549, *Zone Brands International* : D. 2010, p. 177, obs. X. Delpech ; JDI 2010, p. 21, note S. Clavel, validant une procédure d'*anti-suit injunction* faisant obstacle au développement d'une procédure étatique en France face une clause attributive de compétence à un juge américain, en l'absence de fraude. *Adde* : Cass. 1^{re} civ., 20 févr. 2007 : D. 2007, act. jurispr. 727, obs. Gallmeister, p. 1115, note L. d'Avout et S. Bollée, p. 1758, obs. P. Courbe et F. Jault-Seseke ; *Rev. crit. DIP* 2007, 420, note B. Ancel et H. Muir Watt.

³⁴⁰CJCE, 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 injunction 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 injunctions : 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 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, 444, note H. Muir Watt ; JDI 2004, p. 641, note A. Huet (pas de priorité du juge élu sur le juge saisi en violation d'une clause attributive de juridiction).

d'engager ou de poursuivre une procédure devant les juridictions d'un autre État membre, au motif qu'une telle procédure serait contraire à une convention d'arbitrage, est incompatible avec 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 ». La solution est, à bien des égards, perturbante, dans la mesure où elle contribue à donner peu de corps aux clauses relatives aux litiges, clauses attributives de compétence ou clauses compromissaires, ce dont il résulte que, dans une situation internationale, une partie pourrait dénier toute efficacité aux conventions ainsi conclues, et donc préférer son juge au juge élu, au mépris de la convention d'arbitrage. À bien des égards, une des conséquences du Brexit pourrait être de redonner aux *anti-suit injunctions* prononcées par un juge britannique une certaine efficacité.

Section 2

La procédure devant le juge d'appui

846. – Compétence matérielle du juge d'appui. Aux termes de l'article 1459 du Code civil, le juge compétent est au premier chef le président du tribunal judiciaire. Toutefois les parties peuvent, dans la convention d'arbitrage, désigner le président du tribunal de commerce. Celui-ci est alors compétent pour trancher les litiges relevant des articles 1451 à 1454 du Code de procédure civile qui est alors également compétent pour apprécier la validité ou l'efficacité manifeste de la clause compromissoire (CPC, art. 1455). Le tribunal de commerce choisi dispose ainsi d'une compétence plus restreinte que le président du tribunal judiciaire : il ne peut par exemple proroger le délai d'arbitrage, ni régler les différends fondés sur la révocation, le maintien, l'empêchement, la rétractation ou l'abstention d'un arbitre. Quoi qu'il en soit, le juge ainsi désigné, par la loi ou par la convention, dispose d'une compétence exclusive, rendant incompetent tout autre juge saisi³⁴¹. Enfin, le juge d'appui, président du tribunal judiciaire ou du tribunal de commerce selon les cas, dispose toujours de la faculté de renvoyer l'affaire devant la formation collégiale de la juridiction³⁴².

847. – Compétence territoriale du juge d'appui. L'article 1459, alinéa 2 du Code civil précise que le juge territorialement compétent est, en l'absence de volonté contraire exprimée par les parties, celui « dans le ressort duquel le siège du tribunal arbitral a été fixé ». À défaut de désignation du siège de l'arbitrage, le juge compétent territorialement compétent est « celui du lieu où demeure le ou l'un des défendeurs à l'incident ou, si le défendeur ne demeure pas en France, du lieu où demeure le demandeur ». Les termes « demandeur » et « défendeur » peuvent prêter à confusion : il ne s'agit pas des demandeurs ou défendeur au fond, mais à l'incident déclenchant la compétence du juge d'appui.

³⁴¹Cass. 2^e civ., 29 mars 1995 : *Rev. arb.* 1995, p. 605, note A. Hory.

³⁴²Cass. 1^{re} civ., 10 mai 1995 : *Rev. arb.* 1995, p. 605, note A. Hory.

848. – Saisine du juge. L'article 1460, alinéa 1^{er} du Code civil prévoit que le juge est saisi « soit par une partie, soit par le tribunal arbitral ou l'un de ses membres », ce qui correspond à l'ensemble des difficultés posées en matière de recours au juge d'appui. Le tribunal arbitral, notamment pour demander la prorogation du délai d'arbitrage, ou un ou des arbitres, pour régler une difficulté liée à la constitution du tribunal, par exemple en cas d'empêchement, de révocation ou d'abstention d'un arbitre, peuvent ainsi saisir le juge d'appui.

La saisine du juge s'effectue sous forme contradictoire, et non par voie de requête, et l'article 1460 prévoit qu'elle s'effectue « selon la procédure accélérée au fond », et avant la réforme de 2019 « comme en la matière des référés »³⁴³, par voie d'assignation à jour fixe, contre une des parties, mais également, éventuellement, contre les arbitres qui, à défaut, pourraient, devraient même sans doute, pouvoir intervenir volontairement, afin de faire valoir, éventuellement, leurs observations. De même lorsque c'est le tribunal arbitral ou les arbitres qui engagent la procédure, ils doivent assigner toutes les parties. L'ensemble pour une procédure orale et contradictoire aboutissant à une décision assortie de l'exécution provisoire et un délai d'appel de quinze jours (CPC, art. 481-1).

849. – Pouvoirs du juge d'appui. En toute hypothèse, le juge est limité par la volonté des parties. Il est ainsi contraint par la convention d'arbitrage, par exemple si certaines qualités des arbitres sont particulièrement déterminées ou qu'une liste d'arbitres est identifiée. Il doit également respecter le principe d'égalité des parties (V. *supra*, n° 807) et ne peut donc imposer, dans un arbitrage multipartite, la désignation d'un arbitre unique pour plusieurs parties prises ensemble. Il doit enfin respecter la volonté des parties qui auraient confié la désignation d'arbitre à une institution d'arbitrage, et ne peut se substituer à celle-ci ; sa compétence ne peut être retrouvée qu'en cas d'échec du recours à l'institution d'arbitrage.

En revanche, en dehors de ces hypothèses, et sous réserve des propositions éventuelles des parties, le juge dispose de la plus grande liberté pour désigner un arbitre. Cette liberté peut poser difficultés dans certaines circonstances, par exemple dans l'hypothèse de conventions d'arbitrage concurrentes et contradictoires, dans le cas où l'une prévoit la désignation d'un arbitre unique et l'autre de plusieurs arbitres. Dans cette situation, le juge d'appui ne dispose pas de la faculté d'apprécier la convention d'arbitrage mais demeure compétent, conformément à l'article 1454 du Code de procédure civile, pour trancher « tout autre différend lié à la constitution du tribunal arbitral ». On peut penser alors, que, face à des propositions différentes, le juge doit tout à la fois faire face à l'obligation de trancher le différend et à l'impossibilité d'apprécier la convention, qui devrait lui imposer, comme assistant des parties dans la convention d'arbitrage à choisir la solution la plus favorable, sans doute un arbitrage à trois parties.

Enfin, le juge d'appui est lié par la vérification des conditions de sa compétence : existence d'une convention d'arbitrage manifestement valide et applicable³⁴⁴,

³⁴³Cass. 2^e civ., 19 mai 1999 : *Rev. arb.* 1999, p. 593, note A. Hory. V. cependant TGI Paris, réf., 22 févr. 1984 : *Rev. arb.* 1985, p. 91, admettant une saisine par voie de requête conjointe. *Adde* Ph. Fouchard, *La coopération du président du tribunal de grande instance à l'arbitrage* : *Rev. arb.* 1985, p. 5.

³⁴⁴Sauf, toutefois, lorsqu'un juge, du fond, a déjà été saisi et s'est considéré comme incompetent du fait de l'existence d'une clause compromissoire, qui rend inutile cette vérification. Constituerait d'ailleurs sans doute un excès de pouvoir le fait, pour le juge d'appui, de considérer la clause comme manifestement nulle ou inapplicable. En ce sens D. Foussard, *Retour sur l'excès de pouvoir en matière d'arbitrage : vers une*

existence d'un litige non encore tranché, existence d'un différend dans la constitution du tribunal arbitral (V. *supra*, n° 830).

850. – Décision du juge. Autorité de la chose jugée. Jugeant « comme en la forme des référés », et non de référé, le juge d'appui rend une décision ordinaire, une ordonnance (CPC, art. 492, 1°). La décision est donc rendue avec l'autorité de la chose jugée attachée à une décision ordinaire, et elle est exécutoire à titre provisoire, à moins que le juge n'en décide autrement, et ce que le juge ait nommé un arbitre ou qu'il l'ait refusé, par exemple s'il constate l'absence de litige entre les parties, interdisant donc de saisir à nouveau le juge d'appui dans la mesure de l'identité des demandes et de l'efficacité de la décision³⁴⁵.

L'autorité de la chose jugée est toutefois limitée à la décision et au différend tranché : ainsi, et en toute logique, la désignation d'un arbitre par le juge d'appui, dont la personnalité ou l'action est ensuite contestée au point que l'annulation de la sentence est ensuite demandée, n'a pas d'effet sur cette action en annulation si des faits nouveaux apparaissent après la désignation³⁴⁶ en raison de l'absence d'identité d'objet entre les faits à l'origine de la demande de désignation de l'arbitre et ceux fondant la demande d'annulation, mais également en raison de la distinction à opérer entre les motifs attachés à la décision de désignation et la demande en annulation.

Inversement, le refus de désignation d'un arbitre parce que la clause apparaît manifestement nulle au juge d'appui ne devrait pas faire obstacle à la décision du juge du fond, alors saisi, de considérer que la clause est valable, et de renvoyer à un tribunal arbitral, finalement impossible à constituer. Le risque d'une telle division est d'aboutir à une impossibilité pour une partie d'avoir accès à un juge, si le juge d'appui refuse de désigner un arbitre et que le juge du fond, saisi, considère que le litige est à arbitrer, *a fortiori* dans un contexte international, sauf à forcer, alors, la compétence du juge du fond, et donc de forcer l'effet de l'autorité de la chose jugée par le juge d'appui.

851. – Recours contre les décisions du juge d'appui en cas de refus de désignation. L'article 1460, alinéa 3 du Code de procédure civile dispose que : « Le juge d'appui statue par jugement non susceptible de recours. Toutefois, ce jugement peut être frappé d'appel lorsque le juge déclare n'y avoir lieu à désignation pour une des causes prévues à l'article 1455 ». Un recours, par voie d'appel n'est donc possible que dans le cas où le juge d'appui refuse de désigner un arbitre car la clause compromissoire est manifestement nulle ou manifestement inapplicable. L'ordonnance ayant été rendue comme en matière des référés, l'appel est alors organisé comme un recours contre une décision de ce type, dans les quinze jours à compter de la signification de l'ordonnance (CPC, art. 490, 492).

852. – Appel-nullité, excès de pouvoir. Malgré la lettre de l'article 1460, alinéa 3 du Code de procédure civile, il demeure que la décision du juge de désigner

consolidation des règles ? : *Rev. arb.* 2004, p. 803. *Adde* Cass. 1^{er} civ., 1^{er} févr. 2005 : *Rev. arb.* 2005, p. 693, note H. Muir Watt ; *JCP G* 2005, I, 134, obs. J. Béguin ; *JCP E* 2005, II, 447, note G. Kessler ; *D.* 2005, p. 2727, note S. Hotte, p. 3054, obs. Th. Clay ; *RTD com.* 2005, p. 266, obs. E. Loquin.

³⁴⁵Cass. 2^e civ., 30 avr. 2002 : *Rev. arb.* 2002, p. 719 (refus de désigner au motif de l'illicéité manifeste de la clause, non précisée dans le dispositif).

³⁴⁶Cass. 1^{er} civ., 4 nov. 2015 : *Rev. arb.* 2015, p. 1230. – Cass. 1^{er} civ., 13 mars 2013 : *Rev. arb.* 2013, p. 735, note V. Chantebout ; *JCP G* 2013, I, 465, note D. Mouralis, 784, n° 1, obs. Ch. Seraglini ; *D.* 2016, p. 2936, obs. Th. Clay. – Paris, 3 mars 2005 : *Rev. arb.* 2006, p. 446, note P. Callé. – Paris, 10 nov. 2005 : *Rev. arb.* 2006, p. 469. *Adde* B. Haftel, *L'autorité de la chose jugée par le juge d'appui* : *D.* 2016, p. 138. – Ch. Jarrosson, *L'autorité de la chose jugée des décisions relatives à l'indépendance des arbitres* : *Rev. arb.* 2016, p. 165.

ou de refuser de désigner un arbitre, qui ne corresponde pas aux cas de l'article 1455 du même code, c'est-à-dire lorsque la clause est manifestement nulle ou inapplicable, peut être contestable. Dans ces conditions, la jurisprudence a admis que soit ouvert l'un des cas d'appel-nullité sur le fondement de l'excès de pouvoirs du juge³⁴⁷.

Excède ses pouvoirs, le juge d'appui qui apprécie l'arbitrabilité du litige, qui apprécie l'étendue de la convention d'arbitrage, qui désigne un arbitre unique malgré la convention d'arbitrage qui impose un arbitrage à trois parties, et réciproquement, qui identifie une condition supplémentaire à celles qui président à son office, par exemple l'accord d'une partie à la désignation d'un arbitre³⁴⁸. De même en est-il du président du tribunal de commerce, saisi malgré l'absence de précision en ce sens de la convention d'arbitrage et qui désigne un arbitre³⁴⁹.

En revanche, l'excès de pouvoirs, qui correspond à une situation dans laquelle le juge d'appui rend une décision qui ne correspond pas aux conditions lui permettant d'exercer son office s'interprète strictement : n'est pas un excès de pouvoir la simple erreur d'appréciation des faits, par exemple parce que le juge d'appui n'a pas considéré que la convention était manifestement nulle ou inapplicable ou ne l'était pas³⁵⁰.

853. – Pourvoi en cassation. Le pourvoi en cassation contre l'arrêt d'appel est fondé sur la formule de l'article 1460, alinéa 3 du Code de procédure civile, en ce sens qu'il n'est possible que lorsque l'arrêt prononce un arrêt refusant la désignation pour l'une des causes de l'article 1455 du Code de procédure civile³⁵¹. Si, donc, la cour d'appel, régulièrement saisie sur le fondement de l'article 1460, alinéa 3 du Code de procédure civile, décide en statuant comme un juge d'appui de réformer l'ordonnance et de procéder à désignation, le pourvoi est alors irrecevable. Ce n'est donc que si la cour d'appel a, dans cette situation, excédé ses pouvoirs, ou si la cour d'appel, sans excéder ses pouvoirs, a confirmé la décision du juge d'appui de refuser la désignation sur le fondement d'une cause de l'article 1455 du Code de procédure civile, qu'un pourvoi est ouvert. Cette solution peut paraître surprenante, à la fois par l'analogie, forcée, entre les conditions de recevabilité de l'appel, sur le fondement de l'article 1460, alinéa 3 et du pourvoi en cassation, et par l'analogie entre les conditions de l'appel-nullité et une sorte de « pourvoi nullité », mais elle correspond à l'esprit de l'arbitrage. Le juge d'appui est en effet compétent pour pourvoir aux difficultés de constitution du tribunal arbitral, de manière efficace et rapide, sans toutefois laisser un excès de pouvoir prospérer.

En revanche, rien ne s'oppose à ce qu'un pourvoi soit engagé contre la décision de la cour d'appel statuant sur un appel-nullité, soit qu'elle ait retenu, soit qu'elle ait écarté l'excès de pouvoir du juge d'appui, dès lors toutefois que l'auteur du pourvoi justifie les conditions de l'appréciation de l'excès de pouvoir³⁵².

³⁴⁷F. Foussard, *Le recours pour excès de pouvoir dans le domaine de l'arbitrage* : *Rev. arb.* 2002, p. 579. *V. supra*, nos 521 et 830.

³⁴⁸Comp. Paris, 11 oct. 2016 : *Rev. arb.* 2017, p. 544, note V. Chantebout.

³⁴⁹Cass. 2^e civ., 29 mars 1995 : *Rev. arb.* 1995, p. 605, note A. Hory.

³⁵⁰Cass. 1^{re} civ., 19 déc. 2012 : *Rev. arb.* 2013, p. 721, note M. Boucaron-Nardetto.

³⁵¹Cass. 1^{re} civ., 13 févr. 2019 : *JCP G* 2019, p. 393, note J. Ortsheidt ; *Dalloz actualité*, 6 mars 2019, obs. J. Jourdan-Marques ; *Procédures* 2019, p. 124, note L. Weiller ; *JCP E* 2019, 1332, obs. P. Casson ; *D.* 2019, p. 2439, obs. Th. Clay.

³⁵²Cass. 1^{re} civ., 13 déc. 2017, préc.

Section 3

L'intervention de l'institution d'arbitrage

854. – La désignation des arbitres. Lorsqu'il est fait application d'un règlement d'arbitrage, l'institution d'arbitrage se charge de la mise en œuvre de la question de la désignation des arbitres. L'institution d'arbitrage assure donc la fonction d'assistance des parties, comme le juge d'appui dans un arbitrage *ad hoc*. Dans ce cadre, l'institution d'arbitrage joue un rôle d'assistance dans le cas où les parties rencontreraient une situation de blocage ou une difficulté, en application des règles relatives à la constitution du tribunal arbitral, au nombre d'arbitres, à la méthode de désignation, *etc.*, prévues dans leurs règlements. Il convient toutefois de noter que les parties peuvent toujours exciper d'une difficulté du règlement d'arbitrage lui-même pour saisir le juge d'appui. Il reste toutefois que la marge – et donc sa compétence – est étroite en présence d'un arbitrage institutionnel, le centre jouant le rôle de « juge d'appui de droit commun », le juge étatique n'ayant qu'une compétence subsidiaire³⁵³.

855. – La récusation. Dans le cadre des arbitrages institutionnels, ce sont des organes de l'institution qui tranchent, contradictoirement³⁵⁴, sur la demande de récusation d'un arbitre, excluant la compétence du juge d'appui. Cette décision ne peut toutefois faire l'objet d'un recours isolé devant le juge³⁵⁵, mais peut être remise en cause par le juge de l'annulation. Même si ce n'est que rarement assumé derrière des tâches dites « d'assistance administrative », ni même reconnu en tant que tel par la jurisprudence, le rôle attribué au centre dans l'arbitrage institutionnel dans le processus de récusation s'apparente fortement à une mission de nature juridictionnelle.

³⁵³Cass. 1^{re} civ., 13 déc. 2017 : *Rev. arb.* 2018, p. 370, note V. Chantebout : le juge d'appui « ne saurait, sans excéder ses pouvoirs, se substituer au centre d'arbitrage dans l'application de son règlement » ; dans le même sens : TJ Paris, 16 avr. 2021, n° 21/50115, préc.

³⁵⁴TGI Paris, ord., 14 juin 1989 : *Rev. arb.* 1990, p. 497.

³⁵⁵Cass. 2^e civ., 7 oct. 1987 : *Rev. arb.* 1987, p. 479, note E. Metzger.

L'acceptation par les arbitres de la mission qui leur est confiée

856. – Plan. La désignation, quel que soit le mode, éventuellement complexe, par lequel il y est procédé, d'un arbitre n'achève pas le processus de la constitution du tribunal arbitral. La désignation en effet n'est qu'une offre de contracter faite à ou aux arbitres pour effectuer une mission d'arbitrage, qui doit donc faire l'objet d'une acceptation (Section 1), dont il résulte des effets juridiques, des conséquences contractuelles dont le contrat d'arbitre et des conséquences non contractuelles (Section 2).

Section 1

L'acceptation de leur mission par les arbitres

857. – Nécessité de l'acceptation de la mission par l'arbitre et formation du lien d'instance. L'article 1456, alinéa 1^{er} du Code de procédure civile dispose très clairement que : « Le tribunal arbitral est constitué lorsque le ou les arbitres ont accepté la mission qui leur est confiée. À cette date, il est saisi du litige ». L'acceptation est ainsi un consentement en réponse à l'offre de désignation telle qu'elle est formulée par la ou les parties. Elle est surtout la date assurant la formation d'un lien d'instance³⁵⁶.

La situation est plus complexe, d'un point de vue contractuel, qu'elle en a l'air. En premier, si la désignation est celle d'un arbitre unique, l'offre doit être formulée par les deux parties et, donc, le consentement établi à l'endroit des deux. De même, lorsqu'il est prévu une constitution à trois arbitres, la désignation du troisième arbitre est réalisée par les deux premiers (CPC, art. 1452, 2^o). Or, on peut penser qu'il n'en est pas tout à fait ainsi et que les deux arbitres sont en réalité mandatés par les parties pour désigner le tiers arbitre, de sorte que l'acceptation de ce dernier doit alors s'effectuer à l'endroit des parties, et non aux arbitres. Il en est de même lorsque les parties ont confié à une institution d'arbitrage le soin de désigner le ou les arbitres : il

³⁵⁶Cass. 1^{re} civ., 25 avr. 2006 : *Rev. arb.* 2007, p. 79, note J. El Ahdab.

s'agit bien d'un mandat confié par les parties au centre d'arbitrage de désigner, en leur nom et pour leur compte, un ou des arbitres. Enfin, si les arbitres sont désignés sur le fondement d'une convention d'arbitrage, les arbitres n'en sont pas parties³⁵⁷, y compris lorsque la convention d'arbitrage établit une liste d'arbitres parmi lesquels la désignation doit s'effectuer. C'est donc lorsque tous les arbitres ont accepté, qu'ils sont saisis, au sens de l'article 1456, alinéa 1^{er} du Code de procédure civile, et que la mission d'arbitrage peut débiter. On peut en outre observer que la rédaction de l'article 1456 modifie considérablement la situation par rapport à celle qui prévalait avant le décret de 2011. L'ancien article 1452 disposait que : « La constitution du tribunal arbitral n'est parfaite que si le ou les arbitres acceptent la mission qui leur est confiée ». Or, l'ancien article 1452, alinéa 2 prévoyait que l'arbitre qui supposait une cause de récusation et en informait les parties ne pouvait accepter sa mission qu'avec l'accord de toutes les parties. L'article 1456 ne prévoit plus cette solution, mais la résolution de la difficulté par les parties, le centre d'arbitrage ou le juge d'appui selon le cas, de sorte qu'il n'est plus possible à une partie d'opposer un veto à la désignation d'un arbitre. En pratique, il est fréquent que les arbitres acceptent la mission qui leur est confiée, ne serait-ce que pour disposer de la faculté de désigner le tiers arbitre, mais que le président retarde son acceptation à la signature de l'acte de mission, faisant ainsi débiter, à cette date, les délais d'arbitrage.

858. – Forme de l'acceptation. Aucune condition de forme particulière de l'acceptation ne s'impose. Elle est généralement expresse, mais elle peut être tacite, par exemple par le fait que les arbitres débutent leur mission d'arbitrage³⁵⁸, à condition, comme toute acceptation tacite, qu'elle soit non équivoque et que les parties en soient conscientes³⁵⁹.

859. – Refus d'acceptation par l'arbitre. L'arbitre est évidemment libre d'accepter ou non la mission qui lui est proposée. Le refus de l'arbitre est l'une des « difficultés » de constitution du tribunal arbitral. Il appartient alors, en fonction de la rédaction de la clause, aux parties ou au centre d'arbitrage désigné, de recommencer le processus et de procéder à une nouvelle désignation, à moins que, à défaut, il s'agisse du juge d'appui³⁶⁰.

Section 2

Les conséquences de l'acceptation

860. – Deux types de conséquences apparaissent : des conséquences contractuelles par la conclusion du contrat d'organisation de l'arbitrage ou du contrat

³⁵⁷Paris, 23 sept. 1994 : *Rev. arb.* 1996, p. 393, note Ph. Fouchard.

³⁵⁸Cass. 1^{re} civ., 22 sept. 2010 : *Rev. arb.* 2011, p. 152, note J.-G. Betto et A. Reynaud ; *D.* 2010, p. 2933, obs. Th. Clay.

³⁵⁹TGI Paris, réf., 28 oct. 1983 : *Rev. arb.* 1985, p. 151.

³⁶⁰Avant le décret de 2001, l'ancien article 1448 du Code de procédure civile disposait que lorsque la convention d'arbitrage reposait sur un compromis, que celui-ci précisait le nom du ou des arbitres et que l'un refusait d'accepter sa mission, le compromis était alors caduc, ce qui emportait la perte des effets des actes éventuellement réalisés auparavant. Cette règle n'ayant pas été reprise depuis 2011, elle ne devrait pas se poursuivre.

d'arbitre (§ 1), des conséquences non contractuelles liées à la mission juridictionnelle de l'arbitre (§ 2), distinction essentielle en matière d'identification des conséquences de l'immunité attachée à la fonction d'arbitres, en cas de velléité de sanction de l'arbitre (§ 3).

§ 1. – Les conséquences contractuelles de l'acceptation : la naissance du contrat d'arbitre

A. – Le contrat d'arbitre

861. – Nature du contrat d'arbitre. La désignation du ou des arbitres forme, entre les parties et les arbitres un contrat, le « contrat d'arbitre »³⁶¹, contrat dont l'existence est admise en jurisprudence, tant s'agissant des arbitrages internationaux qu'internes³⁶². Le contrat d'arbitre, ou plus exactement les contrats d'arbitre si l'on admet qu'il existe autant de contrats que d'arbitres ayant accepté la mission confiée, se superposent alors à la convention d'arbitrage, qui définit les conditions de l'arbitrage, le ou les contrats d'arbitres qui définissent la mission d'arbitre et l'éventuelle convention d'organisation de l'arbitrage lorsque les parties ont confié cette organisation à un centre d'arbitrage : trois conventions liées donc, mais non confondues.

La nature juridique du contrat d'arbitre relève sans doute de la catégorie des contrats d'entreprise : les arbitres reçoivent une mission qu'ils doivent réaliser en toute indépendance, de sorte qu'il ne peut s'agir d'un contrat de travail, dans lequel le salarié est nécessairement dépendant et sous la subordination de son employeur, ni d'un contrat de mandat, où le mandataire est également sous la dépendance du mandant, duquel il reçoit des instructions et doit rendre compte³⁶³. À bien des égards cependant, la nature juridictionnelle de la mission, qui implique donc que le maître d'ouvrage, l'arbitre, effectue des actes juridictionnels, juridiques donc, est globalement difficile à confondre avec un contrat d'entreprise, dont la mission consiste généralement à réaliser des actes matériels³⁶⁴, pourrait laisser entendre que le « contrat d'arbitre » est un contrat *sui generis*.

862. – Régime juridique du contrat d'arbitre. Aucune règle particulière ne détermine le « contrat d'arbitre », de sorte que ce sont les règles du droit commun des contrats qui le déterminent. Le contrat est donc consensuel, soumis à aucune forme autre que celles que les parties, dans la convention d'arbitrage ou le règlement d'arbitrage, auraient pu imposer. Les règles sont par ailleurs les mêmes que l'arbitrage soit interne ou international, à ceci près que le contrat d'arbitre pourrait dans ce dernier cas être international. En pratique, cependant l'acte de mission signé par les parties et les arbitres, qui ne se confond ni avec la convention d'arbitrage ni

³⁶¹Cf. Th. Clay, *L'arbitre*, Dalloz, 2001. – A. Ditché, *Le contrat d'arbitrage, essai sur le contrat ayant pour objet la mission d'arbitre* : *Rev. arb.* 1981, p. 395. – Ph. Fouchard, *Le statut de l'arbitre dans la jurisprudence française* : *Rev. arb.* 1996, p. 325. Comp. L. Jandard, *La relation entre l'arbitre et les parties, critique du contrat d'arbitre*, thèse, Paris X Nanterre, 2018. – P. Mayer, *Le mythe du contrat d'arbitre*, in *Mél. B. Ancel*, Iprolex-LGDJ, 2018, p. 1181.

³⁶²Paris, 13 déc. 2001 : *Rev. arb.* 2003, p. 1312, note H. Lécuyer. – Paris, 19 déc. 1996 : *Rev. arb.* 1998, p. 124, note Ch. Jarrosson. – Paris, 4 mai 1988 : *Rev. arb.* 1988, p. 657, note Ph. Fouchard.

³⁶³Comp. D. Mainguy, *Contrats spéciaux*, Dalloz, coll. « Cours », 12^e éd., 2020, n° 593.

³⁶⁴D. Mainguy, *Contrats spéciaux, op. cit.*, n° 533.

avec le contrat d'arbitre, ou mieux encore, le compromis d'arbitrage, peut établir l'existence du contrat d'arbitre, notamment lorsqu'il y indique formellement, ce qui est très souvent le cas, l'acceptation par l'arbitre de sa mission. S'il s'agit de trancher la question de la validité du contrat d'arbitre, la jurisprudence considère que le juge compétent est celui du domicile de l'arbitre³⁶⁵. La question est cependant complexe. Le tribunal arbitral n'est pas, malgré le principe de compétence-compétence, le juge de la régularité, sauf à admettre qu'un arbitre pourrait être juge et partie. Par ailleurs, si le contrat d'arbitre est autonome de la convention d'arbitrage, il n'en résulte pas non plus que le juge d'appui pourrait être ce juge, en raison de la mission limitée que le Code de procédure civile, tant en matière interne qu'internationale, mais également des autres législations en général, attribue au juge d'appui. Assistant des parties dans la constitution du tribunal arbitral, et des difficultés qui pourraient en résulter, il n'est pas le juge de la validité du contrat d'arbitre. Reste alors le juge de droit commun des contrats, ce qui valide, par ailleurs, la thèse de l'autonomie du contrat d'arbitre de la convention d'arbitrage, donc le tribunal judiciaire du lieu du domicile du défendeur, si l'on admet, comme le fait la Cour de cassation, que le contrat d'arbitre, autonome, est un contrat civil³⁶⁶, à moins que les parties à ce contrat aient choisi une compétence élue, voire y aient inséré une clause compromissoire. Le juge de la régularité est donc, en principe, le tribunal judiciaire du lieu du domicile du défendeur, celui de la partie ou de l'arbitre selon le cas, de même qu'il est, par ailleurs, le juge de l'exécution de cette convention³⁶⁷.

Les difficultés pratiques et théoriques de cette solution sont nombreuses. Les parties peuvent trouver, là, une nouvelle forme de procédure aux fins dilatoires en raison de l'éclatement de compétence qu'elle emporte. Il en résulte surtout une incertitude sur la prise en compte de la décision rendue. En effet, en matière d'arbitrage international, les arbitres pourraient ne pas tenir compte d'une décision, rendue par une juridiction étrangère, celle, au moins pour la conception française, du juge français, pour suspendre la procédure (surtout si la décision n'est pas définitive en raison de recours engagés contre la décision) alors que la sentence, rendue, n'aurait pas vocation à être contrôlée, au stade de sa validité ou de son exécution, par un juge français.

Par ailleurs, la question de la loi applicable au contrat d'arbitre, en l'absence de désignation dans le contrat d'arbitre, se pose : il pourrait s'agir de la loi du siège, non point en raison du siège de l'arbitrage, ce qui serait contradictoire avec la solution prévalant pour la désignation du juge compétent et avec la logique de l'autonomie du contrat d'arbitre de la convention d'arbitrage, mais en tant que loi du lieu d'exécution de la prestation de l'arbitre, celle du siège³⁶⁸.

³⁶⁵Cass. 1^{re} civ., 28 mars 2013, *Elf* : *JCP G* 2013, I, 558, note M. de Fontmichel, I, 784, obs. J. Ortsheidt ; *Procédures* 2013, n° 186, obs. L. Weiller ; *D.* 2013, p. 2293, obs. S. Bollée (décision rendue en matière d'arbitrage international).

³⁶⁶Comp. cependant, Cass. 1^{re} civ., 1^{er} févr. 2017 : *Rev. arb.* 2017, p. 483, note Ch. Jarrosson ; *D.* 2017, p. 2054, obs. L. d'Avout, p. 2559, obs. Th. Clay ; *JCP G* 2017, II, 339, note S. Bollée ; *RTD civ.* 2017, p. 394, obs. H. Barbier, p. 421, obs. P.-Y. Gautier ; *Cah. arb.* 2017, p. 709, note Ph. Stoffel-Munck, qui pourrait laisser entendre, en raison de la solidarité qu'il impose, que le contrat est commercial.

³⁶⁷Cass. 1^{re} civ., 17 nov. 2010, n° 09-12.352. – Paris, 13 déc. 2001, préc. (paiement des honoraires).

³⁶⁸Comp. Cass. 1^{re} civ., 1^{er} févr. 2017 : *Rev. arb.* 2017, p. 483, note Ch. Jarrosson ; *D.* 2017, p. 2054, obs. L. d'Avout, p. 2559, obs. Th. Clay ; *JCP G* 2017, II, 339, note S. Bollée ; *RTD civ.* 2017, p. 394, obs. H. Barbier, p. 421, obs. P.-Y. Gautier ; *Cah. arb.* 2017, p. 709, note Ph. Stoffel-Munck, qui exclut, à propos de la question du paiement d'honoraires, l'application des règles du règlement Rome I (qui exclut les conventions

863. – Obligations de l'arbitre, obligation de révélation. L'obligation première de l'arbitre est son obligation de révélation des causes qui, dans l'esprit des parties, pourrait faire naître un doute raisonnable quant à son indépendance et son impartialité, au moment de sa désignation et tout le long de la conduite de l'instance arbitrale (V. *supra*, n° 749). On peut cependant émettre un doute sur la nature « obligationnelle » de cette exigence, qui est posée de manière générale par le Code de procédure civile, en sorte qu'il s'agirait moins d'une « obligation » que d'un devoir d'origine légale. Le caractère « obligationnel » resurgit cependant chaque fois que la convention d'arbitrage ajoute aux qualités exigées par la loi, par exemple une qualité de disponibilité voire, pourquoi pas, d'exclusivité, ou bien lorsque la révélation, pour de nouvelles causes, s'impose après l'acceptation par l'arbitre.

864. – Obligation d'exécuter efficacement la mission, obligation d'arbitrer seul, obligation de disponibilité, obligation de célérité, obligation de loyauté. De la même manière, l'arbitre assume une obligation de juger, de trancher le litige, c'est-à-dire d'accomplir la mission d'arbitre qui lui a été confiée. Il s'agit là de l'objet du contrat d'arbitre. Cette obligation de juger suppose donc que l'arbitre rende une sentence, ou des sentences, en fonction de la mission confiée.

Elle impose surtout, en aval de cette obligation, qui est une obligation continue qui se poursuit tout au long de l'instance arbitrale (CPC, art. 1457), que l'arbitre procède à toutes les diligences nécessaires pour que cette obligation soit correctement exécutée. Ainsi, il doit exécuter personnellement cette obligation : le contrat d'arbitre est conclu *intuitu personae* et l'arbitre ne peut donc conclure un « sous-contrat d'arbitre » par lequel il délèguerait sa mission à un tiers, conformément d'ailleurs à l'article 1464 du Code de procédure civile qui renvoie aux principes directeurs du procès des articles 4 à 10 du même code. Dans le même temps, l'arbitre, notamment lorsqu'il exerce par ailleurs une activité d'avocat, peut parfaitement confier des missions de recherche ou d'approfondissement à un ou des collaborateurs. Beaucoup plus discutable serait la pratique de l'arbitre peu concerné ou surchargé qui confierait à un collaborateur ou un tiers quelconque le soin de rédiger tout ou partie de la sentence : la fonction de juger est une délégation de fonction publique qui ne peut être sous-traitée ou le point de la confidentialité de l'arbitrage. Il résulterait d'une trop grande délégation une véritable violation de la mission d'arbitre, désigner pour arbitrer et non pour encadrer ou « manager » un collège de collaborateurs. On peut en déduire qu'une obligation de disponibilité, non écrite, tacite, pèse sur l'arbitre, éventuellement écrite et expresse comme dans le cadre des missions d'arbitrage encadrées par le Centre d'arbitrage de la CCI par exemple.

Il doit surtout exécuter sa mission efficacement, ce qui suppose qu'il doit étudier les documents et pièces présentés par les parties et donc connaître l'ampleur du litige, des prétentions des parties, des raisonnements utilisés et les pièces les soutenant, il doit répondre aux demandes des parties par exemple si une telle demande implique une mesure d'instruction ou un délibéré particulier, il doit se rendre aux audiences, faire respecter au besoin la convention ou le règlement d'arbitrage.

d'arbitrage et d'élection de for, mais pas le contrat d'arbitre, tandis que la convention de New York de 1958 ne s'applique pas au contrat d'arbitre), de manière, en pratique, heureuse dans la mesure où l'arbitre ayant vocation à exécuter la prestation caractéristique de l'article 4, § 2 du règlement Rome I, il en résulterait trois lois différentes applicables aux trois contrats d'arbitre, pour préférer une solution matérielle, pour consacrer un usage du commerce international, la solidarité déduite du contrat d'arbitre.

Participe de cette exigence d'efficacité, celle de « célérité » à laquelle renvoie la formule de l'article 1464, alinéa 3 du Code de procédure civile : « Les parties et les arbitres agissent avec célérité et loyauté dans la conduite de la procédure ». Une telle « obligation de célérité » se conjugue avec l'obligation d'agir efficacement, par exemple par l'obligation de respecter les délais de l'arbitrage. Il appartient ainsi aux arbitres, en premier, de solliciter au besoin une prorogation d'un délai d'arbitrage, auprès des parties, de l'institution d'arbitrage, ou du juge d'appui selon les cas, de prendre toutes les mesures utiles pour éviter que les délais soient expirés³⁶⁹, sous peine d'engager leur responsabilité³⁷⁰. Or, cette obligation ressortit du contrat d'arbitre et non de sa mission juridictionnelle : l'abstention des arbitres « ne ressortissant pas à l'exercice de leur mission juridictionnelle mais relevant de l'exécution du contrat d'arbitre, les arbitres ne peuvent exciper d'une immunité de principe qui ne pourrait être écartée qu'en présence d'une faute équipollente au dol, constitutive d'une fraude, d'une faute lourde ou d'un déni de justice »³⁷¹. Il en résulte que l'obligation est une obligation autonome de l'obligation d'assurer efficacement la mission confiée, en ce qu'elle se présente comme une obligation de résultat³⁷² : il suffit donc que le résultat, le respect des délais ou la mise en œuvre de tout ce qui permet d'obtenir la prorogation des délais, ne soit pas atteint, pour que la responsabilité des arbitres soit engagée, à moins qu'une cause étrangère en soit à l'origine.

L'article 1464, alinéa 3 du Code de procédure civile envisage ensemble l'obligation de célérité et celle de loyauté. La loyauté renvoie d'une part à la loyauté processuelle à l'endroit des parties, mais aussi à une obligation de loyauté plus générale à l'endroit de tous les participants à l'instance, les parties, les arbitres, les conseils³⁷³, l'institution d'arbitrage, en sorte que l'arbitre doit se comporter de manière équilibrée, posée, dans ses relations et l'exercice de ses pouvoirs d'arbitre. Par exemple, lorsqu'une difficulté dans la constitution du tribunal survient, l'obligation de loyauté suppose que les arbitres tentent de trouver une solution entre les parties avant de saisir l'institution arbitrale ou le juge d'appui. On pourrait même pousser le raisonnement jusqu'à considérer que les arbitres doivent, sur le fondement d'une obligation, de moyens, rendre une sentence utile et efficace, c'est-à-dire une sentence qui, à première vue en tout cas, ne soit pas critiquable par le juge de la validité ou celui de l'exécution (V. *infra*, n° 1697)³⁷⁴.

Il est également tenu à respecter une obligation de confidentialité, de participer au délibéré, toujours en respectant la confidentialité imposée (CPC, art. 1479). Deux exigences se conjuguent alors : l'exigence légale du Code de procédure civile et l'obligation contractuelle de confidentialité. Ainsi, une obligation de confidentialité naît de la convention d'arbitrage, soumettant ainsi les parties, de manière présumée, à cette obligation³⁷⁵. L'article 1464, alinéa 4 du Code de procédure civile reprend cette

³⁶⁹Paris, 31 mars 2005 : *Rev. arb.* 2006, p. 496, note J.-S. Borghetti ; *D.* 2015, p. 2588, obs. Th. Clay ; *Cah. arb.* 2015, p. 313, note M. Henry.

³⁷⁰Cass. 1^{re} civ., 6 déc. 2005 : *Rev. arb.* 2006, p. 126, note Ch. Jarrosson ; *JCP G* 2006, I, 148, n° 2, obs. Ch. Seraglini, II, 10666, note Th. Clay ; *D.* 2006, p. 274, note P.-Y. Gautier, p. 3031, obs. Th. Clay ; *RTD com.* 2006, p. 299, obs. E. Loquin ; *Rev. Lamy dr. civ.* 2006, p. 14, note F.-X. Train.

³⁷¹Paris, 31 mars 2005, préc.

³⁷²Cass. 1^{re} civ., 6 déc. 2005, préc.

³⁷³Cf. M. Henry, *L'obligation de loyauté des arbitres envers les conseils* : *Cah. arb.* 2014, p. 525.

³⁷⁴Comp. égal. P. Lalive, *Brèves réflexions sur l'office de l'arbitre*, in *Mél. R. Perrot*, Dalloz, 1996, p. 259.

³⁷⁵Th. Clay, *L'arbitre, op. cit.*, spéc. n° 771. – O. Caprasse et R. Zadé, *La confidentialité dans la procédure*

formule : « sous réserve des obligations légales et à moins que les parties n'en disposent autrement, la procédure arbitrale est soumise au principe de confidentialité ». Cette obligation de confidentialité a donc une source légale désormais, et elle est supplétive. Toutefois, cette obligation ne se confond pas avec l'obligation de confidentialité du délibéré qui demeure absolue. L'obligation de confidentialité pesant sur les arbitres s'entend sur tout l'arbitrage, son existence, la procédure arbitrale, les documents et pièces échangés, la sentence ; elle commence avec l'arbitrage et demeure après son achèvement, sauf si une règle légale oblige l'arbitre à révéler des informations protégées par la confidentialité ou en cas d'action en responsabilité engagée contre l'arbitre³⁷⁶. Le président du tribunal arbitral, lorsqu'il s'agit d'un arbitrage *ad hoc*, assure généralement la conduite de l'instance arbitrale, de sorte que ses obligations sont, à cet égard, renforcées.

865. – Obligation des parties : paiement des honoraires. La principale obligation des parties est celle de payer les honoraires des arbitres. La question des honoraires des arbitres est une question évidemment importante, alors pourtant que la détermination du prix, dans le contrat d'arbitre, n'est pas une condition de validité du contrat (C. civ., art. 1165), ce qui ne devrait pas signifier que le contrat d'arbitre serait par essence gratuit, comme tout contrat d'entreprise, sauf bien entendu la possibilité pour les arbitres de choisir une mission gratuite. Du reste, la loi du 23 mars 2019 de programmation et de réforme de la justice prévoit les conditions de l'arbitrage numérique, rémunéré ou non.

Une rémunération, *via* des honoraires, auxquels peuvent s'ajouter des frais, est cependant ordinairement prévue. Dans un arbitrage *ad hoc*, la rémunération est établie par une négociation entre les parties et les arbitres. Aucune règle particulière ne permet, alors, de déterminer ou de prévoir le montant des honoraires. Toutefois des honoraires excessifs pourraient faire l'objet d'une révision par le juge compétent, dans les conditions de droit de la révision des honoraires d'un prestataire de services comme un avocat notamment³⁷⁷. Dans un arbitrage institutionnel, un « barème d'honoraires » est généralement publié, sur la base duquel l'institution établit la rémunération des honoraires des arbitres et le montant des frais à régler à l'institution.

Dans tous les cas, les honoraires sont conçus comme ceux « de l'arbitrage », c'est-à-dire de l'ensemble des arbitres : ce n'est pas un arbitre qui détermine une rémunération à l'endroit d'une partie qui l'a désigné, ni même le résultat d'une sentence en vue d'établir un titre exécutoire³⁷⁸, mais les honoraires de l'ensemble des arbitres, pour un montant global, selon une clé de répartition déterminée par les arbitres ou l'institution d'arbitrage. Il en résulte que chaque arbitre, en fonction de cette clé de répartition, est créancier de chacune des parties pour la moitié (ou une autre fraction en fonction du nombre de parties et de l'accord conclu) de la somme prévue. Chaque partie est donc chargée de régler, au titre du contrat d'arbitre, et donc du nombre de contrats d'arbitre conclus en fonction du nombre d'arbitres, la part lui incombant à chacun des arbitres. Le mécanisme permet de renforcer l'idée qu'un

arbitrale : *Rev. arb.* 2014, p. 593. – J.-L. Delvolvé, *Vraies et fausses confidences, ou les petits et grands secrets de l'arbitrage* : *Rev. arb.* 1996, p. 373. – E. Loquin, *Les obligations de confidentialité dans l'arbitrage* : *Rev. arb.* 2006, p. 323.

³⁷⁶Cf. B. Fages, *La confidentialité de l'arbitrage à l'épreuve de la transparence financière* : *Rev. arb.* 2003, p. 5.

³⁷⁷Cass. 1^{re} civ., 3 mars 1998 : *JCP G* 1998, II, 10115 (avocat). – Paris, 19 déc. 1996 : *Rev. arb.* 1998, p. 121, note Ch. Jarrosson.

³⁷⁸Paris, 19 déc. 1996, préc. – Cass. 2^e civ., 28 oct. 1987 : *Rev. arb.* 1988, p. 149, note Ch. Jarrosson.

arbitre n'est pas « l'arbitre d'une partie » puisque chaque partie est débitrice d'une part d'honoraires à chacun des arbitres. Fiscalement, les honoraires sont soumis à TVA, en sorte que l'arbitre n'est pas considéré comme effectuant une mission régaliennne, non assujettie à cet impôt. La situation diffère cependant en fonction du régime propre de la TVA³⁷⁹.

En pratique, les honoraires sont réglés sur la base d'une « provision sur frais et honoraires », en début d'instance, éventuellement divisée en plusieurs échéances. Il n'est pas impossible en outre que les parties demandent, en cours d'arbitrage, un supplément d'honoraires, en raison de la complexité de l'affaire, ou de demandes supplémentaires, non prévues initialement. Lorsque l'arbitrage est un arbitrage institutionnel, c'est alors à l'institution d'arbitrage d'apprécier l'opportunité de la demande des arbitres. Il n'est pas rare non plus que les arbitres demandent un supplément d'honoraire en raison de l'accroissement numérique des demandes des parties, justifié par le barème d'honoraires qui fait partie du règlement d'arbitrage et donc de la convention d'arbitrage, là encore apprécié par l'institution d'arbitrage.

866. – Impossibilité de régler les honoraires, compétence juridictionnelle.

Demeure alors la difficulté liée à l'impossibilité, réelle ou feinte, temporaire ou définitive, d'une partie à régler les honoraires des arbitres. La situation est plus fréquente qu'on peut l'imaginer d'ailleurs. Une solution consiste à prévoir cette situation à l'avance et de convenir, par exemple dans l'acte de mission ou dans la convention d'arbitrage, que les parties sont solidaires du paiement des honoraires. En l'absence d'accord, la jurisprudence a clairement décidé, en matière d'arbitrage international, que l'obligation à la dette était solidaire à l'endroit des parties comme découlant du contrat d'arbitre³⁸⁰, solution valable aussi en matière d'arbitrage interne³⁸¹. C'est d'ailleurs une solution connue d'autres législations, l'*English Arbitration Act* de 1996 par exemple le prévoit (art. 28.1) ou encore la loi suédoise sur l'arbitrage (art. 814). La solution française présente une double originalité, d'une part en déduisant la solidarité, dans un arbitrage international, du contrat d'arbitre sur la base d'un usage du commerce international, et d'autre part, en matière interne de « l'intérêt commun » attaché à la mission exécutée, qui renvoie ainsi à l'article 2002 du Code civil posant une présomption de solidarité entre co-mandants à l'endroit du

³⁷⁹G. Blanluet, *Le nouveau régime de la TVA et les honoraires d'arbitrage* : *Rev. arb.* 2010, p. 682. Si les parties et l'arbitre résident en France, la TVA est due. Si l'arbitre réside en France mais les parties à l'étranger, la solution diffère selon que la ou les parties sont ou non assujetties à TVA et résident dans un État de l'Union européenne. Si la partie n'est pas assujettie à TVA, la TVA est due, comme si la partie réside dans l'Union européenne et est assujettie à la TVA de ce pays pour cette partie qui doit procéder à sa liquidation, mais la facture est établie hors taxe, comme une exportation. Ce n'est que lorsque la partie est établie hors Union européenne que les honoraires ne sont pas soumis à TVA ni pour l'arbitre ni pour la partie. À l'inverse, si l'arbitre réside à l'étranger et la partie en France, la TVA française est due, par cette partie, sur la base d'une facture établie hors taxe, mais si la partie, résidant en France, n'est pas assujettie à TVA, et que l'arbitre réside dans un autre État de l'Union européenne, la facture est soumise à TVA et si l'arbitre réside dans un État situé hors Union européenne, la facture n'est pas soumise à la TVA française (mais peut-être à une taxe de cet État).

³⁸⁰Cass. 1^{re} civ., 1^{er} févr. 2017 : *Rev. arb.* 2017, p. 483, note Ch. Jarrosson ; *D.* 2017, p. 2054, obs. L. d'Avout, p. 2559, obs. Th. Clay ; *JCP G* 2017, II, 339, note S. Bollée ; *RTD civ.* 2017, p. 394, obs. H. Barbier, p. 421, obs. P.-Y. Gautier ; *Cah. arb.* 2017, p. 709, note Ph. Stoffel-Munck. *Adde* Paris, 13 déc. 2001 : *Rev. arb.* 2001, p. 1312, note H. Lécuyer ; *D.* 2003, p. 2475, obs. Th. Clay ; *RTD com.* 2002, p. 282, obs. E. Loquin : « l'arbitre, dont la mission est exécutée dans l'intérêt commun des litigants, est en droit d'obtenir d'eux une rémunération qu'ils ont, en l'attente d'une décision sur la répartition définitive des honoraires, l'obligation solidaire de lui payer ».

³⁸¹Paris, 13 déc. 2001, préc.

mandataire commun, ce qui suppose que le contrat d'arbitre soit fondé sur un mandat, au moins en partie³⁸².

Le paiement peut ainsi faire l'objet d'une action en exécution forcée de sorte que le juge compétent est déterminé selon les modalités de la compétence contractuelle. La question est complexe et déborde sur la compétence propre à tout litige lié à l'exécution du contrat d'arbitre, et notamment le contrat d'arbitre international. L'opinion majoritaire retient celle de l'exécution, à savoir, sauf clause particulière, le juge du lieu du domicile du défendeur et donc ni le juge d'appui ni le juge de l'annulation³⁸³ donc du siège, et ce indépendamment des règles du Règlement de Bruxelles, lequel exclut la matière de l'arbitrage depuis l'arrêt *Marc Rich* en 1991³⁸⁴, solution reprise par l'article 12 du Règlement « Bruxelles I bis » n° 1215/2012 du 12 décembre 2012 qui exclut, en bloc « l'arbitrage » (art. 1, II, d). Le considérant 12 du règlement précise que « le présent règlement ne devrait pas s'appliquer à une action ou demande accessoire portant, en particulier, sur la constitution d'un tribunal arbitral, les compétences des arbitres, le déroulement d'une procédure arbitrale ou tout autre aspect de cette procédure ni à une action ou une décision concernant l'annulation, la révision, la reconnaissance ou l'exécution d'une sentence arbitrale, ou l'appel formé contre celle-ci », sans précision, donc, que les aspects accessoires par exemple de la compétence du juge de l'action contre l'arbitre. La question de la compétence est souvent posée en termes de compétence territoriale du juge en cas d'action en responsabilité de l'arbitre, par exemple en cas de manquement à son obligation de révélation. Ainsi dans une affaire impliquant, dans un arbitrage international sous l'égide du Règlement de la CCI, un arbitre allemand, le Tribunal judiciaire de Paris avait considéré que ce type d'action n'entraîne pas dans le champ d'application de l'article 12 du Règlement Bruxelles I biset que « dès lors, le choix de la juridiction compétente pour connaître de la présente action doit être déterminée selon les règles énoncées par de ce texte », et de retenir, contre le juge du siège (Paris), le juge du lieu de la fourniture de la prestation (Allemagne)³⁸⁵. Or ce jugement a été heureusement censuré par la cour d'appel de Paris³⁸⁶ dans la mesure, d'abord, où l'article 1.2 d) exclut « l'arbitrage » en bloc et que l'action en responsabilité contre l'arbitre est étroitement lié à la constitution du tribunal arbitral et que le le juge compétence est celui du lieu du siège de l'arbitrage, peu important que des opérations matérielles aient été réalisées en d'autres lieux³⁸⁷. Contractuellement prévus, les honoraires sont dus en toute circonstance, y compris si l'instance arbitrale s'est éteinte, alors qu'une sentence n'a pas été rendue³⁸⁸.

Une difficulté repose cependant dans l'hypothèse où une partie ne paie pas sa part, initiale ou subséquente, d'honoraires. Les arbitres ont sans doute la faculté de saisir

³⁸²Le raisonnement est efficace mais guère rigoureux : ou bien le contrat d'arbitre est accessoirement un contrat de mandat et l'on voit mal comment ce caractère accessoire pourrait devenir principal, opposé au contrat d'arbitre qui demeurerait soumis, en matière de solidarité, aux règles du droit commun de la solidarité de l'article 1310 du Code civil, ou bien le paiement est solidaire en raison de la place du mandat, et l'on voit mal comment le contrat d'arbitre pourrait sérieusement être considéré comme un mandat.

³⁸³Paris, 25 nov. 1997 : *Rev. arb.* 1998, p. 684, note G. Bolard.

³⁸⁴CJCE 25 juill. 1991, aff. C-190/89, JDI 1992, p. 488, note A. Huet, *Rev. crit. DIO* 1993, p. 316, note P. Mayer, *Rev. arb.* 1991, note D. Hascher. *Comp. Th. Clay, L'arbitre*, op. cit., n°1010.

³⁸⁵TJ Paris, 31 mars 2021, n°19/00795, JCP G 2021, 516, note I. Fadlallah.

³⁸⁶Paris (Pôle 5, ch. 15), 22 juin 2021, n° 21/07623.

³⁸⁷*Comp. sur ces arguments* : Th. Clay, *L'arbitre*, op. cit., n° 1013 s.

³⁸⁸Paris, 13 déc. 2001, préc.

un juge, mais demeure leur obligation de loyauté et d'exécution de la mission qui fait obstacle, en principe, au ralentissement de la procédure. Les conventions d'arbitrage, ou les règlements d'arbitrage, prévoient, au-delà de la possibilité pour une partie de payer, volontairement ou en raison de la solidarité au paiement des honoraires, la part d'honoraires de son contradicteur, des solutions discutables, notamment sur le fondement du droit d'accès à la justice et au principe d'égalité des parties mais aussi parce que d'autres moyens plus adéquats peuvent être identifiés, dont la mise en œuvre de la solidarité, comme le désistement de l'instance du fait du non-paiement³⁸⁹ ou de la non-prise en compte des demandes de la partie en cause³⁹⁰.

Dès lors, se pose la question de savoir si la règle, contractuelle, de l'exception d'inexécution peut être opposée par le ou les arbitres en cas d'inexécution de leurs obligations par les parties, comme le non-paiement des honoraires ou des frais du ou des arbitres. La solution paraît discutable, sauf si l'inexécution est celle des deux parties. À défaut, on voit mal comment le ou les arbitres pourraient excepter leur exécution à l'endroit d'une partie seulement, outre le fait que l'arbitre dispose d'obligations posées en vertu du contrat d'arbitre mais également de la loi dans sa mission juridictionnelle. Au reste, admettre une telle solution pourrait provoquer un effet pervers, par le non-paiement, par une partie, de tout ou partie des frais et honoraires, dans le but de ralentir, de manière dilatoire, l'instance arbitrale. On peut donc penser que la meilleure solution consiste, au-delà des solutions conventionnelles choisies par les parties, (solidarité conventionnelle, avance par une partie à charge pour les arbitres de tenir compte de cette avance dans la sentence, *etc.*), dans le mécanisme de la solidarité des parties dans le paiement des honoraires. Inversement, l'arbitre qui n'aurait pas correctement exécuté sa part d'obligation, voire qui ne l'aurait pas exécutée du tout, ne devrait pas pouvoir obtenir le paiement de tout ou partie de ses honoraires. Des frais particuliers peuvent également être dus, pour autant qu'ils soient prévus par les parties. Un maître d'ouvrage n'est pas en effet, à la différence d'un mandataire, que n'est pas l'arbitre, en mesure de faire supporter les frais d'exécution de la mission à son cocontractant. Ces frais peuvent être des frais de déplacement, de location de salle, de secrétariat, *etc.*

B. – Le contrat d'organisation de l'arbitrage

867. – Autonomie du contrat d'organisation de l'arbitrage. La relation nouée dans un arbitrage institutionnel, qu'il soit interne ou international, entre les parties et une institution d'arbitrage à qui elles ont confié le soin d'organiser l'arbitrage, est de nature contractuelle³⁹¹. L'habitude est prise de le qualifier de « contrat d'organisation

³⁸⁹Cass. 2^e civ., 26 janv. 1994 : *Rev. arb.* 1995, p. 443.

³⁹⁰Paris, 17 nov. 2011 : *D.* 2011, p. 3023, note Th. Clay ; *JCP G* 2012, I, 843, n° 6, obs. Ch. Seraglini ; *Cah. arb.* 2012, p. 159, note D. Cohen, annulant une sentence internationale, sur le fondement de la méconnaissance par les parties de l'ordre public international (CPC, art. 1520, 4^e), rendue en application d'une décision de la Cour internationale de la CCI faisant application d'une disposition de son règlement permettant de ne pas examiner les demandes d'une partie, placée en liquidation judiciaire. Arrêt censuré par Cass. 1^{re} civ., 28 mars 2013 : *Rev. arb.* 2013, p. 746, note F.-X. Train ; *JCP G* 2013, act. 408, obs. J. Béguin, 559, note J. Béguin et H. Wang, I, 784, n° 4, obs. Ch. Seraglini ; *D.* 2013, p. 2936, obs. Th. Clay ; *Cah. arb.* 2013, p. 479, note A. Pinna : « si le refus par le tribunal arbitral d'examiner les demandes reconventionnelles peut être de nature à porter atteinte au droit d'accès à la justice et au principe d'égalité entre les parties, c'est à la condition que celles-ci soient indissociables des demandes principales » alors que la cour d'appel « n'a pas recherché, comme il le lui était demandé, si tel était le cas en l'espèce ».

³⁹¹*Cf.* Th. Clay, *L'arbitre, op. cit.*, spéc. n°s 697 et s. – E. Loquin, *Arbitrage, institutions d'arbitrage : JCI. Procédure*

de l'arbitrage »³⁹². La relation est nouée entre l'institution d'arbitrage qui propose ses services de manière permanente et se présente ainsi comme en situation d'offre de contracter³⁹³, laquelle est acceptée par la convention d'arbitrage.

La question demeure cependant de l'appréciation de la date de sa conclusion. Or, la question est importante parce que, entre le moment où la convention d'arbitrage confie à une institution d'arbitrage le soin d'organiser un arbitrage et le déclenchement de celui-ci, l'institution a pu disparaître ou bien son règlement a pu substantiellement changer. Elle peut être considérée comme celle de la convention d'arbitrage si l'on admet qu'à cette date les parties ont accepté l'offre permanente de l'institution³⁹⁴, de sorte que c'est le règlement d'arbitrage en vigueur à cette date qui s'applique. Elle pourrait être aussi bien le moment où les parties ont présenté à l'institution leur requête en arbitrage, dans la mesure où, avant cette date, l'institution n'avait aucune information de l'acceptation par les parties de son offre. Le règlement en vigueur au jour du déclenchement de l'arbitrage serait alors applicable. Il s'agirait alors d'une convention d'organisation de l'arbitrage conclue sous la condition suspensive qu'un litige, conduisant à un arbitrage, se déclenche. Si cette solution paraît la plus logique et la plus évidemment pratique pour tous, ne serait-ce que parce que les évolutions des règlements d'arbitrage répondent à la perfection de celui-ci pour clarifier des points obscurs ou des difficultés rencontrées, ce n'est cependant pas la solution retenue par la cour d'appel de Paris qui considère que la convention d'organisation de l'arbitrage se forme au jour de la conclusion de la convention d'arbitrage, renvoyant donc au règlement d'arbitrage en vigueur à cette date³⁹⁵. Il demeure que les parties peuvent, dans la convention d'arbitrage, décider que le règlement applicable sera celui en vigueur au moment du déclenchement de l'arbitrage³⁹⁶. Le règlement d'arbitrage fait alors corps avec la convention d'arbitrage. Le contrat d'organisation de l'arbitrage est un contrat soumis au droit commun des contrats, à ceci près que la compétence du juge d'appui est reconnue pour trancher les difficultés de son exécution, par exemple en présence d'une « clause pathologique » qui ne désignerait pas suffisamment clairement l'institution compétente, à moins que le règlement d'arbitrage ne précise différemment le moyen de pallier cette difficulté³⁹⁷.

868. – Relations entre l'arbitre et l'institution arbitrale : contrat de collaboration arbitrale. Lorsque les parties ont confié l'organisation de l'arbitrage à une institution et que celle-ci procède à la désignation d'un arbitre, une convention particulière entre l'institution et l'arbitre se noue, un « contrat de collaboration arbitrale »³⁹⁸, qui implique que l'arbitre s'oblige à respecter le règlement d'arbitrage et que l'institution s'oblige à permettre à l'arbitre de remplir sa mission. Ce contrat est alors distinct du contrat d'arbitre qui lie l'arbitre aux parties.

civile, Fasc. 1002. – Ch. Jarrosson, *Le statut juridique de l'arbitrage administré* : *Rev. arb.* 2016, p. 443 ; *Le rôle respectif de l'institution, de l'arbitre, et des parties dans l'instance arbitrale* : *Rev. arb.* 1990, p. 381.

³⁹²Comp. Cass. 1^{re} civ., 20 févr. 2001 : *Rev. arb.* 2001, p. 511, note Th. Clay.

³⁹³Paris, 22 janv. 2009 : *Rev. arb.* 2010, p. 314, obs. Ch. Jarrosson ; *D.* 2009, somm. p. 2959, obs. Th. Clay ; *JDI* 2009, p. 617, note Th. Clay ; *JCP G* 2009, I, 148, n° 12, obs. J. Ortsheidt.

³⁹⁴En ce sens, Cass. 1^{re} civ., 20 févr. 2001, préc.

³⁹⁵Paris, 22 janv. 2009, préc.

³⁹⁶Paris, 22 janv. 2009, préc.

³⁹⁷Comp. Paris, 7 févr. 2002 : *Rev. arb.* 2002, p. 423, note Ph. Fouchard (à propos du règlement CCI).

³⁹⁸Cf. Th. Clay, *L'arbitre, op. cit.*, n°s 741 et s., n°s 902 et s.

869. – Régime du contrat d'organisation de l'arbitrage. Le contrat d'organisation de l'arbitrage renvoie au contenu du règlement d'arbitrage qui, en général, prévoit des obligations précises des parties. L'institution d'arbitrage dispose en général du pouvoir de désigner un ou des arbitres en cas de difficulté de constitution du tribunal arbitral, solution d'ailleurs validée par le Code de procédure civile français, de l'obligation de faire respecter un certain nombre de règles qu'il fixe, dont le principe du contradictoire³⁹⁹ ou celui de l'égalité des parties⁴⁰⁰ par exemple, mais surtout d'organiser efficacement l'arbitrage⁴⁰¹, ce qui implique une obligation de favoriser la célérité de l'arbitrage⁴⁰², obligation difficile à apprécier en raison des éventuelles demandes de prorogation de délais demandées par les parties, qu'il importe donc, pour l'institution, d'examiner avec attention.

De même, apparaît délicate l'appréciation de l'institution quant aux qualités de l'arbitre qu'elle serait conduite à désigner, notamment l'indépendance et l'impartialité de l'arbitre. En général, l'institution d'arbitrage impose aux arbitres, qu'ils soient proposés par les parties ou désignés par l'institution, de remplir une déclaration d'indépendance et d'impartialité, qui lui est alors opposable, du moins en tant qu'obligation de moyens à la charge de l'institution⁴⁰³.

Enfin, les parties doivent en général payer au centre un certain nombre de frais, généralement une somme forfaitaire au moment du déclenchement de l'arbitrage puis une somme proportionnelle établie par contre sur la base d'un règlement d'arbitrage.

§ 2. – Les conséquences non contractuelles de l'acceptation

870. – Mission juridictionnelle. De l'acceptation par l'arbitre de sa mission découle la conclusion d'un contrat d'arbitre, voire un contrat de collaboration arbitrale, mais surtout, de manière plus générale, des droits et obligations, *en tant qu'arbitre*, c'est-à-dire liés à la mission juridictionnelle qui lui est confiée. L'acceptation par l'arbitre conduit donc celui-ci à se voir appliquer des règles, qui peuvent être voisines de celles nées du contrat d'arbitre et qu'elles complètent, mais surtout des règles fondamentales dont, principalement, celles liées à sa fonction de juger, mais encore celles liées à son empêchement, sa démission ou son abstention, ou encore la question de l'immunité de l'arbitre.

871. – Fonction de juger de l'arbitre. L'arbitre, comme juge, dispose d'une liberté dans la fonction de juger qui s'exprime de plusieurs manières. Ainsi, l'arbitre dispose de la faculté de poser des questions, en respectant la loyauté qui s'attache à ses fonctions, mais également présenter sa perception du ou des problèmes juridiques, de fond ou procéduraux, qui se présentent et les soumettre aux parties. Les choses se présentent un peu différemment selon que l'arbitre est unique ou entouré de deux autres coarbitres. Dans le premier cas, ses prises de position exprimées doivent rendre compte de son indépendance et du principe d'égalité des parties qui s'impose à lui.

³⁹⁹TGI Nanterre, 1^{er} juill. 2010 : *JCP G* 2010, I, 148, n° 12, obs. J. Ortsheidt.

⁴⁰⁰TGI Paris, 19 déc. 2012 : *Rev. arb.* 2014, p. 212.

⁴⁰¹Paris, 22 janv. 2009 : *D.* 2009, préc.

⁴⁰²Paris, 15 sept. 1998 : *Rev. arb.* 1999, p. 103, note P. Lalive. – Paris, 21 mai 1997 : *Rev. arb.* 1997, p. 417.

⁴⁰³Cass. 1^{re} civ., 20 févr. 2001, préc.

Dans le second, chaque arbitre dispose de la même faculté mais peut, en outre, exprimer des opinions entre arbitres, convergentes ou non, en toute indépendance. Par ailleurs, si les arbitres ont l'obligation de rendre une sentence, ils disposent de la faculté de le faire en toute indépendance, et notamment de la faculté d'émettre des opinions différentes, voire de persévérer dans ce qui devient une dissidence. Celle-ci pose difficulté dans la mesure où le régime des opinions dissidentes n'est guère assuré, au moins en droit français de l'arbitrage (V. *infra*, n° 1423) puisque l'arbitre en désaccord avec la sentence peut toujours refuser de la signer. Formellement ce refus doit être mentionné dans la sentence, à peine de nullité de celle-ci, mais substantiellement la situation est plus délicate. En effet, la signature de la sentence n'est pas la manifestation de l'accord des arbitres sur le fond, mais sur le procédé, et sa régularité, permettant de parvenir à cette solution, de sorte que le refus de signer devrait être réservé à des situations dans lesquelles l'arbitre est en désaccord avec ce procédé, en cas de fraude par exemple (V. *infra*, n° 1599). Une manière plus respectueuse des mœurs arbitrales consiste pour un arbitre à demander que la sentence n'a pas été obtenue à l'unanimité, sans que l'arbitre minoritaire soit cité et sans violer, ce faisant, le secret du délibéré (V. *infra*, n° 1418).

872. – L'empêchement, la démission ou l'abstention de l'arbitre. L'arbitre doit, aux termes de l'article 1457 du Code de procédure civile, « poursuivre sa mission jusqu'au terme de celle-ci à moins qu'il justifie d'un empêchement ou d'une cause légitime d'abstention ou de démission ». La cessation de la mission d'arbitre est une forme de résiliation unilatérale d'un contrat à durée déterminée qui suppose ainsi que des raisons particulières soient invoquées, une « cause légitime ». Le cas de l'empêchement ne pose guère de difficulté : il renvoie à des causes médicales dont l'appréciation du caractère légitime doit pouvoir être assez aisément réglée en pratique. En revanche, la démission ou l'abstention sont des situations dont l'appréciation est plus délicate. Ainsi, l'abstention ou la démission sont synonymes lorsqu'un arbitre révèle une circonstance de nature à faire obstacle à son indépendance ou son impartialité. Dans une telle situation en effet, l'arbitre responsable doit prendre conscience de l'évolution de la situation et avertir les parties, en raison de son obligation de révélation et mettre un terme à sa mission si les circonstances lui paraissent de nature à faire obstacle à la poursuite de la mission.

En revanche les deux termes diffèrent lorsqu'un arbitre s'abstient de se présenter à une audience sans donner aucune explication autre que sa mauvaise volonté, voire son intention de faire obstacle au bon déroulement de l'instance (V. *supra*, n° 805). Une cause illégitime préside à cette abstention, alors pourtant que l'arbitre ne peut décemment pas renoncer à son abstention et qu'il devrait être remplacé. De même la question se pose de la découverte par un arbitre d'une situation répréhensible à laquelle se livreraient les autres arbitres et à laquelle il ne souhaiterait pas être associé, et qui devrait justifier un retrait de sa part. Dans tous les cas, ces situations risquent d'entraîner un ralentissement, du fait de la suspension de l'instance, des coûts supplémentaires, qui pourraient justifier l'engagement de la responsabilité de l'arbitre, de sorte que c'est à ce dernier d'établir qu'une cause légitime est à l'origine de la démission ou de l'abstention⁴⁰⁴.

873. – L'immunité de l'arbitre. Juge choisi par des voies contractuelles, l'arbitre demeure un juge qui doit être en mesure d'exercer sa mission de juger de

⁴⁰⁴Paris, 1^{er} juill. 1997 : *Rev. arb.* 1998, p. 131, note D. Hascher.

manière sereine et indépendante, à la fois durant l'instance et après celle-ci, notamment au regard de la déception, pouvant tourner au ressentiment, de la partie ayant succombé. C'est la raison pour laquelle des sanctions du comportement de l'arbitre sont possibles mais doivent demeurer exceptionnelles (V. *infra*, n° 874), y compris s'agissant de la possibilité d'engager la responsabilité de l'arbitre. L'arbitre ne doit pas pouvoir être poursuivi en raison d'une erreur supposée de raisonnement⁴⁰⁵. L'un des moyens de se protéger contre ce type d'action repose sur des clauses limitatives de responsabilité dans le règlement d'arbitrage auquel les parties auraient référé. Surtout, la jurisprudence française a construit un régime de l'immunité de l'arbitre le protégeant par principe contre toute action fondée sur le reproche d'avoir mal jugé ou d'avoir commis une erreur de raisonnement ou d'interprétation, d'un contrat ou d'une loi, par exemple⁴⁰⁶ qui ne sont d'ailleurs pas davantage des causes d'annulation de la sentence. Ce régime trouve cependant ses limites dans l'existence d'une faute lourde ou intentionnelle, d'une fraude ou d'un déni de justice⁴⁰⁷ ou bien dans l'existence d'une faute contractuelle liée à la violation du contrat d'arbitre⁴⁰⁸ et notamment de la violation de l'obligation de révélation.

§ 3. – Les sanctions de l'arbitre

874. – Sanction de l'inexécution des obligations nées du contrat d'arbitre. Si les obligations des parties reposent essentiellement sur l'obligation de payer les honoraires des arbitres, la sanction de cette obligation découle de celle-ci, *via* des mesures d'exécution forcée, de solidarité, voire les solutions identifiées dans la convention d'arbitrage. À bien des égards cependant, c'est surtout la sanction de la méconnaissance, par l'arbitre, de ses obligations qui emporte difficultés, à travers la procédure de révocation de l'arbitre ou l'engagement de sa responsabilité.

875. – Révocation de l'arbitre. La première sanction est la possible révocation de l'arbitre. La révocation se présente cependant comme une mesure générale, qui peut intervenir pour quelque cause que ce soit, par exemple un défaut d'indépendance ou d'impartialité découvert au cours de l'audience, ou un comportement inapproprié, et donc pas seulement pour sanctionner une faute contractuelle de l'arbitre. Celle-ci suppose, aux termes de l'article 1458 du Code de procédure civile, le consentement unanime des parties, par un procédé de parallélisme des procédures. À défaut d'accord, c'est à l'institution d'arbitrage à laquelle est éventuellement confiée l'organisation de l'arbitrage ou à défaut, le juge d'appui, de trancher la difficulté qui en résulte. La révocation conduit, sauf accord contraire des parties, à la suspension de l'instance arbitrale (CPC, art. 1473) et non son extinction comme c'était le cas avant 2011. L'instance reprend alors lorsque l'arbitre révoqué est remplacé (CPC, art. 1473 et 1475)⁴⁰⁹.

⁴⁰⁵Cf. Ph. Fouchard, *Le statut de l'arbitre dans la jurisprudence française* : *Rev. arb.* 1998, p. 325.

⁴⁰⁶Paris, 1^{er} mars 2011 : *D.* 2011, p. 3023, obs. Th. Clay.

⁴⁰⁷Cf. Cass. 1^{re} civ., 15 janv. 2014, *Azran* : *Rev. arb.* 2016, p. 493, note J.-S. Borghetti ; *JCP G* 2014, I, 255, note E. Loquin, 854, n° 2, obs. J. Ortsheidt ; *D.* 2014, p. 2541, obs. Th. Clay ; *Cah. arb.* 2014, p. 299, note L. Aynès, 2015, p. 313, note M. Henry,

⁴⁰⁸Paris, 31 mars 2015, *Banque Delubac* : *Rev. arb.* 2006, p. 496, note J.-S. Borghetti ; *D.* 2015, p. 2588, obs. Th. Clay ; *Cah. arb.* 2015, p. 313, note M. Henry. – Paris, 22 mai 1991 : *Rev. arb.* 1996, p. 476.

⁴⁰⁹V. en arbitrage CCI, Règl. CCI (2021), art. 15 qui prévoit que l'arbitre est remplacé en cas de décès, de démission, de révocation, à la demande conjointe des parties, ou en cas d'empêchement. V. J. Fry,

876. – Responsabilité de l'arbitre. La deuxième sanction possible est l'engagement de la responsabilité de l'arbitre⁴¹⁰, dans le cas du manquement à une obligation liée à l'inexécution du contrat d'arbitre ou, exceptionnellement, dans le cas de fautes d'une très grande gravité dans l'accomplissement de sa mission juridictionnelle, comme exception à l'immunité attachée à la fonction d'arbitre (V. *supra*, n° 873).

La difficulté tient au fait que plusieurs obligations du contrat d'arbitre dupliquent ou complètent les droits et devoirs de l'arbitre en tant qu'il exerce sa mission juridictionnelle à laquelle est attachée l'immunité de l'arbitre, comme la question de l'indépendance de l'arbitre, la question de l'obligation de juger, *etc.* La jurisprudence considère, assez logiquement, que l'immunité couvre tout fait qui correspond à la fonction juridictionnelle de l'arbitre⁴¹¹, les autres étant alors exclus de l'immunité, comme le manquement à l'obligation d'indépendance et d'impartialité⁴¹², l'obligation d'exercer efficacement la mission comme le fait de ne pas demander une prorogation des délais⁴¹³.

Une autre difficulté repose sur la rareté des décisions en la matière, quand bien même le succès croissant de l'arbitrage, couplé à celui de ses critiques, pourrait laisser penser que, corrélativement, le nombre de cas progresse de manière voisine. Un constat d'abord : malgré le faible nombre de cas recensés, la responsabilité de l'arbitre demeure bien plus engagée que celle du juge étatique et par des procédures beaucoup plus simples. Si elle ne concerne pas l'hypothèse dans laquelle l'arbitre aurait « mal jugé », sauf dans l'hypothèse dans laquelle le « mal jugé » serait le résultat d'une faute personnelle équivalente au dol, une fraude, une faute lourde ou un déni de justice⁴¹⁴, elle reste un cas de responsabilité ordinaire, de telle manière que les parties ou des tiers à l'arbitrage pourraient engager une action en responsabilité.

La faute à reprocher à l'arbitre repose sur des manquements étrangers à sa fonction juridictionnelle, sauf « faute lourde », comme l'arrêt *Azran* l'a posé⁴¹⁵ en ce que « la critique (...) tendant à remettre directement en cause le contenu des sentences rendues, et partant l'exercice de la fonction juridictionnelle des arbitres » suppose la démonstration d'une faute personnelle qualifiée. Ne sont pas de telles fautes la critique de la valeur de la sentence, le « mal jugé », le « mal raisonné » ou le « mal argumenté » en tant que tels, qui relèvent de la fonction juridictionnelle. Admettre une telle faute serait alors une forme de critique de la sentence par la voie détournée de la responsabilité de l'arbitre, critique irrecevable sur le fondement d'un recours en annulation et renvoyant au principe de l'immunité de l'arbitre. La justification de cette restriction évince le cas de la faute ordinaire de l'arbitre dans la décision, en premier parce que la sanction est alors extrajuridique, éventuellement en termes de

S. Greenberg et F. Mazza, *The Secretariat's Guide to ICC Arbitration*, 2012, Publ. CCI n° 729E, nos 3-593 et s.

⁴¹⁰Cf. Ph. Stoffel-Munck, *La responsabilité de l'arbitre* : *Rev. arb.* 2017, p. 1123. – Ph. Fouchard, *Le statut de l'arbitre dans la jurisprudence française*, préc. – V. en droit comparé : N. Smahi, *The arbitrator's Liability and Immunity Under Swiss Law* : *Bull. ASA* 2016, vol. 34, p. 876 (Part 1) ; *Bull. ASA* 2017, vol. 35, p. 67 (Part. 2).

⁴¹¹Cass. 1^{re} civ., 15 janv. 2014, *Azran*, préc. *Adde*, Paris, 21 mai 2019 : *Dalloz actualité*, 7 juin 2019, obs. J. Jourdan-Marques, à propos du respect du principe du contradictoire, qui est considéré comme relevant de la mission juridictionnelle de l'arbitre.

⁴¹²Pour un défaut de révélation, V. : CA Paris, 5/16, 22 juin 2021, n° RG 21/07623 (avec une difficulté liée à la compétence juridictionnelle en cas d'action en responsabilité, sur ce point cf. *supra* n° 866).

⁴¹³Paris, 31 mai 2015, préc. V. aussi Cass. 1^{re} civ., 28 mars 2018 : *JCP G* 2018, II, 733, note Ph. Casson.

⁴¹⁴Cass. 1^{re} civ., 15 janv. 2014, *Azran*, préc.

⁴¹⁵Cass. 1^{re} civ., 15 janv. 2014, *Azran*, préc. *Adde* : Paris, 22 mai 1991 : *Rev. arb.* 1996, p. 475.

réputation, mais surtout parce qu'il en va, là, sauf faute personnelle qualifiée, de la sérénité nécessaire de toute fonction de juger, au-delà de la part de subjectivité attachée à toute décision de justice, accentuée par le fait que, par hypothèse, tout jugement suppose que l'un triomphe et l'autre succombe, ce dernier étant alors naturellement susceptible de considérer que la décision est « mal jugée ». Reste alors, dans le cadre de la fonction juridictionnelle, la faute qualifiée, faute dolosive, fraude, faute lourde. L'insertion, dans l'arrêt *Azran*, de l'hypothèse de la « fraude » donne d'ailleurs une indication sur la nature de la faute qualifiée. Il ne s'agit pas, comme en droit commun de la responsabilité contractuelle, d'une faute qui traduit l'inaptitude de s'acquitter de la mission confiée, mais une « indignité foncière » de l'arbitre⁴¹⁶.

En dehors de la fonction juridictionnelle de l'arbitre, la faute de ce dernier peut reposer sur la conduite de la procédure, qui participe aussi de la nature contractuelle de sa mission. Il doit en effet traiter la procédure avec un soin particulier, respecter les principes de loyauté, de célérité, de sérieux, de technicités compatibles avec la mission contractuelle et, ajoutons, avec la rémunération convenue en contrepartie du « service » arbitral rendu. La césure avec les situations relevant de la mission juridictionnelle de l'arbitre n'est cependant pas aisée. Au titre du devoir de loyauté figure l'exigence d'indépendance et d'impartialité et l'obligation de révélation correspondante, dont le manquement peut engager sa responsabilité⁴¹⁷. De même, l'absence de diligence, par exemple parce que l'arbitre n'aurait pas lu des mémoires ou aurait, d'une manière générale, traité la procédure de manière dilettante, comme dans le cas dans lequel les arbitres ont laissé expirer le délai d'arbitrage, considérée comme une obligation de résultat ou bien comme une obligation de moyens, c'est-à-dire en réalité qu'il appartient aux arbitres de démontrer qu'ils n'ont pas manqué à leur obligation de demander un délai⁴¹⁸. On pourrait ajouter l'hypothèse dans laquelle un arbitre démissionne de manière intempestive⁴¹⁹ ou encore le fait que l'arbitre ne se présente pas aux audiences ou refuse de signer une sentence sans justification, ne serait-ce que pour offrir à l'une des parties une chance d'exercer une action en annulation.

Le constat est alors celui d'une responsabilité de l'arbitre réelle dans le principe, mais relativement inefficace, moins sur la question de la faute à établir que sur le terrain du préjudice. L'engagement de la responsabilité de l'arbitre est justifié en effet par le préjudice subi par la ou les parties. Il peut s'agir de frais engagés du fait de la

⁴¹⁶Ph. Stoffel-Munck, *La responsabilité de l'arbitre*, art. cit., spéc. n° 26.

⁴¹⁷Paris, 12 oct. 1995, *Raoul-Duval* : *Rev. arb.* 1999, p. 324, note Ph. Fouchard (président d'un tribunal arbitral embauché par une des parties le jour même de la reddition de la sentence). – TGI Paris, 29 nov. 1989 : *Rev. arb.* 1990, p. 525.

⁴¹⁸Cf. Cass. 1^{re} civ., 6 déc. 2005, n° 03-13.116 : *Bull. civ.* 2005, I, n° 462 ; *JCP G* 2006, I, 148, I, n° 2, obs. Ch. Seraglini ; *Rev. arb.* 2006, p. 126, note Ch. Jarrosson ; *JCP G* 2006, II, 10666, note Th. Clay ; *D.* 2006, pan. p. 3031, obs. Th. Clay ; *D.* 2006, p. 274, note P.-Y. Gautier ; *RTD com.* 2006, p. 299, obs. E. Loquin ; *RTD civ.* 2006, 144, obs. Ph. Théry ; *Rev. Lamy dr. civ.* 2006, p. 14, obs. F.-X. Train ; *JCP E* 2006, 1284, note G. Chabot ; *JCP E* 2006, 1395, obs. J. Paillusseau. Comp. cependant, Cass. 1^{re} civ., 17 nov. 2010, n° 09-12.352, *CNCA*, qui y voit une obligation de moyens, Paris, 31 mars 2015, préc. : « les arbitres sont tenus de préserver l'instance arbitrale en veillant à ce que le délai de reddition de la sentence ne soit pas expiré ; que, sauf à engager leur responsabilité, il leur appartient, ce qu'ils n'ont pas fait, de prendre, à cet égard, toutes initiatives utiles afin d'obtenir, le cas échéant, sa prorogation conventionnelle ou judiciaire ; que leur abstention ne ressortissant pas à l'exercice de leur mission juridictionnelle, mais relevant de l'exécution du contrat d'arbitre, les arbitres ne peuvent exciper d'une immunité de principe qui ne pourrait être écartée qu'en présence d'une faute équipollente au dol, constitutive d'une fraude, d'une faute lourde ou d'un déni de justice ».

⁴¹⁹Cf. TGI Paris, 29 nov. 1989 : *Rev. arb.* 1990, p. 525.

nécessité de désigner un nouvel arbitre, voire d'engager une nouvelle instance arbitrale si la sentence rendue a été annulée du fait du ou des arbitres, s'élargissant aux frais et honoraires que la partie a dû engager dans l'arbitrage dont la sentence a été annulée, voire simplement en cas de manquement à une obligation contractuelle de l'arbitre sur le fondement d'une résolution du contrat, voire d'une réduction du prix (C. civ., art. 1223). Les arbitres peuvent en outre être condamnés *in solidum* lorsque les arbitres sont coresponsables du dommage causé⁴²⁰. Il convient cependant de distinguer le préjudice résultant d'une faute contractuelle de l'arbitre et celui éventuel résultant du rendu de la décision. Lorsque la sentence a été annulée en effet, les sommes auxquelles une partie a été condamnée sont considérées comme rétroactivement effacées. La question se pose également de savoir si les parties peuvent demander réparation de la perte de chance d'obtenir gain de cause. Rien ne fait obstacle à ce que ce dommage soit réparable, à supposer que la partie n'ait plus de possibilité d'exercer une action pour faire valoir ses droits (autre que l'action en responsabilité de l'arbitre). Tant que cette possibilité existe, le gain manqué est en effet trop incertain pour justifier réparation⁴²¹. Enfin, le cas des clauses exonératoires de responsabilité peut être envisagé. Au regard de leur appréciation en droit français des contrats au moins, leur fragilité extrême peut être relevée, qu'il s'agisse d'exonérer de toute responsabilité une faute commise dans la mission juridictionnelle (outre le fait qu'une faute lourde les écarte automatiquement) ou hors mission contractuelle, ne serait-ce que parce que la clause priverait alors l'obligation essentielle de l'arbitre de sa substance (*cf.* C. civ., art. 1170).

⁴²⁰Paris, 31 mai 2015, préc.

⁴²¹TGI Nanterre, 1^{er} juill. 2010, n° 07/13724 : *Cah. arb.* 2011, p. 401, note Ph. Stoffel-Munck.

Le déroulement de l'instance arbitrale

877. – Une fois le tribunal constitué, l'instance arbitrale peut, juridiquement et pratiquement, démarrer. Il va être alors question de déterminer les règles, au fond comme procédurales, qui devront être suivies pour trancher le litige (Chapitre 1). La procédure pourra alors se dérouler conformément à des principes essentiels que tous les intervenants devront respecter (Chapitre 2), ce qui lui permettra de progresser selon plusieurs grandes étapes pour arriver à son terme (Chapitre 3).

Le choix du droit applicable au litige

878. – Il est classique d’opposer le fond à la forme, en droit comme en procédure. Ici, comme ailleurs, l’arbitrage offre une véritable flexibilité dans l’univers des règles susceptibles de s’appliquer, qu’il s’agisse du droit substantiel conformément auquel le tribunal arbitral tranchera le litige (Section 1), comme pour ce qui est des règles procédurales à suivre pour y parvenir (Section 2).

Section 1

Le droit applicable au fond du litige

879. – Introduction. L’arbitrage est marqué par la liberté : liberté dans le choix de l’arbitre bien sûr, du cadre procédural mais aussi dans le choix du droit applicable au fond du litige. Le principe d’autonomie de la loi applicable se retrouve certes dans tout litige commercial et/ou contractuel⁴²² mais on peut considérer que c’est dans le cadre de l’arbitrage commercial international que cette liberté s’épanouit pleinement⁴²³. Ainsi, les tribunaux arbitraux peuvent trancher, au-delà des lois, au visa de normes non étatiques (droit « anational », transnational, *lex mercatoria* ou autres appellations) dont ils peuvent être à bien des égards les artisans, au même titre que les institutions qui les édictent.

De ce fait, la « jurisprudence arbitrale »⁴²⁴, véritable actrice du contentieux international, participe à l’élaboration du droit substantiel et a pu contribuer à l’essor

⁴²²Ce principe est établi de longue date en droit français ; V. Cass. 1^{re} civ., 5 déc. 1910, *American Trading Co. : JDI* 1912, p. 1156, note H. Galibourg. V. aussi le règlement CE du 17 juin 2008, n° 593/2008, dit « Rome I » (art. 3) qui pose le principe d’autonomie de la loi applicable aux obligations contractuelles.

⁴²³Le principe d’autonomie est bien plus large en arbitrage international que dans la théorie générale des conflits de lois en matière contractuelle, l’élection du droit applicable visant à régir l’ensemble du litige et non simplement la matière contractuelle, V. P. Fouchard, E. Gaillard et B. Goldman, *Traité de l’arbitrage commercial international*, préc., n° 1421. Si l’article 1478 du Code de procédure civile impose aux arbitres de trancher le litige « conformément aux règles de droit applicables », cela renvoie en droit interne à l’ensemble des normes juridiques du droit français, international et européen et aux règles jurisprudentielles. La jurisprudence admet en outre que le droit applicable couvre les règles d’interprétation prévues par ce droit, V. Paris, 26 mars 2019 : *Gaz. Pal.* 2 juill. 2019, n° 24, p. 20, note D. Bensaude.

⁴²⁴Cette qualification – voire son existence – peut être débattue ou du moins tempérée par rapport à la jurisprudence étatique mais elle est bien étudiée en tant que telle, V. J-M. Jacquet, *Avons-nous besoin d’une jurisprudence arbitrale ?* : *Rev. arb.* 2010, p. 445 et s. ; V. aussi G. Kaufmann-Kohler, *Is Consistency a Myth?*, in E. Gaillard et Y. Banifatemi (éds), *Precedent in International Arbitration*, IAI Series on International Arbitration,

du droit positif dans des domaines spécialisés tels que le droit du sport, le droit international des investissements, le droit de la construction, le droit maritime, le droit de l'énergie, *etc.* Outre ces matières, généralement régies par des normes propres, l'arbitrage peut avoir des conséquences sur le droit étatique, en « captant » une part importante du contentieux et donc de la jurisprudence publiquement accessible par les justiciables⁴²⁵. Ainsi, les arbitres peuvent à certains égards être considérés comme de véritables créateurs de droit en ce qu'ils développent parfois des solutions dont on peut reconnaître dans une certaine mesure la cohérence, par exemple dans l'interprétation de la clause compromissoire par rapport à l'intention des parties ou dans la prise en compte du caractère illégal d'un contrat obtenu par corruption, qui aboutissent à un corps de décisions arbitrales pouvant être qualifié de source de droit⁴²⁶. Ce rôle créateur et normatif passe également par un effort croissant de publication des sentences, principalement par la CCI.

880. – Cette liberté, qui n'est pas absolue, est aussi synonyme de prévisibilité en raison du respect accordé au choix des parties⁴²⁷, mais reste à double tranchant. En effet, le choix d'un droit applicable établi et donc prévisible ne signifie pas que l'ensemble des lacunes dudit droit soient comblées. Ces lacunes peuvent naturellement amener les acteurs à se reposer sur leurs propres paradigmes. La première lacune peut être liée aux connaissances par les parties ou l'arbitre du droit applicable. La question de l'établissement du droit substantiel se pose de la même façon que pour l'établissement de la loi étrangère en droit international privé (français comme comparé). En vertu du principe *jura novit curia*, le juge est réputé connaître le droit de son for, alors que l'arbitre international ne peut être soumis à cette même règle⁴²⁸. Il reviendra alors aux parties d'établir le contenu du droit applicable au fond du litige, en plaçant sur le droit de la même façon que pour les faits ou en recourant à des expertises⁴²⁹. La seconde lacune peut être liée au contenu du droit positif lui-même auquel l'accès ou dont la connaissance peuvent être limités. On a ainsi pu voir des parties et/ou les arbitres admettre l'utilisation d'un autre droit, « source », comme devant interpréter le droit réellement applicable, voire comme pouvant se substituer au droit choisi par les parties, ou pallier certains vides que ce droit ne couvre pas⁴³⁰.

n° 5, JurisNet, 2008, p. 541 et s.

⁴²⁵Cet aspect est naturellement moins important dans les juridictions civilistes, mais semble constituer une source d'inquiétude en *common law* fondé sur les précédents. À ce titre, certaines voix judiciaires se sont élevées, en Angleterre par exemple, alertant le monde juridique sur les conséquences négatives de l'arbitrage sur le droit positif, particulièrement du fait de sa confidentialité opposée au développement du droit anglais fondé sur des précédents et des décisions aussi accessibles que les lois promulguées (V. www.lawgazette.co.uk/law/arbitration-hindering-development-of-common-law--lcj/5054358.article). Pour une remise en question de cette position, V. A. R. Spotorno, *Arbitration and the Development of English Law*, in *Arbitration*, 2019, p. 106 et s.

⁴²⁶V. D. Bentolila, *Arbitrators as Lawmakers*, Kluwer Law International, 2017, p. 238 et s.

⁴²⁷Le non-respect du choix des parties pouvant caractériser une violation par l'arbitre de sa mission. V. aussi Paris, 24 juin 2010 : *Rev. arb.* 2010, somm. p. 675.

⁴²⁸Il convient toutefois de noter qu'une décision récente du Tribunal fédéral suisse (11 janv. 2018, 4A_56/2017) a consacré le principe, que l'on peut qualifier de *jura novit arbiter*, selon lequel un tribunal arbitral siégeant en Suisse n'est pas lié par les arguments juridiques des parties et a le devoir d'appliquer correctement le droit, V. à ce sujet S. Gabriel et A. Buhr, *Jura Novit Arbiter : Application of the Law on the Tribunal's Own Motion* : *DRSK* 14 févr. 2018.

⁴²⁹V. au sujet du recours parfois trop systématique aux experts pour établir la teneur d'un droit applicable, A. Ross, *Let counsel not experts set out the law, Donovan argues* : *GAR* 2 janv. 2018.

⁴³⁰Sur l'application par les parties et l'arbitre du droit espagnol pour interpréter le droit équato-guinéen, V. Paris, 22 sept. 2015, *République de Guinée Équatoriale c/ Orange Middle East and Africa* : *Rev. arb.* 2015, somm.

881. – La prévisibilité induite par le choix des parties se confronte également à l'absence d'un ordre juridique structuré dans l'arbitrage international et ne protège donc pas toujours les parties contre les aléas liés à l'application hétérogène d'un même droit. Chaque arbitre étant susceptible d'interpréter un même droit selon sa propre perception ou culture, de manière propre au cas d'espèce qui lui est soumis, il pourrait en résulter des solutions contradictoires sur des litiges pourtant très similaires. Voilà aussi pourquoi il n'est pas toujours aisé ou exact de parler de jurisprudence arbitrale. La question du droit applicable doit toutefois bien s'envisager sous l'angle de la liberté, quoique imparfaite. Le choix des parties est libre et l'arbitre bénéficie d'une certaine liberté dans son pouvoir de détermination résiduel (§ 1). De même, peuvent être librement appliqués un droit national, selon différentes modalités, voire des règles non étatiques, ou encore l'équité (§ 2). Cette liberté est toutefois encadrée par la prise en compte de l'ordre public, des lois de police et d'autres règles impératives (§ 3).

§ 1. – La liberté de choix des parties et la détermination à titre subsidiaire par l'arbitre

882. – La hiérarchie des volontés. En droit français de l'arbitrage, les parties disposent de prime abord d'une très grande liberté dans la détermination du droit qu'elles souhaitent voir appliquer au litige (A). Ce choix s'impose par principe à l'arbitre qui ne pourra déterminer que subsidiairement le droit applicable « approprié », c'est-à-dire faute d'accord des parties (B).

A. – La liberté des parties

883. – Droit applicable en droit interne. En droit interne, les choses sont assez simples : l'article 1478 du Code de procédure civile impose aux arbitres de trancher le litige « conformément aux règles de droit applicables » à moins que les parties leur aient confié des pouvoirs d'amiable compositeur. Dans les deux cas il s'agit, en premier, d'appliquer ce que l'on désigne, sans trop le définir, comme « le droit », le droit applicable. En droit interne, il s'agit du droit français, c'est-à-dire l'ensemble des normes juridiques applicables en droit français, les règles légales, internationales ou européennes auxquelles un effet direct est reconnu et les règles jurisprudentielles. On prétend souvent que le choix du droit interne pour le traitement d'un contrat de droit interne est d'ordre public. En réalité, rien n'interdit de soumettre un contrat interne à une loi étrangère, à supposer toutefois que cette détermination n'affecte pas les règles de l'ordre public interne ; autrement dit, il est possible de soumettre un contrat interne à une loi étrangère, dans la limite des règles supplétives du droit interne, auxquelles les parties peuvent librement déroger. C'est d'ailleurs une pratique usuelle des conditions générales de vente ou d'utilisation des sites marchands sur

p. 1222 ; ou sur l'application par les arbitres du droit français en interprétation du droit égyptien, Paris, 10 mars 1988 : *Rev. arb.* 1989, p. 269, note Ph. Fouchard ; sur l'application du droit français, en ce qu'il a été plaidé par les parties, en substitution du droit ivoirien applicable aux termes de l'acte de mission, V. Paris, 16 janv. 2003, *Sté Keen Lloyd Resources Ltd c/ Sté Nationale d'Opérations Pétrolières de la Côte d'Ivoire* : *RTD com.* 2003, p. 487, note E. Loquin ; sur la référence, dans le silence du droit congolais, aux droits français et belge, V. Paris, 7 avr. 2015, *Sté Congolaise Wireless Networks Sprl c/ Sté Vodacom International Ltd* : *Rev. arb.* 2015, p. 807.

l'Internet. Cette précision correspond d'ailleurs à la mise en œuvre de l'article 3, § 3 du règlement « Rome I » n° 593/2008 du 17 juin 2008⁴³¹.

884. – Arbitrage international : liberté de choix des parties. L'article 1511 du Code de procédure civile dispose en premier lieu que « le tribunal arbitral tranche le litige conformément aux règles de droit que les parties ont choisies ». Cette primauté accordée au choix des parties est largement reconnue en droit comparé⁴³². Le choix se fait traditionnellement⁴³³ à travers l'application d'une clause d'*electio juris* dans le contrat sous-jacent au litige ou intégrée directement dans la clause compromissoire⁴³⁴. Le plus souvent, les parties choisissent la loi applicable au fond dans une clause de loi applicable d'un contrat ou clause d'*electio juris*. D'autres fois, la clause apparaît dans la clause compromissoire, imposant aux arbitres de faire application d'un droit déterminé, ce qui est sans doute plus adapté, davantage gage d'efficacité dans le cadre d'un arbitrage. En effet, le choix exprimé dans une clause d'*electio juris* suffit amplement, mais il est beaucoup plus clair de l'exprimer dans la convention d'arbitrage ou d'y répéter ce choix. Cette précaution peut s'avérer très utile lorsque le contrat se présente dans la situation dans laquelle la loi applicable est moins évidente, par exemple en cas de pluralité de contrats dans lesquels des lois applicables concurrentes sont choisies, ou encore lorsque le litige n'est pas circonscrit au contrat dans lequel la clause de loi applicable est insérée, ce qui est très fréquemment le cas. Si, par ailleurs, bien des arbitrages internationaux sont la conséquence nécessaire d'une clause compromissoire dans un contrat, d'autres sont l'effet d'un compromis (y compris d'ailleurs alors qu'une clause compromissoire était présente dans un contrat, par exemple face à une multitude de contrats ou de parties) dans lequel les règles de droit applicables au litige devront être déterminées par les parties (ou à défaut, par les arbitres). Le choix du droit applicable sera donc le résultat d'une négociation entre les parties ou pourra résulter d'une volonté d'appliquer un droit « neutre » ou simplement d'une habitude. À défaut de choix en amont, celui-ci peut se matérialiser à tout moment après la naissance du litige, par exemple, au moment de l'établissement de l'acte de mission. Outre ces choix exprès, la jurisprudence admet que les parties peuvent élire de façon tacite le droit qu'elles souhaitent voir appliquer⁴³⁵. Il convient de préciser toutefois que le choix du siège de l'arbitrage ne semble pas être reconnu en principe comme une volonté tacite – ou un critère de rattachement – en faveur du droit (substantiel) du pays du siège⁴³⁶.

⁴³¹Règl. Rome I, art. 3, § 3 : « Lorsque tous les autres éléments de la situation sont localisés, au moment de ce choix, dans un pays autre que celui dont la loi est choisie, le choix des parties ne porte pas atteinte à l'application des dispositions auxquelles la loi de cet autre pays ne permet pas de déroger par accord ».

⁴³²V. par ex. Règl. « Rome I », art. 3, § 1 ; Loi-type CNUDCI (2006), art. 28 ; LDIP, art. 187 ; *Arbitration Act* anglais, art. 46. Certaines juridictions ne prévoient pas de dispositions spécifiques à l'arbitrage relatives au droit applicable au fond, V. par ex. le *Federal Arbitration Act* aux États-Unis. Dans ce cas il convient de se référer aux dispositions générales relatives aux règles de conflit de lois. Ainsi, le *Restatement (Second) Conflict of Laws* impose généralement un « rapport substantiel » entre le droit choisi par les parties et l'opération (art. 187). À l'inverse le droit de l'État de New York permet de choisir ce droit sans que l'opération soit rattachée de quelque façon à l'État (NY Gen Oblig L § 5-1401 [2014]).

⁴³³Une grande majorité des arbitrages se font sous l'empire d'une clause d'élection de droit. Ainsi, les statistiques de la CCI montrent que 88 % des arbitrages introduits en 2019 incluaient une telle clause. En outre, les seuls droits anglais, américains, français et suisses représentaient la moitié des droits appliqués aux litiges, V. *2019 ICC Dispute Resolution Statistics : Bull. CCI 2020*, n° 2, p. 15 et s.

⁴³⁴Auquel cas la distributivité de la loi choisie à la fois au litige et à la clause compromissoire peut se poser.

⁴³⁵Par ex. en invoquant le même droit dans leurs écritures, V. Cass. 1^{re} civ., 16 janv. 2003, préc.

⁴³⁶V. par ex. Sent. CCI n° 4434 de 1983 : *JDI* 1983, p. 893 ; V. aussi Ph. Fouchard, E. Gaillard et B. Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, préc., n° 1428. À l'inverse, le choix d'un droit applicable au fond

B. – La compétence résiduelle de l'arbitre

885. – La liberté par défaut et encadrée de l'arbitre. À défaut de choix des parties, la détermination du droit applicable passe entre les mains de l'arbitre : le droit français prévoit que le tribunal arbitral tranche le litige « conformément [aux règles de droit] qu'il estime appropriées » comme la plupart des règlements d'arbitrage⁴³⁷. Les termes, partagés par tous les droits étatiques de l'arbitrage international⁴³⁸, sont globalement les mêmes avec une nuance dans la présentation selon l'interprétation : les règles de droit choisies par les parties, à défaut les lois appropriées, ou les lois choisies, *en tant qu'*elles sont estimées appropriées au litige. On mesure aussi que la formule britannique *proper law of the contract* rend mieux compte, sans doute, de la situation que la formule continentale, « droit applicable au contrat » dans la mesure où c'est le caractère « approprié » de la loi qui importe, de sorte qu'il peut apparaître de manière expresse, par un choix, ou de manière tacite. En outre, le choix de la loi applicable au fond peut être tacite, cette question pouvant recouvrir deux acceptions. La première est le sens traditionnel, le choix n'est pas exprès mais il apparaît à la lueur d'un certain nombre d'indices : évocation dans des documents préparatoires, dans des courriers, dans des annexes, *etc.* Le choix tacite est alors efficace à la condition qu'il ne soit pas équivoque, par exemple parce que les parties réfèrent à la même loi applicable dans leurs échanges⁴³⁹. Une seconde correspond à l'idée selon laquelle le choix par les parties doit être efficace : il s'agit d'identifier les règles de droit que les arbitres estiment « appropriées », de sorte que l'on pourrait estimer que des lois appropriées pourraient être considérées comme tacitement mais systématiquement convoquées pour traiter le litige. Deux situations doivent cependant être distinguées.

886. – En premier, la question du droit applicable au *litige* international ne se confond pas toujours avec celle du droit applicable à un contrat international. Bien souvent, le litige porte sur une question d'exécution ou de rupture d'un contrat international, qui peut contenir une clause d'*electio juris*, mais, très souvent, le litige est rendu complexe par d'autres circonstances, des éléments extracontractuels, liés, par exemple, à des suites d'une situation de contrefaçon ou de recherche de l'intention des parties au cours de la négociation d'un contrat, la présence d'un contrat de crédit, d'assurance, une situation contractuelle de « pool », *etc.*, ou encore des questions de droit des sociétés, de la faillite, de la concurrence, de la propriété industrielle, *etc.*

887. – En second donc, la question de la détermination du droit applicable se pose, de manière marginale, en l'absence de clause d'*electio juris*. Le pouvoir de l'arbitre s'exerce par défaut et est encadré par l'application d'une règle « appropriée », à l'inverse du pouvoir quasiment absolu des parties. La portée de cette limite doit cependant être tempérée car, en pratique, le droit français accorde à l'arbitre une réelle marge d'appréciation dans la détermination de la règle

n'emporte généralement pas de conséquence sur le droit applicable à la procédure arbitrale. Ainsi, aux États-Unis, les juridictions fédérales estiment qu'une clause d'*electio juris* d'un territoire (en l'espèce Porto Rico) n'a pas pour effet d'écarter l'application du FAA, *V. Dialysis Access Center, LLC v. RMS Lifeline, Inc.*, n° 17-2014 (1st Cir.), 1^{er} août 2019.

⁴³⁷CPC, art. 1511. La plupart des règlements d'arbitrage accordent aussi ce pouvoir subsidiaire aux arbitres, *V. Règl. CCI (2021), art. 21(1) ; Règl. d'arbitrage HKIAC (2018), art. 35.1.*

⁴³⁸*Cf. P. Mayer, Le choix de la loi dans la jurisprudence arbitrale, in S. Corneloup et N. Joubert (ss dir.), Le règlement communautaire Rome I et le choix de la loi dans les contrats internationaux, LexisNexis, 2011, p. 423.*

⁴³⁹*Sent. CCI n° 1434 : JDI 1975, p. 978, note Y. Derains. – Sent. CCI n° 14470 : JDI 2011, p. 1229, note E.S.R.*

appropriée⁴⁴⁰. Ce qui compte, *in fine*, et selon le droit positif actuel, ce n'est pas tant le choix opéré par l'arbitre du droit applicable que la manière d'y parvenir, notamment en s'assurant que telle disposition de ce droit, qui fonderait sa solution, soit débattue par les parties conformément au principe du contradictoire⁴⁴¹. Sur ce point, le droit comparé est moins uniforme. Ainsi, à l'inverse de la latitude permise par le droit français, certains droits imposent que la détermination de l'arbitre se fasse à travers l'application d'une règle de conflit de lois, qu'elle soit propre au droit de l'arbitrage⁴⁴² ou qu'elle soit au choix de l'arbitre⁴⁴³. L'absence de référence à une règle de conflit en droit français permet même à l'arbitre, dans le silence des parties, d'appliquer un droit anational⁴⁴⁴ comme le prévoient expressément les références aux « règles de droit » de l'article 1511 du Code de procédure civile. Il pourra de plus faire usage de méthodes de détermination objectives⁴⁴⁵ ou déterminer subjectivement, et directement, le droit applicable⁴⁴⁶. Toujours est-il que, du fait de sa mission contractuelle, il semble admis que l'arbitre doive répondre à l'attente légitime des parties⁴⁴⁷.

888. — Le principe de liberté qui gouverne l'application du droit est renforcé par l'absence de contrôle des juridictions étatiques du droit appliqué au fond en application du principe de non-révision au fond de la sentence⁴⁴⁸. En effet, le juge de l'annulation ou de l'exécution ne sanctionne en principe pas une application incorrecte du droit⁴⁴⁹, ou une erreur grossière de droit ou de fait⁴⁵⁰, ce qui reviendrait à réviser au fond la sentence⁴⁵¹. La seule limite imposée à l'arbitre est de ne pas contredire le choix opéré par les parties, sous peine de sanction pour non-respect de sa mission⁴⁵². Compte tenu du caractère libéral du droit français de l'arbitrage, cette solution (surtout jurisprudentielle) a le mérite de la cohérence car, dans d'autres juridictions, la possibilité de contrôler la sentence sous l'angle du droit applicable est

⁴⁴⁰À ce titre, le juge de l'annulation ne sanctionne pas « les conditions de détermination et de mise en œuvre par l'arbitre de la règle de droit retenue », V. Cass. 1^{re} civ., 22 oct. 1991 : *Rev. arb.* 1992, p. 457, note P. Lagarde ; *RTD com.* 1992, p. 171, obs. Dubarry. – Cass. 1^{re} civ., 15 juin 1994 : *RTD com.* 1995, p. 88, note E. Gaillard.

⁴⁴¹La jurisprudence considère ainsi que viole le principe du contradictoire un tribunal arbitral qui a fondé sa décision sur des dispositions non invoquées ni débattues par les parties, V. Paris, 15 mars 2016 : *Rev. arb.* 2017, p. 215, note J.-B. Racine.

⁴⁴²V. LDIP, art. 127(1) qui impose à l'arbitre de faire usage de la règle de conflit de la loi du pays avec lequel l'objet du litige présente les liens les plus étroits.

⁴⁴³V. par ex. Loi-type CNUDCI (2006), art. 28.2 qui permet à l'arbitre d'appliquer la règle de conflit qu'il estime la plus appropriée.

⁴⁴⁴Cass. 1^{re} civ., 22 oct. 1991, *Compania Valenciana* : *Rev. arb.* 1992, p. 457, note P. Lagarde. À l'inverse, dès lors qu'un arbitre doit appliquer une règle de conflit de lois, seul un droit étatique peut être désigné, ladite règle renvoyant par définition à un droit national.

⁴⁴⁵V. *infra*, n° 895.

⁴⁴⁶Par exemple, la *lex mercatoria*, V. *infra*, n° 897.

⁴⁴⁷Y. Derains, *L'attente légitime des parties et le droit applicable au fond en matière d'arbitrage commercial international*, *Travaux comité fr. DIP*, 1984-1985, éd. du CNRS, 1986, p. 81 et s. C'est bien cette exigence qui semble être visée par l'application du droit « approprié » de l'article 1511 du Code de procédure civile.

⁴⁴⁸V. Paris, 24 nov. 2005 : *Rev. arb.* 2006, p. 717, note S. Bollée.

⁴⁴⁹Paris, 24 mars 2005 : *Rev. arb.* 2005, somm. p. 791.

⁴⁵⁰Paris, 25 mai 1985 : *Rev. arb.* 1989, p. 228, note J.-L. Delvolvé. – Cass. 1^{re} civ., 13 oct. 1981 : *Rev. arb.* 1983, p. 63. – Cass. 2^e civ., 28 avr. 1986 : *Rev. arb.* 1989, p. 219, note Ph. Fouchard.

⁴⁵¹Ce que ne permet pas la Convention de New York de 1958, qui ne prévoit des motifs de refus et de reconnaissance des sentences que dans les cas limitatifs de son article V.

⁴⁵²V. Paris, 24 juin 2010, préc.

souvent perçue comme une façon déguisée par les tribunaux du siège de s’immiscer dans l’appréciation du fond du litige⁴⁵³.

§ 2. – Les règles de droit applicables

889. – La liberté de choisir presque n’importe quelle « règle de droit ». C’est par cet aspect que la liberté de l’arbitrage international s’affirme avec le plus d’évidence. En effet, l’arbitre international, qui n’appartient pas à un ordre juridique particulier⁴⁵⁴, n’est pas nécessairement tenu d’appliquer un droit substantiel interne ou international spécifique⁴⁵⁵ sous réserve bien entendu du choix des parties. Le droit français de l’arbitrage utilise sciemment le terme de « règles de droit » plutôt que « loi » ou « droit »⁴⁵⁶, permettant ainsi d’élargir le champ des normes potentiellement applicables. On en distingue deux grandes catégories : le droit national ou étatique (A) et le droit que l’on peut qualifier de manière générale d’« anational » (B) et enfin le choix de l’équité, de l’amiable composition (C).

A. – La loi étatique

890. – La liberté dans l’application d’une loi modulable. Outre la liberté dans le choix d’appliquer tel ou tel droit au litige, peu importe l’existence d’un lien quelconque de ce droit avec la situation en litige, la clause d’*electio juris* permet d’appliquer une loi de façon sélective en optant pour certaines dispositions seulement, voire de recourir à une application cumulée de plusieurs lois⁴⁵⁷.

891. – Désignation d’une « loi » applicable. Le choix d’une loi étatique par les parties est la situation la plus usuelle qui se comprend aisément : ces règles sont

⁴⁵³Aux États-Unis, la doctrine du *manifest disregard of the law* a pu permettre aux tribunaux d’annuler une sentence pour mauvaise application, claire et volontaire, du droit, dès lors qu’il est défini précisément, explicite et applicable à l’espèce (V. pour une illustration, *KT Corp. v. ABS Holdings, Ltd*, n° 1 :17-cv-07859 [S.D.N.Y. Apr. 10, 2018]), mais la Cour suprême, dans une décision *Hall Street Assoc., LLC v. Mattel, Inc.*, 128 S.Ct. 1396 (U.S. S.Ct. 2008), a abandonné cette doctrine. Toutefois, certaines juridictions non fédérales semblent moins libérales et ont préservé ce fondement, V. *Daesang v. Nutrasweet*, n° 655019/2016, 2017 NY Slip Op 31023(U). Le droit anglais permet également, dans certaines conditions, de former un appel sur une question de droit (V. *Arbitration Act 1996*, art. 69).

⁴⁵⁴Cass. 1^{re} civ., 23 mars 1994, *Hilmarton* : *Rev. arb.* 1994, p. 327, note Ch. Jarrosson.

⁴⁵⁵J.-B. Racine, *Droit de l’arbitrage*, PUF, 2016, n° 767, p. 489.

⁴⁵⁶Le décret de 1981 adoptait déjà ces termes afin de permettre aux parties de faire application d’un droit non étatique, V. Ph. Fouchard, *L’arbitrage international en France après le décret du 12 mai 1981* : *JDI* 1982, p. 374. Cette désignation n’est pas partagée par toutes les juridictions ou instruments. Ainsi, l’article VII de la Convention de Genève de 1961 ou l’article 35(1) du règlement d’arbitrage de la CNUDCI (2010) font référence à la « loi ». En France toutefois, la validité de l’application de règles non étatiques est de jurisprudence constante, V. ainsi : Cass. 2^e civ., 9 déc. 1981 : *Bull. civ.* 1981, II, n° 212 : « en se référant aux “principes généraux des obligations généralement applicables dans le commerce international”, les arbitres n’ont fait que se conformer à l’obligation qu’ils avaient, en vertu de l’article 8 de l’acte de mission, de définir le droit applicable à l’accord conclu ». – Cass. 1^{re} civ., 22 oct. 1991, *Compania Valenciana*, préc. : « un arbitre doit être considéré comme statuant en droit lorsque, le droit applicable n’ayant pas été déterminé par les parties, il se réfère à l’ensemble des règles du commerce international dégagées par la pratique et ayant reçu la sanction des jurisprudences nationales ».

⁴⁵⁷Par ex., pour une application cumulée, prévue à la clause d’arbitrage, du droit français ou anglais selon les cas, V. l’arbitrage dit *Eurotunnel*, *Channel Tunnel Group Ltd et France-Manche SA c/ Royaume-Uni et France*, Sent. partielle, 30 juill. 2007 : *Rev. arb.* 2007, p. 609, note B. Audit. Pour une application cumulative du droit anglais et de la *Charia*, V. *Musawi v. R E International (UK) Ltd and Ors* [2007] EWHC 2981 (V. *infra*, n° 902).

connues, identifiées, étudiées, publiées, pratiquées, *etc.* Le rappel d'une évidence s'impose : la notion de « loi » utilisée dans la formule « loi applicable » ne renvoie pas aux « lois » au sens français, au sens formel, mais à l'ensemble des normes juridiques étatiques en vigueur dans cet État, c'est-à-dire les lois, quelles qu'elles soient, mais également la jurisprudence, moins, toutefois, les règles de conflits et de renvoi, exclues par hypothèses.

Peu importe alors la loi retenue par les parties, peu importe l'existence d'un lien quelconque entre les parties, le territoire d'exécution du contrat, par exemple avec la loi choisie : le principe est celui d'un choix totalement ouvert. Il pourrait même s'agir d'une loi religieuse, à supposer qu'elle soit en mesure d'être « appropriée » au litige (V. *infra*, n° 902), voire d'un droit disparu, par exemple le droit romain (à supposer toutefois de désigner précisément la période visée ou la source de règles)⁴⁵⁸ ; ce serait bien entendu assez ridicule, mais possible. En pratique, cette question est souvent l'occasion d'âpres discussions, chacune des parties tentant de convaincre l'autre de l'opportunité du choix de « sa loi », souvent nationale, du moins dans l'hypothèse dans laquelle les parties sont de nationalité différente. Le choix final sera donc le résultat d'un pouvoir de négociation, soit pris en termes de rapport de force, soit en termes d'échange entre les parties. Parfois, les parties parviennent à s'entendre sur la loi d'un État tiers, souvent désignée comme une loi « neutre », neutralité prise au sens du droit international public. Ainsi, les lois suédoise ou suisse sont parfois choisies dans cette circonstance. Dans d'autres cas, le contrat ou le litige emporte le choix d'une loi particulière, en raison de son adaptation ou de l'habitude, de l'usage, dans ce domaine particulier. On cite souvent le cas des contrats de transport maritime dans lesquels la loi anglaise est souvent choisie, ne serait-ce que parce que les contrats d'assurance, souvent conclus avec une célèbre entreprise anglaise, imposent ce choix.

892. – « Gel » de la loi applicable. Les parties peuvent également décider de « geler » la loi applicable⁴⁵⁹ ou encore convenir de règles de droit applicables quel que soit l'objet du litige⁴⁶⁰. Certains auteurs considèrent même que la clause d'*electio juris* contractualise la loi choisie et a pour effet de faire prévaloir le contrat sur celle-ci⁴⁶¹. Enfin, l'arbitre n'est pas tenu par la hiérarchie des normes de l'ordre juridique choisi⁴⁶² ou par la séparation des ordres⁴⁶³. En dehors même de toute modulation, l'application des principes de droit par les arbitres, non contrôlée et de ce fait libre

⁴⁵⁸Cf. J.-B. Racine, *Droit de l'arbitrage*, *op. cit.*, n° 751.

⁴⁵⁹Par ex. *via* une clause de stabilisation législative stipulée dans un contrat d'État, V. J.-M. Jacquet et D. Bentolila : *JCI. Droit international*, Fasc. 571-90, *Contrats d'État*, 2012, n°s 217 et s. Dans le contexte de crise actuel, l'arbitrage et sa liberté certaine dans l'application du droit de fond peuvent être un outil efficace face à la modulation des effets des contrats internationaux, V. B. Haftel, *Le Covid-19 et les contrats internationaux* : D. 2020, p. 1040.

⁴⁶⁰Alors qu'en droit commercial international, seule la matière contractuelle peut faire l'objet d'une élection de droit, V. Règl. Rome I, art. 3(1) : « Le contrat est régi par la loi choisie par les parties ».

⁴⁶¹V. E. Loquin, *L'arbitrage du commerce international*, Joly éd.-Lextenso éd., 2015, n° 415, p. 338 ; V. aussi S. Bollée, *L'impérativité du droit choisi par les parties devant l'arbitre international* : *Rev. arb.* 2016, p. 675, qui postule que l'arbitre pourrait faire prévaloir des clauses contractuelles spécifiques sur des dispositions impératives du droit choisi par les parties. *Contra* Racine, *préc.*, n° 753, p. 480.

⁴⁶²Il ne peut ainsi transmettre une QPC ou poser une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne (V. *infra*, n° 1289).

⁴⁶³Ainsi, les règles d'inarbitrabilité en matière administrative du moins selon le droit étranger sont jugées inapplicables à l'arbitrage international par la jurisprudence française (V. *supra*, n° 288).

dans une certaine mesure, peut aboutir à une absence de continuité dans les décisions⁴⁶⁴.

Encart 29

Clause de « gel » de la loi

893. – Le choix d'une loi applicable par les parties est celle existant, en principe, *au jour* de ce choix. Or, par hypothèse, ce droit évoluera, sera amendé, réformé au cours du temps de telle manière que le même droit, choisi, qui sera appliqué au moment où les arbitres trancheront le litige sera, par nature, un droit différent de celui qui avait été connu, et choisi, par les parties. D'où la tentation, par les parties, de « geler » la loi applicable choisie, par des clauses dites de « gel de la loi applicable » ou « clause de stabilisation », dont l'objet est de rendre inapplicables les éventuelles modifications postérieures au moment du choix de la loi, fréquentes dans les opérations d'investissement réalisées entre une entreprise privée et un État⁴⁶⁵. On mesure alors la difficulté : souvent ces clauses se limitent à geler le droit en ce sens qu'il s'agit de rendre inapplicables les modifications législatives ou réglementaires futures, totales ou limitées à des normes particulières, fiscales par exemple. On en mesure également l'intérêt pour une entreprise étrangère qui aurait choisi le droit d'un pays donné, loi nationale de l'autre partie. Mais également, on mesure l'intérêt d'une telle clause dans un contrat international d'investissement pour l'investisseur, et la paralysie qui en résulte pour l'État contractant, ce qui est précisément d'ailleurs l'effet recherché.

894. – Ce type de clause, valable en principe, pose apparemment le même type de difficultés que celles posées en termes d'entrée en vigueur d'une loi nouvelle ; en effet la question pourrait se poser de la portée d'une telle clause face à une loi nouvelle d'ordre public. D'un côté, le principe de l'autonomie de l'arbitrage international devrait permettre de valider la clause de stabilisation même face à une loi d'ordre public (à l'exception peut-être, toutefois, d'une loi de police), dans la mesure par exemple où l'on admet que le choix des parties pourrait se porter sur une loi disparue, mais de l'autre côté, la validité de la sentence à rendre pourrait être affectée par la violation de l'ordre public qui pourrait en résulter⁴⁶⁶. Cette réserve, en

⁴⁶⁴V. L. Greenwood, *Principles of interpretation of contracts under English law and their application in international arbitration* : *Arb. Int.* 2019, p. 21-27.

⁴⁶⁵Cf. P. Mayer, *La neutralisation du pouvoir normatif de l'État en matière de contrat d'État* : *JDI* 1986, p. 5. – B. Montebault, *La stabilisation des contrats d'État à travers l'exemple des contrats pétroliers. Le retour des dieux sur l'Olympe ?* : *RD aff. int.* 2003, p. 593. – J.-M. Loncle et D. Philibert-Poliez, *Les clauses de stabilisation dans les contrats internationaux d'investissement* : *RDA aff. int.* 2009, p. 267. – C. Titi, *Les clauses de stabilisation dans les contrats d'investissement : une entrave au pouvoir normatif de l'État d'accueil* : *JDI* 2014, doct. 6.

⁴⁶⁶En ce sens : C. Kessedjian, *Droit du commerce international*, PUF, 2013, n° 113. – J.-F. Poudret et S. Besson, *Droit comparé de l'arbitrage international*, Bruylant, LGDJ, Schulthess, 2002, n° 681.

général validée par la doctrine, nous paraît exagérée dans la mesure où le principe du libre choix de la loi applicable est garanti, quelle qu'elle soit, y compris dans le temps ; à défaut, la simple considération de l'impérativité de la loi interne nouvelle met à néant l'intérêt de telles clauses. La question qui se pose alors est une question de validité de la sentence arbitrale : la sentence qui retient l'efficacité de la clause de stabilisation contre la loi nouvelle impérative est-elle une violation de l'ordre public ? Nous ne le pensons pas, ce qui permet de considérer qu'il s'agit d'une question guère éloignée de la précédente, laissée à la libre interprétation des arbitres.

895. – Les méthodes de détermination par l'arbitre de la règle de droit applicable. Plusieurs méthodes peuvent (et sont) utilisées par les arbitres lorsqu'il leur revient de déterminer la loi applicable, que ce soit de façon impérative ou de leur propre fait⁴⁶⁷. L'application de la règle de conflit de lois du siège est une possibilité pour l'arbitre mais ne peut être imposée du fait de la conception délocalisée de l'arbitrage international en France. Une telle option peut avoir le mérite de la prévisibilité, mais on peut tout aussi bien faire valoir que cela peut risquer de contrevenir à l'attente légitime des parties⁴⁶⁸. L'application des règles de conflit de lois des pays intéressés au litige est une méthode cumulative et peut inclure la prise en compte des règles de conflit de lois du pays du demandeur, du défendeur, du lieu d'exécution du contrat, du lieu de conclusion du contrat, *etc.*, afin de dégager la loi désignée⁴⁶⁹, bien que là encore, le résultat final peut rester aléatoire. L'arbitre peut également envisager d'adopter la méthode dite du « tronc commun » par laquelle on cherche à déduire du silence des parties l'exclusion de l'application de dispositions étrangères à leurs droits au bénéfice de dispositions communes à l'un et à l'autre⁴⁷⁰.

Une autre méthode consiste à faire application de règles de conflit relevant d'un principe général de droit. Cela peut être fait en dégageant une règle de conflit généralement admise, au moyen d'une méthode comparative, ou en faisant application de règles issues de traités qui peuvent traduire un consensus sur telle ou telle matière ou domaine⁴⁷¹.

Enfin, la « voie directe » consiste en principe à déterminer directement la loi applicable en se détournant de toute règle de conflit de lois. C'est la méthode qui semble reconnue par le droit français en vertu de l'article 1511 du Code de procédure

⁴⁶⁷Pour un panorama des différentes méthodes utilisées par les tribunaux arbitraux pour déterminer le droit applicable, V. E. Jolivet, *Chronique de jurisprudence arbitrale de la CCI – La détermination du droit applicable au fond du litige* : *Cah. arb.* 2011, vol. V, p. 515. L'absence de méthode communément applicable en droit de l'arbitrage a pu être critiquée comme causant un manque de prévisibilité, V. G. Cordero-Moss, *Why Arbitration Needs Conflict of Laws Rules* : *Kluwer Arbitration Blog* 17 oct. 2018.

⁴⁶⁸Ainsi, si une étude de l'Université Queen Mary en date de 2015 montre que si 42 % des sondés étaient influencés par le droit applicable au fond dans le choix d'un siège, cela ne signifie pas qu'ils envisagent de se voir appliquer le droit international privé de ce siège, lequel peut justement aboutir, notamment par le jeu du renvoi, à l'application d'un droit éloigné de celui du siège, V. Queen Mary University, School of International Arbitration, *2015 International Arbitration Survey : Improvements and Innovations in International Arbitration*, p. 11.

⁴⁶⁹Ph. Fouchard, E. Gaillard et B. Goldman, *op. cit.*, n° 1547.

⁴⁷⁰Poudret et Besson, *op. cit.*, n° 687, p. 618 et s.

⁴⁷¹Comme par exemple le règlement Rome I ou la Convention de La Haye sur la vente internationale de marchandises.

civile⁴⁷², en ce que l'arbitre est autorisé à appliquer la règle de droit appropriée, d'où une réelle liberté dans ce domaine⁴⁷³. Certains règlements encouragent également les arbitres à utiliser la voie directe⁴⁷⁴.

B. – Les règles anationales ou « non étatiques »

896. – Droit anational. Le choix d'une norme non étatique paraît, *a priori*, absurde dans une conception interne ou étatique du droit international privé des contrats : le Règlement Rome I par exemple n'envisage que le rattachement à une loi étatique. Toutefois, le droit de l'arbitrage propose une conception beaucoup plus souple, ce dont, d'ailleurs, rend compte la formule, par exemple, de l'article 1511 du Code de procédure civile qui vise les « règles de droit » choisies par les parties, formule qui se révèle plus large que le seul choix d'une loi étatique. La pratique de l'arbitrage international en rend également compte : l'article 21.1 du règlement d'arbitrage de la CCI dispose par exemple que « [l]es parties sont libres de choisir les règles de droit que le tribunal arbitral devra appliquer au fond du litige. À défaut de choix par les parties des règles de droit applicables, l'arbitre appliquera les règles de droit qu'il juge appropriées ». Le droit dit « anational » est fondé sur une multitude de sources qui, comme son nom l'indique, ont en commun de n'être pas rattachées à une juridiction étatique en particulier⁴⁷⁵. Peuvent être inclus dans cette catégorie : le droit international d'origine prétorienne (par ex. en matière d'arbitrage d'investissement)⁴⁷⁶, certains traités⁴⁷⁷, les principes généraux du droit (*cf.* Principes

⁴⁷²V. CPC, art. 1511 ; ou pour une application jurisprudentielle, Paris, 13 juill. 1989 : *JDI* 1990, p. 430, note B. Goldman.

⁴⁷³À noter toutefois que cette liberté n'est pas discrétionnaire et s'attache à respecter l'attente légitime des parties et une forme de prévisibilité. C'est ainsi que certains arbitres, une fois arrêté le choix du droit applicable entre plusieurs possibilités, s'efforcent de justifier leur solution en indiquant qu'elle n'aurait pas significativement différé même si un autre droit avait été choisi.

⁴⁷⁴V. Règl. CCI (2021), art. 21.1 ; Règl. CNUDCI (2010), art. 35(1) ; Règl. CMAP, art. 19.2 ; Règl. ICDR (2021), art. 31.1.

⁴⁷⁵On ne vise pas ici des règles issues d'un droit conventionnel puisque les traités sont en principe intégrés dans un ordre juridique étatique donné, comme par exemple la Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises du 11 avril 1980, devenue presque un « standard international » bien que ratifiée par certains pays seulement, dont la France.

⁴⁷⁶Ainsi, dans cette matière sont appliqués les principes établis par les traités d'investissement fondant la compétence des arbitres, le droit international coutumier, les « principes de droit international », V. M. Audit, *Le droit applicable en matière d'arbitrage fondé sur un traité de protection des investissements*, in J.-S. Bergé, M. Forteau, M.-L. Niboyet et J.-M. Thouvenin (ss dir.), *La fragmentation du droit applicable aux relations internationales*, Pedone, 2011, p. 65-81 ; ainsi que la jurisprudence développée sur ces principes. Le droit de l'investissement peut même participer au développement de l'État de droit, par exemple sur la question de la responsabilité internationale des États, V. P. Akavan, *The Contribution of Investment Arbitration to the Rule of Law*, in A. Menaker (éd.), *International Arbitration and the Rule of Law : Contribution and Conformity – ICCA Congress Series n° 19*, Kluwer Law International, 2017, p. 77-82.

⁴⁷⁷Par ex. la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises de 1980 (CVIM). V. B. Goldman, *Frontières du droit et lex mercatoria* : *Arch. phil. dr.* 1968, p. 177 ; *La lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage internationaux, : réalités et perspectives* : *JDI* 1970, p. 490. – P. Lagarde, *Approche critique de la lex mercatoria*, in *Mél. B. Goldman*, Litec, 1982, p. 125. – A. Kassis, *Théorie générale des usages du commerce*, LGDJ, 1984. – V. Heuzé, *La réglementation française des contrats internationaux*, GLN-Joly, 1990. – F. Osman, *Principes généraux de la lex mercatoria*, LGDJ, 1992. – Ph. Kahn, *Les principes généraux du droit devant les arbitres du commerce international* : *JDI* 1989, p. 305. – E. Gaillard, *La distinction des principes généraux du droit et des usages du commerce international*, *Études P. Bellet*, Litec, 1991, p. 203. – D. Bureau, *Les sources informelles du droit dans les relations privées internationales*, thèse, Paris II, 1992. – Ph. Fouchard, E. Gaillard et B. Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international, op. cit.*, n° 1147. – J.-B. Racine et F. Siirinen, *Droit du commerce international*, Dalloz, 2011, p. 59 et s.

UNIDROIT, le principe *pacta sunt servanda*, celui de l'exécution de bonne foi des conventions, de l'exonération de responsabilité en cas de force majeure, de *mitigation of damages, etc.*), les usages du commerce⁴⁷⁸, la *lex mercatoria*⁴⁷⁹, la *lex sportiva*⁴⁸⁰, le droit maritime⁴⁸¹, le droit pétrolier⁴⁸², le droit de la construction⁴⁸³, *etc.*, ou encore des règles du « droit souple » ou *soft law* comme des recommandations ou des chartes d'éthique, voire les différentes « recommandations » rédigées par des institutions privées telles que les « Règles IBA » établies par l'*International Bar Association*⁴⁸⁴. On pourrait ajouter des sources publiques, comme la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises en raison du fait qu'elle contient d'utiles et complètes règles de droit matériel et de la généralité de son usage. Bien que cette spécificité du droit de l'arbitrage international ne doive pas être négligée, il convient de noter qu'il est généralement fait application d'une loi étatique. En effet, les contrats internationaux modernes, bien souvent sophistiqués, prévoient habituellement une *lex contractus* étatique⁴⁸⁵.

897. – Le contenu du droit commercial international : la *lex mercatoria* ? Les dénominations sont variées dans la pratique et dans la doctrine et plus ou moins inclusives (*lex mercatoria*, principes généraux du droit, jurisprudence, usages du commerce international, droit modélisé, *etc.*). La *lex mercatoria* n'est pas spécifiquement définie en droit positif mais elle doit être comprise comme faisant référence à un ensemble de règles destinées à régir le commerce international⁴⁸⁶.

⁴⁷⁸E. Jolivet, G. Marchisio et F. Gélinas, *Trade Usages in ICC Arbitration*, in F. Gélinas, *Trade Usages and Implied Terms in the Age of Arbitration*, OUP, 2015.

⁴⁷⁹Qui est considérée en droit français comme une règle de droit, V. Cass. 1^{re} civ., 22 oct. 1991, préc.

⁴⁸⁰Sous l'œuvre du Tribunal arbitral du sport, l'autorité compétente pour trancher certains litiges sportifs en dernier ressort (V. par ex. Statuts de la FIFA, art. 57) et qui participe du développement d'un droit spécialisé notamment en publiant l'intégralité des sentences rendues sous son égide, V. D. Mavromati et M. Reeb, *The Code of the Court of Arbitration for Sport : Commentary, Cases and Materials*, Kluwer Law International, 2015. La compétence du TAS, comme tribunal arbitral, bien que souvent remise en cause, est toutefois reconnue, notamment par la Cour européenne des droits de l'homme (V. T. Jones, *European court upholds validity of CAS jurisdiction with reservations : Kluwer Arbitration Blog* 4 oct. 2018). L'arbitrage en matière sportive se distingue également en ce qu'il peut appliquer à un litige plusieurs sources concurrentes : les règlements des fédérations (nationales ou internationales), le droit national de la fédération ou de l'association, le droit du contrat ou le droit choisi par les parties, ou à défaut les règles de droit que le tribunal arbitral estime appropriées, voire le droit suisse (Code de l'arbitrage en matière de sport, art. R. 45 et R. 58), V. F. Latty, *La lex sportiva : Recherche sur le droit transnational*, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, p. 537 et s.

⁴⁸¹V. M. Goldby et L. Mistelis (éds), *The Role of Arbitration in Shipping Law*, Oxford University Press, 2016.

⁴⁸²On parle notamment de *lex petrolea*, V. A. Timothy Martin, *Lex Petrolea in International Law*, in R. King (éd.), *Dispute Resolution in the Energy Sector : A Practitioner's Handbook*, 2012. – T. Daintith, *Against « Lex Petrolea »* : JWELB mars 2017, vol. 10, n° 1, p. 1-13. – A. De Jesus O., *The Prodigious Story of the Lex Petrolea and the Rhinoceros. Philosophical Aspects of the Transnational Legal Order of the Petroleum Society : TPLI Series on Transnational Petroleum Law* 2012, vol. 1, n° 1.

⁴⁸³Qui représente une part importante des arbitrages commerciaux (environ 25 % des affaires devant la CCI, V. *2019 ICC Dispute Resolution Statistics : Bull. CCI* 2020, n° 1, p. 15 et s.) et qui semble être le mode de résolution des conflits prioritaires pour ce type de différends, V. D. Kiefer et A. Cole, *Suitability of Arbitration Rules for Construction Disputes*, in S. Brekoulakis et D. Brynmor Thomas (éds), *The Guide to Construction Arbitration*, Law Business Research Ltd, 2017, p. 81 et s.

⁴⁸⁴Lignes directrices de l'IBA sur les conflits d'intérêts en arbitrage international (2014), Lignes directrices de l'IBA sur la représentation des parties en arbitrage international (2013), Règles IBA sur l'administration de la preuve en arbitrage international (2020), Lignes directrices de l'IBA pour la rédaction des conventions d'arbitrage international (2010).

⁴⁸⁵Ainsi, devant la CCI, alors que 88 % des arbitrages introduits en 2019 incluait une clause d'élection de loi, dans 99 % des cas le droit applicable était un droit national, V. *2019 ICC Dispute Resolution Statistics*, préc.

⁴⁸⁶Pour une revue des principes gouvernant la *lex mercatoria*, V. F. Osman, *Les principes généraux de la lex mercatoria*, LGD, 1992 ; V. aussi O. Toth, *The Lex Mercatoria in Theory and Practice*, Oxford University Press,

À bien des égards le raisonnement permettant l'intégration de règles dans cet ensemble qu'est la *lex mercatoria* est circulaire : en font partie les règles que les arbitres internationaux et les praticiens du droit et de l'arbitrage commercial international ont l'habitude d'utiliser. À ce titre, l'Institut de droit international a pu désigner ces règles comme « les principes appliqués dans les rapports économiques internationaux »⁴⁸⁷, tandis que les principes UNIDROIT assimilent *lex mercatoria* et principes généraux du droit⁴⁸⁸. Preuve de son existence, voire de sa prééminence, elle est appliquée expressément dans un certain nombre de sentences arbitrales⁴⁸⁹ et par la jurisprudence française⁴⁹⁰. Le contenu de la *lex mercatoria* est également incertain⁴⁹¹. Ont pu être ainsi désignés comme faisant partie de la *lex mercatoria* : certaines conventions internationales (par ex. : Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale des marchandises)⁴⁹², les principes généraux du droit comme le principe de bonne foi⁴⁹³, les usages du commerce (V. *infra*, n° 904), les règles modèles telles que les INCOTERMS régulièrement revus et mis à jour par la CCI (en 2020 *in fine*), les principes UNIDROIT⁴⁹⁴, les contrats-types CNUDCI, les clauses-types⁴⁹⁵, etc.

898. – « Principes généraux du droit du commerce international ». Dans cet ensemble insaisissable, certains éléments sont plus utilisés que d'autres. On y trouve en effet des « principes généraux du droit du commerce international » comprenant des règles essentielles comme la règle *pacta sunt servanda*, le principe de bonne foi dans la formation, l'exécution ou la rupture des contrats, la règle de l'estoppel, le rejet de la fraude, le principe de l'exception d'inexécution, d'un droit à l'adaptation d'un contrat en cas de changement de circonstances économiques, etc., notamment en tant qu'ils sont validés par la « jurisprudence arbitrale ». On peut ajouter encore les usages du commerce international, mais encore, sans doute, les clauses ou contrats-types usuellement utilisés par des organisations professionnelles, sectorisées, et formant à leur tour des « sous-*lex mercatoria* », comme la *lex sportiva*, la *lex constructionis*, etc. ; ou non spécialisées, comme les INCOTERMS rédigés et révisés régulièrement par la Chambre de commerce internationale. Ces règles, qui pourraient apparaître, dans une logique interne, comme de simples guides généraux sont

2017. Pour un historique de la notion de *lex mercatoria*, V. H. Ciurtin, *A Quest for Deterritorialisation : The « New » Lex Mercatoria in International Arbitration : Arbitration 2019*, p. 123 et s.

⁴⁸⁷Institut de droit international, *La loi du contrat dans les accords entre un État et une personne privée étrangère*, Session d'Athènes, 1979, art. 2.

⁴⁸⁸Principe UNIDROIT, 2016, Préambule : « [Les principes UNIDROIT] peuvent s'appliquer lorsque les parties acceptent que leur contrat soit régi par les principes généraux du droit, la *lex mercatoria* ou autre formule similaire (...) ».

⁴⁸⁹V. P. Bernardini, *Arbitrage international et règles de droit a-nationales* : Bull. CCI 2004, vol. 15, n° 2, p. 62 et s.

⁴⁹⁰Cass. 2^e civ., 9 déc. 1981, préc. – Paris, 19 nov. 1982 : *Rev. arb.* 1983, p. 472. – Cass. 1^{re} civ., 9 oct. 1984 : *D.* 1985, p. 101, note J. Robert.

⁴⁹¹Pour une tentative de consolidation, V. Lord Mustill, *The New Lex Mercatoria : The First Twenty-five Years* : *Revista Brasileira de Arbitragem* 2017, p. 205 et s., spéc. p. 230 et s.

⁴⁹²H. Muir Watt, *L'applicabilité de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises devant l'arbitre* : *RD aff. int.* 1996, n° 3, p. 401.

⁴⁹³Qui a pu être qualifiée d'« essence de la *lex mercatoria* », V. B. Goldman, *La lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage internationaux : réalité et perspective* : *JDI* 1979, p. 475 et s., spéc. p. 483.

⁴⁹⁴Pour une application des principes UNIDROIT, V. E. Jolivet, *Les Principes UNIDROIT dans l'arbitrage CCI*, in *Bull. CCI* 2005, n° spécial, suppl. « Principes UNIDROIT, nouvelles évolutions et applications » p. 71 et s. Plus récemment, la cour d'appel de Paris a confirmé la validité de l'application des principes UNIDROIT en l'absence d'un choix exprès des partis, Paris, 25 févr. 2020, n° 07/18001 : *Rev. arb.* 2020, p. 216, note D. Bureau.

⁴⁹⁵V. not. les clauses-types CCI de force majeure, *ICC Force Majeure and Hardship Clauses*, mars 2020.

cependant suffisantes pour valider l'existence d'un support juridique pour les arbitres. L'ensemble traduit moins l'existence d'un ensemble défini et déterminé de règles que la manifestation, d'une part, de l'incapacité des États à établir, par des conventions internationales, des règles matérielles substantielles et efficaces de sorte que des institutions privées ont pris le relais et, d'autre part, la manifestation de la réalité juridique de ce que l'on désigne souvent comme la « globalisation », laquelle permettrait de penser le droit en dehors des États, ou plus exactement, de le penser indépendamment des contrats, du fait de la faiblesse des États.

Encart 30

Choisir la *lex mercatoria* comme loi du fond d'un litige arbitral ?

899. – Les spécialistes et praticiens du droit du commerce international et de l'arbitrage international ont, par nature, une inclination particulière pour la *lex mercatoria*, la loi des marchands. Les raisons en sont multiples : le terme lui-même offre une alternative juridique intéressante, en tant qu'elle représente un ensemble de règles réalisées et utilisées par des professionnels, constantes et anationales, et non un ensemble de règles distinctes, mouvantes, notamment en fonction des changements politiques incessants des États. De ce point de vue, et assez paradoxalement, le choix de la *lex mercatoria* est « confortable » pour les professionnels, malgré, ou en raison de l'incertitude de son contenu.

Toutefois, les contractants, confrontés à la question de choisir des règles de droit applicables à leur contrat ou à leur litige doivent prendre garde de la portée de leur choix : choisir, sans précision particulière, les « principes du droit commercial international » ou la *lex mercatoria* conduit, au final, à laisser les arbitres décider ce qui, en pratique, composera précisément ces règles, alors que certaines peuvent se contredire, dans la mesure où aucune technique particulière d'organisation des règles de la *lex mercatoria* n'existe. Il peut donc être utile de préciser ce que les parties envisagent, par exemple le recours aux Principes UNIDROIT, à telle recommandation, etc. On ne saurait trop recommander aux parties cette précision.

Par ailleurs, on doit bien reconnaître que le choix, en tout ou partie d'ailleurs, de la *lex mercatoria* n'est pas plus insécurisant que le choix d'une loi étatique. Les lois étatiques, commerciales ou contractuelles, sont rarement proposées pour régler les questions relatives aux contrats internationaux, d'autant plus que l'arbitre international n'est pas tenu par l'ordre public interne de la loi choisie (V. *supra*, n° 888). Choisir la *lex mercatoria* sans plus de précision n'est guère plus utile pour les parties que le choix d'une loi étatique, quand bien même cela est, inversement, très utile pour les arbitres.

En outre, les arbitres internationaux partagent, au moins, la connaissance des règles ou de certaines règles de la *lex mercatoria*, de sorte que le choix d'une loi étatique n'écarte pas la *lex mercatoria*, ne serait-ce que pour régler

des questions qui ne sont pas – ou sont mal – envisagées par la loi étatique, *via* les usages du commerce international, les sentences déjà rendues, *etc.*

Dans cette mesure donc, mieux vaut, alors, préciser les contours des éléments de la *lex mercatoria* choisis dans la convention d'arbitrage.

900. – La codification du droit anational : les principes UNIDROIT. Les efforts de codification du droit commercial international tels que les principes UNIDROIT ou les principes *Lando* peuvent être appliqués par les arbitres, en tant que règles de droit lorsqu'expressément visés comme tels, lorsqu'ils sont contractualisés par l'accord des parties, ou en tant que principes d'interprétation voire en tant qu'usages du commerce⁴⁹⁶. Les « principes » UNIDROIT par exemple forment un corps de règles substantielles complètes intéressant le droit commun des contrats internationaux, dans tous les domaines, assez similaires en la forme à notre ensemble de règles de droit des contrats. Ils inspirent d'ailleurs les Principes du droit européen des contrats, bien moins usités cependant⁴⁹⁷. Cela étant, la référence aux « Principes généraux du droit des contrats » n'est pas une référence vague dans la mesure où « en se référant à l'ensemble des règles du commerce international dégagées par la pratique et ayant reçu la sanction des jugements des jurisprudences nationales, l'arbitre a statué en droit ainsi qu'il en avait l'obligation conformément à l'acte de mission »⁴⁹⁸. Ces principes ne visent donc pas n'importe quelle règle, mais les règles acceptées en tant que susceptibles d'entrer dans un ordre juridique étatique. Il n'est donc pas inutile de préciser dans la convention d'arbitrage à quel type de ces « principes » les arbitres sont appelés à se référer.

901. – Les règles modèles. Il semble qu'il faille à tout le moins distinguer les règles modèles d'un véritable droit anational. En effet, ces règles souvent aussi techniques que juridiques et propres à un secteur d'activité, tendent à être contractualisées et ne forment pas à proprement parler un corps de règles entendu comme une source de droit distincte du contrat. Ainsi, les contrats de construction FIDIC⁴⁹⁹ restent soumis à un droit applicable, de même que les contrats céréaliers GAFTA⁵⁰⁰, soumis en principe au droit anglais. On peut également citer les INCOTERMS qui peuvent être appliqués en tant que règle de droit lorsqu'ils sont contractualisés ou comme critère de rattachement aux usages, coutumes ou principes généraux du commerce international par les arbitres⁵⁰¹. L'utilisation de ces règles modèles, destinées à uniformiser des principes ou des pratiques contractuelles dans

⁴⁹⁶V. M. Benedettelli, *Applying the UNIDROIT Principles in International Arbitration : An Exercise in Conflicts* : JIA 2016, p. 653 et s.

⁴⁹⁷Cf. B. Fauvarque-Cosson, *L'arbitre et le droit européen des contrats* : RAE 2005/2, p. 271.

⁴⁹⁸Cass. 1^{re} civ., 22 oct. 1991, préc.

⁴⁹⁹Les contrats FIDIC désignent un ensemble de contrats-types édictés par la Fédération internationale des ingénieurs-conseils qui ont vocation à s'appliquer à des projets de construction.

⁵⁰⁰Les contrats GAFTA désignent eux les contrats-types édictés par la *Grain and Feed Trade Association* qui ont vocation à s'appliquer aux commerces de céréales.

⁵⁰¹V. E. Jolivet, *Les Incoterms dans les sentences arbitrales de la Chambre de commerce internationale* : Bull. CCI 2010, vol. 21, n° 2, p. 47 et s. À noter l'entrée en vigueur, au 1^{er} janvier 2020, de nouvelles règles Incoterms ; CCI, *Incoterms 2020*, Publ. CCI n° 723E, 2020.

une industrie déterminée, peut aboutir à une certaine cohérence du droit applicable dans une matière donnée⁵⁰².

902. – La Charia⁵⁰³. La *Charia*, ensemble de règles applicables au sein de la communauté musulmane, non « codifiées », révélées et distinctes d'un ordre juridique étatique spécifique, peut légitimement trouver sa place dans la catégorie du droit anational. La question de sa prise en compte en arbitrage international, ou dans le commerce international, doit se poser⁵⁰⁴, du fait notamment du poids actuel de la finance islamique dans le monde des affaires⁵⁰⁵. Le droit de l'arbitrage dans les pays musulmans prend souvent en compte la *Charia*⁵⁰⁶ qui peut avoir des conséquences du fait du caractère impératif de certains de ses principes⁵⁰⁷. Mais il reste à savoir s'ils peuvent être appliqués en tant que tels à un litige arbitral. Ainsi, les juridictions anglaises ont pu admettre l'application de règles anationales de source religieuse si cela était prévu par les parties⁵⁰⁸, mais un contrat soumis au droit anglais, même s'il encadre une opération financière islamique, elle-même régie par le droit émirati et *in fine* la *Charia*, impose au juge de trancher en droit anglais uniquement⁵⁰⁹. Il n'y a en tout cas pas d'incompatibilité de principe entre le choix de la *Charia* et l'ordre juridique français, arbitral ou non⁵¹⁰.

903. – L'impératif contre la *lex mercatoria* ? À l'inverse, dans la situation dans laquelle les parties ont renvoyé à l'application de la *lex mercatoria* ou de l'un de ses éléments, les principes UNIDROIT par exemple ou les « principes du droit des contrats internationaux », les arbitres peuvent-ils invoquer l'application d'une norme impérative qui ne ferait pas partie de l'ensemble des règles de droit choisies par les parties ? Le cas peut se présenter face à une question de droit de la concurrence, de droit financier ou bien de situation de corruption, de droit pénal plus généralement. On mesure la difficulté : les arbitres, tenus de trancher le litige dans le cadre de la mission qui leur est assignée, ne peuvent *a priori* s'éloigner du cadre de règles retenu par les parties. Dans le même temps, le fait que ces règles ne tiennent pas compte de

⁵⁰²V. par ex., CJUE, 9 juin 2011, aff. C-87/10 : *Dalloz actualité*, 24 juin 2011, obs. X. Delpech, qui consacre les Incoterms comme source du droit commercial international.

⁵⁰³Elle est définie dans le Larousse comme la « loi canonique islamique régissant la vie religieuse, politique, sociale et individuelle ».

⁵⁰⁴V. F. Kutty, *The Shari'a Factor in International Commercial Arbitration : IJAA* 2009, n° 4, p. 63 et s. ; pour une revue générale de la question de la *Charia* en arbitrage, V. S. Saleh, *Commercial Arbitration in the Arab Middle East : Shari'a, Syria, Lebanon and Egypt*, Hart Publishing, 2^e éd., 2006. V. aussi : A. H. El Ahdab et J. El Ahdab, *Arbitration with the Arab Countries*, Kluwer Law International, 2011, p. 1-52. – A. Alkhamees, *International Arbitration and Shari'a Law : Context, Scope, and Intersections : JIA* 2011, p. 255 et s.

⁵⁰⁵La finance islamique représentait ainsi un marché évalué à 2,4 milliards de dollars en 2017 et son potentiel était estimé à plus de 3,8 milliards de dollars à l'horizon 2023, V. Al Kanz, *L'économie islamique : les chiffres à retenir en une infographie*, 30 oct. 2018 (www.al-kanz.org/2018/10/30/economie-islamique-infographie/).

⁵⁰⁶V. Loi saoudienne sur l'arbitrage de 2012, art. 38 (V. aussi, art. 25 qui autorise les parties à choisir les règles de procédure applicables que tant qu'elles ne sont pas incompatibles avec la *Charia*).

⁵⁰⁷Sur l'interdiction des intérêts par exemple, V. W. Ben Hamida, *L'incidence des intérêts moratoires sur l'exécution des sentences arbitrales dans les pays arabes : Rev. arb.* 2012, p. 539 et s.

⁵⁰⁸*Halpern v. Halpern & Anr* [2007] EWCA Civ 291 ; V. aussi *Musawi v. R E International (UK) Ltd and ors* [2007] EWHC 2981, qui a finalement reconnu la validité du choix de la *Charia* comme droit non national applicable au fond du litige.

⁵⁰⁹*Dana Gas v. Sukuk*, [2017] EWHC 2928 (Comm) ; V. aussi *Sanghi Polyesters Ltd (India) v. The International Investor KCFC (Kuwait)* [2000] 1 Lloyd's Rep 480, qui considère toutefois que les déductions par le tribunal arbitral tirées de la *Charia* ne constituent pas une irrégularité substantielle en l'espèce.

⁵¹⁰V. Commission sur la finance islamique, « Rapport du groupe de travail sur le droit applicable et le règlement des différends dans les financements islamiques », 21 sept. 2009, *International Journal of Arab Arbitration*, 2009, p. 415 (en anglais).

règles dont la portée est très importante, est-il bien cohérent avec la pratique de l'arbitrage international qui, pour la part considérable de liberté qu'elle emporte, n'est par une pratique aveugle ? Il convient à cela de rajouter le souci de l'efficacité de la sentence à rendre, notamment au regard des droits étatiques susceptibles de recevoir dans leur ordre juridique cette sentence, face à une irrégularité, qui serait alors flagrante, avec le respect minimal de l'ordre public qu'ils pourraient imposer.

La question s'est posée dans l'arrêt *Hilmarton*⁵¹¹ même si celle-ci concernait l'hypothèse du choix d'une loi étatique : en l'espèce, il s'agissait du cas d'une société française ayant confié la mission à une société de droit anglais d'obtenir un marché public en Algérie, c'est-à-dire, pour le dire clairement, d'exercer une « influence » sur le gouvernement algérien. Une clause compromissoire était intégrée dans le contrat, prévoyant l'application du droit suisse et le siège de l'arbitrage en Suisse. La société *Hilmarton*, ayant sans doute été efficace, demandait le paiement de ses honoraires et l'arbitre (unique) avait rejeté la demande en considérant que le contrat violait la loi algérienne, ce qui avait pour effet de rendre le contrat contraire aux bonnes mœurs au sens du Code suisse des obligations⁵¹². On saisit la qualité contorsionniste du raisonnement de l'arbitre : ce n'est pas le droit suisse qui est en cause, mais bien l'application de règles pénales algériennes (voire françaises). La marge d'appréciation de l'arbitre confronté à cette situation est ténue, comme le démontre, d'ailleurs, l'annulation de la sentence par les juges suisses. Mais, pris du point de vue de l'arbitre international, il se trouve face une liberté dont l'exercice est complexe. Aucune prescription ou règle de l'arbitrage international n'impose à l'arbitre d'appliquer une norme impérative autre que celle résultant des règles de droit du fond du litige choisies par les parties. Il demeure, dans une conception optimiste, ou idéaliste, de l'arbitrage que l'arbitre peut considérer que s'imposent, aux règles de droit choisies, des lois impératives, ou des lois de police en relation étroite avec le litige de sorte qu'il ne pourrait, par l'étroitesse du champ normatif de sa mission, conférer une valeur à un accord anticoncurrentiel ou illicite ; en d'autres termes, une « morale » de l'arbitrage s'imposerait, sauf à permettre, par un jeu habile de rédaction de la clause de détermination de la loi applicable au litige, la validation de pratiques condamnables. Dans une conception plus réaliste, ou tragique, de l'arbitrage, l'arbitre peut avoir, simplement, le souci de l'efficacité de la sentence à rendre et de la mission qui s'impose à lui⁵¹³ ; mais alors, il se trouve confronté à un dilemme, dont rend compte l'affaire *Hilmarton* : l'ajout d'une règle non prévue dans la mission de l'arbitre, même relevant de l'ordre public international, dont font partie les lois de police, menace la validité de la sentence⁵¹⁴. Le sujet est très sensible et sans doute

⁵¹¹V. *infra*, n° 1683.

⁵¹²La sentence a été ensuite annulée par les juridictions suisses, et c'est cette sentence, annulée, qui a fait ensuite l'objet d'un *exequatur* en France, dans les conditions de débats propres à cette question, V. *infra*, n° 1685.

⁵¹³Cf. E. Loquin, *Les pouvoirs des arbitres internationaux à la lumière de l'évolution récente du droit de l'arbitrage international* : *JDI* 1983, p. 293.

⁵¹⁴Par ex : en droit de la concurrence V. *infra*, n° 1611 et Paris, 18 nov. 2004, *Thales* : *JCP G* 2005, II, 10039, note G. Chabot ; *D.* 2005, p. 3050, obs. Th. Clay ; *RTD com.* 2005, p. 263, obs. E. Loquin ; *JDI* 2005, p. 357, note A. Mourre : « Le juge de l'annulation ne saurait, sous peine de remettre en cause le caractère final de la détermination des arbitres sur le fond du procès, la violation alléguée d'une loi de police n'autorisant aucune atteinte à la règle procédurale de l'interdiction d'une révision au fond, effectuer en l'absence de fraude ou de violation manifeste, un examen de l'application des règles de la concurrence au contrat litigieux, aucune annulation n'étant d'ailleurs encourue simplement parce que les arbitres, ainsi que le soutient la société

sans solution générale : tout dépend des valeurs propres de l'arbitre, du litige, de ses enjeux et peut-être aussi d'une conception, partagée ou non, des arbitres internationaux des vertus minimales qu'ils devraient s'imposer, d'autant que, d'une manière générale, la liberté de l'arbitre est très largement reconnue. Il demeure que l'on peut considérer que la liberté des arbitres est globalement contenue : elle joue à propos de domaines techniques ou sans enjeu mettant en danger des valeurs fondamentales tandis que, lorsque de telles questions sont susceptibles d'être affectées, par exemple des questions de corruption ou de blanchiment d'argent, les arbitres doivent prendre garde à ce que la sentence à rendre soit susceptible d'être reconnue par les ordres juridiques dans lesquels elles pourraient être présentées (V. *infra*, n° 1612).

904. – L'atténuation de la rigidité du droit par la prise en compte des usages du commerce. Peu importe le type de règle de droit applicable, l'arbitre « tient compte, dans tous les cas, des usages du commerce » (CPC, art. 1511, comp. Règl. CCI (2021), art. 21.2). Leur place particulière semble les distinguer des règles de droit : l'arbitre ne devra qu'« en tenir compte » dans la solution du litige⁵¹⁵. Il est cependant permis de considérer que, nonobstant leur caractère de règle de droit, ou non, ou comme composante de la *lex mercatoria*, une telle référence impose à l'arbitre de préserver l'aspect commercial du litige en ne s'en tenant pas à sa seule dimension juridique⁵¹⁶. Malgré la nature et l'utilisation encore incertaines des usages du commerce, leur emploi reste fréquent dans les arbitrages corporatifs⁵¹⁷. La place privilégiée ainsi allouée aux usages du commerce, et spécialement aux usages du commerce international⁵¹⁸, n'est pas une simple reconnaissance de leur existence et de leur importance. En effet, les usages du commerce international représentent, dans certains secteurs d'activité, en matière de commerce de matière agricole, de céréales, cacao, café, *etc.*, la norme sinon première, du moins essentielle au moment de comprendre les relations contractuelles qui les encadrent, parfois sur ce qui peut passer pour des points de détail, comme lorsqu'il s'agit de déterminer des questions relatives à la livraison, au transfert de propriété et des risques, au paiement par exemple, et parfois des points majeurs, par exemple en matière bancaire, s'agissant des règles en matière de crédit documentaire notamment.

Thales, n'ont pas soulevé d'office les questions de droit communautaire de la concurrence ; que la Cour de justice des Communautés européennes reconnaît elle-même dans l'arrêt *Eco Swiss* le caractère limité du contrôle des sentences, le droit communautaire devant bénéficier, aux termes d'une analyse qui met en balance la nécessité de son application avec les principes de la sécurité juridique et le respect des règles fondamentales de l'arbitrage, de la même attention et protection que les règles impératives de droit d'origine nationale ». *Adde* Ch. Seraglini, *L'affaire Thalès et le non-usage immodéré de l'exception d'ordre public (ou les dérèglements de la déréglementation)* : *Cah. arb.* 2005, n° 2, p. 3. – CJCE, 1^{er} juin 1999, *Ecco swiss* : *RTD com.* 2000, p. 232, obs. S. Poillot-Peruzzetto, p. 340, obs. E. Loquin.

⁵¹⁵Ainsi, l'arbitre doit par exemple tenir compte des « pratiques habituellement suivies dans le commerce international » dans le silence du droit applicable au fond, V. Paris, 5 mars 1998 : *Rev. arb.* 1999, p. 86, note E. Gaillard.

⁵¹⁶Par ex. sur l'efficacité d'un pacte de *quota litis* jugé conforme aux usages du commerce, malgré leur interdiction en droit français, V. Paris, 10 juill. 1992 : *D.* 1992, p. 459, note Ch. Jarrosson.

⁵¹⁷V. en ce sens : J.-B. Racine, *Les usages dans l'arbitrage commercial international : une place à géométrie variable* : *Journ. sociétés* nov. 2011, p. 37.

⁵¹⁸Comp. P. Mousseron, *Faut-il dissocier les usages du commerce international des usages du commerce ?* : *RJ com.* 2011, p. 21.

905. – Promotion politique des usages. Cette promotion des « usages », qu'il est très difficile de déterminer avec certitude⁵¹⁹, a cependant une autre logique, qui rejoint l'idée selon laquelle les règles de droit applicables au litige doivent être les « règles appropriées » à celui-ci. Dès lors, un projet, de type politique, s'est dessiné, permettant, par une considération large de la notion d'usage, de promouvoir la *lex mercatoria* dans son entier. L'opération est d'autant plus efficace que le juge de l'annulation ne peut contrôler le bien-fondé de la sentence, et notamment de la reconnaissance de l'existence et du contenu des usages utilisés par les arbitres dans leur sentence⁵²⁰. L'objectif est donc politique en ce sens que le mécanisme permet de s'abstraire des règles étatiques par la promotion d'un tel droit anational. Pourtant, cette généralisation ou cette fusion de tout ce qui pourrait intégrer la *lex mercatoria* en usages n'est guère convaincante, ou en tout cas manque de précision⁵²¹ et ne rend pas compte de la spécificité des usages : un ensemble de pratiques, souvent relatives à des pratiques contractuelles, dans un secteur particulier. Par exemple, l'application, régulière, des Principes UNIDROIT, leur étude, leur utilisation même à titre de simple référence, est de nature à permettre de les considérer comme intégrant les usages du commerce international, malgré leur caractère général. Là encore, c'est donc une question laissée à la libre interprétation des arbitres, en fonction de la nature des litiges⁵²².

906. – Contrat sans loi ? À pousser le raisonnement de l'autonomie de l'arbitrage international, peut-on envisager un « contrat sans loi », c'est-à-dire un contrat autolégitimé, réglé par lui-même, sans le support d'un ensemble quelconque, une loi étatique ou des règles de la *lex mercatoria*⁵²³ ? À bien des égards, la formule est sans fondement. On confond souvent le principe de l'autonomie de la volonté et l'idée selon laquelle le contrat serait autoproduit, par une forme d'autopoïèse. On pourrait invoquer le principe *pacta sunt servanda*. Toutefois, cette règle n'existe pas par elle-même, elle n'est pas produite par le contrat conclu par les parties, même si les parties intègrent une telle règle dans le *corpus* du contrat : qu'est-ce qui autoriserait l'arbitre à ne pas considérer cette règle comme obligatoire ? Il n'est donc pas possible d'évoquer l'hypothèse du contrat sans loi, même si l'on peut envisager la résolution d'un litige par l'unique application des stipulations contractuelles. Tout au plus peut-il s'agir d'un contrat sans loi étatique, ce qui renvoie alors aux règles de la *lex mercatoria*.

⁵¹⁹Comp. E. Loquin, *La réalité des usages du commerce international* : RID éco. 1989, p. 163.

⁵²⁰Cass. 1^{re} civ., 6 janv. 1987, *Southern Pacific Properties (affaire « des Pyramides »)* : Rev. arb. 1987, p. 469, note Ph. Leboulanger ; JDI 1987, p. 638, note B. Goldman : « il n'appartient pas à la Cour de cassation de contrôler l'existence et l'application des principes et usages du commerce international ».

⁵²¹Cf. E. Gaillard, *la distinction des principes généraux du droit et des usages du commerce international*, in *Mél. P. Bellet*, Litec, 1991, p. 203.

⁵²²Cf. E. Loquin, *Retour sur les sources premières de la lex mercatoria : les usages du commerce international*, in *Mél. J.-M. Jacquet*, LexisNexis, 2013, p. 215 : il existerait une distinction entre les arbitrages « aristocratiques » et les arbitrages « plébéiens », les premiers opposant de grands opérateurs du commerce international, souvent devant des centres d'arbitrage avec des tribunaux composés de juristes où la place des usages est faible, les seconds s'intégrant dans le commerce des matières premières, récurrents, avec des arbitres professionnels, moins rompus aux techniques juridiques et plus ouvert aux usages.

⁵²³Cf. L. Gannagé, *Le contrat sans loi en droit international privé* : *Electron. Journ. Of Comp. Law* déc. 2007.

C. – L'équité ou l'amicable composition

907. – La possibilité d'appliquer, ou non, les « règles de droit ». Aussi bien en matière interne (CPC art. 1478), qu'internationale (CPC art. 1512), le droit français de l'arbitrage permet à l'arbitre, selon accord exprès des parties, de régler le litige en amiable composition⁵²⁴. L'amicable composition ou l'équité – dont le recours est largement admis en droit comparé⁵²⁵ et dans les règlements d'arbitrage les plus usités⁵²⁶ – fonde d'ailleurs l'esprit originel de l'arbitrage, dont le but était de limiter le contrôle du fond par les tribunaux étatiques⁵²⁷. Cette liberté n'est pas reconnue à l'arbitre qui devra impérativement trancher « conformément aux règles de droit » en l'absence d'instructions des parties⁵²⁸, ce qui entraîne deux conséquences. D'abord, la volonté des parties de trancher le litige en équité doit se manifester de façon claire, précise et non équivoque⁵²⁹. Ensuite, l'arbitre ne peut s'octroyer d'office un pouvoir d'amicable compositeur⁵³⁰.

908. – Le contenu de l'amicable composition. L'amicable composition est définie de manière négative comme étant « une renonciation conventionnelle aux effets et au bénéfice de la règle de droit, les parties perdant la prérogative d'en exiger la stricte application et les arbitres recevant corrélativement le pouvoir de modifier ou de modérer les conséquences des stipulations contractuelles dès lors que l'équité ou l'intérêt commun bien compris des parties l'exige »⁵³¹. Ainsi, l'arbitre amiable compositeur peut atténuer les effets d'un contrat qui serait inéquitable⁵³², doit même parfois confronter le contrat à l'équité⁵³³. L'arbitre doit, quoi qu'il en soit, rester dans les limites inhérentes au droit des contrats, il ne peut ainsi en modifier l'économie en substituant des obligations nouvelles aux obligations contractuelles⁵³⁴. L'équité est aussi une manière de donner plus de poids au fond, par exemple en opérant un plus juste équilibre entre la situation dommageable dans laquelle est placée la victime d'une violation contractuelle et les moyens de défense, formalistes mais juridiquement solides, invoqués par l'auteur de ladite violation.

909. – La permanence des exigences liées au pouvoir juridictionnel de l'arbitre amiable compositeur. L'amicable compositeur reste lié par l'ordre public international, notamment procédural⁵³⁵. Les solutions rendues en équité doivent être

⁵²⁴Pour une revue générale et complète sur cette notion, V. Loquin, *L'arbitrage commercial international*, préc., n°s 398 et s.

⁵²⁵V. not. G. Born, *International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2014, § 19.07.

⁵²⁶Ainsi le règlement de la CCI (2021) prévoit, en son article 21(3) que : « [l]e tribunal arbitral statue en amiable compositeur, ou décide *ex aequo et bono*, seulement si les parties sont convenues de l'investir de tels pouvoirs ». V. aussi L. Kiffer, *L'amicable composition et l'arbitrage CCI* : Bull. CCI 2007, vol. 18, n° 1, p. 54 et s.

⁵²⁷V. F. Grisel, *Droit et non-droit dans les sentences arbitrales CCI : une perspective historique* : Bull. CCI 2014, p. 13.

⁵²⁸Paris, 30 mai 1996 : *Rev. arb.* 1996, p. 645, note D. Bureau. – Paris, 3 juin 2004 : *Rev. arb.* 2004, p. 683, note P. Callé.

⁵²⁹Toutefois, cela peut résulter de la référence à une institution d'arbitrage qui prévoit expressément que l'arbitre statue en amiable compositeur, V. Paris, 7 mai 2009 : *Rev. arb.* 2009, p. 648.

⁵³⁰Cass. 1^{re} civ., 12 oct. 2011 : *Rev. arb.* 2012, p. 91, note E. Loquin.

⁵³¹Paris, 28 nov. 1996 : *Rev. arb.* 1997, p. 380, note E. Loquin. – Paris, 16 juin 2020, n° 18/09616 : *Gaz. Pal.*, 12 mars 2021, n° 10, p. 29, obs. D. Bensaude.

⁵³²Paris, 6 mai 1988, *Sté Unijet* : *Rev. arb.* 1989, p. 83, note E. Loquin.

⁵³³Paris, 4 déc. 2003 : *Rev. arb.* 2004, p. 908, note J.-G. Betto.

⁵³⁴Paris, 8 mars 2016 : *Rev. arb.* 2016, p. 355.

⁵³⁵Paris, 19 nov. 2019, n° 17/20392 : *Gaz. Pal.* 10 mars 2020, n° 10, p. 36, note D. Bensaude.

motivées ou justifiées⁵³⁶, du moins doit-il apparaître à l'examen de la sentence que l'arbitre a effectivement statué en équité⁵³⁷, sous peine de sanction pour non-respect de sa mission⁵³⁸.

910. – Le refus de statuer en équité. S'il n'est pas interdit à l'arbitre amiable compositeur de statuer en droit, il devra dans ce cas motiver l'application du droit par des considérations d'équité⁵³⁹. Quand bien même l'arbitre devrait statuer en droit, son « appréciation souveraine » doit lui permettre d'introduire certains aspects d'équité dans le litige à trancher, notamment dans l'évaluation du préjudice⁵⁴⁰. Il faut aussi reconnaître que cette « coloration équitable » n'est pas absente de la plupart des sentences arbitrales, même rendues en droit, notamment lorsque les arbitres, parfois aux positions diamétralement opposées, parviennent à une décision plutôt « consensuelle » qu'à la majorité.

§ 3. – Les limites à la liberté dans le choix ou la détermination du droit applicable

911. – La liberté inhérente au choix du droit applicable – et à l'arbitrage de manière générale – n'est en réalité pas sans limite. En effet, peu importe le choix ou la détermination des règles de droit, l'arbitre devra, pour trancher le litige, prendre en compte l'ordre public et d'autres règles impératives qui s'imposent à lui nonobstant ou en dehors du droit choisi ou déterminé. Concrètement, au-delà de la sanction (annulation ou refus d'*exequatur*) qu'encourt sa sentence, la question se pose de savoir si l'arbitre peut ou doit soulever d'office ces règles. Certains auteurs estiment que les arbitres ne doivent pas nécessairement défendre « une conception particulière de l'ordre public »⁵⁴¹, tandis que d'autres considèrent que le respect par les arbitres de l'ordre public est une condition de l'autonomie de l'arbitrage⁵⁴².

A. – Les limites légales à la liberté de l'arbitre

912. – Liberté contrôlée de l'arbitre. L'arbitre est-il réellement le seul maître des règles applicables au litige, dans la mesure, d'une part, de l'existence d'une clause de choix du droit applicable et, d'autre part, des pouvoirs de l'arbitre ? La question

⁵³⁶Cass. 1^{re} civ., 10 juill. 2003 : *Rev. arb.* 2003, p. 1361, note J.-G. Betto. Cette obligation peut, au moins théoriquement, être tempérée par le fait que la motivation n'est pas contrôlée dans l'arbitrage international.

⁵³⁷Cass. 1^{re} civ., 12 juin 2014 : *RJ com.* 2015, p. 40, obs. B. Moreau. – Cass. 1^{re} civ., 1^{er} févr. 2012 : *Rev. arb.* 2012, p. 91, note E. Loquin. – Cass. 1^{re} civ., 11 juill. 2019, n° 18-13.954. V. aussi Ph. Casson, *Le contrôle du juge de l'annulation sur l'exercice des pouvoirs d'amiabile compositeur de l'arbitre* : *JCP E* 2019, n° 51, 1568, note ss Cass. 1^{re} civ., 11 juill. 2019, n° 18-13.954.

⁵³⁸Cass. 1^{re} civ., 28 nov. 2007, n° 06-16.835 : *Bull. civ.* 2007, I, n° 369.

⁵³⁹Cass. 2^e civ., 15 févr. 2001 : *Bull. civ.* 2001, II, n° 26, p. 19 ; *Rev. arb.* 2001, p. 135, note E. Loquin. – Cass. 1^{re} civ., 17 déc. 2008 : *Bull. civ.* 2008, I, n° 284. – Cass. 1^{re} civ., 1^{er} févr. 2012 : *Rev. arb.* 2012, p. 91, note E. Loquin. – Paris, 14 mars 2006 : *Rev. arb.* 2007, p. 821, note V. Chantebout. – Paris, 19 nov. 2019, n° 17/20392.

⁵⁴⁰V. par ex. Cass. 1^{re} civ., 24 sept. 2014 : *RTD com.* 2016, p. 61, note E. Loquin. – Paris, 23 oct. 2012 : *Rev. arb.* 2013, p. 170. – Paris, 17 janv. 2008, *Camtel* : *Rev. arb.* 2008, p. 333, note N. Melin. – Paris, 9 sept. 2010, *Marriott c/ JNAH* : *Rev. arb.* 2011, p. 970, note C. Debourg.

⁵⁴¹Ph. Fouchard, E. Gaillard et B. Goldman, *op. cit.*, n° 1534.

⁵⁴²J.-B. Racine, *Réflexions sur l'autonomie de l'arbitrage commercial international* : *Rev. arb.* 2005, p. 305, spéc. p. 323 et s.

renvoie, ici, à l'étendue du contrôle de la sentence par le juge. Or, il est évident que l'une des missions de l'arbitre est de produire une sentence efficace, non susceptible *a priori* d'annulation et susceptible de recevoir exécution dans les pays probables dans lesquels celle-ci pourrait être recherchée. Cette question, essentielle, abordée au titre des conditions de l'annulation d'une sentence arbitrale, permet de mesurer la difficulté particulière qui s'attache à la mission juridictionnelle de l'arbitre. Elle dépend, en effet, de l'intensité du contrôle de la sentence par le juge du siège, à géométrie spatiale et temporelle variable, et de la conception de l'ordre public international, de fond et procédural du droit des États dans lesquels la sentence pourrait chercher à être intégrée, voire d'un ordre public transnational.

913. – L'ordre public⁵⁴³. Le respect aussi bien de l'ordre public procédural que de l'ordre public de fond peut s'imposer à l'arbitre par le biais du contrôle de la sentence par les juridictions étatiques (V. CPC, art. 1492, 5° et 1520, 5°)⁵⁴⁴. En matière interne, pour éviter tout risque d'annulation, l'arbitre devra respecter l'ordre public interne, tandis qu'en matière internationale, l'arbitre devra vraisemblablement prendre en compte l'ordre public propre au droit applicable au fond ainsi qu'à celui du siège, sans oublier l'ordre public des États où la sentence est susceptible d'être exécutée⁵⁴⁵.

914. – L'ordre public transnational. Parallèlement à l'ordre public international, qui est toujours celui d'un État, la notion d'ordre public transnational s'est développée pour désigner l'idée que l'arbitre international, qui n'a pas de for, est tout de même garant d'un ordre public non étatique. Il est défini comme « un ordre public qui impose ses exigences sans souci nécessaire d'un rattachement d'une espèce à un ordre juridique déterminé »⁵⁴⁶. La jurisprudence française, pour désigner cette notion, fait parfois référence à l'ordre public « véritablement » international⁵⁴⁷, l'ordre public applicable dans les relations internationales ou à l'éthique des affaires telle que conçue par la plus grande partie des États de la communauté internationale⁵⁴⁸. Dans les principes couverts par cet ordre public spécifique, il semble falloir inclure ceux partagés universellement tels que la protection des droits de l'Homme⁵⁴⁹, la lutte contre la corruption⁵⁵⁰ et le blanchiment d'argent⁵⁵¹ et, de plus en plus, la protection de l'environnement⁵⁵².

⁵⁴³Pour une synthèse récente sur l'ordre public, notamment interne, V. Dossier « Contrat et ordre public » : BRDA 2018, n° 6, 15 mars 2018, p. 17 et s.

⁵⁴⁴V. *infra*, n° 1553.

⁵⁴⁵L'article V.2(b) de la Convention de New York prévoyant que la reconnaissance ou l'exécution d'une sentence peut être refusée si elle était contraire à l'ordre public de ce pays. Pour une prise en compte par un tribunal arbitral de l'ordre public du lieu où sera exécutée la sentence, V. Sent. CCI n° 6697 de 1990 : *Rev. arb.* 1992, p. 135, note P. Ancel. Cette prise en compte par l'arbitre résultait en l'espèce de la règle selon laquelle le tribunal arbitral doit s'assurer de l'efficacité de sa sentence établie à l'article 42 du règlement CCI dans sa version de 2017.

⁵⁴⁶J.-M. Jacquet, *L'ordre public transnational*, in E. Loquin et S. Manciaux (ss dir.), *L'ordre public et l'arbitrage*, LexisNexis, 2014, p. 101 et s.

⁵⁴⁷Cass. 1^{re} civ., 19 nov. 1991 : *Rev. arb.* 1992, p. 76, note L. Idot.

⁵⁴⁸Paris, 30 sept. 1993 : *Rev. crit. DIP* 1994, p. 349, note V. Heuzé.

⁵⁴⁹M. M. Mohamed Salah, *Arbitrage international et droits de l'Homme*, in F. Osman et G. Yildirim (éds), *Où va l'arbitrage international ? De la crise au renouveau*, LexisNexis, 2017, p. 239-271. V. aussi : *Biloune c/ Ghana*, Sent. CNUDCI, 27 oct. 1989, sur la prise en compte de violations des droits de l'Homme dans la décision du tribunal arbitral, ou encore *Bear Creek Mining Corp. c/ Pérou*, Aff. CIRDI, n° ARB/14/2, où le tribunal arbitral a réduit le montant des dommages-intérêts accordés au demandeur du fait de ses défaillances dans le respect des droits de l'Homme.

⁵⁵⁰V. Paris, 16 mai 2017 : *D.* 2017, p. 2559, obs. Th. Clay, qui tout en rejetant le recours en annulation, reconnaît

915. – Les lois de police⁵⁵³. Les lois de police sont des lois impératives (ou dites d'application immédiate ou d'application nécessaire), y compris sur le plan international, et qui ont vocation à s'appliquer même si l'ordre juridique auquel elles appartiennent n'a pas été désigné⁵⁵⁴, par exemple lorsqu'elles relèvent du droit du siège ou du droit du lieu d'exécution de la sentence. La question de leur effet se pose toutefois lorsqu'elles n'appartiennent pas à la loi choisie ou ne sont pas intéressées directement par le litige. Il semble que les arbitres devraient donner effet à une loi de police extérieure dès lors que ses critères d'application sont remplis, lorsqu'il existe un lien étroit entre la loi de police et le litige, et lorsque son application est considérée légitime par l'arbitre⁵⁵⁵. À l'inverse, le juge français n'assimile pas les lois de police étrangère à l'ordre public international français, en atténuant donc la portée en dehors du for concerné⁵⁵⁶. On peut citer comme exemple de loi de police le droit européen de la concurrence⁵⁵⁷ ou encore les règles relatives aux procédures collectives qui ont pu être décrites comme lois de police⁵⁵⁸.

916. – Les lois extraterritoriales ou les mesures internationales de sanctions. D'autres normes, impératives ou d'ordre public, mais de plus en plus nombreuses, peuvent grandement influencer le contenu voire l'applicabilité du droit applicable au fond. Par exemple, lorsque des sanctions internationales ont vocation à s'appliquer à la relation commerciale sous-jacente ou à l'une des parties, la solution au fond en sera très vraisemblablement affectée⁵⁵⁹. Ainsi, les sanctions prises par l'Union européenne à l'encontre de certains pays peuvent interdire aux entités visées d'obtenir réparation du fait d'une inexécution causée par les mesures de sanction⁵⁶⁰. De telles mesures, bien qu'arbitrables, semblent devoir s'imposer aux arbitres, par exemple lorsqu'elles interdisent à une entité sanctionnée de former des demandes en réparation⁵⁶¹. Au-delà des sanctions internationales, les lois extraterritoriales visant à s'appliquer de façon étendue à des opérations ou à des acteurs internationaux (par ex., le *Foreign Corrupt Practices Act* et le *Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act* aux États-Unis, le *Bribery Act* au Royaume-Uni ou la loi Sapin II de 2016 en France) sont susceptibles de peser sur l'issue du litige. En effet, sans que ces lois puissent

que la lutte contre la corruption fait l'objet d'un consensus international.

⁵⁵³Les tribunaux français considèrent par exemple qu'une sentence donnant effet à une opération de blanchiment est contraire à l'ordre public international, Paris, 21 févr. 2017 : *Rev. arb.* 2017, p. 915, note S. Bollée et M. Audit. Comp. pour une violation d'un embargo, Cass. com., 15 févr. 2020, in *Rev. droit de la guerre économique* 2020/1, n° 21, obs. D. Mainguy, in *droit-contentieux-guerre-eco.fr*.

⁵⁵²V. Rapport de la Commission CCI, *Resolving Climate Change Related Disputes through Arbitration and ADR*, Publ. CCI n° 999, 2019.

⁵⁵³V. de manière générale, Ch. Seraglini, *Lois de police et justice arbitrale*, Dalloz, 2001.

⁵⁵⁴P. Mayer et V. Heuzé, *Droit international privé*, LGDJ, 2014, n° 123, p. 98.

⁵⁵⁵J.-B. Racine, *op. cit.*, n° 797, p. 507.

⁵⁵⁶Paris, 16 janv. 2018 : *Rev. arb.* 2018, p. 401 et s., note S. Lemaire.

⁵⁵⁷O. Caprasse, *L'application du droit européen de la concurrence par l'arbitre*, in *Arbitrage et droit de l'Union européenne*, P. Mayer (ss dir.), LexisNexis, 2012, p. 63. – M. de Fontmichel, *L'application du droit de la concurrence par le tribunal arbitral* : AJCA 2014, p. 204.

⁵⁵⁸Ch. Seraglini et J. Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, LGDJ, 2019, § 907.

⁵⁵⁹Sur le caractère impératif des sanctions économiques, V.M. Azerdo da Silveira, *Trade Sanctions and International Sales : An Inquiry into International Arbitration and Commercial Litigation*, Kluwer Law International, 2014, p. 50 et s.

⁵⁶⁰Pour la Russie, V. Règl. (UE) n° 833/2014, 31 juill. 2014, art. 11(1). Pour la Syrie, V. Règl. (UE) n° 36/2012, 18 janv. 2012, art. 27.

⁵⁶¹V. J.-B. Racine, *L'arbitrage international et les mesures d'embargo – À propos de l'arrêt de la Cour d'appel du Québec du 31 mars 2003* : *JDI* janv. 2004, n° 1.

s'imposer d'elles-mêmes, leur caractère impératif et/ou d'ordre public pourrait conduire les arbitres à en tenir compte⁵⁶². Par ailleurs, ces questions ne se posent pas pour les seuls arbitres ou juges de la validité de la sentence, mais posent également des problématiques importantes pour les institutions arbitrales.

B. – Les limites extralégales à la liberté de l'arbitre

917. – Les limites relatives aux choix des parties. Il est indéniable que la façon dont les parties abordent en pratique le règlement de leur litige peut conditionner l'application du droit par les arbitres. Ainsi, les parties peuvent compromettre pour des raisons de neutralité et opteront ainsi pour des arbitres neutres, mais donc éloignés du contexte litigieux, et ainsi parfois du droit applicable, avec les conséquences que cela implique dans leur parfaite maîtrise de ce droit et de son esprit. D'autres choisiront des arbitres d'abord pour leur expertise technique parfois au détriment de leurs connaissances juridiques. Ces considérations pratiques conduisent ainsi à relativiser l'importance du droit applicable, d'autant plus lorsque celui-ci n'est en principe pas contrôlé par le juge de l'annulation.

918. – Les limites culturelles, sociales et institutionnelles. Les arbitres, qui pourraient former une catégorie socioprofessionnelle à part entière dans le monde du droit, demeureraient influencés par la culture de l'arbitrage international en développant une doctrine spécifique ou en appliquant des solutions aux litiges devant eux qui peuvent être détachées d'un ordre juridique étatique. Par ailleurs, l'institution arbitrale peut influencer l'application de la règle de droit, par le choix d'un arbitre (notamment unique ou du président) ou l'examen qu'elle applique aux sentences rendues sous ses auspices, bien que son contrôle se focalise d'abord sur des questions de cohérence générale ou procédurales. Enfin, la confidentialité, encore

⁵⁶²Sur cette question, V. M. Audit, *L'arbitrage international confronté à l'extraterritorialité des lois* : *Rev. arb.* 2015, p. 1001 et s. La jurisprudence évolue très vite : un temps la Cour de cassation n'admettait pas nécessairement un tel fondement et a pu considérer qu'une sentence violant une loi étrangère anti-corruption ne violait pas l'ordre public international français, V. Cass. 1^{re} civ., 12 févr. 2014 : *JDI* janv. 2015, n° 1, comm. 5, note P. de Vareilles-Sommières, la situation ayant sans doute vocation à changer, comme les suites de l'affaire *Alstom* semblent le démontrer (comp. Paris, 28 mai 2019, n° 16/11182, *Alstom Transport et Alstom Network UK Ltd c/ A BL* : *Rev. arb.* 2019, p. 850, note E. Gaillard ; *Gaz. Pal.* 2 juill. 2019, p. 22, note D. Bensaude ; *Rev. droit de la guerre économique* 2020/1, n° 20, obs. D. Mainguy in *droit-contentieux-guerre-eco.fr*. Des poursuites engagées sur le fondement de la violation, par Alstom, des règles des *Federal Corrupt Practices Act* (FCPA ; 15 USC § 78dd-1 à 3) s'étaient soldées par la conclusion d'un *Deferred Prosecution Agreement* (DPA) pour un montant de 772 millions de dollars. Par la suite, des litiges subséquents, privés, se sont développés au sujet de contrats de consultant conclus par Alstom et un contractant situé à Hong Kong en vue de l'obtention de marchés ferroviaires en Chine, types de contrats considérés comme particulièrement suspects du point de vue des règles anti-corruption. Les marchés obtenus, Alstom avait payé certaines commissions mais point les autres, déclenchant un arbitrage. Une sentence condamnait Alstom, laquelle cherchait à obtenir l'annulation de la sentence, en vain, en Suisse, lieu du siège de l'arbitrage, et engageait un recours contre l'ordonnance d'*exequatur* obtenue en France par son contradicteur sur le fondement de la violation de l'ordre public international, dans la mesure où la sentence violait les règles de lutte contre les pratiques de corruption en donnant effet à un contrat équivalent à un pacte de corruption, pour des actes réalisés à l'insu d'Alstom. La cour d'appel de Paris décidait alors, après avoir obtenu plusieurs pièces, pour rejeter la demande d'*exequatur*, qu'« elle était coutumière des pratiques de corruption d'agents publics étrangers, notamment par l'intermédiaire de prétendus consultants, ainsi qu'elle l'a reconnu aux termes d'accords de 2013 et 2014 avec le Ministère américain de la Justice (...) » (Paris, 10 avr. 2018, *Sté Alstom Transport SA et a. c/ BL* : *Rev. arb.* 2018, 574, note E. Gaillard ; *RTD com.* 2019, 42, note E. Loquin ; *D.* 2018, 1934, obs. L. d'Avout ; *D.* 2018, 2448, obs. Th. Clay. – K. Mehtiyeva, *Chronique de coopération judiciaire* : *JDI* 2019, 581) ; V. aussi Paris, pôle 5, ch. 16, 15 sept. 2020, n° 19/09058, *Airbus Helicopters c/ Samwell*, précisant l'étendue des indices pouvant être retenus pour refuser de donner force à un contrat entaché de corruption.

prédominante, des sentences arbitrales, à l'opposé de l'accès public aux décisions judiciaires, ajoutée à l'absence de contrôle par une haute juridiction chargée de veiller à la cohérence d'une « jurisprudence arbitrale », peut conduire à une certaine dichotomie entre ce droit substantiel tel qu'expliqué par les arbitres et celui appliqué, de manière sans doute plus prévisible, par les juges. Tout ceci conduit aussi à limiter la portée exacte du choix d'un droit applicable.

Section 2

Le droit applicable à la procédure

919. – Présentation. De la même façon que pour les règles de fond en matière internationale, la procédure est marquée par le principe d'autonomie et la liberté accordée aux parties et à l'arbitre. Cette liberté se reflète aussi bien dans le choix des règles procédurales applicables en tant que telles, voire dans leur création, que dans leur mise en œuvre et dans la gestion de la procédure. À la différence du droit applicable au fond dont le libre choix se retrouve ailleurs que dans l'arbitrage, la liberté d'ordre procédural est inhérente à celui-ci, entendu comme une justice alternative aux juridictions étatiques et à ce qui est parfois perçu comme un carcan rigide et/ou national. Reste que la nature juridictionnelle de l'arbitrage implique de préserver de façon absolue certains principes processuels fondamentaux. De plus, le principe d'autonomie est, en pratique, sociologiquement limité par les habitudes juridiques des différents acteurs et par le poids important que prennent les institutions arbitrales aujourd'hui en la matière. On présentera d'abord de quelle façon s'organise l'autonomie des règles de procédure (§ 1), avant d'étudier les moyens de détermination de celles-ci (§ 2). On présentera ensuite ce que l'on désigne comme « règles de procédure » (§ 3).

§ 1. – L'autonomie des règles de procédure

920. – L'autonomie des règles de procédure, fondée sur la composante contractuelle de l'arbitrage qui permet de façonner librement le règlement d'un différend (A), doit être tempérée par la composante juridictionnelle de l'arbitrage qui impose le respect des principes fondamentaux du procès (B).

A. – L'autonomie par rapport aux autres droits applicables

921. – L'absence de for en matière d'arbitrage international. Le droit positif de l'arbitrage international a consacré l'absence de rattachement de celui-ci à un ordre juridique étatique⁵⁶³. Ce principe d'autonomie prend toute sa mesure dans la détermination des règles de procédure.

⁵⁶³V. Cass. 1^{re} civ., 23 mars 1994 : *Rev. arb.* 1994, p. 337, note Ch. Jarrosson ; V. aussi 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, doct. n° 2. –

1° L'autonomie par rapport au droit applicable au fond

922. – L'indépendance du droit applicable à la procédure par rapport au droit du fond. La jurisprudence française, constante à cet égard, considère que l'élection du droit français au fond du litige n'entraîne pas l'application de la loi française de procédure⁵⁶⁴. À l'inverse, rien n'interdit aux parties ou à l'arbitre de désigner une loi étatique, là aussi de façon autonome. Il est ainsi possible de choisir une loi de procédure différente de celle du fond⁵⁶⁵.

L'article 1509 du Code de procédure civile prévoit également expressément le recours à des règles non étatiques, règlement d'arbitrage ou règles de procédure *ad hoc*, donnant ainsi une grande liberté aux acteurs de la procédure arbitrale pour la mener comme ils l'entendent. L'autonomie procédurale a permis de substituer à la rigidité de la procédure civile étatique, un *corpus* souple mais relativement cohérent, de règles contractualisées issues de la *soft law* (règlements d'arbitrage ou lignes directrices telles que les Règles IBA sur l'administration de la preuve (2020)) dont certaines peuvent être considérées comme étant devenues de véritables principes généraux de l'arbitrage⁵⁶⁶.

2° L'autonomie par rapport au droit du siège

923. – L'absence de référence à la loi de procédure du siège. Alors que le principe autrefois posé par la Cour de cassation prévoyait que la désignation d'un siège devait emporter, par une interprétation de la volonté des parties, application de la loi de procédure dudit siège⁵⁶⁷, les articles 1464 et 1509 du Code de procédure civile (et les dispositions du décret de 1981 avant eux) se détachent entièrement d'un rattachement à un quelconque for à propos du droit applicable à la procédure, même par défaut. Ainsi, l'article 1464, alinéa 1 dispose pour l'arbitrage interne que : « [à] moins que les parties n'en soient convenues autrement, le tribunal arbitral détermine la procédure arbitrale sans être tenu de suivre les règles établies pour les tribunaux », tandis que l'article 1509 relatif à l'arbitrage international se dispense de toute mention d'un quelconque droit étatique applicable.

En droit international et comparé⁵⁶⁸, le principe d'autonomie est là encore bien établi. La loi-type CNUDCI (2006) prévoit d'ailleurs (art. 19) la liberté des parties de « convenir de la procédure à suivre » et, à défaut, la liberté pour l'arbitre de

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.

⁵⁶⁴Cass. 1^{re} civ., 10 mai 1988 : *Rev. arb.* 1989, p. 51, note J.-L. Goutal ; V. aussi Paris, 21 févr. 1980 : *Rev. arb.* 1980, p. 524, note F.-Ch. Jeantet.

⁵⁶⁵Paris, 21 févr. 1980 : *Rev. arb.* 1980, p. 524.

⁵⁶⁶Ainsi, certaines études indiquent qu'environ la moitié des arbitrages feraient référence aux Règles IBA sur l'administration de la preuve en arbitrage international (2020), ce qui n'est pas sans inconvénient et peut conduire à une certaine uniformisation, V. *IBA Arbitration Guidelines and Rules Subcommittee, Report on the reception of the IBA Arbitration Soft Law Products*, 16 sept. 2016 (www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUid=105d29a3-6261-4437-84e2-1c8637844beb).

⁵⁶⁷Cass. req., 8 déc. 1914, *Salles c/ Hale* : DP 1916, I, 1218.

⁵⁶⁸V. par ex., *Arbitration Act* anglais de 1996, art. 34(1) : « It shall be for the tribunal to decide all procedural and evidential matters, subject to the right of the parties to agree any matter » ; ou l'article 182 de la loi suisse sur le droit international privé. On retrouve aussi, de plus en plus, dans la jurisprudence de pays émergents en matière arbitrale, des décisions affirmant que le recours à l'arbitrage signifie nécessairement la volonté d'éviter l'application des règles judiciaires locales : v. par ex. au Qatar : Cour de cass., Appels n° 45 & 49, 25 mars 2012, IJAA 2014, p. 44, n. M. Khatchadourian.

« procéder à l'arbitrage comme il le juge approprié ». La Convention de Genève de 1961 consacre cette même autonomie en son article IV. À l'inverse, la Convention de New York accorde dans le domaine une certaine importance, subsidiaire, à la loi de procédure du siège à défaut de convention des parties (art. V[1][d]).

Il ressort donc de cet ensemble que le choix du siège de l'arbitrage ne peut pas être automatiquement assimilé à un choix de règles de procédure applicables, sous réserve des dispositions impératives du siège dont le poids peut se faire ressentir au moment du contrôle *a posteriori* de la sentence. Cela peut s'expliquer par les considérations inhérentes au choix du siège de l'arbitrage qui relève plus d'aspects pratiques ou d'opportunité, notamment parce que le droit de l'arbitrage local serait plus sécurisé, que d'une volonté d'appliquer la procédure civile de ce pays⁵⁶⁹.

B. – Les limites à l'autonomie dans la détermination des règles de procédure

924. – Cette autonomie ne peut cependant être absolue. En effet, aux limites strictes imposées par l'exigence d'un procès équitable (1°), il convient d'ajouter certaines limites contractuelles induites par la convention des parties (2°) et des limites souples tenant aux spécificités des acteurs de l'arbitrage (3°).

1° Les limites juridiques

925. – Les règles impératives du droit du siège. Le droit français de l'arbitrage international consacre certains principes fondamentaux, de nature procédurale, que le tribunal arbitral doit garantir⁵⁷⁰, *a fortiori* si le droit français est le droit du siège⁵⁷¹. Ainsi, l'article 1510 du Code de procédure civile impose au tribunal de respecter les principes du contradictoire et d'égalité de traitement. De même, l'article 1464, alinéa 3 (également applicable à l'arbitrage international) impose au tribunal, et aux parties, d'agir avec célérité et loyauté dans la conduite de l'arbitrage. Par ailleurs, en arbitrage interne, les principes directeurs du procès restent applicables (CPC, art. 1464, al. 2). Ceux-ci incluent : la détermination de l'objet du litige (CPC, art. 4), le rôle des parties et de l'arbitre dans l'apport des éléments de fait et de droit (CPC, art. 6 et 7), le principe de la contradiction (CPC, art. 14, 15, 16), le libre choix d'un défenseur par les parties (CPC, art. 18). À noter que l'article 6, § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme ne s'impose pas formellement à l'arbitre qui siègerait en France⁵⁷², bien qu'il puisse être un instrument pris en compte par le juge de l'annulation⁵⁷³, rentrant ainsi dans « l'ordre juridique arbitral »⁵⁷⁴.

⁵⁶⁹V. *infra*, n° 1113 et s.

⁵⁷⁰V. *infra*, n° 943 et s. V. aussi, M. de Boisséson, *Post-scriptum critique sur les principes de la procédure arbitrale en droit français* : *Rev. arb.* 2018, p. 709 et s.

⁵⁷¹V. sur les règles découlant du choix d'un siège, *infra*, n° 1134 et s., même si le droit français attache peu d'importance juridique et pratique à ce choix (V. *infra*, n° 1120 et s.).

⁵⁷²Cass. 1^{re} civ., 20 févr. 2001, n° 99-12.574 : *Rev. arb.* 2001, p. 511, note Th. Clay.

⁵⁷³V. par ex. Cass. 1^{re} civ., 1^{er} févr. 2005, *Nioc* : *Bull. civ.* 2005, I, n° 53, p. 45. – Paris, 17 nov. 2011 : *Rev. arb.* 2012, p. 387, note F.-X. Train ; V. dans le contexte des arbitrages sportifs : Trib. féd. suisse, 10 juin 2010, 4A_458/2009, *Adrian Mutu c/ Chelsea Football Club Limited* et CEDH, 2 oct. 2018, n° 40575/10, aff. *Mutu c/ Suisse*.

⁵⁷⁴V. obs. X. Delpéch, ss Cass. 1^{re} civ., 6 oct. 2010 : *Dalloz actualité*, 21 oct. 2010.

926. – Respect du contradictoire. Le respect des principes fondamentaux est contrôlé, *a posteriori*, sous couvert du respect du contradictoire (CPC, art. 16, par renvoi de l'article 1464, et art. 1510) et de l'ordre public procédural (CPC, art. 1492, 5° et 1520, 5°). À ce titre, d'autres dispositions impératives du siège peuvent être contrôlées telles que le principe, d'ordre public, d'égalité des parties dans la désignation du tribunal arbitral⁵⁷⁵, le principe d'égalité des armes⁵⁷⁶, le droit d'accès à la justice⁵⁷⁷, ou encore le contrôle de l'inconciliabilité de la sentence avec une décision judiciaire antérieure⁵⁷⁸. Il n'est pas impossible aussi qu'à terme l'idée de déni de justice, déjà consacrée sur un autre plan arbitral⁵⁷⁹, soit retenue comme fondement procédural d'un recours en annulation⁵⁸⁰.

2° Les limites contractuelles

927. – Les règles impératives imposées par le choix des parties. Dès lors que des règles ont été définies par la convention des parties, l'arbitre est tenu de les respecter, sous peine de voir sa sentence annulée sur le fondement du non-respect de sa mission (V. CPC, art. 1520, al. 3)⁵⁸¹.

928. – Les règles impératives des règlements d'arbitrage. Outre les règles spécifiquement (mais rarement) prévues par les parties notamment dans la clause d'arbitrage, la référence à un règlement d'arbitrage, rattaché à un centre d'arbitrage lui-même souvent ancré dans un siège⁵⁸², emporte adhésion à un certain nombre d'obligations, qui n'ont parfois pas été voulues et qui peuvent s'avérer plus contraignantes que ce qui aurait été initialement anticipé. En effet, selon une jurisprudence ancienne de la Cour de cassation, les parties sont tenues par les dispositions impératives du règlement auxquelles elles se sont référées et ne peuvent donc y déroger⁵⁸³.

Ainsi, certains règlements d'arbitrage peuvent « imposer » certaines procédures, telles que la procédure accélérée prévue, ou peuvent permettre à l'institution de proroger l'instance unilatéralement⁵⁸⁴. Des règlements prévoient également, et le plus

⁵⁷⁵Cass. 1^{re} civ., 7 janv. 1992, *Dutco* : *Bull. civ.* 1992, I, n° 2, p. 2. V. plus récemment et à l'inverse, Paris, 3 déc. 2013, n° 12/07062, qui considère que le principe d'égalité n'est pas mis à mal lorsque le centre d'arbitrage désigne lui-même les arbitres en application de son règlement, choisi par les parties.

⁵⁷⁶Paris, 9 sept. 1997 : *Rev. arb.* 1998, p. 172, obs. Y. Derains.

⁵⁷⁷Notamment en cas d'impécuniosité d'une partie, V. Paris, 17 nov. 2011, préc.

⁵⁷⁸Paris, 17 janv. 2012 : *Rev. arb.* 2012, p. 569, note M.-L. Niboyet (toutefois censuré au motif que l'ordonnance d'*exequatur* de la décision judiciaire sous-jacente avait été annulée par la suite, V. Cass. 1^{re} civ., 10 juill. 2013 : *Rev. arb.* 2013, p. 411, note C. Debourg).

⁵⁷⁹V. Cass. 1^{re} civ., 1^{er} févr. 2005, préc.

⁵⁸⁰V. en ce sens Paris, 17 nov. 2011 : *Rev. arb.* 2012, p. 387, note F.-X. Train (censuré toutefois par la Cour de cassation, V. Cass. 1^{re} civ., 28 mars 2013 : *Rev. arb.* 2013, p. 746, note F.-X. Train). – Paris, 26 févr. 2013 : *Rev. arb.* 2014, p. 746, note F.-X. Train.

⁵⁸¹En droit comparé, on peut donner l'exemple de cette affaire (non fédérale) où la Cour suprême du Texas a annulé une sentence rendue par trois arbitres impartiaux et indépendants, conformément au règlement de l'AAA, au motif que l'institution avait refusé, pour des raisons de manque d'impartialité, de désigner l'arbitre choisi par une des parties. Le juge (texan) de l'annulation a considéré que ce refus avait empêché les parties de désigner les arbitres selon la procédure qu'ils souhaitaient : *Americo Life, Inc. v. Myer*, S.W.3d, 2014 WL 2789429 (Tex. June 20, 2014).

⁵⁸²Par ex., la LCIA à Londres, le HKIAC à Hong Kong, le SIAC à Singapour, le DIAC à Dubaï, etc.

⁵⁸³Cass. 2^e civ., 10 juill. 1958 : *Rev. arb.* 1959, p. 48. Certaines juridictions permettent à l'inverse de cumuler l'application de règlements distincts, V. N. Pitkowitz, *Supreme Court evaluates hybrid arbitration agreement*, International Law Office, 18 juill. 2019.

⁵⁸⁴V. not. Règl. CCI, art. 30 et 31 (2021) ; V. aussi : TGI Paris, 8 oct. 1986 : *Rev. arb.* 1987, p. 367 dans laquelle le

souvent, leur application immédiate (V. Règl. CCI (2021), art. 6[1]) sauf convention contraire des parties, par dérogation aux principes contractuels qui devraient supposer l'application du règlement en vigueur à la date de la stipulation⁵⁸⁵. Compte tenu de la multiplication des mises à jour, de l'amélioration et des modifications des règlements institutionnels, il est probable que ces questions d'application dans le temps se poseront plus fréquemment dans le futur et avec plus d'acuité⁵⁸⁶.

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 réglementaire⁵⁸⁷. Si, sur certains aspects, les institutions arbitrales peuvent être vues comme disposant d'un pouvoir « quasi juridictionnel »⁵⁸⁸, 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.

3° Les « limites culturelles »

929. – La culture juridique des acteurs. Bien que l'on puisse considérer qu'il existe une *lex processualis* en matière d'arbitrage international⁵⁸⁹, résultant de l'application généralisée de règlements, de lignes directrices ou de principes généraux, les conseils et arbitres, de par leurs habitudes et connaissances procédurales « locales », influenceraient souvent la façon d'organiser la procédure et d'en fixer les règles. Une différence peut être tracée entre les praticiens issus des droits civilistes et de la *common law* sur divers aspects de la procédure⁵⁹⁰, du fait de la nature inquisitoriale ou accusatrice du procès. Cela peut se refléter de manière générale dans le déroulement de la procédure et notamment dans l'instruction du litige ou dans l'administration de la preuve, par exemple leurs pouvoirs d'instruction *ex officio*⁵⁹¹, dans le recours aux experts (désignés par le tribunal ou par les parties) ou dans le poids donné aux témoignages et la conduite de l'audience. De même, le nombre d'étapes et le contenu des échanges (mémoires exhaustifs et/ou récapitulatifs versus *pleadings* répétitifs à l'anglaise) peuvent différer sensiblement d'une culture à l'autre.

juge reconnaît à la CCI le pouvoir d'apprécier sa compétence *prima facie* sur le fondement de l'article 6(4) du Règl. CCI (2021); V. aussi Paris, 10 janv. 2017, *Midex Airlines c/ Aero Ventures* : *Cah. arb.* 2017, p. 100, qui juge que le pouvoir de l'institution d'ordonner des prorogations du délai conventionnel d'arbitrage, sans limitation et sans motivation, ne présente pas un caractère potestatif et n'est pas contraire à l'ordre public international.

⁵⁸⁵Paris, 22 janv. 2009 : *Rev. arb.* 2010, p. 314, note Ch. Jarrosson ; *RTD com.* 2010, p. 20, obs. E. Loquin.

⁵⁸⁶V. E. Loquin : *JCI. Procédure civile*, Fasc. 1050, *Arbitrage commercial international, Notion*, 2015, n° 50.

⁵⁸⁷Ph. 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.

⁵⁸⁸V. *supra*, n° 138 et s.

⁵⁸⁹J.-B. Racine, *Droit de l'arbitrage*, préc., n° 576. – S. Elsing et J. Townsend, *Bridging the Common Law – Civil Law Divide in Arbitration* : *Arb. Int.* 2002, p. 59 et s.

⁵⁹⁰J. Paulsson, *Cultural Differences in Advocacy in International Arbitration*, in D. Bishop et E. Kehoe (éds), *The Art of Advocacy in International Arbitration*, JurisNet, 2010, p. 15 et s.

⁵⁹¹J. Kirby, *How Far Should an Arbitrator Go to Get it Right?*, in P. Shaughnessy et S. Tung (éds), *The Powers and Duties of an Arbitrator – Liber Amicorum Pierre A. Karrer*, Kluwer Law International, 2017, p. 193 et s., spéc. p. 195-196.

930. – Une « américanisation » de l'arbitrage ? La question de l'influence du droit et de la procédure outre-Atlantique en arbitrage international a pu se poser, même si cette assertion est nuancée par certains, qui font valoir que c'est bien plus le droit anglais qui semble influencer la procédure arbitrale internationale⁵⁹². Toujours est-il que, malgré ces nuances, l'arbitrage international réunit très souvent à la fois des spécialistes de la *common law* et de droits civilistes, ce qui conduit à cette forme de compromis où personne n'est censé vraiment se sentir « chez lui » dans un arbitrage international. Ainsi, le déroulement général de la procédure semble grandement influencé par les pratiques contentieuses anglo-saxonnes⁵⁹³, en réalité anglaises, comme en attestent dans une certaine mesure l'administration de la preuve, les interrogatoires et contre-interrogatoires de témoins ou le déroulement des plaidoiries et des audiences⁵⁹⁴. Cette influence de la *common law* semble désormais irriguer le droit de l'arbitrage international, y compris français, la jurisprudence⁵⁹⁵ admettant notamment la pratique de déduction défavorable (ou contraire aux intérêts d'une partie, *adverse inferences*) lorsqu'un document dont la production a été demandée par la partie adverse et ordonnée par le tribunal n'a pas été produit, à travers les Règles IBA (2020). On peut également mentionner la réception en droit procédural français de la règle de l'estoppel qui interdit à une partie de se contredire au détriment d'autrui⁵⁹⁶. Cependant, l'influence civiliste n'est pas en reste. Ainsi, il est généralement accordé un certain pouvoir inquisitoire au tribunal arbitral⁵⁹⁷. De même, les échanges d'écritures semblent en général plus inspirés de la tradition civiliste que des *pleadings* anglais, en ce que les parties soumettent en principe des mémoires complets dès le début de la procédure⁵⁹⁸, puis éventuellement récapitulatifs, sans nécessairement donner lieu à des « mémoires post-audience », et communiquent les documents à l'appui de leurs allégations dès le début de la procédure. Enfin, à l'arrivée de la procédure, l'allocation des frais de l'arbitrage semble plus inspirée d'une tradition civiliste, à savoir l'allocation des frais à la partie qui succombe (quand bien même cette approche est également adoptée en procédure anglaise)⁵⁹⁹.

⁵⁹²P. Cohen et G. Farina, *New world order? How Americanised has international arbitration actually become? : IBA Arbitration Newsletter* sept. 2013, p. 71-74. Ainsi, l'administration de la preuve testimoniale, notamment les auditions des témoins, est en réalité bien plus proche de la procédure anglaise, de même que la procédure de production de documents se rapproche dans l'esprit de l'article 31 des *Civil Procedure Rules* anglaises (*Disclosure and inspection of documents*).

⁵⁹³G. von Mehrem et A. C. Jochum, *Is International Arbitration Becoming Too American? : The Global Business Law Review* 2011, n° 2, p. 47-58.

⁵⁹⁴Y. Derains, *La pratique de l'administration de la preuve dans l'arbitrage commercial international : Rev. arb.* 2004, p. 781 et s.

⁵⁹⁵Paris, 28 févr. 2017, n° 15-06036, *Dresser-Rand Group INC c/ Diana Capital I, F.C.R. : Cah. arb.* 2017-1, p. 116-117 ; V. aussi : E. Ortega, *The Recent Decision by the Paris Court of Appeal in the Dresser Rand Case : an Endorsement of the Use of Adverse Inferences in International Arbitration : Bull. CCI* 2017(3), p. 32 et s.

⁵⁹⁶Cass. 1^{re} civ., 6 juill. 2005 : *Rev. arb.* 2005, p. 993, note Ph. Pinsolle. V. aussi : Paris, 10 janv. 2019, n° 18/06344 : *Gaz. Pal.* 2 juill. 2019, n° 24, p. 19, note D. Bensaude, qui s'appuie sur le principe de l'estoppel pour juger de la renonciation à la convention d'arbitrage.

⁵⁹⁷Et, ce, même dans des pays de *common law*, v. *Arbitration Act* anglais, art. 34(2)(h). À ce titre, on note une convergence des règlements d'arbitrages qui laissent généralement une grande latitude aux arbitres pour évaluer les preuves soumises, conduire la procédure comme ils l'estiment nécessaire et plus largement gérer la matière probatoire (V. Règl. CCI (2021), art. 25 ; Règl. LCIA (2020), art. 22 ; Règl. HKIAC (2018), art. 22 ; Règl. SIAC (2016), art. 19 ; Règl. ICDR (2021), art. 20).

⁵⁹⁸Là où, en principe, aux États-Unis, la pratique est de soumettre un court mémoire en demande qui sera complété par la suite, V. *Elsing et Townsed*, préc., p. 59-60.

⁵⁹⁹V. Cohen et Farina, préc., p. 73.

931. – Un mélange de pratiques. Plus qu'un « choc culturel » ou une influence d'un droit sur un autre, il semble donc plus juste de considérer que la coexistence de différents systèmes a pu faire apparaître une culture de l'arbitrage international⁶⁰⁰. Cet amalgame et le « compromis » des pratiques qu'il entraîne s'inspirent en réalité de plusieurs sources. Ainsi, à mi-chemin entre la procédure de *discovery* et la production de preuves par les parties uniquement, fait-on application en arbitrage international d'une règle particulière en matière de production de documents : si le principe de la production forcée de documents n'est que rarement exclu, une *full-fledged discovery* « à l'américaine » est difficilement concevable⁶⁰¹. De même, bien que les témoins prennent une bien plus grande part dans une instance arbitrale que devant les tribunaux français, il est rare qu'un témoignage ne s'appuie pas sur une attestation détaillée et/ou documentée ou encore qu'on autorise les *depositions* comme aux États-Unis⁶⁰² ou qu'on interdise à l'employé d'une partie à l'arbitrage de venir témoigner, comme cela est parfois proscrit dans certains systèmes judiciaires⁶⁰³.

§ 2. – La détermination des règles de procédure

A. – Les acteurs de la détermination

932. – La détermination des règles de procédure. Le choix du droit applicable à la procédure est avant tout une prérogative revenant aux parties (1°). À défaut, l'arbitre peut, en concertation avec les parties, organiser la procédure avec une certaine liberté (2°). Toutefois, et comme la convention des parties se borne bien souvent à une simple référence à un règlement d'arbitrage, les institutions, pour combler ce vide, sont également investies de certains pouvoirs dans l'administration et la conduite de l'arbitrage (3°).

1° Les parties

933. – Le principe d'autonomie⁶⁰⁴ des parties, c'est-à-dire la liberté de choisir les règles de procédure et de soustraire le litige aux dispositions régissant spécifiquement le procès judiciaire devant les juridictions étatiques, est largement consacré en droit français⁶⁰⁵ et comparé⁶⁰⁶ et par les règlements d'arbitrage⁶⁰⁷. Que ces règles s'appuient sur un règlement d'arbitrage ou qu'elles soient établies de façon *ad hoc*, dès lors qu'elles ont été choisies par les parties, elles s'imposent en principe à

⁶⁰⁰V. P. Lalive, *Sur les dimensions culturelles de l'arbitrage international*, in *Theory of international law at the threshold of the 21st century: Essays in Honour of Krzysztof Skubiszewski*, Kluwer, 1996, p. 771-785. V. aussi Y. Derains, *La pratique de l'administration de la preuve dans l'arbitrage commercial international*: *Rev. arb.* 2004, p. 781 et s., spéc. p. 802.

⁶⁰¹V. Rapport de la Commission de la CCI, *Managing e-Document Production*, 2016, not. § 5(6)(b) et (d).

⁶⁰²V. N. O'Malley, *Are Depositions Incompatible with International Arbitration?*: *Kluwer Arbitration Blog* 19 nov. 2012.

⁶⁰³Par ex. en France (CPC, art. 199). V. *infra*, n° 1127.

⁶⁰⁴V. *supra*, n°s 921 et s.

⁶⁰⁵CPC, art. 1464 et 1509. V. aussi en jurisprudence : Paris, 17 janv. 1992 : *Rev. arb.* 1992, p. 656, note D. Bureau, qui précise que les règles applicables à l'instance arbitrale sont librement déterminées par les parties.

⁶⁰⁶V. par ex., LDIP, art. 182 ; ou en droit américain : *D.E.I., Inc. v. Ohio & Vicinity Reg'l Council of Carpenters*, 155 F. Appx. 164, 170 (6th Cir. 2005) qui précise que les arbitres ne sont pas tenus d'appliquer les règles formelles de procédure et du droit de la preuve.

⁶⁰⁷V. par ex., Règl. CCI, art. 19 (2021) ; Règl. LCIA, art. 14.1 (2020) ; Règl. CNUDCI (2010), art. 1.1.

l'arbitre⁶⁰⁸. En pratique, les parties se concertent souvent sur le calendrier, le nombre d'échanges et de jeux de mémoires, la nécessité d'une audience, ses modalités, notamment s'agissant des témoins, de la retranscription des audiences, des traductions et autres détails concrets, ou le recours éventuel à des traductions assermentées. Si elles parviennent, ce qui n'est pas rare, à s'entendre *via* leurs conseils, le tribunal entérine en principe cette approche consensuelle.

2° L'arbitre

934. — « Autant qu'il est besoin ». À défaut de choix des parties, l'arbitre aura la charge de régler la procédure, « autant qu'il est besoin » (CPC, art. 1509, al. 2). En pratique, les parties et l'arbitre se concertent afin de fixer la procédure en début d'instance, par le biais de l'acte de mission et/ou d'une ordonnance de procédure, tous deux souvent « négociés » d'abord entre elles, puis avec l'arbitre. L'exhaustivité ou la concision des règles de procédure ainsi fixées dépendra de la situation, par exemple de la bonne entente, ou non, entre les parties, et des préférences culturelles des acteurs. Les arbitres pourront décider de rendre une ordonnance de procédure complète ou établissant seulement les grandes lignes procédurales, en se prononçant par la suite au cas par cas sur les éventuels points à régler. Toujours est-il qu'une certaine souplesse semble devoir être de mise afin de pouvoir adapter efficacement la procédure aux nécessités et à l'évolution du litige⁶⁰⁹.

La perception par les arbitres de leur mission pourra également conditionner la conduite de la procédure, en fonction du rôle, en retrait ou actif, qu'ils souhaiteront adopter. Ainsi, certains arbitres tendront à être plus ou moins intrusifs ou inquisitoriaux tandis que d'autres, marqués par les exigences d'un procès équitable, préféreront éviter tout interventionnisme⁶¹⁰. Toutefois, l'arbitre, en charge de l'instruction de la cause, a le pouvoir de prendre des mesures radicales : il peut par exemple tenir compte dans la suite de la procédure du fait qu'une partie n'a pas respecté une mesure qu'il avait ordonnée⁶¹¹ ou encore tirer des déductions défavorables en cas de défaut d'une partie de respecter la procédure relative à l'administration de la preuve⁶¹². En tout état de cause, la discrétion parfois accordée à l'arbitre dans la répartition des frais d'arbitrage lui permet de tenir compte du comportement procédural des parties⁶¹³. Enfin, au-delà du choix ou de la

⁶⁰⁸Ph. Pinsolle et R. Kreindler, *Les limites du rôle de la volonté des parties dans la conduite de l'instance arbitrale* : *Rev. arb.* 2003, p. 41 et s., spéc. p. 50.

⁶⁰⁹La jurisprudence française a encore récemment consacré la liberté des arbitres dans l'application de règles procédurales, en l'espèce les Règles IBA sur l'administration de la preuve (2020), V. Paris, 14 mai 2019, n° 16/16502 : *Rev. arb.* 2019, somm. p. 619. V. pour un exemple de droit comparé, Cour d'appel de Singapour, *CBS v. CBP* [2021] SGCA 4. Des lignes directrices peuvent cependant être utiles, V. *ICCA Drafting Sourcebook for Logistical Matters in Procedural Orders*, The ICCA Reports n° 2, 2015.

⁶¹⁰V. Y. Derains, *La pratique de l'administration de la preuve dans l'arbitrage commercial international* : *Rev. arb.* 2004, p. 781 et s. ; V. *infra*, n° 1205 et s.

⁶¹¹Par ex., la constitution d'une garantie sur une créance litigieuse : Paris, 19 mai 2015 : *Rev. arb.* 2015, somm. p. 952.

⁶¹²Paris, 28 févr. 2017, préc., sur l'application de l'article 9(5) des Règles IBA sur l'administration de la preuve dans l'arbitrage international (2020) qui précise : « Si une Partie, sans raison satisfaisante, ne produit pas tout Document à l'égard duquel une autre Partie a formulé une Demande de production et à laquelle elle n'a pas formulé d'objection dans le délai imparti ou ne produit pas tout Document dont la production a été ordonnée par le Tribunal Arbitral, le Tribunal Arbitral peut en déduire que ce Document est contraire aux intérêts de cette Partie ».

⁶¹³V. Règl. CCI, art. 38 (2021) ; Règl. CNUDCI (2010), art. 42 ; Règl. LCIA (2020), art. 28 ; Règl. ICDR (2021), art. 34.

détermination de telle ou telle règle de procédure, c'est bien l'arbitre qui est garant, notamment en cas de divergence entre les parties, de la bonne marche procédurale et notamment du respect des principes fondamentaux et des principes d'efficacité et de célérité⁶¹⁴.

3° L'institution d'arbitrage

935. – La prédominance des institutions arbitrales dans l'organisation de l'arbitrage. Lorsque la convention des parties fait référence à un règlement d'arbitrage, elles nomment en fait, indirectement, une institution⁶¹⁵ pour encadrer, voire organiser l'instance arbitrale, les règlements octroyant généralement à l'institution qui les a édictés le pouvoir exclusif de les appliquer⁶¹⁶. Les parties concluent ainsi ce qui est défini comme un « contrat d'organisation de l'arbitrage »⁶¹⁷.

L'arbitrage institutionnel – et son fondement contractuel –, par l'opposabilité de son règlement, a l'avantage de poser des garanties dans la gestion administrative de l'arbitrage, par exemple dans l'introduction de l'instance, dans la notification des échanges ou dans la gestion des frais. L'institution joue également un rôle dans la maîtrise et le contrôle des délais, dans la régularité ou véricité procédurale de la sentence et agit parfois comme un véritable secrétaire administratif, voire un peu plus. L'administration de la procédure par une institution permet également d'éviter de longs contentieux préarbitraux, par exemple *via* la faculté de se substituer à un défaut de désignation d'un arbitre.

B. – Les critères de détermination

936. – La détermination par les parties. Les parties peuvent prévoir directement la procédure applicable, en rédigeant des règles précises ou *in extenso*, dans la convention d'arbitrage notamment, ou, ce qui est beaucoup plus fréquent, la prévoir indirectement, par référence à des normes, telles qu'un règlement d'arbitrage. Le principe d'autonomie permet, comme pour le droit applicable au fond, de recourir à des techniques de dépeçage ou de cumul, de recourir à des principes généraux, *etc.*⁶¹⁸ On peut même imaginer, du moins dans l'arbitrage international et à l'image de l'arbitrage dit « baseball », les parties convenir, dans leur convention d'arbitrage ou en cours de procédure, que chacun soumettra un projet complet de sentence et que l'arbitre ne pourra que choisir entre ces deux projets sans pouvoir le modifier⁶¹⁹. Mais là encore, si la liberté est la règle, elle n'est pas absolue. Ainsi, les

⁶¹⁴CPC, art. 1510 et 1464, al. 3. V. par ex. sur l'exigence du respect du contradictoire et de l'égalité des armes, Paris, 15 mars 2016 : *Rev. arb.* 2017, p. 215. – Paris, 10 mai 2016 : *Rev. arb.* 2017, p. 221, note J.-B. Racine. Les arbitres sont également « investis d'une mission juridictionnelle ayant, d'une part, pour fin de mettre en œuvre directement ou indirectement la procédure arbitrale avec diligence et sérieux dans le respect des prévisions des parties », V. TGI Paris, 13 juin 1990 : *Rev. arb.* 1996, p. 476, note Ph. Fouchard.

⁶¹⁵V. *supra*, n° 138 et s.

⁶¹⁶Un certain nombre de règlements ont toutefois vocation à s'appliquer à des arbitrages *ad hoc*, par exemple le règlement CNUDCI (2010) ; certains règlements visent à s'appliquer dans n'importe quel contexte, par exemple les Lignes directrices de l'ADGMAC ; tandis que certaines institutions administrent des arbitrages *ad hoc*, par exemple le HKIAC.

⁶¹⁷Ou « convention », V. en premier lieu : Ph. Fouchard, *note ss Paris (1^{re} Ch. A) 18 novembre 1987 ; Paris (1^{re} ch. A) 4 mai 1988 ; TGI Paris, 23 juin 1988 : Rev. arb.* 1988, p. 657 et s. ; V., à ce sujet, *supra*, nos 147 et 867 et s.

⁶¹⁸Ph. Fouchard, E. Gaillard et B. Goldman, préc., n° 1202, p. 665.

⁶¹⁹V. pour une présentation de ce type de résolutions des litiges, L. Mitrovic, *L'arbitrage baseball : arbitrage ou*

parties ne peuvent pas faire une application « à la carte » de règlements d'arbitrages en les visant cumulativement. En effet, le visa d'un règlement d'arbitrage emporte en principe adhésion en bloc à ses règles et les parties ne peuvent le modifier⁶²⁰. De même, on imagine mal des règles *ad hoc* mises en place par les parties qui excluraient le respect constant des principes du contradictoire ou de l'égalité des parties.

937. – La détermination par l'arbitre. Lorsque la décision revient aux arbitres, ils devront bien souvent trancher certains points procéduraux en cas de divergence entre les parties ou consacrer l'accord des parties par le biais d'un acte de mission ou d'ordonnances de procédure (par ex., pour décider de bifurquer ou non, d'ordonner une production de documents, *etc.*). La nature à la fois contractuelle et juridictionnelle de l'arbitrage et l'importance accordée à l'un ou à l'autre de ces aspects ont des conséquences importantes sur le pouvoir de décision de l'arbitrage. Si l'on pouvait penser que la mission contractuelle des arbitres devrait leur imposer une certaine déférence à l'égard de l'accord des parties, leur mission juridictionnelle implique qu'ils doivent également prendre toutes les mesures nécessaires pour trancher le litige avec efficacité⁶²¹.

Dans la mesure où les parties ne détaillent que rarement les règles de procédure dans leur clause, l'autonomie des parties se traduit en réalité par une large discrétion accordée à l'arbitre, en ce que les parties ne choisissent que rarement des règles de procédure détaillées. De l'autre côté du spectre, l'arbitre est soumis au respect des principes fondamentaux du procès équitable. Face à la difficulté de concilier ces deux extrêmes, les tribunaux arbitraux peuvent être réticents à trancher de vraies questions procédurales telles que l'admissibilité d'un mémoire ou d'une pièce soumise hors délais ou des comportements abusifs ou dilatoires d'une partie de peur de nuire à ce qu'ils perçoivent comme leur impartialité ou de « fâcher » la ou les parties, ce qui les conduit à parfois adopter une attitude plus passéiste ou attentiste⁶²².

938. – Un certain pouvoir de détermination de la procédure par l'institution d'arbitrage. Bien que l'institution ne dispose pas d'un pouvoir juridictionnel mais seulement d'un pouvoir d'administration ou d'organisation de l'arbitrage, l'importance de ses prérogatives peut avoir des conséquences non négligeables sur la procédure applicable⁶²³, par exemple en matière de récusation, de gestion des provisions et en imposant parfois une procédure accélérée⁶²⁴.

mode alternatif de règlement ? : *Rev. arb.* 2003, p. 1167 et s.

⁶²⁰TGI Paris, ord. réf., 23 juin 1989 : *Rev. arb.* 1989, p. 657, note Ph. Fouchard. – TGI Paris, ord. réf., 22 janv. 2010 : *Rev. arb.* 2010, p. 571, note J.-B. Racine ; V. aussi : Cour suprême autrichienne, 21 août 2018, qui reconnaît la validité de clauses d'arbitrages faisant référence à deux règlements (www.internationallawoffice.com/Newsletters/Arbitration-ADR/Austria/Graf-Pitkowitz-Rechtsanwalte-GmbH/Supreme-Court-evaluates-hybrid-arbitration-agreement#).

⁶²¹Par ex. sur le respect des délais de l'arbitrage, l'arbitre doit statuer dans un délai raisonnable même si les parties sont convenues d'un calendrier, V. Paris, 28 févr. 2008 : *D.* 2008, p. 1325, note R. Meese ; et l'arbitre a l'obligation (de résultat) de solliciter du juge d'appui une prorogation de délai, V. Cass. 1^{re} civ., 6 déc. 2005 : *D.* 2006, p. 274, obs. P.-Y. Gautier.

⁶²²V. à ce titre, B. Cremades, *The Use and Abuse of 'Due Process' in International Arbitration : Arbitrage : Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones* 2016, vol. 9, n° 3, p. 661 et s.

⁶²³V. *supra*, n° 149.

⁶²⁴V. par ex. la procédure accélérée de la CCI en vigueur depuis le 1^{er} mars 2010 (Règl., 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 alors que la clause prévoyait spécifiquement le recours à trois

Le centre d'arbitrage doit également veiller à ce qu'un cadre institutionnel (pratique, logistique, financier, temporel, *etc.*) soit assuré au bénéfice des parties et du tribunal tout en veillant au maintien des garanties fondamentales du procès⁶²⁵, il exerce parfois des pouvoirs d'examen de la sentence importants⁶²⁶ et peut enfin offrir des services de consignation de fonds et prendre des décisions déterminantes au niveau procédural en lien avec les provisions pour frais de l'arbitrage – notamment en « radiant » les affaires⁶²⁷.

§ 3. – Ce que couvrent les règles de procédure

A. – Les contours des règles de procédure

939. – La distinction entre règle de procédure et le fond. L'identification de la règle de procédure par rapport à la règle de fond peut paraître aisée de prime abord. Là où les règles de fond visent à reconnaître et sanctionner des droits substantiels, les règles de procédure s'attachent aux formalités par lesquelles les litigants soumettent leur différend à une juridiction. Ce cadre formel et procédural peut relever de plusieurs catégories comme celle de la compétence, c'est-à-dire l'aptitude d'une juridiction à connaître d'une demande ; de la gestion de l'instance, qui gouverne les modalités de saisine d'une juridiction, l'instruction du litige jusqu'au prononcé de la décision ; ou des règles relatives à l'action en justice dont le but est de régir les conditions de mise en œuvre procédurale des droits substantiels⁶²⁸. C'est en somme l'enveloppe qui couvre et protège le texte de la lettre : tout le reste correspond au fond. L'intérêt de la distinction n'est pas que théorique. D'abord, la manière de déterminer la règle sera différente selon que l'on parle de procédure ou de fond : l'enjeu de la qualification peut entraîner un régime différent. Ainsi, s'agissant du contrôle de la sentence, savoir si l'arbitre a violé une règle procédurale ou substantielle n'entraînera pas les mêmes conséquences : si la violation d'une règle procédurale peut être sanctionnée pour violation par l'arbitre de sa mission⁶²⁹, le juge de l'annulation ne sanctionnera pas la mise en œuvre éventuellement erronée par l'arbitre de la règle de droit substantielle⁶³⁰.

940. – L'imbrication de la procédure et du fond. Cela dit, la distinction entre ces deux aspects d'un litige ne peut être tranchée et sera en fait souvent ténue⁶³¹. La

arbitres, V. D. Thomson, *Shanghai court refuses to enforce SIAC sole arbitrator's award* : *Global Arbitration Review* 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.

⁶²⁵Sur 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. 2^e 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. Paris, 17 nov. 2011 : *Rev. arb.* 2012, p. 267, note F.-X. Train.

⁶²⁶V. Règl. CCI, art. 34 (2021) ; Règl. SIAC (2016), art. 32.3.

⁶²⁷V. CCI, *Note aux parties et aux tribunaux arbitraux sur la conduite de l'arbitrage selon le règlement d'arbitrage de CCI*, 1^{er} janv. 2021, sect. XXI ; Règl. d'arbitrage de la CCI (2021), art. 37 et 38.

⁶²⁸V. S. Guinchard et F. Ferrand, *Procédure civile – Droit interne et droit communautaire*, Dalloz, 2016, n° 123.

⁶²⁹V. Paris, 1^{er} juill. 1999 : *JCP G* 2002, n° 10445, note Ch. Kaplan.

⁶³⁰V. *supra*, n° [912](#).

⁶³¹V. par ex. S. A. Pauker, *Substance and procedure in international arbitration* : *Arb. Int.* 2020, vol. 36, p. 3 et s.

procédure devant avant tout permettre à un justiciable de faire valoir ses droits substantiels, toute règle procédurale qui gouverne directement la mise en œuvre de ce droit substantiel lui est intimement liée. Les questions procédurales ne peuvent donc s'analyser hors du champ de la substance du droit et des règles applicables au fond⁶³². Dès lors, le principe d'autonomie des règles de procédure en arbitrage doit être nuancé en ce que certaines questions procédurales ne sont pas nécessairement tranchées selon les règles de procédure choisies, mais parfois directement en vertu du droit applicable au fond⁶³³.

941. – Les limites à l'autonomie des règles de procédure. La solution apportée à plusieurs questions procédurales appelle à l'application d'autres règles de droit que celles applicables à la procédure. De nombreux exemples illustrent la difficulté à isoler la règle procédurale du fond et l'imbrication des deux.

En premier, les éléments relevant du droit d'action en justice et de recevabilité d'une demande – droit indépendant du droit subjectif – qui encadrent la mise en œuvre du droit au fond peuvent difficilement s'analyser de façon autonome⁶³⁴. Ainsi, la qualité à agir qui n'est accordée qu'au titulaire d'un droit subjectif doit prendre en compte les critères de ce droit subjectif qui s'analysent généralement par rapport au droit substantiel. La capacité d'agir en justice semble devoir être examinée par rapport à la loi personnelle du litigant. L'examen de la capacité et du pouvoir des parties peut également être soumis à une règle matérielle. Ainsi, l'appréciation de la qualité d'un représentant ou d'un dirigeant à engager sa société à l'arbitrage s'apprécie indépendamment de la loi applicable à la société, selon la commune volonté des parties⁶³⁵. Enfin, les délais de prescription, qui permettent de déterminer si un droit subjectif subsiste ou non, ne peuvent non plus être dissociés du fond⁶³⁶.

L'autorité de la chose jugée peut, en deuxième, être considérée comme un aspect procédural dont l'autonomie est incertaine. En effet, en se prévalant d'une décision ou d'une sentence, une partie cherche à donner effet à un droit subjectif (ou à s'opposer à un droit subjectif dont se prévaut son adversaire). Cette double nature peut donc donner lieu à des incertitudes quant aux normes par lesquelles l'autorité de chose jugée doit être reconnue. En droit international privé, cette question peut être réglée soit par rapport au droit national de la juridiction qui reçoit la décision (en droit français, l'article 1351 du Code civil), soit par rapport au droit substantiel⁶³⁷. La question peut se poser dans les mêmes termes pour l'arbitre international, en tenant compte toutefois de son absence de for qui ne peut lui imposer d'impératifs à cet égard.

La preuve, et notamment son objet ou sa charge, peut, en troisième, être considérée comme dépendante du fond car on cherche à établir les éléments permettant de se prévaloir de l'effet de la règle de fond⁶³⁸. À l'inverse, les règles

⁶³²Ainsi, par exemple, en arbitrage d'investissement, la compétence d'un tribunal arbitral dépend de la qualité d'investisseur du demandeur, laquelle relève du fond de l'affaire, V. *supra*, n° 158.

⁶³³La jurisprudence a ainsi pu considérer que la qualité ou l'intérêt à agir sont « des questions qui intéressent le fond du litige », V. Paris, 24 juin 1997 : *Rev. arb.* 1997, p. 588, obs. D. Bureau ; V. aussi : Cass. 1^{re} civ., 11 juill. 2019, n° 17-20.423 : *JCP E* 2019, n° 49, 1542, comm. Ph. Casson.

⁶³⁴P. Mayer, V. Heuzé et B. Remy, *Droit international privé*, Montchrestien, 2019, n° 517.

⁶³⁵Cass. 1^{re} civ., 28 janv. 2015 : *Rev. arb.* 2015, somm. p. 278 ; V. *supra*, n° 458 et s.

⁶³⁶L'article 2221 du Code civil prévoit d'ailleurs que « la prescription extinctive est soumise à la loi régissant le droit qu'elle affecte ».

⁶³⁷M.-L. Niboyet et G. de Geouffre de La Pradelle, *Droit international privé*, Lextenso, 2009, n° 629.

⁶³⁸P. Mayer et V. Heuzé, *préc.*, n° 523.

applicables aux questions d'admissibilité ou d'administration de la preuve semblent plus « détachables » et une liberté certaine est généralement accordée aux arbitres pour trancher ces questions⁶³⁹.

Sans traiter spécifiquement du fond, les mesures conservatoires ou provisoires ont, enfin, pour but de préserver le droit substantiel d'une partie. Le droit applicable à celles-ci peut donc être difficile à déterminer. Il est certes habituellement prévu que les arbitres disposent du pouvoir de prendre des mesures conservatoires ou provisoires⁶⁴⁰. Toutefois, la procédure n'est généralement pas spécifiquement énoncée. Doit-on considérer que l'arbitre dispose d'une discrétion pleine et entière dans la mise en œuvre de ses mesures ou devra-t-il se référer à d'autres règles de droit, par exemple celles applicables au fond, que ces mesures visent à protéger celles du siège ou du lieu où la mesure doit être exécutée⁶⁴¹ ?

B. – La classification des règles de procédure en trois grandes catégories

942. – Avec une certaine souplesse, les parties, les arbitres et les institutions cherchent bien souvent à couvrir l'intégralité de la procédure en établissant des règles relatives à différents aspects de l'instance. Trois séries de règles peuvent être ainsi distinguées.

Les premières sont les règles relatives aux arbitres. Celles-ci gouvernent la procédure de désignation des arbitres et leur récusation, leurs missions, droits et obligations et leurs pouvoirs d'ordonner des mesures provisoires ou conservatoires ou plus généralement de police de l'instance, en prononçant par exemple des injonctions ou des astreintes⁶⁴².

Les deuxièmes sont relatives à la conduite de la procédure. Ce type de règle gouverne notamment le début et la fin de l'instance, le calendrier procédural, les échanges d'écriture (dans la forme et dans le fond) et les communications entre les parties et les arbitres, l'administration de la preuve (aussi bien documentaire que testimoniale), l'audience et la gestion des coûts (calcul, traitement, facturation et allocation des coûts).

Les troisièmes sont enfin relatives au prononcé de la sentence⁶⁴³. Celles-ci ont trait au délibéré du tribunal arbitral, à la forme et au contenu de la sentence, à sa rectification et sa notification.

⁶³⁹En effet, les arbitres conservent généralement une grande liberté dans l'instruction du litige, V. CPC, art. 1467 ; Règl. CCI (2021), art. 25 ou encore l'article 9(1) des Règles IBA sur l'administration de la preuve (2020).

⁶⁴⁰V. *infra*, n° 1264 et s.

⁶⁴¹V. sur ce sujet, S. Besson, *Les mesures provisoires et conservatoires dans la pratique arbitrale – Notion, types de mesures, conditions d'octroi et responsabilité en cas de mesures injustifiées*, in S. Azzali et a., *L'arbitre international et l'urgence*, Bruylant, 2014, p. 37 et s.

⁶⁴²Paris, 19 janv. 2016 : *Rev. arb.* 2016, p. 351, somm.

⁶⁴³V. *infra*, n° 1373 et s.

Les principes fondamentaux s'imposant aux arbitres et aux parties

943. – Peuvent être distingués ici les principes directeurs issus de la procédure civile (Section 1), des principes propres à l'arbitrage (Section 2).

Section 1

Les principes directeurs issus de la procédure civile

944. – **Définition de la notion de principes directeurs.** La liberté des arbitres dans le choix de la procédure est fondamentale pour assurer leur autorité et la souplesse de l'instance. Sa limite tient aux principes directeurs du procès qui demeurent toujours applicables. L'article 1464 du Code de procédure civile énonce, comme avant lui l'ancien article 1460, les principes toujours applicables à l'instance arbitrale, mais ajoute à la liste l'article 12, alinéas 2 et 3, déjà applicables malgré l'absence de renvoi, et les articles 23 et 23-1⁶⁴⁴.

Si la notion même de principe directeur appelle un débat et n'est pas clairement définie, ces principes délimitent néanmoins l'office de l'arbitre et déterminent son rôle et celui des parties au litige⁶⁴⁵. Ces principes sont posés par les articles 4 à 10, 11, alinéa 1, 12, alinéas 2 et 3, 13 à 21, 23 et 23-1, du Code de procédure civile.

§ 1. – Principe de la contradiction

945. – Si l'arbitrage c'est d'abord un contrat, son objet final est d'être un procès. Or, il n'y a pas de procès sans contradictoire, qui, selon Cornu, « a valeur de définition du procès »⁶⁴⁶.

⁶⁴⁴Ch. Jarrosson et J. Pellerin, *Le droit français de l'arbitrage après le décret du 13 janvier 2011* : *Rev. arb.* 2011, p. 27.

⁶⁴⁵C. Seraglini et J. Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, LGDJ, 2019, p. 799, § 803.

⁶⁴⁶Cornu, in *Mél. Bellet*, Litec, 1991, spéc. p. 94.

946. – Droits de la défense et principe de la contradiction. Traditionnellement, doctrine et jurisprudence ont assimilé le principe de la contradiction ou le principe du contradictoire au principe des droits de la défense : la violation de la contradiction est parfois sanctionnée sous l'angle des droits de la défense⁶⁴⁷. Toutefois, la doctrine contemporaine tend à y voir un principe plus large qui dépasse les droits de la défense. Certains y voient même un droit naturel⁶⁴⁸ puisque ce principe vaut en toutes matières, civile et pénale, et on le rencontre dans tous les contentieux. Force est de constater qu'il dépasse le cadre du procès puisqu'on peut le retrouver dans des situations étrangères à un procès. Ainsi, le respect du contradictoire peut être exigé lors de tout processus, comme la révocation d'un dirigeant d'une société anonyme⁶⁴⁹. Enfin, il doit être respecté tant entre les parties que dans les rapports entretenus avec l'arbitre.

Selon une formule consacrée : « Le principe de la contradiction permet d'assurer la loyauté des débats et le caractère équitable du procès en empêchant notamment qu'une décision soit rendue sans que chaque partie ait été en mesure de faire valoir ses prétentions de fait et de droit, de connaître les prétentions de son adversaire et de les discuter, ou qu'une écriture ou document n'ait été porté à la connaissance du tribunal arbitral sans être également communiqué à l'autre partie, et à ce qu'aucun moyen de fait ou de droit ne soit soulevé d'office sans que les parties aient été appelées à le commenter »⁶⁵⁰. On voit ainsi que contradictoire et loyauté sont intimement liés, de même que contradictoire et égalité.

947. – Terminologie. Le Code de procédure civile utilise l'expression « principe de la contradiction » tandis que certains auteurs préfèrent parler de principe du contradictoire⁶⁵¹, ce qui peut se comprendre dans la mesure où « ce qui compte est moins la réalité de la contradiction que la possibilité même de se contredire »⁶⁵². Les deux expressions sont toutefois généralement tenues pour synonymes⁶⁵³, mais l'équivalent anglophone de la notion (*due process*) est aussi, parfois un peu abusivement, discutée⁶⁵⁴.

948. – Fondements textuels. Ce principe est consacré en droit français par les articles 14 à 19 visés aux articles 1464, alinéa 2 et 1492, 4^o (pour l'arbitrage interne)

⁶⁴⁷V. par ex., Paris, 22 mars 1965, *Boucly*. – Paris, 7 janv. 1963 : *Rev. arb.* 1963, p. 21. – Paris, 7 janv. 1963 : *Rev. arb.* 1963, p. 21.

⁶⁴⁸H. Motulsky, *Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle : le respect des droits de la défense en procédure civile*, in *Mél. en l'honneur de P. Roubier*, t. 2, Dalloz, 1961, p. 175.

⁶⁴⁹Cass. com., 24 janv. 1998 : *JCP E* 1998, I, 1306, n^o 6, obs. A. Viandier et J.-J. Caussain : révocation jugée abusive parce que « décidée sans que [l'intéressé] ait été mis en mesure de présenter préalablement ses observations ».

⁶⁵⁰Paris, 14 juin 2007 : *Rev. arb.* 2007, p. 644 ; en ce sens aussi, V. Paris, 2 avr. 2019, n^o 16/24358, aff. *Schooner*.

⁶⁵¹V. en part. Frison-Roche, *Généralités sur le principe du contradictoire*, thèse, Paris II, 1988, p. 343 : « Le droit organise non la contradiction mais le contradictoire ; seule une partie peut, grâce au contradictoire qui lui en assure la possibilité concrète et la puissance, apporter la contradiction qui meut le procès. Il s'agit de la même opération, mais d'abord à l'état de puissance, puis à l'état d'acte ». – V. dans le même sens : Miniato, *Le principe du contradictoire en droit processuel*, LGDJ, coll. « Bibl. dr. privé », 2008, préf. Beignier ; *La consécration du principe du contradictoire par le décret du 20 août 2004* : *D.* 2005, 308 ; *Le principe du contradictoire : nouveau principe directeur du procès* : *D.* 2005, 2537.

⁶⁵²Cadiet et Jeuland, *Droit judiciaire privé*, LexisNexis, 8^e éd., 2013, p. 379, n^o 516.

⁶⁵³Guinchard, Ferrand et Chainais, *Procédure civile. Droit interne et droit de l'Union européenne*, Précis Dalloz, 31^e éd., 2012, p. 545, n^o 768. – Héron et Le Bars, *Droit judiciaire privé*, Domat Montchrestien, 5^e éd., 2012, p. 239, n^o 290.

⁶⁵⁴Pour une illustration guère convaincante, V. Paris, 5-16, 16 févr. 2021, n^o 18/16695, *Greenwich* : *Dalloz Actualité*, 30 avr. 2021, obs. J. Jourdan-Marques.

et à l'article 1510 (pour l'arbitrage international) du Code de procédure civile. Même si elle ne consacre pas le terme de contradictoire, la loi-type CNUDCI (2006) y fait également référence⁶⁵⁵. De même, sur le plan institutionnel, les règlements y font référence⁶⁵⁶. La contradiction est une obligation pour les parties qui s'impose durant toute l'instance arbitrale (A), mais c'est également un droit pour elles, les arbitres étant tenus de le respecter (B).

A. – Le respect du contradictoire par les parties durant toutes les étapes de l'instance arbitrale

1° Un droit d'être entendu par les arbitres

949. – Principe. Il résulte du principe du contradictoire, en premier lieu, que les parties doivent être appelées ou entendues⁶⁵⁷, et ce dès le commencement d'un arbitrage.

950. – La notification de la demande d'arbitrage. En effet pour être entendue, la partie défenderesse doit être informée de l'existence d'une demande d'arbitrage à son encontre. Tout défendeur doit être informé qu'un procès arbitral est intenté contre lui. Toutefois, il est rappelé que la demande d'arbitrage n'est pas une assignation au sens du Code de procédure civile, et par conséquent, la signification par voie d'huissier d'une telle demande n'est pas imposée. Quelles sont alors les voies de notification de cette demande d'arbitrage ? La flexibilité de l'arbitrage permet d'envisager des types de transmission souples tels que la lettre recommandée, un courriel, etc. Ainsi le recours à un huissier n'est pas obligatoire. Néanmoins, le moyen de (télé)communication doit pouvoir fournir la preuve de l'envoi. Parfois, la transmission est effectuée par le centre d'arbitrage qui centralise la demande⁶⁵⁸. En matière de procédure civile, la possibilité d'une communication par voie électronique a été insérée aux articles 748-1 à 748-8 du Code de procédure civile. Par ailleurs, la communication entre les avocats et les juridictions étatiques peut être dématérialisée grâce au RPVA. Mais l'article 748-6 rappelle que les procédés techniques doivent garantir la fiabilité de l'identification des parties, l'intégrité des documents, la sécurité et la confidentialité des échanges, la date certaine de l'envoi et de la réception. Ainsi, en matière arbitrale, en vertu de la liberté qui l'entoure, il est loisible aux parties d'envisager la voie électronique comme mode de notification de la demande d'arbitrage à condition de remplir les exigences exposées. La cour d'appel de Paris a pu juger que les droits de la défense ne sont pas méconnus « dès lors que le défendeur défaillant à l'arbitrage s'est vu notifier d'une façon non contestable la demande d'arbitrage formée contre elle »⁶⁵⁹.

951. – Procédure par défaut. Toutefois, il est seulement nécessaire que les parties aient été appelées à l'arbitrage. Dès lors que celles-ci s'abstiennent de

⁶⁵⁵Loi type CNUDCI (2006), art. 16 : « Chaque partie doit avoir la possibilité de faire valoir ses droits ».

⁶⁵⁶Règl. CCI (2021), art. 22.4 ; Règl. CMAP, art. 18.2 : « (...) Dans toutes ces hypothèses, le tribunal arbitral sera tenu de respecter la règle de la contradiction ».

⁶⁵⁷CPC, art. 14.

⁶⁵⁸Règl. CCI (2021), art. 4.

⁶⁵⁹Paris, 14 févr. 1985 : *Rev. arb.* 1987, p. 325 ; *op. cit.* – Paris, 7 févr. 1991 : *Rev. arb.* 1992, p. 634, obs. J. Pellerin. – Paris, 24 mars 1995 : *Rev. arb.* 1996, p. 259, note J.-M. Talau. – Paris, 13 sept. 2007 : *Rev. arb.* 2008, p. 313, note F.-X. Train.

comparaître, une sentence pourra valablement être rendue⁶⁶⁰. Ainsi, si la procédure peut se dérouler par défaut, elle doit néanmoins toujours être contradictoire. La partie défaillante doit avoir été informée des développements de l'instance arbitrale⁶⁶¹. À l'inverse, l'existence d'une convocation à l'audience arbitrale ne suffit pas à assurer le respect du contradictoire, si celle-ci est effectuée trop tardivement, et ne laisse pas au plaideur un délai suffisant pour préparer sa défense.

2° Le respect du contradictoire lors de l'instruction de l'affaire

952. – Principe. Le principe du contradictoire exige également que les parties puissent utilement faire valoir leurs prétentions et moyens de fait et de droit et soumettre au tribunal arbitral leurs éléments de preuve. Symétriquement, une partie doit être en mesure de connaître à l'avance les arguments de son adversaire. Chaque partie doit pouvoir, selon les modalités définies par le tribunal arbitral, la convention d'arbitrage ou le règlement applicable, produire devant les arbitres, soit oralement, soit par écrit⁶⁶², son argumentation⁶⁶³. Les parties doivent bénéficier d'un temps suffisant pour préparer leur défense⁶⁶⁴. Ce principe posé à l'article 15 du Code de procédure civile a ainsi été consacré sous de nombreux aspects de l'arbitrage et notamment s'agissant des pièces à communiquer. Tout document émanant de l'une des parties doit pouvoir être discuté par l'autre partie. Les parties ont également l'obligation de communiquer leur dossier à l'arbitre qui doit connaître l'intégralité des débats. À ce titre, les pièces obtenues par une procédure de *discovery*, et production de pièces, ne sont pas considérées comme intégrées aux débats si elles n'y ont pas été versées et produites aux arbitres. Enfin, lorsqu'une partie s'adresse au tribunal arbitral, elle doit en informer l'autre partie, par exemple en mettant la partie adverse en copie d'un courriel.

953. – Difficulté et charge de la preuve. L'échange de pièces entre les parties n'étant soumis à aucun formalisme particulier, des difficultés quant à la preuve de l'absence de communication peuvent alors surgir. La charge de la preuve pèse sur celui qui invoque la violation par le tribunal arbitral du principe de la contradiction⁶⁶⁵.

954. – Le délai de communication des écritures et pièces. Ainsi, les délais de communication des pièces, documents ou mémoires doivent être suffisants pour respecter les droits de la défense⁶⁶⁶.

955. – Le respect du contradictoire par l'instauration d'un calendrier. Le respect du contradictoire lors de l'instruction est une question de gestion de temps. La meilleure façon de gérer cette temporalité est l'instauration d'un calendrier. Ce calendrier est un outil qui fixe précisément les dates auxquelles les parties doivent se faire connaître leurs demandes et moyens⁶⁶⁷ et permet de s'assurer qu'il n'y ait pas

⁶⁶⁰Paris, 25 mars 1983 : *Rev. arb.* 1984, p. 363, note J. Robert. – Paris, 15 déc. 1967 : *Rev. arb.* 1967, p. 118. – Paris, 26 mars 1991 : *Rev. arb.* 1991, p. 456, note Y. Gaudemet Tallon. – Paris, 6 nov. 1997 : *Rev. arb.* 1998, p. 706, obs. Y. Derains – Paris, 4 déc. 1997 : *Rev. arb.* 1998, p. 160, note Ch. Jarrosson.

⁶⁶¹Paris, 21 avr. 2005 : *JCP G* 2005, I, 179, n° 5, obs. Ch. Seraglini.

⁶⁶²Paris, 12 juill. 1971 : *Rev. arb.* 1973, p. 74, note Ph. Fouchard.

⁶⁶³Paris, 22 mars 1965, *Boucly*. – Paris, 7 janv. 1963 : *Rev. arb.* 1963, p. 21.

⁶⁶⁴Paris, 6 nov. 1987 : *Rev. arb.* 1991, p. 115, note J. Pellerin.

⁶⁶⁵Cass. 1^{re} civ., 5 nov. 2014, n° 13-1.745 : *D.* 2014, p. 2308 ; *Cah. arb.* 2015-1, p. 57, note J. Barbet.

⁶⁶⁶Paris, 18 nov. 2004, n° 2004/01551 : *JurisData* n° 2004-262345 ; *Rev. arb.* 2006, p. 759, obs. P. Duprey.

⁶⁶⁷Cass. 1^{re} civ., 20 juin 2012, n° 10-21.375, *Sté Chaudronnerie mécanique ariégeoise* : *Gaz. Pal.* 30 sept.-2 oct., p. 13, obs. D. Bensaude ; *JCP G* 2012, doct. p. 1354, § 7, obs. J. Ortscheidt. – Cass. 1^{re} civ., 6 juin 2012, n° 11-18.252, *Reveillault*. – Paris, 15 janv. 2013 : *JCP G* 2013, doct. p. 784, § 6, obs. J. Ortscheidt.

d'effet de surprise. La partie qui, en violation du calendrier d'échange des mémoires, dépose un mémoire le matin de l'audience, transgresse ledit calendrier et contrevient au principe de la contradiction. En conséquence, le tribunal arbitral ne viole pas le principe de la contradiction en rejetant ce mémoire⁶⁶⁸. La question pourrait également se poser si un témoin était présenté le jour de l'audience, ou encore si une présentation d'un *opening statement* (sous une forme moins formelle, comme des diapositives) était différente de celle transmise à la partie adverse et au tribunal. La jurisprudence apprécie *in concreto* le caractère suffisant du délai⁶⁶⁹. Le juge tient compte notamment du délai effectif dont a disposé la partie pour répondre, du délai dont a disposé l'autre partie, du calendrier procédural en général, mais aussi de l'importance, du volume et de la complexité des éléments auxquels la partie doit répondre, tout comme de la qualité et du volume de la réponse. Toutefois, il est à noter que les Règles IBA (2020) sont relativement souples et acceptent la production d'un témoignage écrit nouveau qui serait produit à la dernière minute⁶⁷⁰. En tout état de cause, une fois ces questions probatoires suffisamment soumises au débat, c'est à l'arbitre de trancher, souverainement et en vertu de son pouvoir d'instruction et d'administration de l'arbitrage, quelles preuves seront admises et quel document ou témoignage est nécessaire pour l'aider à trancher le litige⁶⁷¹.

956. – Sort des productions tardives. Il est admis en jurisprudence qu'après la clôture des débats, les arbitres ne peuvent prendre en considération de nouvelles pièces produites⁶⁷². L'article 1476, alinéa 2 du Code de procédure civile interdit par principe la formation d'une demande, l'invocation d'un moyen et la production d'une pièce au cours du délibéré sauf injonction du tribunal arbitral⁶⁷³. L'arbitre conserve ainsi la faculté de rouvrir les débats ou peut inviter la partie adverse à formuler des observations sur les nouveaux documents⁶⁷⁴.

B. – Le respect du contradictoire par les arbitres

1° Les obligations pesant sur les arbitres

957. – Principe. La loi, la jurisprudence et même les règlements professionnels⁶⁷⁵ imposent à l'arbitre, en toutes circonstances, de faire observer (a) et d'observer lui-même le principe de la contradiction (b).

⁶⁶⁸Paris, 27 févr. 1996 : *Rev. arb.* 2000, p. 471, note J.-B. Racine.

⁶⁶⁹C. Kessedjian, *Principe de la contradiction et arbitrage* : *Rev. arb.* 1995, p. 381.

⁶⁷⁰IBA, art. 4.6 : « Si des Déclarations de témoin sont produites, toute Partie peut, dans le délai imparti par le Tribunal Arbitral, soumettre au Tribunal Arbitral et aux autres Parties des Déclarations de témoin modifiées ou additionnelles, y compris des Déclarations de personnes n'ayant pas encore été désignées en qualité de témoin, à la condition que les éléments nouveaux ainsi introduits n'aient pour objet que de répondre à des éléments nouveaux contenus notamment dans une Déclaration de témoin, un Rapport d'expertise ou un mémoire d'une autre Partie ».

⁶⁷¹V. *infra*, n° 964.

⁶⁷²Lyon, 5 avr. 2016, n° 15-00830 : *Cah. arb.* 2016-2, p. 512. – Paris, 21 févr. 2002 : *Rev. arb.* 2002, p. 955 : Les arbitres avaient écarté des débats une pièce produite un mois après la clôture des débats dont les parties avaient été dûment informées.

⁶⁷³Paris, 5 juill. 1990 : *Rev. arb.* 1991, p. 359.

⁶⁷⁴Paris, 13 nov. 1980 : *Rev. arb.* 1984, p. 129, obs. T. Bernard.

⁶⁷⁵RIN, art. 6.2.

a) L'exigence pour l'arbitre de faire respecter la contradiction et sanctionner le non-respect

958. – Pouvoir d'injonction. Comme tout juge, l'arbitre doit veiller scrupuleusement, en toutes circonstances, à ce que le principe du contradictoire soit respecté. Pour ce faire, l'injonction de production fait partie des moyens mis à sa disposition pour faire respecter la contradiction. S'il n'use pas de ce pouvoir, une partie est alors en droit de lui reprocher ce manquement au regard du principe du contradictoire⁶⁷⁶. L'arbitre doit également s'assurer, lorsqu'il applique des règles de procédure, de respecter le contradictoire⁶⁷⁷.

959. – Modalités de convocation. Le contradictoire s'applique autant au stade du commencement qu'aux convocations. Lorsque l'arbitrage est *ad hoc*, les modalités de convocation sont libres. Lorsque l'arbitrage est institutionnel, si le règlement précise les modalités de convocation des parties par le tribunal, celles-ci doivent être respectées⁶⁷⁸.

960. – Distinction entre absence de convocation et le résultat de cette absence. Ce n'est pas l'absence de convocation qui fonde la violation du contradictoire mais son résultat. Ainsi, les arbitres ne sont pas tenus de convoquer les parties à toutes les réunions du collège arbitral, dès l'instant que celles-ci sont présentes à certaines d'entre elles, et que possibilité leur a été offerte de se faire entendre et de soumettre leurs arguments⁶⁷⁹.

961. – Arbitre et notification. L'arbitre doit s'assurer que la notification de l'audience arbitrale était bien arrivée à destination des deux parties⁶⁸⁰.

962. – Procédure de communication de pièces. En vertu de son pouvoir d'administration, l'arbitre doit organiser une procédure de communication des pièces et rejeter tout argument ou tout élément de preuve produit par l'une des parties sans communication à la partie adverse. Le tribunal arbitral doit veiller à mettre l'autre partie en mesure de présenter utilement ses observations. Toutefois, le principe d'égalité lié au contradictoire n'implique pas une parfaite égalité, arithmétique, dans les délais accordés aux parties pour déposer leurs écritures⁶⁸¹. Ainsi, les parties peuvent ne pas disposer d'un temps égal pour présenter leur argumentation sans que cela n'implique nécessairement une violation du principe d'égalité.

963. – Faire respecter les délais. L'arbitre dispose d'un pouvoir d'appréciation lorsqu'une des parties produit une pièce hors délai. Néanmoins, la pratique de l'arbitrage international révèle que les arbitres refusent rarement un mémoire produit tardivement. En réalité, en matière de production tardive de pièces, la liberté du tribunal de les admettre ou non est de principe, sauf convention contraire des parties. Toutefois, si le tribunal admet aux débats une pièce produite hors délais, il doit veiller à respecter l'égalité des parties et le principe du contradictoire, c'est-à-dire qu'il devra accorder à l'autre partie un délai suffisant pour faire part de ses observations sur ces pièces. Néanmoins, le respect du contradictoire doit être contrebalancé par le devoir

⁶⁷⁶Cass. 2^e civ., 23 oct. 1996 : *Rev. arb.* 1996, p. 185, note S. Guinchard.

⁶⁷⁷Paris, 1^{er} déc. 2020, n^{os} 19/09347, 19/09352, 19/09554 et 19/09725, *Sterling Merchand Finance*.

⁶⁷⁸*Ibid*, Paris, 14 févr. 1985 : *Rev. arb.* 1987, p. 325.

⁶⁷⁹Cass. 3^e civ., 12 janv. 1968 : *Bull. civ.* 1968, III, n^o 15 ; *Rev. arb.* 1968, p. 27.

⁶⁸⁰Cass. 1^{re} civ., 5 mars 2008, n^o 06-21.684, *Rép. du Congo* : *Rev. arb.* 2008, p. 339 ; *JCP G* 2008, I, p. 164, § 5, obs. J. Orscheidt.

⁶⁸¹Paris, 15 juin 2006 : *Rev. arb.* 2006, p. 1002. Paris, 12 juin 2003 : *Rev. arb.* 2004, p. 894, note D. Bensaude : arrêt jugeant qu'un décalage de sept jours au profit de l'une des parties dans le calendrier de procédure ne confère à celle-ci aucun avantage décisif.

général du tribunal arbitral de veiller au caractère raisonnable de la durée de l'arbitrage. En effet, « la conduite de l'instance arbitrale ne doit pas conduire l'arbitre à prolonger les délais à l'encontre de l'efficacité de la procédure »⁶⁸². Ainsi, l'efficacité de l'arbitrage ne doit pas être négligée par la peur des tribunaux arbitraux d'être sanctionnés pour ne pas avoir respecté le principe du contradictoire.

b) L'exigence pour l'arbitre de se soumettre au principe du contradictoire

964. – L'instruction doit être soumise à un débat contradictoire. La première obligation, bien qu'évidente, est pour l'arbitre de ne s'adresser aux parties que si toutes sont destinataires de ses communications : tout échange unilatéral est proscrit⁶⁸³. Il est admis que : « rien de ce qui a servi à fonder la décision des arbitres ne doit échapper à leur débat contradictoire »⁶⁸⁴. Dès lors, l'arbitre ne doit retenir dans sa sentence que les moyens, explications et documents invoqués ou produits que si les parties ont été à même d'en débattre contradictoirement. Ainsi, la cour d'appel de Paris a retenu la violation du principe du contradictoire car les parties n'avaient « pas pu s'expliquer sur le moyen de droit de la perte d'une chance sur lequel les arbitres se sont fondés »⁶⁸⁵. De même, la cour d'appel a infirmé l'ordonnance d'exequatur qui avait été rendue sans discussion préalable des moyens de droit finalement retenus. Il s'agissait d'une affaire où le *corpus* juridique applicable ne posait pas de difficulté puisque les parties s'étaient mises d'accord pour appliquer le droit égyptien. Si le tribunal arbitral s'était bien conformé au domaine ainsi défini, il lui fut reproché par la cour d'appel d'avoir, sans débat contradictoire, « fondé sa décision sur les dispositions non invoquées des articles 120, 121 et 142 du Code civil égyptien »⁶⁸⁶. La Cour de cassation a retenu la violation du principe du contradictoire au motif que la sentence a appliqué des dispositions non invoquées du règlement d'arbitrage applicable⁶⁸⁷. Par ailleurs, l'arbitre ne peut pas se prononcer sur un moyen de droit ou de fait⁶⁸⁸ qu'il a relevé d'office sans que les parties n'aient préalablement été mises en mesure de faire valoir leurs éventuelles observations⁶⁸⁹. Il ne peut pas davantage

⁶⁸²Paris, 18 nov. 2004 : *Rev. arb.* 2006, p. 759, obs. P. Duprey.

⁶⁸³L'arbitre doit être vigilant et informer par écrit ses coarbitres et l'autre partie s'il discute avec l'autre partie, par exemple par téléphone. Pour une illustration : Saint-Denis de La Réunion, 12 nov. 2012, n° 10/02177, *SOGECOR*, toutefois arrêt cassé et annulé par Cass. 1^{er} civ., 3 déc. 2014, nos 13-10.567 et 13-12.674 : *Rev. arb.* 2015, p. 268 : « des conversations téléphoniques entre les demandeurs et le président du tribunal arbitral n'ont pas eu d'incidence sur la solution du litige, alors que, dans une ordonnance du 9 décembre 2008, le tribunal arbitral avait noté que son président avait reçu, après l'audience, un appel téléphonique des consorts X... propre, selon les arbitres, à faire peser sur eux une pression intolérable, la cour d'appel a violé le texte susvisé ».

⁶⁸⁴Paris, 25 nov. 1999 : *Rev. arb.* 2001, p. 165, note D. Cohen. – Paris, 3 déc. 2009, n° 08/131618, *Sté Engel Austria GmbH*. – Th. Clay, *Chronique de l'arbitrage*, 2010, n° 202, p. 25. – Paris, 4 nov. 2014, n° 13-10.256 : *Cah. arb.* 2015-1, p. 113. – Paris, 1^{er} déc. 2020, nos 19/09347, 19/09352, 19/09554 et 19/09725, *Sterling Merchand Finance*.

⁶⁸⁵Paris, 15 mai 2008 : *Rev. arb.* 2010, p. 105 et C. Chanais *L'arbitre, le droit et la contradiction : l'office du juge arbitral à la recherche de son point d'équilibre* : *Rev. arb.* 2010, p. 3. – Paris, 25 mars 2010, n° 08/23901, *Caribbean Niquel* : *Rev. arb.* 2011, p. 442 ; *RTD com.* 2010, p. 545, obs. E. Loquin ; *JCP G* 2010, I, p. 644, § 2, obs. C. Seraglini ; *Versailles Intern. Arb. and business Law Rev.* 2010, p. 6, obs. J.-R. Costargent ; *Cah. arb.* 2010-2, p. 520.

⁶⁸⁶Paris, 19 juin 2008, *Gouvernement de la République arabe d'Égypte* : *Rev. arb.* 2010, p. 105.

⁶⁸⁷Cass. 1^{er} civ., 13 juin 2013, n° 12-16.224 : *RTD com.* 2013, p. 485, obs. E. Loquin.

⁶⁸⁸Paris, 16 janv. 2003 : *D.* 2003, somm. p. 2479, obs. Th. Clay ; *JDI* 2004, p. 161, note K. Kessedjian.

⁶⁸⁹Cass. 1^{er} civ., 26 juin 2013 : *Rev. arb.* 2013, p. 1023. – Cass. 1^{er} civ., 1^{er} juill. 2009 : *Rev. arb.* 2009, p. 655. – Paris, 15 mai 2008 : *Rev. arb.* 2010, p. 105. – E. Loquin, *De l'obligation faite aux arbitres de soumettre tout argument de fait ou de droit relevé d'office par lui à la discussion des parties* : *RTD com.* 1996, p. 445. –

modifier le fondement juridique d'une demande, sans avoir préalablement invité les litigants à s'expliquer sur ce nouveau fondement⁶⁹⁰. Le principe du contradictoire est d'une importance telle que des arbitres peuvent être sanctionnés même s'ils n'ont pas utilisé des documents non transmis à la partie adverse, pour fonder leur décision⁶⁹¹. À l'inverse, les arbitres disposent de certains pouvoirs *ex officio* : ils peuvent retenir la solidarité commerciale puisqu'elle est toujours présumée et appliquer le taux d'intérêt légal au lieu du taux d'intérêt conventionnel⁶⁹². Ils peuvent également faire application de leurs pouvoirs modérateurs dans l'application du taux d'intérêt⁶⁹³. De même que leur pouvoir d'administrer l'arbitrage, et donc de décider si tel ou tel témoin doit être entendu⁶⁹⁴, en plus ou en lieu et place de tel autre, semble être moins contraint par le contradictoire que pour les pièces et arguments de droit débattus⁶⁹⁵.

La jurisprudence a également pu considérer que la responsabilité du centre d'arbitrage pouvait être engagée pour défaut de contradictoire dans la fixation des frais administratifs⁶⁹⁶ ou en raison des fautes commises par l'arbitre, notamment dans le respect du contradictoire⁶⁹⁷.

965. – L'absence d'obligation de soumettre la motivation au débat contradictoire. Néanmoins, le tribunal arbitral n'a pas l'obligation de soumettre au préalable la motivation de sa sentence au débat contradictoire des parties⁶⁹⁸.

966. – Langue de l'arbitrage et violation du principe du contradictoire. La langue est le moyen d'assurer le contradictoire mais peut parfois être l'objet même du contradictoire. C'est ainsi que dans une affaire où le président du tribunal avait traduit lui-même partiellement certaines pièces sur lesquelles il avait fondé sa décision, il a été jugé que le tribunal arbitral avait violé le contradictoire en s'autorisant à procéder à ces traductions sans avoir mis en mesure une des parties de discuter utilement de l'intégralité des pièces portées à sa connaissance⁶⁹⁹.

967. – Contradiction au sein du tribunal arbitral. La question du respect par les arbitres du principe du contradictoire au sein du tribunal arbitral peut se poser. Il est des situations où seul le président prend une décision, telle qu'une ordonnance de procédure, sans la soumettre au débat contradictoire avec les coarbitres. En vertu de son pouvoir de police, le président doit organiser la procédure, ce qui implique que

S. Guinchard, *L'arbitre et le respect du principe du contradictoire* : *Rev. arb.* 1997, p. 192. – C. Chainais, *L'arbitre, le droit et la contradiction, l'office du juge arbitral à la recherche de son point d'équilibre* : *Rev. arb.* 2010, p. 3. – Paris, 30 juin 2020, n° 17/22494, *Souflet Negoce*.

⁶⁹⁰Cass. 1^{re} civ., 29 juin 2011, n° 10-23.321 : *Rev. arb.* 2011, p. 678, note C. Chainais ; *Cah. arb.* 2012, p. 183, note N. Mayer Fabre ; *RTD com.* 2012, p. 526, obs. E. Loquin ; *RJ com.* 2012, n° 1, p. 30, obs. B. Moreau ; *Gaz. Pal.* 2011, n° 315, p. 17, obs. D. Bensaude. – Paris, 15 mars 2016, n° 14-19164 : *Cah. arb.* 2016-2, p. 508. – Paris, 30 juin 2020, n° 17/22494 : *Gaz. Pal.*, 12 mars 2021, n° 10, p. 29, obs. D. Bensaude.

⁶⁹¹Paris, 9 oct. 2011, n° 11/07068, *SAS Maillard*.

⁶⁹²Paris, 18 févr. 2014 : *Gaz. Pal.* 27-28 juin 2014, p. 15, obs. D. Bensaude. *V. contra*, en droit allemand, Cour d'appel de Francfort, 25 mars 2021, 26 Sch 18/20, qui retient qu'au titre de ses pouvoirs *ex officio*, l'arbitre peut s'appuyer sur ses propres recherches factuelles sur internet sans qu'il soit besoin de recueillir les commentaires des parties. Cette solution ne semble pas devoir être retenue en droit français, les arbitres devant être vraisemblablement tenus de recueillir les commentaires des parties.

⁶⁹³Paris, 13 avril 2021, n° 18/09809, *AD Trade*.

⁶⁹⁴V. Paris, 20 oct. 2020, n° 19/05231, *ITOC* : *Dalloz Actualité*, 30 déc. 2020, obs. J. Jourdan-Marques.

⁶⁹⁵V. Paris, 5-16, 16 févr. 2021, n° 18/16695, *Greenwich* : *Dalloz Actualité*, 30 avr. 2021, obs. J. Jourdan-Marques.

⁶⁹⁶Colmar, 22 juin 2020, n° 18/02745, *Centre européen d'arbitrage et de médiation*.

⁶⁹⁷Paris, 10 nov. 2020, n° 18/19033 : *D.* 2020, p. 2484, obs. Th. Clay.

⁶⁹⁸Paris, 8 mars 2016, n° 14-21055 : *Cah. arb.* 2016-2, p. 505. – Cass. 1^{re} civ., 1^{er} mars 2006 : *Rev. arb.* 2006, p. 653, note G. Bolard.

⁶⁹⁹Cass. 1^{re} civ., 18 mars 2015, n° 13-22.391, n° 2015-009815 : *Procédures nov.* 2015, n° hors-série, p. 48-50.

dans certaines situations l'efficacité doit supplanter la contradiction. Néanmoins, lors du délibéré, le principe du contradictoire doit être respecté entre les membres du tribunal arbitral, sans qu'un arbitre soit marginalisé. Que se passe-t-il si, en cas de désaccord entre les arbitres, un arbitre vient à quitter le tribunal avant que la sentence soit rendue ? En réponse à cette problématique, la cour d'appel de Venise a annulé la sentence rendue en l'absence d'un arbitre⁷⁰⁰.

Encart 31

Ce que le respect du contradictoire implique et n'implique pas

	CE QUE LE RESPECT DU CONTRADICTOIRE IMPLIQUE :	CE QUE LE RESPECT DU CONTRADICTOIRE N'IMPLIQUE PAS :
Pour les parties	<p>Droit d'être entendu par les arbitres :</p> <ul style="list-style-type: none"> – réception de la notification ; – convocation à l'audience. <p>Droit de débattre de l'intégralité des écritures et pièces adverses, mais aussi des points soulevés par le tribunal arbitral.</p> <p>Droit de ne pas être surpris : p. ex. disposer d'un délai suffisant avant une audience pour discuter d'une nouvelle pièce introduite aux débats.</p>	<p>La comparution des parties elle-même (ou de leur conseil) n'est pas impérative. Il suffit que chaque partie ait eu l'opportunité de développer son argumentation.</p> <p>Si les parties s'abstiennent de comparaître, une sentence par défaut pourra valablement être rendue.</p> <p>Le fait de dénoncer sa violation à n'importe quel moment : à soulever en temps utile.</p>
Pour les arbitres	<p>De faire observer le principe de la contradiction, ce qui signifie :</p> <ul style="list-style-type: none"> – instaurer un calendrier ; – sanctionner le retard dans la production de mémoires ou pièces et donc rejeter tout argument ; 	<p>Il n'est pas obligé :</p> <ul style="list-style-type: none"> De prendre en compte des écritures ou production tardive. – de convoquer toutes les parties à toutes les réunions avec la possibilité de se faire entendre ;

⁷⁰⁰Cour d'appel de Venise, 17 août 2016, n° 1855/2016, RG n° 2159/2008.

	CE QUE LE RESPECT DU CONTRADICTOIRE IMPLIQUE :	CE QUE LE RESPECT DU CONTRADICTOIRE N'IMPLIQUE PAS :
	<ul style="list-style-type: none"> – rejeter tout argument ou tout élément de preuve d'une des parties sans communication à la partie adverse ou du fait d'une communication tardive. <p>De se soumettre au principe de la contradiction, ce qui signifie qu'il doit :</p> <ul style="list-style-type: none"> – effectivement convoquer toutes les parties pour qu'elles puissent faire valoir leurs droits ; – s'assurer que tous les éléments sont soumis au débat contradictoire ; – délibérer contradictoirement avec les autres arbitres. 	<p>Il peut :</p> <ul style="list-style-type: none"> – rechercher et d'interpréter les règles de droit applicable au litige ; – requalifier un contrat.

2° Les sanctions en cas de non-respect du contradictoire

968. – Non-respect du contradictoire par l'arbitre. L'arbitre peut, comme il a été vu, sanctionner le non-respect du contradictoire par les parties mais *quid* de la sanction lorsque l'arbitre n'a lui-même pas respecté ce principe ?

969. – Recours en annulation. Il est révélateur de noter que le contradictoire est le seul principe processuel consacré par le Code de procédure civile comme cas d'ouverture d'un recours annulation aux articles 1492, 4° pour l'arbitrage interne et 1520, 4° pour l'arbitrage international.

970. – Réaction de la partie victime et irrégularité de procédure. L'article 1466 du Code de procédure civile dispose que : « La partie, qui, en connaissance de cause et sans motif légitime, s'abstient d'invoquer en temps utile une irrégularité devant le tribunal arbitral est réputée avoir renoncé à s'en prévaloir ». Ainsi, lorsqu'une partie qui s'estime victime d'une violation d'une règle de procédure par le tribunal arbitral, elle a l'obligation de dénoncer cette violation devant les arbitres tant que cette dénonciation peut avoir pour effet de permettre aux arbitres de supprimer le vice qui affecte la procédure arbitrale⁷⁰¹. Dès lors, lorsque le président du tribunal arbitral s'entretient avec l'une des

⁷⁰¹Paris, 12 avr. 2016, nos 11-20730 et 11-20732 : *Cah. arb.* 2016-2, p. 514.

parties, entre l'audience de plaidoirie et la clôture des débats, la violation du contradictoire doit être dénoncée à ce moment afin qu'elle puisse être réparée par l'ouverture d'un débat contradictoire sur ce qui avait été échangé⁷⁰². Pour certains auteurs, le principe de la contradiction appartient à l'ordre public de protection auquel peut renoncer la partie protégée, une fois qu'elle a acquis le droit relevant de cet ordre public⁷⁰³.

Encart 32

***Due process paranoia* et tactiques guerrières : quand la peur paralyse le conflit**

971. – Notion et dérives. La « *paranoïa* du contradictoire » fait référence à une forme de crainte de la part des arbitres – celle de voir leur sentence finale remise en cause pour irrégularité procédurale – qui les pousse à une certaine passivité face à des situations tendues. Ils sont alors acculés à consentir des requêtes, parfois déraisonnables, voire à accepter des tactiques de « guérilla », prolongeant ainsi inutilement l'arbitrage au détriment de son efficacité. Le fait que l'arbitre soit dépourvu d'*imperium* et parfois perçu par les parties comme un partenaire contractuel, un prestataire de justice, plutôt que juridictionnel mais sans l'autorité inhérente au juge, nourrit également cette *paranoïa*. Parfois, la réaction épidermique d'une partie face à une contrariété procédurale imposée par un refus du tribunal de donner suite à sa demande fait craindre le pire, c'est-à-dire qu'elle s'engage dans un « procès du procès » et critique à tout va la régularité de l'arbitrage et le manque « perçu » d'impartialité du tribunal, se sentant perdre la face si ce n'est le procès, et préparant des motifs de refus de reconnaissance, d'exécution ou encore d'annulation de la sentence à venir.

972. – Déférence de principe. Certes, les arbitres disposent d'une latitude certaine s'agissant des décisions procédurales⁷⁰⁴, la jurisprudence française tendant à faire preuve de déférence dans ce domaine. On peut ainsi citer cet arrêt considérant que, au cas d'espèce, le tribunal arbitral n'avait pas violé les règles de procédure en refusant une demande de production de documents après la date déterminée par le calendrier procédural⁷⁰⁵. C'est aussi le cas des institutions qui reconnaissent souvent ce pouvoir procédural, autorisant le tribunal à « adopter les mesures procédurales qu'il juge appropriées » afin

⁷⁰²Paris, 28 mai 2008 : *Rev. arb.* 2008, p. 691 ; en ce sens, pour l'estoppel : Paris, 28 févr. 2008, n° 07/04403 : *JurisData* n° 2008-363367 ; *Rev. arb.* 2008, p. 712.

⁷⁰³E. Loquin : *JCl. Procédure civile*, Fasc. 1036, § 123.

⁷⁰⁴CPC, art. 1509, al. 2 ; V. plus généralement *supra*, n° 934.

⁷⁰⁵Paris, 23 juin 2015, *M^{me} Sergent c/ SCA Coopérative Agricole Agralys* : *Rev. arb.* 2015, p. 961.

d'assurer une gestion efficace de l'affaire⁷⁰⁶ et en lui accordant « la plus grande discrétion » s'agissant des questions de procédure⁷⁰⁷.

973. – Sanction procédurale du courage ou de l'abus ? Pourtant, on trouve bien des décisions annulant une sentence, au motif que le tribunal aurait été trop agressif dans l'exercice de ce pouvoir procédural. Ce peut être le cas lorsqu'un arbitre ne laisse pas suffisamment de temps à une partie pour préparer sa défense⁷⁰⁸, ou lorsqu'il déclare irrecevable un mémoire en duplique déposé tardivement, sans qu'une demande n'ait été formulée en ce sens par la partie adverse et sans permettre aux parties de commenter cette décision⁷⁰⁹. Depuis de nombreuses années et dans d'autres pays, des sentences arbitrales sont également annulées pour excès de pouvoir, par exemple lorsqu'un arbitre refuse à une partie représentée par un avocat d'interroger la partie adverse, non représentée⁷¹⁰. Il est vrai que ce pouvoir « discrétionnaire » peut, plus que de courage, faire l'objet d'abus, comme toute forme de pouvoir d'ailleurs, et il ne serait pas souhaitable que, de cet « arbitrage » entre efficacité et recherche du consensus, ce soit l'arbitre qui ressorte systématiquement vainqueur : comme en matière politique, un équilibre des pouvoirs est toujours souhaitable. Une chose est certaine : la préoccupation des arbitres de toujours tenir compte des droits de la défense ne doit pas se muter en paralysie.

974. – Nuisance arbitrale et difficile équilibre pour y remédier. Toujours est-il que l'incapacité de certains tribunaux arbitraux à conduire efficacement un arbitrage a été identifiée comme l'une des causes fondamentales de la prolongation des délais et de l'augmentation des coûts⁷¹¹. Les arbitres étant gardiens de la régularité procédurale et garants de la légitimité de l'arbitrage, ils semblent souvent enclins à privilégier celles-ci sur l'efficacité et le courage procédural, agissant par prudence, dans des circonstances où il pourrait se permettre d'être plus robuste⁷¹². Dès lors, si la perte de temps et d'argent engendrée par la *due process paranoia* conduit des utilisateurs de l'arbitrage à s'en détourner, au profit de voies alternatives, la critique inverse se retrouve de la part d'arbitres jugés parfois trop entreprenants ou inquisitoriaux, ce qui tend aussi à nuancer la portée de cette « peur de la peur ». Peut-être est-ce là encore plus une question de proportion que de principe : le courage d'aller au fond doit l'emporter sur le souci strictement égalitaire et la recherche consensuelle, chaque fois que l'arbitre juge qu'une partie en fait trop. Subtil exercice, il est vrai.

⁷⁰⁶Règl. CCI (2021), art. 22(2).

⁷⁰⁷Règl. LCIA (2020), art. 14(2).

⁷⁰⁸Paris, 8 nov. 2016, *Gouvernement de la République d'Irak c/ Stés ThyssenKrupp et MAN* : *Rev. arb.* 2016, p. 1213.

⁷⁰⁹Paris, 16 oct. 2008, *SA Prim'Nature c/ SAS Top Pommes de terre* : *Rev. arb.* 2010, p. 110, note C. Chainais.

⁷¹⁰Cour d'appel d'Angleterre et du Pays de Galles, *Chilton v. Saga Holidays Plc*, 1986, 1 E.R., p. 841.

⁷¹¹Rapport de la Commission de la CCI, *Reducing Time and Costs in International Arbitration*, 2nd éd., 2012, spéc. p. 6 ; V. aussi : K. P. Berger et J. Ole Jensen, *Due Process Paranoia and the Procedural Judgment Rule : A Safe Harbour for Procedural Management Decisions by International Arbitrators* : *Arb. Int.* 2016, p. 415-435, spéc. p. 418.

⁷¹²R. Gerbay, *Due Process Paranoia* : *Kluwer Arbitration Blog* 6 juin 2016.

975. – Les tactiques dites de « guérilla » : un virus ? Du fait des enjeux financiers mais aussi des protagonistes impliqués, les parties à un arbitrage se disent parfois que tous les coups sont permis pour obtenir une issue favorable à tout prix. Dans l'affaire *Libananco Holdings Co Ltd c/ République de Turquie* de 2008, l'une des parties, l'État de Turquie avait intercepté les communications entre son adversaire et ses avocats, lesquelles contenaient des projets de mémoires au tribunal arbitral, ce que la sentence finale a relevé⁷¹³. De même, dans l'affaire *Himpurna California Energy Ltd. c/ République d'Indonésie*⁷¹⁴, l'enlèvement d'un arbitre a été organisé par l'une des parties, afin de retarder la procédure. Sans aller nécessairement jusqu'à ces extrêmes, le recours à ces « tactiques guerrières » n'est plus isolé, ce qui a notamment pour conséquences d'augmenter les coûts liés à la procédure arbitrale, de rendre la procédure inéquitable et d'éroder la confiance que placent les parties en ce mode alternatif de règlement des litiges. Tel un virus, il semblerait que, de plus en plus, les procédures d'arbitrage soient contaminées par le phénomène.

976. – Notion et critères. Nulle part définies précisément, ces manœuvres font en fait référence à un vaste ensemble de moyens procéduraux non conventionnels et protéiformes, érodant le mode de fonctionnement envisagé par l'arbitrage⁷¹⁵. Une première approche de la *guerilla tactic* consiste à s'intéresser aux deux procédés de manipulation et d'obstruction, car, au moyen de diverses manipulations, une partie tente de l'emporter, ou d'empêcher que son adversaire ne l'emporte, à tout le moins en gagnant du temps et/ou en paralysant la procédure. Surtout, les tactiques guerrières se caractérisent par une certaine répétition et une disproportion de la manœuvre abusive employée.

977. – Large gamme, mais constance du conseil. Une frontière ténue peut exister entre l'utilisation stratégique d'une règle par une partie pour faire valoir un droit et l'utilisation dilatoire de ce droit, le plus souvent de la part du conseil⁷¹⁶, qui le fait alors basculer en une tactique guerrière. Peut-on aller jusqu'à considérer qu'agir de façon excessivement stratégique est susceptible de caractériser une *tactique de guérilla* ? En principe, ces manœuvres correspondent à un comportement procédural déloyal caractérisé, voire à des actions de nature pénale. Toutefois, un problème d'interprétation peut se poser, s'agissant de la première catégorie : à partir de quel stade peut-on considérer un tel comportement comme étant caractérisé ? Un exemple caractéristique est celui de la demande de récusation d'un arbitre. Bien qu'indispensable au système arbitral, elle peut aussi, surtout si elle est répétée et s'appuie sur de simples contrariétés procédurales, aboutir à déstabiliser et à ralentir l'arbitrage. Ainsi, le

⁷¹³*Libananco Holdings Co Ltd c/ République de Turquie*, Aff. CIRDI, n° ARB/06/09, décision portant sur les questions préliminaires du 23 juin 2008.

⁷¹⁴*Himpurna California Energy Ltd. v. Republic of Indonesia*, Sent. Interim. 26 sept. 1999, Y.B. Com. Arb. XXV (2000), p. 181 et Sent. finale 16 oct. 1999, Y.B. Com. Arb. XXV (2000), p. 186.

⁷¹⁵V. en ce sens, la définition donnée par R. Pfeiffer et S. Wilske, *Guerilla Tactics in International Arbitration*, Kluwer Law International, 2013, p. 3.

⁷¹⁶V. not. et plus généralement : U. Draetta, *Counsel as Client's First Enemy in Arbitration*, Juris Publishing, 2014.

caractère dilatoire d'une telle demande s'appréciera à partir de sa fréquence (plus de deux fois), du moment où elle est introduite (vers la fin de la procédure) et de sa nature (prétextes tirés d'un refus du tribunal de faire droit à une simple demande procédurale). Les demandes de productions documentaires abusives et destinées à noyer l'adversaire, voire le tribunal, dans une masse d'informations, sont parfois aussi vues comme des tactiques guerrières redoutables, provoquant du retard et des délais parfois considérables⁷¹⁷. Contrer ces manœuvres n'est pas simple, le risque étant que, si un arbitre refuse la production de nouveaux documents, la partie requérante exerce des manœuvres dilatoires, se victimise et provoque chez l'arbitre une *due process paranoia*, pour tenter ensuite de contester la sentence pour violation des droits de la défense⁷¹⁸.

978. – Sources et sanctions. Existe-t-il, dès lors, un cadre juridique permettant de faire face à ces tactiques ? Outre l'article 1464 du Code de procédure civile français qui impose un devoir de loyauté, un tribunal arbitral peut, après un comportement jugé *in fine* abusif, imposer à la partie concernée le paiement des frais dus au titre de l'arbitrage⁷¹⁹. C'est le cas lorsque le conseil d'une partie a, à de nombreuses reprises, accepté puis refusé d'être mandaté par sa cliente, avec pour effet de retarder la procédure⁷²⁰. Cette sanction par l'allocation des coûts n'est pas propre à la CCI puisqu'elle se retrouve dans d'autres règlements⁷²¹. De même, certains centres, notamment LCIA, prévoient des sanctions applicables en cas de substitution abusive de conseils en cours d'arbitrage⁷²². Enfin, la *soft law* aussi s'intéresse à l'éthique des avocats dans les procédures arbitrales et permet aussi de guider pour contenir ces pratiques⁷²³. Quant aux sanctions judiciaires, elles restent exceptionnelles. À noter toutefois une jurisprudence canadienne qui a été jusqu'à refuser l'exécution d'une sentence, dans la mesure où des menaces de mort avaient été proférées, au cours de la procédure, à l'encontre de l'un des conseils du défendeur⁷²⁴.

979. – Outre ces principes-clés, au cœur de tout droit processuel, il existe également d'autres règles, plus accessoires, mais qui demeurent visées pour guider la procédure arbitrale.

⁷¹⁷R. Pfeiffer et St. Wilske, *Guerilla Tactics in International Arbitration*, préc., p. 4.

⁷¹⁸R. Marghitola, *Document Production in International Arbitration*, Kluwer Law International, 2015, p. 125.

⁷¹⁹ICC *Commission Report : Decision on Costs in International Arbitration, Appendix A : Analysis of Allocation of Costs in Arbitral Awards* : Bull. CCI 2015, n° 2, p. 13, spéc. p. 31. (égal. disponible en ligne sur le site de la CCI).

⁷²⁰Sent. CCI n° 8486/1996 : *Rec. CCI 1996-2000*, vol. IV, ICC Publ., 2003, p. 530.

⁷²¹Règl. CCI (2021), art. 28 ; Règl. LCIA (2020), art. 25.2 ; Règl. SCC (2017), art. 32.

⁷²²Règl. LCIA (2020), art. 18.6 ; V. aussi Règl. (2020) de la Chambre d'arbitrage de Milan, art. 9.

⁷²³*Lignes directrices de l'IBA sur la représentation des parties dans l'arbitrage international*, 2013, V. par ex. : art. 9, 11 et 13 ; *Principes internationaux de déontologie de la profession juridique*, 2011, not. art. 2 (égal. disponibles en ligne sur le site de l'IBA).

⁷²⁴Cour d'appel d'Ontario, *Donaldson International Livestock Ltd. v. Znamensky Selekcionno-Gibridny Center LLC*, 22 févr. 2010, ONCA 137.

§ 2. – Les autres principes visés par le Code de procédure civile

980. – Ces principes, auxquels le droit de l'arbitrage renvoie, concernent le principe dispositif (A), les principes relatifs à la preuve (B), les droits de la défense (C), la mission de conciliation de l'arbitre (D) et les principes applicables aux plaideurs non francophones ou malentendants (E).

A. – Principe dispositif

981. – **Définition du principe.** « Le principe dispositif donne aux plaideurs, à l'exclusion du juge, la maîtrise de la matière du procès »⁷²⁵. Selon l'article 4 du Code de procédure civile, les parties déterminent l'objet de la décision du tribunal arbitral, dans l'acte introductif d'instance et dans les écritures en défense. L'arbitre sera donc tenu par ce cadre déjà tracé. En effet, l'article 5 du même code oblige les arbitres à se prononcer uniquement sur ce qui est demandé par les parties. Les articles 6 et 7 du Code de procédure civile imposent aux parties d'alléguer les faits de nature à justifier les demandes qu'elles présentent et sur lesquelles le tribunal arbitral va exclusivement se fonder. En revanche, selon l'article 12, alinéas 2 et 3, le tribunal arbitral peut restituer aux faits et actes litigieux leur exacte qualification sans s'arrêter à la dénomination que les parties auraient proposée. De plus, l'article 13 permet à l'arbitre d'inviter les parties à fournir des explications de droit à la solution du litige lorsque cela est nécessaire.

B. – La preuve

982. – **Notion de charge de la preuve.** « C'est la contestation émise par un plaideur qui jette le doute sur un fait allégué, pose le problème de preuve et fait naître la charge de la preuve »⁷²⁶. L'article 9 du Code de procédure civile énonce, de manière générale, la règle traditionnelle de la charge de la preuve, selon laquelle chaque partie doit prouver ses prétentions. De plus, l'article 8 du Code de procédure civile autorise l'arbitre à inviter les parties à lui fournir des explications de fait nécessaires à la solution du litige. L'article 10 permet à l'arbitre d'ordonner d'office des mesures d'instruction qui sont légalement admissibles. L'article 11, alinéa 1 impose aux parties « d'apporter leur concours aux mesures d'instruction sauf au juge à tirer toute conséquence d'une abstention ou d'un refus ».

C. – La défense

983. – **Définition de la notion de défense.** Les principes de défense impliquent, outre le principe du contradictoire⁷²⁷, celui du libre choix de son défenseur. Ces principes n'englobent pas tous les droits de la défense énoncés à l'article 6, § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Cependant, la Convention exerce une contrainte indirecte sur l'arbitre

⁷²⁵G. Bolard, *Droit et pratique de la procédure civile*, Dalloz, 2021/2022, n° 321.11.

⁷²⁶G. Bolard, *Droit et pratique de la procédure civile*, op. cit., n° 321.103.

⁷²⁷V. *supra*, n° 945 et s.

qui pourrait voir sa sentence annulée en cas de non-respect de ces règles⁷²⁸. Selon l'article 18 du Code de procédure civile, les parties « peuvent se défendre elles-mêmes » ; à ce principe s'ajoute celui du libre choix d'un défenseur prévu par l'article 19 du même code. Par ailleurs, l'article 20 donne la possibilité au juge de toujours entendre les parties elles-mêmes.

D. – Mission de conciliation

984. – L'arbitre conciliateur. L'article 21 du Code de procédure civile ajoute le principe de conciliation à la mission de l'arbitre qui est donc tenu de tenter de concilier les parties.

E. – Les débats : les principes applicables aux plaideurs non francophones ou malentendants

985. – Les principes applicables aux plaideurs non francophones ou malentendants. Selon l'article 23 du Code de procédure civile, le juge n'est pas tenu de recourir à un interprète lorsqu'il connaît la langue dans laquelle s'expriment les parties. L'article 23-1 permet au juge de désigner un interprète pour une partie atteinte de surdité ou de recourir à tout dispositif lui permettant de communiquer avec elle⁷²⁹.

Section 2

Les principes propres à la procédure arbitrale

986. – L'égalité, la célérité, la loyauté et la confidentialité sont classiquement présentées comme des principes directeurs du procès arbitral, parfois à tort tant on les retrouve dans d'autres cadres⁷³⁰. Certains autres principes – contractuel ou collégial – seront également mentionnés ici.

§ 1. – Le respect du principe de l'égalité des parties

A. – Un principe essentiel

987. – Un procès à armes égales. « Dans le monde des hommes, les arguments de droit n'ont de poids que dans la mesure où les adversaires en présence disposent de moyens équivalents (...) »⁷³¹. L'arbitrage se veut être un procès à armes égales et dont

⁷²⁸C. Seraglini et J. Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, LGDJ, Précis Domat, 2^e éd., 2019, § 389.

⁷²⁹Au sujet de la langue, V. *infra* nos [1140](#) et s. et not. [1150](#).

⁷³⁰V. de manière générale, L. Bernheim van de Castele, *Les principes fondamentaux de l'arbitrage*, Bruylant, 2012.

⁷³¹Thucydide, *La Guerre du Péloponnèse*, Paris, Gallimard, 1964, t. 2, p. 120.

l'une des fondations est le donc principe de l'égalité. Dès le départ, c'est-à-dire, au moment de la constitution du tribunal, il s'impose aux parties, et même au centre quand l'arbitrage est institutionnel⁷³². Toutefois on le sait, dans les faits, les parties ne sont pas toujours sur un pied d'égalité, l'arbitrage pouvant même impliquer parfois des parties faibles. C'est le cas, notamment, lorsque l'arbitrage implique un consommateur, ignorant des usages du commerce international. Cependant s'il n'existe pas toujours une égalité de moyens, il existe une égalité de procédure. Ainsi, le respect du principe de l'égalité de traitement des parties s'impose aux arbitres durant le déroulement de l'instance⁷³³. Par exemple : le droit de nommer un arbitre⁷³⁴ ou de disposer des mêmes délais⁷³⁵. Il convient de remarquer que ce principe dérive aujourd'hui vers l'égalité financière (d'accès à la justice arbitrale)⁷³⁶.

988. – L'égalité : une devise de l'arbitrage. Le principe d'égalité – appelé aussi le principe de l'égalité des armes⁷³⁷ – est consacré à l'article 1510 du Code de procédure civile. Comme le contradictoire, il est inhérent à tout procès arbitral. Les deux principes sont d'ailleurs parfois imbriqués par la jurisprudence qui s'y réfère de façon indissociable⁷³⁸. Il est utile de noter que la Cour européenne des droits de l'homme lie le principe de l'égalité des armes avec l'équité. En effet, la Cour a considéré dans l'arrêt *Kress*⁷³⁹ que « la requérante ne saurait tirer du droit à l'égalité des armes reconnu par l'article 6 § 1 de la Convention le droit de se voir communiquer, préalablement à l'audience, des conclusions qui ne l'ont pas été à l'autre partie ». En revanche, il semble que les tribunaux français font souvent primer l'équité face à l'égalité⁷⁴⁰.

989. – Définition et évolution. Selon la jurisprudence, le principe de l'égalité des armes offre à chaque partie « une possibilité raisonnable de présenter sa cause, dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire »⁷⁴¹. Par le truchement des dispositions du Code de procédure civile relatives à la constitution régulière du tribunal et du Code civil concernant l'ordre

⁷³²V. *supra*, n°s 807 et 821 et s.

⁷³³Paris, 15 juin 2006 : *Rev. arb.* 2006, 1002, obs. Garaud et de Taffin : « la condamnation de la recourante dans l'arbitrage est due à d'autres raisons que la violation de ses droits procéduraux qui n'est pas établie ». – Paris, 21 févr. 2017, n° 15/01650, *République du Kirghizistan c/ Belokon* : D. 2017, 2054, obs. L. d'Avout et S. Bollée ; *ibid.* 2559, obs. Th. Clay ; *Rev. arb.* 2017, 915, note S. Bollée et M. Audit ; *JCP G* 2017, doct. 1326, obs. C. Seraglini ; *Cah. arb.* 2017, 668, note B. Poulain ; *Bull. ASA* 2017, 551, note L.-C. Delanoy. – Paris, 28 juin 2016 : *Rev. arb.* 2016, 1101.

⁷³⁴V. *supra*, n°s 807 et 822.

⁷³⁵Cette égalité peut être toutefois à nuancer, la jurisprudence ayant reconnu que certaines circonstances peuvent justifier d'accorder des délais supplémentaires à une partie (en l'occurrence un État en guerre) ; V. Paris, 28 mai 2019, n° 17/03659.

⁷³⁶Cass. 1^{re} civ, 28 mars 2013, *Pirelli* : *Rev. arb.* 2013, 746, note F.-X. Train.

⁷³⁷G. Canivet, *L'égalité d'accès à la Cour de cassation*, Rapp. C. cass. 2003 : « (...) le droit d'accès au juge doit, sans aucun doute, être combiné avec le principe d'égalité. Par ailleurs, de façon complémentaire trouve à s'appliquer le principe de l'égalité des armes, principe non écrit d'origine anglo-saxonne, « clé de voûte de la notion de procès équitable ».

⁷³⁸Paris, 15 juin 2006 : *Rev. arb.* 2006, 1002, obs. Garaud et de Taffin.

⁷³⁹CEDH, 7 juin 2001, n° 39594/98, *Kress c/ France* : *JCP G* 2001, II, 10578, note Sudre.

⁷⁴⁰M.-E. Ancel, *Chapter 4 : A French Introspection*, in H. A. Grigera Naón et B. G. Affaki (éds), *Jurisdictional Choices in Times of Trouble*, Dossiers of the ICC Institute of World Business Law, Volume Kluwer Law International ; ICC 2015, p. 64-70, spéc. 65 : « So, would it not be for reasons of equality that the Cour de cassation approved the setting aside of the asymmetric clause in the Rothschild case? ». Au sujet des clauses asymétriques, v. *supra*, n° 808.

⁷⁴¹Paris, 12 juin 2003 : *Rev. arb.* 2004, p. 887, 2^e esp., note D. Bensaude.

public contractuel, la jurisprudence *Dutco*⁷⁴² a en effet, dès 1991, consacré le droit à l'égalité dans la désignation des arbitres. Ce principe a longtemps été masqué par le contradictoire. La jurisprudence en avait même fait un principe général relevant de l'ordre public international⁷⁴³, ce qui reste sans doute vrai encore aujourd'hui. Pour autant et à notre connaissance, il ne semble exister aucune décision à ce jour sanctionnant exclusivement une violation du seul principe d'égalité⁷⁴⁴.

990. – Consécration législative a posteriori et droit comparé. Face aux critiques qui ont pu émerger dans le passé, le législateur français a sans doute ressenti la nécessité de consacrer ce principe à l'article 1510 du Code de procédure civile. D'autres systèmes juridiques⁷⁴⁵ ont d'ailleurs déjà reconnu ce principe. Ainsi, la loi-type de la CNUDCI (2006) affirme très expressément ce principe (art. 18), de même que son règlement d'arbitrage (2010, art. 17.1, 22 4). Il est aussi intéressant de relever que les tribunaux suisses⁷⁴⁶, contrairement à la jurisprudence américaine⁷⁴⁷, n'ont pas été dans le sens de la jurisprudence française *Dutco*, en refusant de sanctionner, par le principe d'égalité et d'ordre public, le système institutionnel (en l'occurrence celui de la CCI de l'époque) de nomination des arbitres dans un arbitrage multipartite. La cour d'appel de Paris a considéré que le principe d'égalité des parties n'implique pas une parfaite égalité dans les délais accordés aux parties pour déposer leurs écritures en jugeant qu'une différence de sept jours au profit de l'une des parties dans le calendrier de procédure ne confère à celle-ci aucun avantage décisif⁷⁴⁸. En d'autres termes ; le fait que les parties n'aient pas disposé d'un temps égal pour présenter leur argumentation n'implique pas nécessairement une violation du principe d'égalité qui doit s'apprécier d'une manière à la fois plus globale et selon les circonstances de l'espèce⁷⁴⁹.

B. – Un principe autonome ?

991. – Un principe autonome ? Bien avant l'actuel article 1510 du Code de procédure civile, on a longtemps douté du fait que l'égalité était un principe *per se*. La jurisprudence l'a d'ailleurs parfois considéré comme un sous-principe à catégoriser dans les droits de la défense⁷⁵⁰, ou, comme dans *Dutco*, appartenant à l'ordre public

⁷⁴²Cass. 1^{re} civ., 7 janv. 1992, *BKMI Industrienlagen GmbH & Siemens AG v. Dutco Construction* : *Rev. arb.* 1992, 470 ; v. supra, n° 822 et s.

⁷⁴³Paris, 25 mai 1990, *Fougerolle c/ Procofrance* : *Rev. arb.* 1990, 892, note M. de Boissésou. – Paris, 8 nov. 2016, n° 13/12002 : *Cah. arb.* 2017, p. 487, note P. Giraud.

⁷⁴⁴E. Loquin, *Arbitrage, instance arbitrale, procédure devant les arbitres* : *JCI. Procédure civile*, Fasc. 1036, § 97.

⁷⁴⁵Loi allemande de l'arbitrage, § 1042(1) ; *Arbitration Act* 1996, art. 33 (1) (a) et art. 68 (2) ; C. jud. belge, art. 1699.

⁷⁴⁶Cour de justice Genève, 26 nov. 1982 : *JCP G* 1984, p. 309, spéc. 317-319, confirmé par Trib. féd. suisse, 16 mai 1983, inédit, : *Bull. ASA* 1984, p. 203.

⁷⁴⁷Cour d'appel de Californie, 28 juill. 1977, n°s 41001 et 41025, *Atlas Plastering Inc. c/ Superior Court of Alameda*, 140 Cal. Rep. 59.

⁷⁴⁸Paris, 22 janv. 2004 : *Rev. arb.* 2004, 647, note E. Loquin.

⁷⁴⁹Paris, 15 juin 2006 : *Rev. arb.* 2006, 1002.

⁷⁵⁰Paris, 11 avr. 2002 : *Rev. arb.* 2002, 781 : « Il ne saurait être reproché au tribunal arbitral d'avoir méconnu le principe de la contradiction, en ayant accepté, pour rendre sa sentence partielle sur la langue de l'arbitrage, des mémoires rédigés en français, dès lors que les règles adoptées par les parties ne les contraignaient pas à l'usage exclusif de l'anglais pour tout ce qui concerne cette sentence et que les recourantes, qui dénoncent une rupture du traitement égal entre elles et l'autre partie à l'arbitrage, ne caractérisent pas comment l'équité procédurale entre les parties s'applique à la préférence supposée des arbitres pour la langue française et n'articulent pas avec une précision suffisante la violation reprochée du principe de la contradiction, cependant

(procédural). Il est vrai que l'on peut aussi rattacher ce principe au contradictoire⁷⁵¹. Il semble toutefois que ce débat soit aujourd'hui quelque peu dépassé, dans la mesure où un texte le consacre désormais clairement et isolément, sans oublier une jurisprudence constante qui s'y réfère, y compris dans l'ordre interne⁷⁵², et encore explicitement⁷⁵³.

992. – Le renouveau du principe face à l'impécuniosité d'une partie. La jurisprudence française tente de préserver l'égalité entre les parties en permettant à une partie en situation d'impécuniosité d'avoir accès au tribunal arbitral. La cour d'appel de Paris a ainsi rejeté l'hypothèse où les juridictions étatiques se substitueraient aux arbitres pour permettre l'accès à la justice⁷⁵⁴. La Cour de cassation a aussi ouvert au plaideur impécunieux le droit d'accès égal à la justice arbitrale tout en le soumettant à des conditions particulières⁷⁵⁵. Cette question s'est même posée à la Chambre arbitrale internationale de Paris dans un litige relatif à une franchise ; celle-ci a considéré retirée une demande d'arbitrage pour non-paiement des frais d'arbitrage. Elle a été cependant censurée par la cour d'appel de Paris⁷⁵⁶. Ainsi, à l'opposé des juridictions allemandes qui font primer l'accès à la justice en écartant la clause d'arbitrage⁷⁵⁷, les cours françaises refusent de se substituer aux arbitres élus par les parties. Tout ceci montre la délicatesse de la question qui laisse encore des interrogations et des problèmes pratiques qu'il conviendra aux arbitres et aux centres de régler. À moins qu'il y ait un revirement de la jurisprudence qui considérera que l'impécuniosité avérée d'une partie rendra manifestement inapplicable la clause d'arbitrage, d'autres solutions sont envisageables. La partie adverse peut toujours faire l'avance de la totalité de la provision, la partie impécunieuse peut avoir recours aux tiers financeurs, spécialisés dans le financement de procès ou à des plateformes de financement participatif de litiges (*crowdfunding*), récemment conçues. Elles permettent aux justiciables de faire financer un procès au moyen de dons récoltés directement du public. Sachant que ces modes peuvent poser des difficultés sur le plan interne et sur le plan international⁷⁵⁸. Finalement, les parties pourraient aussi consentir à l'avance à renoncer à l'arbitrage en cas d'impécuniosité de l'une d'entre elles.

C. – Un principe d'ordre public ?

993. – Un principe absolu ? Mais il reste permis de s'interroger sur la place qu'occupe aujourd'hui ce principe dans la hiérarchie du droit de l'arbitrage : convient-il toujours d'en faire un principe d'ordre public – international – et de le sanctionner comme tel ou est-il à nuancer par d'autres considérations ? D'un côté, s'agissant de la phase de constitution du tribunal arbitral, la Cour de cassation a été

qu'il n'est pas par ailleurs sérieusement contesté qu'elles ont pu faire valoir leurs moyens et leurs arguments et connaître ceux de leur adversaire sur les aspects du litige tranchés par la sentence préliminaire ».

⁷⁵¹V. *supra*, n° 946.

⁷⁵²Paris, 3 juill. 2012, n° 11/01974.

⁷⁵³Paris, 14 juin 2016, n° 14/16113.

⁷⁵⁴Paris, 26 févr. 2013, *SARL Lola Fleurs c/ Sté Monceau Fleurs et a.* : *Rev. arb.* 2013, 746, note F.-X. Train.

⁷⁵⁵Cass. 1^{re} civ., 28 mars 2013, *Pirelli* : *Rev. arb.* 2013, 746, note F.-X. Train.

⁷⁵⁶Paris, 14 avr. 2005, *M. Stebler c/ Sté La Croissanterie*, *Cah. arb.*, 2007, rec. II, p. 359.

⁷⁵⁷Bundesgerichtshof, 14 sept. 2000, III ZR 33/00, *Yearbook Comm. Arb.*, vol. XXVII, 2002, p. 265.

⁷⁵⁸Interne (atteinte au principe « nul ne plaide par procureur ») et international (conflits d'intérêts, en raison de financements par des tiers) ; V. plus gén. sur ces questions, *infra*, n° 1350.

sans ambiguïté dans sa jurisprudence *Dutco* qui semble rester d'actualité : « Le principe de l'égalité des parties dans la désignation des arbitres est d'ordre public » de sorte « qu'on ne peut y renoncer qu'après la naissance du litige »⁷⁵⁹. Ce qui contribue à sacraliser le « droit à un arbitre », avec ses avantages et inconvénients⁷⁶⁰. Par ailleurs, la consécration législative du principe, à l'article 1510 du Code de procédure civile, militerait dans ce sens. Est-ce à dire qu'il est exclu qu'on puisse y renoncer ? Rien n'est moins sûr. D'abord, parce que, malgré sa reconnaissance dans le Code de procédure civile et contrairement au contradictoire, l'égalité n'est pas visée comme un fondement d'annulation aux articles 1494 et 1520 dudit code. Par ailleurs, on ne peut ignorer une tendance jurisprudentielle qui, depuis longtemps déjà, tend à permettre plus de souplesse dans le cadre d'arbitrages multipartites, notamment en permettant à des groupes de parties aux intérêts convergents, demandeurs d'un côté et défendeurs de l'autre, de désigner un seul arbitre chacun⁷⁶¹. Certains auteurs ont d'ailleurs toujours fait valoir que la volonté des parties, au fondement de l'arbitrage, devrait pouvoir supplanter certains principes procéduraux qu'ils doivent pouvoir aménager pour que la procédure réponde autant que possible à leurs besoins et demandes. D'autant plus qu'une entorse au principe de l'égalité des parties semble être possible face au principe du respect de la volonté des parties. Ainsi, les parties disposent du droit d'accepter que la constitution du tribunal arbitral s'effectue de façon inégalitaire ; certaines conventions d'arbitrage prévoient un mécanisme particulier de choix de l'arbitre unique, selon lequel la désignation de ce dernier s'effectue uniquement par le demandeur mais sur une liste de noms élaborée par les parties avant la naissance du litige.

994. – D'ailleurs, il ne faut pas sous-estimer les considérations d'efficacité dans la conduite de la procédure arbitrale : c'est ce qui conduit parfois, et en pratique, des arbitres, notamment dans l'allocation des délais aux parties, à privilégier une répartition équitable et équilibrée plutôt que le rigide respect de l'égalité stricte entre les parties⁷⁶².

§ 2. – Le respect du principe de célérité

995. – Un véritable principe juridique ? Certains ont vu dans le décret de 2011 un triptyque proche de la devise républicaine française dont l'une des composantes serait l'efficacité⁷⁶³ : si l'arbitrage a toujours été guidé par la liberté et l'égalité, il est vrai que l'efficacité en est aussi devenue un principe essentiel⁷⁶⁴. D'ailleurs, cette

⁷⁵⁹V. aussi : Paris, 26 janv. 2021, n° 19/10666, *Vidatel* : *Dalloz actualité*, 22 févr. 2021, obs. J. Jourdan-Marques. Ce principe a également conduit à l'adoption de nouvelles règles par la CCI : V. Règl. CCI (2021), art. 12.6, 7 et 8. V. aussi : A. M. Whitesell et E. Silva-Romero, *L'arbitrage à pluralité de parties ou de contrats : l'expérience récente de la Chambre de commerce internationale, L'arbitrage complexe, Questions de procédure* : *Bull. CCI* déc. 2013, suppl., p. 7. Adde, LCIA (2020), art. 8.

⁷⁶⁰V. *supra*, n° 807.

⁷⁶¹Paris, 7 nov. 1999 : *Rev. arb.* 2000, p. 288, note D. Bureau. – Paris, 8 sept. 2005 : *D.* 2005, p. 3055, obs. Th. Clay.

⁷⁶²Paris, 23 juin 2005, n° 2004/04732, *Bombardier Transport Switzerland c/ Siemens AG* : *RTD com.* 2006, p. 305, obs. E. Loquin.

⁷⁶³Th. Clay, « *Liberté, Égalité, Efficacité* » : *La devise du nouveau droit français de l'arbitrage Commentaire article par article* : *JDI* 2012, p. 443.

⁷⁶⁴« L'efficacité devient un moyen qui épouse les formes d'un véritable principe juridique : le principe d'efficacité de la justice arbitrale » : L. Bernheim-Van de Castelee, *Les principes fondamentaux de l'arbitrage*, Bruylant-

considération n'est pas nouvelle dans le droit de l'arbitrage, comme en témoigne la jurisprudence ancienne relative au principe de compétence-compétence⁷⁶⁵. Ce principe reconnaissant aux arbitres la compétence pour statuer sur leur propre compétence permet d'éviter qu'en invoquant, soit un vice affectant la convention d'arbitrage, soit l'inexistence de la convention, une partie puisse retarder le déroulement de l'arbitrage⁷⁶⁶. On retrouve l'efficacité à tous les stades de l'arbitrage : lors de la constitution du tribunal arbitral⁷⁶⁷, au cours de la procédure arbitrale, dans l'articulation des recours⁷⁶⁸, et dans la phase d'exécution des sentences arbitrales⁷⁶⁹.

996. – Terminologie. L'efficacité d'une procédure est souvent entendue comme la recherche d'une procédure rapide. Ainsi, le langage courant assimilerait efficacité et célérité. Or, si la célérité est bien une composante d'une procédure efficace, l'efficacité ne peut être réduite à cette notion. Elle doit se mesurer « à l'aune des objectifs poursuivis et ceux de l'arbitrage ne se résument pas à la célérité »⁷⁷⁰. En effet, le terme « efficace » est défini comme quelque chose qui « produit l'effet attendu », tandis que la célérité se définit comme la « rapidité, promptitude dans l'exécution »⁷⁷¹. « Agir avec célérité » doit donc s'entendre comme une orientation générale qui doit s'apprécier en fonction de la nature du litige et du temps opportun par rapport à la complexité du dossier⁷⁷². En effet, il s'agit d'établir un ratio entre rapidité et qualité de la justice⁷⁷³. La notion d'efficacité dépasse alors celle de la célérité et est relative car elle dépend de plusieurs paramètres. Elle se mesure par rapport à l'allocation des moyens pour atteindre le résultat escompté. L'efficacité dépasse également la recherche du faible coût. Autrement dit, ce qui n'est pas cher n'est pas toujours efficace. Le coût doit s'apprécier par rapport au résultat obtenu, tel qu'une sentence de qualité.

997. – Consécration du principe. Toutefois, seule la notion de célérité est consacrée expressément par le Code de procédure civile en arbitrage interne⁷⁷⁴ et en arbitrage international⁷⁷⁵ en tant que principe s'imposant aux parties et aux arbitres dans la conduite de la procédure. Ceci peut s'expliquer par le fait que la question de l'efficacité est une notion relative qui recouvre un sens plus pratique que juridique. Néanmoins, l'efficacité existe dans la jurisprudence depuis longtemps. Les règlements d'arbitrage consacrent eux aussi la notion d'efficacité⁷⁷⁶. Dès lors, la notion d'efficacité, bien que très pratique, peut désormais se voir une reconnaissance

LGDJ, 2012, p. 368.

⁷⁶⁵Cass. com., 22 févr. 1949, *Caulliez* : JCP G 1979, II, 4899, obs. H. Motulsky.

⁷⁶⁶Ph. Fouchard, E. Gaillard et B. Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, préc., § 660.

⁷⁶⁷V. *supra*, n^{os} 793 et not. 825.

⁷⁶⁸V. *infra*, n^o 1488.

⁷⁶⁹V. *infra*, n^o 1725.

⁷⁷⁰L. Bernheim-Van de Castele, *Les principes fondamentaux de l'arbitrage*, Bruylant-LGDJ, 2012, p. 369.

⁷⁷¹Définition Larousse.

⁷⁷²H.-J. Nougéin et R. Dupeyré, *Règles et pratiques du droit français de l'arbitrage*, Lextenso, 2012, § 185, p. 210.

⁷⁷³J. Kirby, *Efficiency in international arbitration : whose duty is it ?* : JIA 2015, p. 689.

⁷⁷⁴CPC, art. 1464, al. 3.

⁷⁷⁵CPC, art. 1506, 3^o.

⁷⁷⁶Règl. CCI (2021), art. 22 : « 1. Le tribunal arbitral et les parties font tous leurs efforts pour conduire la procédure d'arbitrage avec célérité et efficacité en termes de coût, eu égard à la complexité et à l'enjeu du litige. 2. Afin d'assurer une gestion efficace de la procédure et après avoir consulté les parties, le tribunal arbitral adopte les mesures procédurales qu'il juge appropriées et qui ne se heurtent à aucun accord des parties. Ces mesures peuvent comprendre une ou plusieurs des techniques de gestion de la procédure décrites à l'Appendice IV. ».

juridique. L'efficacité est fréquemment liée à d'autres principes comme le respect du principe de loyauté. Lorsque l'on préserve la loyauté de la procédure, on assure dans un même temps une certaine efficacité de cette dernière⁷⁷⁷. La nécessité d'assurer l'efficacité de l'arbitrage a souvent guidé les juges lorsqu'ils étaient confrontés à une difficulté fondamentale. Ainsi, la jurisprudence française s'est établie à travers le prisme d'une recherche d'efficacité de l'arbitrage⁷⁷⁸.

A. – Les manifestations des principes d'efficacité et de célérité

1° Le principe d'efficacité s'imposant aux parties

998. – L'efficacité n'est pas qu'une question de coût. L'un des reproches récurrents fait à la procédure arbitrale par les utilisateurs est que l'arbitrage serait trop cher. En réalité, si la critique est parfois fondée, la question n'est pas celle du coût mais davantage celle du ratio entre l'efficacité et le coût : c'est toute la question de l'efficacité de la procédure. De ce point de vue, les parties sont les premières concernées et *intéressées* par un arbitrage efficace puisqu'elles en supporteront en premier lieu le coût. Il est vrai d'ailleurs que l'importance de ce principe⁷⁷⁹ varie selon que la partie est demanderesse ou défenderesse, cette dernière ayant parfois intérêt à ce que la procédure s'enlise.

999. – Efficacité et délais. Afin de rythmer la procédure arbitrale et de lui distiller de la prévisibilité ainsi que d'anticiper le résultat final d'un arbitrage, il est fréquent d'instaurer un calendrier précisant les dates d'échange des écritures et pièces, des audiences et de clôture des débats que doivent respecter les parties. L'efficacité impose aux parties une gestion diligente des délais afin d'assurer en amont un respect des dates fixées. Dès lors cela implique pour les parties de ne pas produire tardivement des écritures ou pièces⁷⁸⁰. Ainsi, les arbitres peuvent sanctionner les parties en rejetant leurs écritures ou pièces produites tardivement⁷⁸¹.

1000. – Efficacité et loyauté. La conduite efficace par les parties de la procédure entretient des liens étroits avec le principe de loyauté. En effet, une procédure efficace est une procédure dans laquelle toutes manœuvres dilatoires et incidents procédurales (à répétition) sont limités, voire bannis⁷⁸². L'article 1466 du Code de procédure civile fournit d'ailleurs un parfait exemple d'un texte où se retrouve efficacité et loyauté puisqu'il sanctionne la partie qui n'a pas invoqué en temps utile une irrégularité. Aussi bien pour des raisons de loyauté que d'efficacité de la procédure, il pose une présomption de renonciation. Un autre exemple plus récent encore se retrouve dans l'obligation des parties de concentrer leurs moyens. Autrement dit, les parties ont l'obligation de présenter dans le cadre d'une seule et unique instance arbitrale

⁷⁷⁷Cass. 1^{re} civ., 7 juin 2005, n° 05-60.044 : *Bull. civ.* 2005, I, n° 241. – Cass. ass. plén., 7 janv. 2001, nos 09-14.667 et n° 09-14.316.

⁷⁷⁸Th. Clay, « Liberté, Égalité, Efficacité » : *La devise du nouveau droit français de l'arbitrage Commentaire article par article* : *JDI* 2012, § 46, p. 461.

⁷⁷⁹L'obligation de célérité s'impose d'abord aux parties, V. CPC, art. 1464, al. 3.

⁷⁸⁰V. *supra*, n° 945 et s.

⁷⁸¹Pièce produite le jour de l'audience : Paris, 27 févr. 1996 : *Rev. arb.* 2000, p. 471, note J.-B. Racine. – Paris, 21 févr. 2002 : *Rev. arb.* 2002, p. 955.

⁷⁸²Cass. 1^{re} civ., 7 juin 2005, préc. – Cass. ass. plén., 7 janv. 2001, préc.

l'ensemble des demandes relatives à un même litige⁷⁸³. De même que le comportement déloyal des parties peut être sanctionné au stade de la répartition finale des frais de la procédure. Par ce biais, les arbitres peuvent inciter les parties à adopter un comportement plus efficace⁷⁸⁴.

2° Le principe d'efficacité s'imposant aux arbitres

1001. – Un principe s'imposant aussi aux arbitres. Autant, voire plus que les parties, les arbitres sont tenus par ce principe, tant en droit⁷⁸⁵ que par la pratique. C'est pour cela qu'il existe des sanctions tant à l'égard des parties que des arbitres eux-mêmes.

1002. – L'efficacité issue des textes applicables. L'arbitre tire de son pouvoir juridictionnel une obligation de conduire l'instance arbitrale⁷⁸⁶ de manière efficace. À défaut d'accord des parties, l'arbitre est tenu de déterminer la procédure arbitrale⁷⁸⁷ et d'organiser de manière efficace le déroulement de celle-ci⁷⁸⁸. Mais il est surtout tenu de respecter le délai imposé par les parties ou par le Code de procédure civile pour exécuter sa mission⁷⁸⁹. Le code prévoit également qu'il doit procéder aux actes d'instruction nécessaires⁷⁹⁰. Afin d'assurer l'efficacité de la procédure, l'arbitre dispose d'un pouvoir d'injonction sous astreinte. Ce pouvoir constitue le prolongement inhérent et nécessaire à la fonction de juger⁷⁹¹. Les parties ont consenti aux arbitres le pouvoir nécessaire à la bonne instruction de la cause et se sont engagées à exécuter spontanément les décisions rendues, y compris les mesures comminatoires telles que le prononcé de l'astreinte⁷⁹². Le législateur a donc donné le pouvoir de police aux arbitres qui se concrétise par la possibilité de prendre des ordonnances de procédure insusceptibles de recours⁷⁹³. L'ordonnance de procédure n'est pas considérée comme une sentence⁷⁹⁴. Constitue un acte de procédure toute décision du tribunal arbitral qui ne se prononce pas sur tout ou partie du litige circonscrit par l'acte de mission et même si l'objet de la décision était litigieux entre les parties⁷⁹⁵. Enfin, en présence de situations de blocage apparaissant lors de la prise de décision, notamment en cas de points de vue différents entre les arbitres, le Code de procédure civile prévoit qu'« à défaut de majorité, le président du tribunal arbitral statue seul »⁷⁹⁶.

⁷⁸³Toutefois, si cette obligation s'impose en arbitrage interne, elle est discutée en arbitrage international : H.-J. Nougéin et R. Dupeyré, *Règles et pratiques du droit français de l'arbitrage*, Lextenso, 2012, § 285-286, p. 320.

⁷⁸⁴Règl. CCI (2021), art. 37 (5).

⁷⁸⁵CPC, art. 1464, al. 3.

⁷⁸⁶Th. Clay, *L'arbitre*, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibl. de thèses », 2001, spéc. n° 804, p. 619.

⁷⁸⁷CPC, art. 1464.

⁷⁸⁸Règl. LCIA (2020), art. 14.6.

⁷⁸⁹CPC, art. 1463 non applicable à l'arbitrage international.

⁷⁹⁰CPC, art. 1467.

⁷⁹¹Paris, 7 oct. 2004, n° 2004/13909 : *JurisData* n° 2004-262342 ; *Rev. arb.* 2005, p. 737, note E. Jeuland ; *JCP G* 2005, II, 10071, note J.-M. Jacquet ; *JDI* 2005, 341, note A. Mourre.

⁷⁹²Paris, 19 janv. 2016 : *Cah. arb.* 2016-2, p. 493.

⁷⁹³Paris, 9 juill. 1992 : *Rev. arb.* 1993, p. 307, note Ch. Jarrosson. – Paris, 7 juill. 1987, *Pia Inn c/ Cassia* : *Rev. arb.* 1988, p. 649-656, note E. Mezger.

⁷⁹⁴Paris, 25 mars 1994 : *Rev. arb.* 1994, p. 391, note Jarrosson. – Paris, 10 nov. 1995 : *Rev. arb.* 1997, p. 596, obs. J. Pellerin.

⁷⁹⁵Paris, 4 avr. 2002 : *Rev. arb.* 2003, p. 143, note D. Bensaude.

⁷⁹⁶CPC, art. 1513, al. 3.

1003. – L’efficacité en pratique. Il existe désormais des guides de pratiques à l’attention des arbitres dispensant des standards de comportements à adopter afin d’assurer une efficacité tant en termes de temps que de coûts⁷⁹⁷. Les arbitres discuteront en premier lieu avec les parties sur la forme des mémoires, les modalités selon lesquelles des témoignages seront recueillis, les conditions d’échange et de production des documents, le calendrier procédural et l’organisation de l’audience⁷⁹⁸. Généralement, ces questions seront réglées par une ordonnance de procédure. L’ordonnance de procédure permet de préserver la flexibilité de la procédure puisque les arbitres conserveront la possibilité de modifier les règles procédurales sans l’accord des parties⁷⁹⁹. Grâce à l’instauration d’un calendrier, le tribunal arbitral peut gérer le délai d’arbitrage. Cet outil permet au tribunal arbitral de veiller au caractère raisonnable de la durée de l’arbitrage. En effet, « la conduite de l’instance arbitrale ne doit pas conduire l’arbitre à prolonger les délais à l’encontre de l’efficacité de la procédure »⁸⁰⁰. L’établissement du calendrier de procédure ne constitue pas un acte juridictionnel susceptible de recours mais une décision d’administration de procédure⁸⁰¹. Si la procédure doit être guidée par le principe d’égalité des parties, ce principe n’exige pas toutefois une égalité arithmétique dans le temps imparti à chacune des parties pour faire connaître ses arguments⁸⁰².

1004. – Les arbitres doivent, en outre, prendre des décisions à la fois justes et fermes pour assurer une progression rapide et efficace de la procédure et sanctionner des parties qui chercheraient à entraver la procédure. Les arbitres peuvent, par exemple, utiliser leur pouvoir de police pour limiter raisonnablement le nombre de soumissions, le nombre de preuves et empêcher que l’une des parties se livre à des tactiques qui se traduiraient par une perte excessive de ressources ou qui seraient disproportionnées par rapport au montant en litige. Ils peuvent également limiter le nombre d’experts et de témoins par partie, tenir un calendrier approprié et proportionné par rapport au montant en litige et à la complexité des questions à trancher. Lorsque les conseils des parties se mettent d’accord sur des échéances d’échanges d’écritures et pièces à des dates très espacées dans le temps, les arbitres doivent demander des explications auprès de ces derniers. Ils peuvent aussi traiter plus fermement les demandes de dernière minute de prorogation des délais pour les soumissions, limiter la portée des demandes de production de documents aux seules questions pertinentes et nécessaires pour l’issue du litige⁸⁰³, soumettre aux parties, avant toute audience, une liste de questions essentielles à la résolution du différend dont le tribunal attend une réponse. Le tribunal pourrait par exemple préciser les questions clés du litige à un stade précoce de la procédure, ce qui peut aider les parties à cadrer leurs écritures et les preuves pertinentes. Le tribunal aurait alors la possibilité

⁷⁹⁷ICC Commission Report, *Controlling Time and Costs in arbitration*, 2018 ICC Publ. n° 861-1 ENG ; *Effective Management of arbitration, A Guide for In-House Counsel and Other Party Representatives*, ICC Publ. n° 866-2 ENG.

⁷⁹⁸Règl. CCI (2021), art. 22 (3) ; Règl. LCIA (2020), art. 14.1.

⁷⁹⁹A. Mourre, *Arbitrage commercial international, Mise en œuvre de l’instance arbitrale*, J.- Class. International, Fasc. 586-8-1, 2011.

⁸⁰⁰Paris, 18 nov. 2004 : *Rev. arb.* 2006, p. 759, obs. Duprey.

⁸⁰¹Paris, 10 nov. 2005 : *RTD com.* 2006, p. 305, note E. Loquin.

⁸⁰²Paris, 15 juin 2006 : *Rev. arb.* 2006, p. 1002. – V. H.-J. Nougéin et R. Dupeyré, *Règles et pratiques du droit français de l’arbitrage*, Lextenso, 2012, § 186, p. 210.

⁸⁰³IBA *Rules on the taking of evidence in international arbitration*, art. 3 (3).

d'interférer rapidement si les parties faisaient des demandes non pertinentes. Ceci implique pour le tribunal de préparer le dossier en avance sans attendre les audiences.

1005. – Les sanctions. Comme il a été vu précédemment, les arbitres peuvent sanctionner des parties qui contreviennent à l'efficacité de la procédure. Néanmoins, les arbitres peuvent eux aussi se voir sanctionner s'ils ne parviennent pas à assurer une procédure efficace : ils peuvent alors être révoqués⁸⁰⁴, voir leur responsabilité engagée notamment si la sentence est rendue hors délai, mais aussi être sanctionnés par une réduction de leurs honoraires⁸⁰⁵. On peut se demander si la jurisprudence retiendra un jour le principe d'efficacité comme composante de l'ordre public procédural.

Encart 33

Bifurquer : pour quoi faire ?

1006. – Le concept de bifurcation. On parle de « bifurcation » lorsque l'instance arbitrale est séparée en plusieurs phases⁸⁰⁶, avec pour but et effet de trancher de façon préliminaire un aspect du litige afin de faciliter l'examen subséquent d'autres questions⁸⁰⁷. Cette procédure est souvent utilisée pour séparer des questions de compétence et de fond de responsabilité et de *quantum* ; de procédure et de fond, notamment sur la compétence mais également sur l'arbitrabilité du litige, le droit applicable, la capacité des parties, la recevabilité des demandes au regard de la prescription ou du délai d'action ; voire sur des moyens de défense au fond qui peuvent limiter le champ du litige tels que l'effet de clauses limitatives de responsabilité⁸⁰⁸.

1007. – La liberté de l'arbitre dans la conduite de la procédure en droit positif. Le concept de bifurcation n'est pas spécifiquement prévu en droit français de l'arbitrage mais se rattache au principe de célérité (CPC, art. 1464, al. 3). Il est toutefois admis que l'arbitre, disposant du pouvoir d'organiser la procédure, peut décider de séparer l'instance en plusieurs phases⁸⁰⁹ et rendre des sentences partielles à titre préliminaire⁸¹⁰. À l'inverse, on peut noter que certaines législations imposent une bifurcation de principe pour les questions

⁸⁰⁴CPC, art. 1458.

⁸⁰⁵Règl. CCI (2021), Appendice III, art. 2.2.

⁸⁰⁶Probablement à tort, le fait de bifurquer impliquant de diviser en deux. Or la « bifurcation » au sens arbitral peut être multiple. Ainsi conviendrait-il peut-être mieux de parler de segmentation, comme le fait la CCI, ou de décisions préliminaires.

⁸⁰⁷J. Fry, S. Greenberg et F. Mazza, *The Secretariat's Guide to ICC Arbitration*, Publ. CCI n° 729E, 2012, § 3-923.

⁸⁰⁸M. McIlwrath et J. Savage, *International Arbitration and Mediation : A Practical Guide*, Kluwer Law International, 2010, § 5-139 à 5-143.

⁸⁰⁹L'article 1509, alinéa 2 du Code de procédure civile dispose que « dans le silence de la convention d'arbitrage, le tribunal arbitral règle la procédure autant qu'il est besoin, soit directement, soit par référence à un règlement d'arbitrage ou à des règles de procédure ».

⁸¹⁰V. aussi ordonnance de procédure de mars 2008, aff. CCI n° 14338, in *Procedural Decisions in ICC Arbitration : Bull. ICC 2014*, spéc. suppl., qui récapitule les fondements du pouvoir discrétionnaire reconnu à l'arbitre pour segmenter la procédure.

de compétence, comme le droit suisse⁸¹¹, ou que d'autres envisagent ouvertement l'option de bifurquer, tel que le droit anglais⁸¹². Les règlements d'arbitrage reflètent également ces tendances législatives⁸¹³.

1008. – Une liberté guidée par l'efficacité et encadrée par les droits des parties. Le pouvoir discrétionnaire reconnu à l'arbitre pour diriger la procédure doit toutefois respecter deux principes centraux : l'efficacité et le respect des droits des parties. Ainsi, l'opportunité de segmenter la procédure sera évaluée en fonction de son efficacité procédurale, sous réserve que l'instance reste équitable, impartiale et contradictoire⁸¹⁴. La bifurcation, qui constitue une composante de la gestion efficace de la procédure, ne peut l'être que si elle respecte les droits des parties.

1009. – La conciliation entre efficacité et garanties procédurales. Les problématiques relatives à la bifurcation tiennent au caractère imprécis et variable de ce qu'est l'efficacité dans un contexte litigieux, et le maintien de droits procéduraux. L'arbitre doit alors concilier rapidité, économie et qualité de l'instance tout en préservant les principes fondamentaux découlant de son pouvoir juridictionnel.

1010. – L'efficacité (perçue) de la bifurcation. La décision de bifurquer dépend principalement de l'efficacité perçue de la séparation⁸¹⁵, qui peut sembler de prime abord aller de soi. En effet, trancher l'entier litige en résolvant une ou un nombre restreint de questions préliminaires sera rapide et économique malgré l'augmentation des coûts et l'allongement de la procédure à court terme⁸¹⁶. Si un tribunal arbitral n'est pas compétent, le traitement immédiat de ce point évite des débats inutiles sur le fond. De la même façon, si une partie n'est pas responsable, il n'y a pas lieu d'avoir recours à des échanges complexes sur le *quantum* des demandes. Mais cette voie de l'efficacité devient plus tortueuse lorsqu'elle est analysée *in concreto*.

1011. – Une efficacité spéculative et dépendante des circonstances de l'espèce. Le concept d'efficacité est purement spéculatif : on ne peut en effet pas l'analyser *a priori*⁸¹⁷. Par ailleurs, l'efficacité est relative et dépend essentiellement du cas d'espèce et des objectifs poursuivis. Ces deux

⁸¹¹LDIP, art. 186(3) qui parle de « décision incidente ».

⁸¹²L'*Arbitration Act*, art. 31(4) ; V. aussi Loi-type CNUDCI (2006), art. 16(3).

⁸¹³Bon nombre de règlements ne prévoient pas expressément la possibilité de bifurquer, V. par ex. : Règl. CCI, art. 22(2) (2021), Règl. LCIA (2020), art. 14(6), ou encore Règl. CNUDCI (2010), art. 17(1) ; tandis que d'autres envisagent l'option, V. par ex. : Règl. CIRDI (2006), art. 41(4) ou Règl. international de l'AAA (2021), art. 22.4.

⁸¹⁴Le Code de procédure civile consacre la célérité de la procédure en son article 1464, alinéa 3 et le respect de l'égalité des parties et du principe du contradictoire en son article 1510. De la même façon, le règlement CCI (2021) évoque la célérité et l'efficacité (art. 22[1] et 22[2]) et l'équité, l'impartialité et le droit à ce que « chaque partie ait eu la possibilité d'être entendue » (art. 22[4]).

⁸¹⁵F. Blavi, *Bifurcation of ICC Arbitral Proceedings – A Selection of Recent Procedural Orders : 1 ICC Bull.* 2017, p. 46 et s., spéc. p. 47. Les institutions ne disent pas autre chose et mettent l'accent sur l'efficacité, V. Règl. CCI, Appendice IV(a) ; Rapport de la Commission CCI, *Controlling Time and Costs in Arbitration*, 2012, n° 39 ; CNUDCI, *Notes on Organizing Arbitral Proceedings*, 2016, § 70.

⁸¹⁶J. Waincymer, *Procedure and Evidence in International Arbitration*, Kluwer Law International, 2012, p. 720.

⁸¹⁷P. Habbeger, *Chapter 13 : The Arbitrator's Duty of Efficiency : A Call for Increased Utilization of Arbitral Powers*, in P. Shaughnessy et S. Tung (éds), *The Powers and Duties of an Arbitrator : Liber Amicorum Pierre A. Karrer*, Kluwer Law International, 2017, p. 131.

aspects – ajoutés à la discrétion laissée à l'arbitre – impliquent que la décision de bifurquer sera prise au cas par cas⁸¹⁸. Une analyse de la jurisprudence et de la doctrine permet de développer quelques critères utiles afin de mettre en évidence les éventuels inconvénients de la bifurcation.

1012. – Qu'est-ce qui rend une bifurcation désavantageuse ? Trois grands critères sont généralement pris en compte par les arbitres. Le premier, et celui qui semble déterminant, tient en ce que la question préliminaire à trancher doit être distincte du fond. Ainsi, lorsqu'une exception d'incompétence est indissociable du fond, alors il est inefficace de traiter les questions séparément⁸¹⁹. De façon liée, un deuxième critère consiste à prendre en compte l'instruction nécessaire pour l'examen de la question préliminaire. En effet, lorsque la procédure bifurquée nécessite une grande quantité de preuves et de longs débats, ou lorsque l'instruction serait similaire pour la procédure sur le fond, on peut considérer que la bifurcation serait inefficace⁸²⁰. Enfin, l'arbitre doit mener une analyse coût/avantage en termes d'efficacité en prenant en compte les impacts en fonction de l'issue de la question à trancher, sur l'entier litige et sur les intérêts en jeu⁸²¹.

1013. – Les limites procédurales de la bifurcation. Le respect du principe du contradictoire, notamment le droit pour les parties de se faire entendre, impose à l'arbitre de prendre toutes précautions pour ne pas causer de préjudice – ou avantager – une partie de façon injuste⁸²². En effet, la bifurcation peut être vue, en réduisant la portée du litige ou en limitant la présentation des arguments et preuves d'une partie, comme une atteinte au droit d'une partie de se faire entendre⁸²³. Par ailleurs, la segmentation de la procédure peut mener à un risque de préjugement du litige, notamment lorsqu'il s'agit d'évaluer *prima facie* le bien-fondé ou non des objections soulevées⁸²⁴. Isoler des questions préliminaires peut être périlleux pour un arbitre en particulier s'il n'a pu être suffisamment informé sur l'ensemble du litige⁸²⁵. Ces aspects peuvent légitimement amener les arbitres à une

⁸¹⁸P. Fouchard, E. Gaillard et B. Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, 1996, § 1362. Un tribunal arbitral l'a également rappelé dans le cadre d'une ordonnance de procédure rejetant la demande de bifurcation, V. « Case 6 », in Blavi, *op. cit.*

⁸¹⁹La plupart des sentences en font un critère principal, V. not. ordonnance de procédure d'octobre 2012, aff. CCI n° 18175, in *Procedural Decisions in ICC Arbitration : ICC Bull.* 2014, spéc. suppl., qui rejette la demande de bifurcation au motif que l'examen de l'exception d'incompétence nécessiterait de se prononcer sur les faits de la même manière que pour un examen au fond. V. aussi N. Blackaby, C. Partasides, A. Redfern et M. Hunter, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, Oxford University Press, 2015, p. 344.

⁸²⁰Par ex., les questions de compétence liées à l'existence de la clause ou à des vices du consentement peuvent nécessiter une analyse exhaustive des faits, V. G. Born, *International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2014, p. 1245. Le problème est naturellement similaire lorsqu'il y a séparation de la responsabilité et du *quantum*, V. T. Tallerico et A. Behrendt, *The Use of Bifurcation and Direct Testimony Witness Statements in International Commercial Arbitration Proceedings : JIA* 2003, p. 297.

⁸²¹M. Benedetelli, *To Bifurcate or Not To Bifurcate? That is the (Ambiguous) Question : Arb. Int.* 2013, p. 500.

⁸²²Dans l'affaire n° 14338 préc., l'arbitre unique a expressément inclus cet aspect dans ces critères de décisions.

⁸²³G. B. Born, *op. cit.*, p. 2243 et 2245.

⁸²⁴Le tribunal arbitral doit prendre toutes les précautions à cet effet, V. ordonnance de procédure de décembre 2013, aff. CCI n° 18864, in *Procedural Decisions in ICC Arbitration : ICC Bull.* 2014, spéc. suppl.

⁸²⁵Blackaby et al., p. 371.

réticence quant à la bifurcation⁸²⁶, en ce que cela pourrait justifier un recours en annulation⁸²⁷.

1014. – L’identification des points déterminants du litige : solution plus souple ? La bifurcation donne souvent lieu à une sentence partielle qui pourra faire l’objet d’un recours immédiat devant les juridictions étatiques⁸²⁸. Cela annihilerait alors toute l’efficacité de la procédure de segmentation. Afin de pallier ce défaut, le tribunal arbitral pourrait plutôt identifier les points déterminants du litige qui devront être traités en priorité, ce qui lui est permis de par son pouvoir de direction de la procédure⁸²⁹.

3° Le principe d’efficacité s’imposant aux institutions d’arbitrage

1015. – L’antagonisme des institutions d’arbitrage. Les institutions d’arbitrage sont prises dans une tension : étant, en premier lieu, une entreprise, elles ont un intérêt à réaliser un profit, mais elles ont aussi une obligation de prévenir une explosion des coûts. Elles doivent alors anticiper les coûts, et ce grâce à des logiciels et à leur expérience.

1016. – L’efficacité grâce à l’institution d’arbitrage. Les institutions d’arbitrage jouent un rôle important dans le déroulement de la procédure arbitrale et exercent un contrôle vigilant sur la conduite des procédures par les arbitres tout en veillant à ce que celles-ci soient menées de la façon la plus efficace possible⁸³⁰. Le règlement d’arbitrage établi par l’institution apporte un cadre aux principales règles de procédure ainsi qu’aux pouvoirs et devoirs des arbitres. En outre, le centre d’arbitrage est une interface entre les parties et les arbitres à travers son secrétariat qui assure les liaisons. Le centre d’arbitrage présente ainsi de nombreux avantages en ce qui concerne la conduite efficace de la procédure arbitrale. Il permet notamment de trouver le bon arbitre (en s’assurant de sa disponibilité), d’imposer un délai pour établir un acte de mission⁸³¹, de remplacer un arbitre, de sanctionner les arbitres par une réduction du montant de leurs honoraires⁸³². Le centre d’arbitrage peut imposer le nombre d’arbitres en tenant compte des caractéristiques du litige et du montant du litige⁸³³. Les honoraires des centres d’arbitrage étant calculés notamment en fonction du nombre d’arbitres désignés, les centres d’arbitrage pourraient préférer un tribunal arbitral composé de trois arbitres au choix d’un arbitre unique. Lorsque plusieurs procédures sont engagées pour un même litige, le souci d’efficacité et de bonne administration de la justice conduirait à les réunir devant un seul tribunal arbitral. Toutefois, cette consolidation des procédures par l’institution n’est possible qu’avec l’accord des parties⁸³⁴ sauf si ces arbitrages se déroulent dans un État qui autorise le

⁸²⁶G. B. Born, *op. cit.*, p. 2243.

⁸²⁷Blavi, *op. cit.*, p. 47.

⁸²⁸L. Greenwood, *Does Bifurcation Really Promote Efficiency?* : JIA 2011, p. 110.

⁸²⁹L’appendice IV du règlement CCI prévoit notamment cette possibilité.

⁸³⁰A. Mourre (CCI) : « Nous exerçons un contrôle vigilant sur les arbitres » : *Décideurs* 7 sept. 2016.

⁸³¹Règl. CCI (2021), art. 23 (2).

⁸³²Règl. CCI (2021), art. 37 (2).

⁸³³Règl. CCI (2021), art. 12 (2) ; Règl. LCIA (2020), art. 5.8 ; CMAP (2012), art. 11.

⁸³⁴Règl. CCI (2021), art. 10.

juge judiciaire à procéder à la consolidation d'instances connexes ; c'est notamment le cas des Pays-Bas⁸³⁵. Le centre d'arbitrage peut disposer de diverses prérogatives pour contrôler le déroulement d'un arbitrage et résoudre les difficultés rencontrées. Le centre d'arbitrage interviendra en lieu et place du juge d'appui afin d'assurer le bon déroulement de l'instance arbitrale.

1017. – L'institution, une source de droit. Les centres d'arbitrage sont souvent une source de droit, de *soft law*. En édictant des rapports, ils amènent à des pratiques plus vertueuses. La CCI publie de nombreux rapports comme celui sur la gestion du temps et des coûts dans l'arbitrage⁸³⁶ ou la gestion effective de l'arbitrage⁸³⁷.

1018. – Procédures accélérées. Des institutions mettent également en place des procédures d'arbitrage accélérées qui se déroulent dans un délai plus bref et par conséquent qui ont un coût plus faible. C'est notamment le cas de l'arbitrage accéléré de l'OMPI dont les délais applicables aux différentes phases de la procédure ont été raccourcis. La procédure doit, dans toute la mesure du possible, être déclarée close dans les trois mois (et non dans les neuf mois comme dans le règlement d'arbitrage de l'OMPI) soit de la remise de la réponse en défense, soit de la constitution du tribunal. En outre, la sentence définitive doit, dans toute la mesure possible, être rendue dans le mois suivant (et non dans les trois mois suivants comme dans le règlement d'arbitrage de l'OMPI). Le règlement CMAP prévoit également une procédure accélérée dans laquelle la sentence doit être rendue dans les trois mois de la saisine du tribunal par le CMAP⁸³⁸.

Encart 34

La procédure accélérée arbitrale : un gain de temps ?

	PROCÉDURE ACCÉLÉRÉE	ARBITRE D'URGENCE ⁸³⁹
Origines, contexte et objectifs	L'objectif de cette procédure est de permettre des arbitrages sur le fond plus rapides et moins coûteux (obtenir une sentence arbitrale – en moins de six mois). Le gain de temps est relatif, n'est pas exclusif (souci de coûts) et n'implique	L'objectif de l'arbitrage d'urgence est qu'une partie puisse obtenir une mesure provisoire ou conservatoire avant la constitution du tribunal arbitral, qui devra trancher le fond du litige (l'urgence est un critère au terme de l'admissibilité).

⁸³⁵Ph. Fouchard, E. Gaillard et B. Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, préc., § 521.

⁸³⁶ICC Commission Report, *Controlling Time and Costs in arbitration*, 2018, ICC Publ. n° 861-1 ENG.

⁸³⁷Effective Management of arbitration, *A Guide for In-House Counsel and Other Party Representatives*, ICC Publ. n° 866-2 ENG.

⁸³⁸CMAP (2012), art. 32.

⁸³⁹V. plus spécifiquement à ce sujet, *infra*, n° 1268 (Encart 44).

	PROCÉDURE ACCÉLÉRÉE	ARBITRE D'URGENCE⁸³⁹
	<p>pas un aspect d'urgence.</p> <ul style="list-style-type: none"> • La procédure accélérée a été introduite par le Règlement de 2017 de la CCI. • Compte tenu de son succès, le Règlement de la CCI de 2021 a élargi son champ d'application. 	<ul style="list-style-type: none"> • Créé par le Règlement de la CCI dans sa version de 2012 (art. 29). • Modification par le Règlement de la CCI de 2021.
Exemples et données de la CCI	<ul style="list-style-type: none"> • Affaire concernant un contrat de fourniture de gaz naturel qui prévoyait la possibilité d'un arbitrage accéléré pour les litiges découlant des négociations sur la redéfinition des prix. Le tribunal dans cette affaire a exclu de son examen des questions telles que la validité du contrat qu'il n'était pas autorisé à déterminer selon une procédure accélérée, mais a suivi une procédure accélérée en ce qui concerne la détermination du prix, en rendant une sentence en deux mois après le dépôt de la demande d'arbitrage⁸⁴⁰. • Fin 2019, cent quarante-six affaires s'étaient déroulées ou étaient en cours de déroulement selon les règles de la procédure accélérée. Trente-sept des cinquante sentences finales rendues dans le cadre de la procédure accélérée durant 	<ul style="list-style-type: none"> • Affaire médiatique, portée devant un arbitre d'urgence, opposant une célèbre multinationale américaine (un des GAFA) et spécialiste de la vente au détail, et un conglomérat pétrochimique indien : des mesures provisoires ont pu être décidées visant à bloquer une vente de titres de plus de 3 Md USD, jusqu'à ce que l'affaire puisse être entendue au fond par un tribunal arbitral. • Au cours de l'année 2019, vingt-trois demandes d'arbitrage d'urgence ont été déposées, impliquant des parties de vingt-neuf nationalités différentes et six affaires multipartites (avec jusqu'à huit parties défenderesses). Cinq affaires ont impliqué des États ou des entités publiques en tant que défendeurs dans des litiges

⁸⁴⁰Affaire conduite selon le mécanisme CCI qui était l'ancêtre de la procédure accélérée dans les Règles ICC en 2017 : ICC Award in Case 7385/7402, 1992 : *ICC Bull.* 1997, vol. 8, n° 1, p. 56. For a case study, V. B. Davis, *The case viewed by a counsel at the ICC Court's Secretariat*, in *ICC Fast-Track Arbitration : Different Perspectives : ICC Bull.* 1992, vol. 3, n° 2, p. 4. – P. J. Nickles, M. Silverman et D. K. Watkiss, *Three perspectives from the parties' counsels*, in *ICC Fast-Track Arbitration : Different Perspectives, ICC Bull.* 1992, vol. 3, n° 2, p. 9. – H. Smit, *A Chairman's perspective*, in *ICC Fast-Track Arbitration : Different Perspectives, ICC Bull.* 1992, vol. 3, n° 2, p. 15.

	PROCÉDURE ACCÉLÉRÉE	ARBITRE D'URGENCE⁸³⁹
	l'année 2019 l'ont été dans le délai de six mois. Seules dix affaires ont dépassé ce	commerciaux.
	délai d'environ un mois pour la remise de la sentence finale en raison de circonstances justifiées et du fait que les parties se soient accordées sur un nouveau calendrier de procédure. Dans les trois autres cas, les honoraires des arbitres ont été réduits en raison du retard ⁸⁴¹ .	
Dispositions applicables	<ul style="list-style-type: none"> • Article 30(2) du Règlement d'arbitrage CCI (2021). • Appendice VI, article 1(2) du Règlement d'arbitrage CCI (2021). 	<ul style="list-style-type: none"> • Article 29 du Règlement CCI d'arbitrage (2021). • Appendice V du Règlement d'arbitrage CCI (2021).
Conditions d'admissibilité	<p>1. Seules les clauses compromissoires insérées dans des contrats conclus postérieurement au 1^{er} mars 2017 peuvent entraîner l'application de la procédure accélérée.</p> <p>2. La procédure accélérée ne doit pas être expressément exclue.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Concrètement, cela entraîne l'application d'office de la procédure accélérée (si le montant du litige correspond), même si les parties ne le mentionnent pas dans leur convention d'arbitrage ou lors de la saisine de la CCI. <p>3. Mécanisme applicable aux affaires dont le montant en litige est inférieur</p>	<p>1. La demande d'arbitre d'urgence doit concerner des mesures provisoires ou conservatoires urgentes qui ne peuvent attendre la constitution d'un tribunal arbitral (art. 29[1]).</p> <p>2. Les dispositions du règlement sur l'arbitre d'urgence ne s'appliquent pas si (art. 29[6]) :</p> <ul style="list-style-type: none"> – la clause d'arbitrage a été conclue avant le 1^{er} janvier 2012 ; – les parties sont convenues d'écarter les dispositions sur l'arbitre d'urgence, ou – s'il s'agit d'un arbitrage fondé sur un traité d'investissement (nouveau de 2021). <p>En pratique, la</p>

⁸⁴¹CC releases 2019 *Dispute Resolution statistics*.

	PROCÉDURE ACCÉLÉRÉE	ARBITRE D'URGENCE⁸³⁹
	<p>à 3 millions USD (contre 2 millions USD en application de la version 2017 du règlement).</p> <p>En pratique : la procédure s'appliquera aux affaires en dessous de 2 millions USD si la convention d'arbitrage a été conclue entre le 1^{er} mars 2017 et le 1^{er} janvier 2021 ou aux affaires en dessous de 3 millions USD si la convention d'arbitrage a été conclue en vertu du règlement à partir du 1^{er} janvier 2021 ou après cette date.</p>	<p>jurisprudence prend également en compte des éléments additionnels :</p> <ul style="list-style-type: none"> – qu'il n'y ait pas de préjugement sur le fond de l'affaire⁸⁴² ; – prise en compte de la tardiveté de la requête ou l'impossibilité de s'assurer de l'effectivité de la mesure prise ; – la prise en compte du caractère raisonnable de la demande peut également avoir une incidence non négligeable⁸⁴³.
Coûts	<p>En fonction du litige, les coûts sont réduits comparé à une procédure classique.</p> <p>V. l'article 3 – Appendice III (barème réduit).</p> <ul style="list-style-type: none"> • Les honoraires de l'arbitre unique sont basés sur un barème réduit fixé à l'annexe III, inférieur de 20 % au barème de la procédure classique. • À titre d'exemple, dans un dossier entre 1,000,001 et 2,000,000 USD les arbitres coûtent entre 14,627 USD et 64,130 USD dans une procédure classique contre seulement 11,702 USD à 51,304 USD en procédure accélérée. 	<p>Frais de la procédure d'urgence (Règl. CCI 2021, art. 7).</p> <ul style="list-style-type: none"> • Coût de la procédure = 40 000 USD dont 10 000 USD pour les frais administratifs de la CCI et de 30 000 USD pour les honoraires et frais de l'arbitre d'urgence. • 5 000 USD non remboursés si l'arbitre d'urgence désigné se déclare incompetent.
Cadre temporel	<ul style="list-style-type: none"> • Le tribunal arbitral (un arbitre unique) devra 	<ul style="list-style-type: none"> • Le président de la Cour doit nommer un arbitre

⁸⁴²Sent. inter. CCI, n° 8894 (extraits) : *Bull. CCI* 2000, vol. 11, n° 1, p. 96 ; Sent. part. CCI, n° 3896 : *JDI* 1983, p. 914.

⁸⁴³E. Savarese, « Chr. de jur. arbitrale en droit international public », sous la dir. de C. Santulli : *Rev. arb.* 2008, p. 772, spéc. p. 808-811.

	PROCÉDURE ACCÉLÉRÉE	ARBITRE D'URGENCE⁸³⁹
	<p>organiser une conférence sur la gestion de la procédure au plus tard quinze jours après la remise du dossier (Appendice VI, art. 3[3]).</p> <ul style="list-style-type: none"> • Sentence rendue dans les six mois de la conférence sur la gestion de la procédure (Appendice VI, art. 3[4]). 	<p>d'urgence dans un délai de deux jours suivant le dépôt de la requête (Appendice V, art. 2[1]).</p> <ul style="list-style-type: none"> • Le calendrier de la procédure devra être établi par l'arbitre d'urgence dans un délai de deux jours suivant sa réception du dossier (Appendice V, art. 5). • L'ordonnance de l'arbitre d'urgence devra être émise dans un délai de quinze jours suivant la date de réception du dossier par l'arbitre d'urgence, à moins que le président de la Cour, sur demande motivée de l'arbitre d'urgence, n'octroie un délai supplémentaire (Appendice V, art. 6[4]).
Nombre d'arbitres	<ul style="list-style-type: none"> • Le litige est tranché par un arbitre unique (Appendice VI, art. 2) par une sentence finale. 	<ul style="list-style-type: none"> • Un arbitre unique nommé par le président de la Cour (Appendice V, art. 2[1]).
Avantages	<ul style="list-style-type: none"> • Économies de temps et de coûts (phases d'établissement de l'acte de mission, de production de documents, ou d'audience, économisées). • Les parties peuvent contractuellement prévoir de recourir à cette procédure, même lorsque le montant de leur litige dépasse le seuil (montant du litige). 	<ul style="list-style-type: none"> • Obtenir une décision rapidement. • Faciliter une transaction. • Permet aux parties de tester le litige.
Inconvénients	<ul style="list-style-type: none"> • Application automatique à tous les litiges en dessous du montant indiqué dans le règlement, sauf mention contraire expresse. 	<ul style="list-style-type: none"> • Le caractère exécutoire des décisions d'urgence dépendra principalement de la législation nationale de l'État où l'exécution sera

	PROCÉDURE ACCÉLÉRÉE	ARBITRE D'URGENCE ⁸³⁹
	<ul style="list-style-type: none"> • Le règlement de procédure accélérée de la CCI ne permet pas de déroger à l'exigence de motivation de la sentence (Règl., art. 32[2]). 	<ul style="list-style-type: none"> recherchée. • 30 % seulement des requêtes sont acceptées.
Autres différences avec la procédure classique	<ul style="list-style-type: none"> • L'absence d'acte de mission. • L'impossibilité pour les parties de présenter de nouvelles demandes dès la constitution du tribunal arbitral (sauf autorisation de ce dernier). • Le tribunal peut limiter la longueur et la portée des écritures des parties ou refuser les demandes de production de documents formulées par celles-ci (Appendice V, art. 3[4]). • Après avoir consulté les parties, il lui sera possible de statuer uniquement sur le fondement des pièces qui lui auront été transmises sans tenir d'audience et sans entendre de témoins (Appendice VI, art. 3[5]). 	<ul style="list-style-type: none"> • La décision de l'arbitre d'urgence prend la forme d'une ordonnance (art. 29[2]). • L'arbitre d'urgence ne peut pas être désigné arbitre au fond (Appendice V, art. 2[6]). • La procédure n'empêche pas de recourir aux tribunaux étatiques pour solliciter des mesures provisoires ou conservatoires (art. 29[7]).
Procédure accélérée dans les autres institutions que la CCI	<ul style="list-style-type: none"> • Au HKIAC, la procédure accélérée a été introduite par le règlement de 2013⁸⁴⁴, modifié par le règlement de 2018⁸⁴⁵ dans son article 41. Cette procédure doit être prévue dans la convention d'arbitrage, ou, à défaut d'accord, lorsque l'une des parties au litige la sollicite, à condition que le montant du litige n'excède pas 25 millions HKD (environ 	<ul style="list-style-type: none"> • Appendice V, art. 29 et 6(1). • Règl. CIRDI (2006), art. 6(4). • Règl. CIETAC, Appendice III, art. 6. • Règl. HKIAC (2018), Schedule 4, art. 16. • Règl. LCIA (2020), art. 9.8. • Règl. SCC (2017), Appendice II, art. 37(3) et 9. • Règl. SIAC (2016),

⁸⁴⁴Règl. HKIAC (2013), art. 41.1.

⁸⁴⁵Règl. HKIAC (2018), art. 42.1.

	PROCÉDURE ACCÉLÉRÉE	ARBITRE D'URGENCE⁸³⁹
	<p>2,4 M€) ou qu'une urgence exceptionnelle le justifie.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Au SIAC, la procédure est prévue par les Règles de 2016⁸⁴⁶. Les parties peuvent opter pour la procédure accélérée lorsque le montant en litige est inférieur à 6 millions de SGD, ou lorsque les parties en conviennent, ou encore en cas d'« urgence exceptionnelle ». 	Schedule 1, art. 8.
	<ul style="list-style-type: none"> • À la LCIA, la procédure est prévue par les Règles de 2020⁸⁴⁷, en cas d'urgence exceptionnelle, toute partie peut demander à la Cour de la LCIA la formation accélérée du tribunal et la Cour de la LCIA se prononcera sur la demande aussi rapidement que possible compte tenu des circonstances. <p>Ainsi, la procédure accélérée prévue par le règlement de la CCI est sans aucun doute le plus complet, étant donné qu'il s'applique automatiquement aux demandes d'indemnisation dont le montant est inférieur à la valeur stipulée. Inversement, les parties qui choisissent de mener leurs arbitrages selon les règles de la SIAC, de la HKIAC ou de la LCIA doivent accepter d'opter pour le régime accéléré pour qu'elle</p>	

⁸⁴⁶Règl. SIAC (2016), art. 5.1.

⁸⁴⁷Règl. LCIA (2020), art. 9A.

	PROCÉDURE ACCÉLÉRÉE	ARBITRE D'URGENCE⁸³⁹
	s'applique ou obtenir l'approbation respective des tribunaux ou des organes administratifs compétents de l'institution d'arbitrage.	

4° Pour le juge d'appui

1019. – De prime abord, le fait de demander à un juge étatique de venir à l'appui de l'arbitrage peut paraître « paradoxal », voire « contre-nature »⁸⁴⁸. Le Code de procédure civile consacre cet appui du juge étatique permettant d'assurer l'efficacité de l'arbitrage. Comme l'a exprimé le Premier ministre dans son rapport relatif au décret du 13 janvier 2011 : « En matière de procédure arbitrale le juge étatique intervient pour asseoir l'autorité du tribunal arbitral, dépourvu de tout imperium et pour permettre aux parties de conduire cette procédure efficacement, ceci dans le respect des principes de loyauté et d'égalité des armes »⁸⁴⁹.

1020. – **Lors de la constitution du tribunal arbitral.** Le juge d'appui, ou le centre d'arbitrage, peut être saisi en cas de difficultés rencontrées lors de la constitution du tribunal arbitral.

1021. – **Pièces détenues par un tiers.** En principe, le tribunal arbitral est compétent lorsque la demande de production de documents est dirigée à l'encontre de l'une des parties à la procédure arbitrale⁸⁵⁰. En revanche, si l'élément de preuve est détenu par un tiers à l'arbitrage, l'arbitre ne peut ordonner la production de la pièce en question puisqu'il ne peut rien imposer à des personnes qui ne sont pas parties à l'arbitrage. Dans cette hypothèse, le juge peut assister le tribunal afin d'obtenir une pièce potentiellement utile à la solution du litige : une partie pourra, sur invitation du tribunal arbitral, faire assigner ce tiers devant le président du tribunal judiciaire aux fins d'obtenir la délivrance d'une expédition ou la production de l'acte ou de la pièce⁸⁵¹.

B. – Un principe parfois supplanté par d'autres principes

1022. – **La nécessité d'une convergence.** Comme on l'a vu dans les précédentes parties, l'arbitrage est une dynamique dans laquelle il y a des tensions, des antinomies. Chaque acteur a des intérêts différents. L'efficacité est une notion relative puisque, quand bien même les arbitres voudraient influencer une certaine efficacité, les parties pourraient avoir un intérêt à la ralentir. L'efficacité étant entre les mains de tous les acteurs de l'arbitrage, il est, par conséquent, compliqué de l'imposer sans une

⁸⁴⁸Th. Clay, *L'appui du juge à l'arbitrage* : *Cah. arb.* 1^{er} avr. 2011, n° 2, p. 331.

⁸⁴⁹Rapp. Premier ministre relatif au décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011.

⁸⁵⁰CPC, art. 1467, 3°.

⁸⁵¹CPC, art. 1469.

certaine convergence. Néanmoins, de manière inhérente, ce principe comporte des limites.

1023. – Une hiérarchie des principes. Le principe d'efficacité de l'arbitrage gravite avec d'autres principes autour de la procédure arbitrale. Parfois, il s'adjoit à d'autres principes tels que la loyauté, se donnant ainsi plus de force mais il peut aussi se heurter à certains principes. Pour des auteurs, il devrait toujours s'effacer devant des principes qui lui sont supérieurs⁸⁵² : égalité des parties et principe de la contradiction. En pratique, les arbitres sont relativement craintifs et ont tendance à privilégier d'autres principes que l'efficacité. Il est fréquent que, lors de la phase de production de preuves, les arbitres acceptent beaucoup de preuves et favorisent ainsi le *due process* par rapport à l'efficacité⁸⁵³. Néanmoins, la jurisprudence française rappelle que le respect des principes procéduraux ne doit pas pour autant amener à négliger l'efficacité de l'arbitrage⁸⁵⁴.

1024. – Absence d'*imperium*. Le caractère contractuel de l'arbitrage explique que les arbitres soient dépourvus d'*imperium*. L'arbitre ne peut contraindre une partie à exécuter une obligation de faire ou de forcer un tiers à témoigner⁸⁵⁵. La nature privée de l'arbitrage restreint l'efficacité de l'arbitrage, en rendant les arbitres dépendants de la justice étatique. Il sera alors plus efficace pour les parties de recourir au juge étatique si l'urgence l'exige⁸⁵⁶.

C. – Le respect du principe de loyauté

1025. – La loyauté, l'autre devise de l'arbitrage. En droit français, la loyauté est associée à l'exigence de bonne foi concernant l'exécution des contrats⁸⁵⁷. Elle existe aussi en matière de procédure civile dans laquelle les parties doivent être loyales durant les débats⁸⁵⁸. De même, le Rapport du Premier ministre⁸⁵⁹ lie cette exigence avec celle de l'*estoppel*, notion qui lui est proche en droit français. Mais le principe de loyauté reste tout de même vague, voire ambigu.

1026. – Une exigence ambiguë⁸⁶⁰. Généralement, on attend des parties, tout comme de leurs conseils d'ailleurs, un comportement « loyal », avec toute l'ambiguïté que ce terme recouvre, qui devrait les conduire à ne pas user de manœuvres pour retarder ou tenter de faire dérailler l'arbitrage. Mais le principe s'applique aussi aux arbitres de manière encore plus ambiguë. Ainsi, comment un arbitre peut-il être loyal ou en d'autres termes, fidèle ? Et envers qui devrait-il l'être ? Il faudrait rappeler ici que l'arbitre n'est pas un conseil et il est nécessairement indépendant des parties. Ceci

⁸⁵²Y. Derains, *Les nouveaux principes de procédure : confidentialité, célérité, loyauté*, in Th. Clay (ss dir.) *Le nouveau droit français de l'arbitrage*, Lextenso, § 21, p. 99.

⁸⁵³V. *supra*, n° 971.

⁸⁵⁴Paris, 15 juin 2006 : *Rev. arb.* 2006, p. 1002. – Paris, 18 nov. 2004 : *Rev. arb.* 2006, p. 759, obs. P. Duprey.

⁸⁵⁵Th. Clay, *L'arbitre*, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibl. de thèses », 2001, spéc. n° 228-229, p. 188 ; pour une affaire où un tribunal a autorisé une partie à faire citer un « tiers » à la procédure arbitrale, qui a refusé, V. Paris, 5-16, 6 avr. 2021, n° 20/13048, *GBO, Dalloz Actualité*, 30 avr. 2021, obs. J. Jourdan-Marques.

⁸⁵⁶Toutefois, le Code de procédure civile limite l'intervention du juge étatique une fois le tribunal constitué ; V. *infra*, n° 1264 et s.

⁸⁵⁷C. civ., art. 1104.

⁸⁵⁸M.-E. Boursier, *Le principe de loyauté en droit processuel*, préf. S. Guinchard, Dalloz, 2002.

⁸⁵⁹Rapport 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.

⁸⁶⁰V. J. El Ahdab, *L'éthique dans la conduite et la gestion de l'arbitrage* (www.fca-arbitrage.com/publications/ethique-dans-la-conduite-et-la-gestion-de-l-arbitrage/).

entraîne un problème puisque l'on entend souvent le principe de loyauté comme une notion de déontologie comme chez les avocats qui sont tenus de le respecter en exerçant leurs fonctions⁸⁶¹. Par ailleurs, le Code de procédure civile impose expressément aux arbitres le respect du principe de loyauté⁸⁶². Cette loyauté se confond avec le principe d'impartialité, mais pas seulement puisqu'un arbitre peut être déloyal envers les deux parties en même temps⁸⁶³. En réalité, l'arbitre manque à son obligation de loyauté à chaque fois qu'il abuse de sa position pour faire supporter aux parties des procédures inutiles qu'elles ne veulent pas et qui sont contraires à la bonne administration de la justice. Cependant, il convient d'aborder ce principe avec attention en ce qui concerne l'arbitre comme en ce qui concerne les parties.

1027. – Le danger de l'exigence de loyauté. Le danger est de moraliser ou d'encadrer, de façon trop rigide, la procédure et de ne plus laisser de place pour ce qui peut apparaître comme des défenses, des incidents ou des objections légitimes, le plus souvent provenant d'un défendeur, vis-à-vis duquel on risque – les arbitres y compris – d'avoir un *a priori* négatif et en conséquence de le rejeter plutôt que de l'entendre pleinement et objectivement. C'est donc toujours la limite traditionnelle qui s'applique, comme en matière d'efficacité, et empêche d'aller trop loin dans le souci, voire l'ambition, de créer une procédure idéale et imperméable à toute dérive abusive : les droits de la défense. À manier donc avec précaution, mais l'affirmation de cette exigence dans la loi devrait permettre d'être plus ferme avec des parties et des pratiques « guerrières ».

1028. – Droit comparé. Le principe de loyauté, contrairement à celui de l'efficacité, ne permet pas d'annuler une sentence. Cependant, des règles d'arbitrage tchèques imposent aux arbitres l'obligation de déployer des efforts pour le règlement amiable des différends sous réserve de voir leur sentence annulée⁸⁶⁴. De même, plusieurs techniques existent dans les règles d'arbitrage et de médiation tchèques qui facilitent le règlement rapide et efficace des litiges⁸⁶⁵.

1029. – Illustrations dans les règlements d'arbitrage. La tendance rédactionnelle consistant à imposer des règles éthiques aux arbitres et aux parties à l'arbitrage est aujourd'hui confortée sur le plan institutionnel par la LCIA qui, comme les Règles de l'IBA (2014)⁸⁶⁶, a prévu des lignes directrices qui imposent un comportement plus respectueux et vertueux de la part des conseils représentant les parties à un arbitrage LCIA. Ces *Guidelines*⁸⁶⁷ donnent notamment au tribunal arbitral la compétence et le pouvoir de décider si un conseil a, ou non, violé ces règles et prévoient une série de sanctions dans ce cas. De plus, ces *Guidelines* soulignent aussi l'obligation de bonne foi des parties et du tribunal arbitral⁸⁶⁸. Plusieurs institutions arbitrales consacrent ce principe indirectement en mettant en place un principe de renonciation⁸⁶⁹. Enfin, en raison du fait qu'ils peuvent jouer un rôle quasi-

⁸⁶¹L. 31 déc. 1971, art. 21-1, 1 modifiée, consolidé le 2 oct. 2016, art. 1.3.

⁸⁶²CPC, art. 1464, al. 3.

⁸⁶³V. Y. Derains, *Les nouveaux principes de procédure : confidentialité, célérité, loyauté*, in *Le nouveau droit de l'arbitrage*, ss dir. Th. Clay, Lextenso, 2011, p. 97, § 16.

⁸⁶⁴*Czech Arbitration Act*, art. 24 (1) et s.

⁸⁶⁵M. Olik et M. Cap, *Comparison of settlement efforts by arbitrators and mediators : Arbitration 2016*, p. 250.

⁸⁶⁶Règl. IBA (2014), art. 8.2.

⁸⁶⁷Règles LCIA (2020), art. 18.5 et 18.6 et annexe « General guidelines for the parties' Legal Representatives ».

⁸⁶⁸Règles LCIA (2020), art. 14.5 et 32.2.

⁸⁶⁹Règl. CCI (2021), art. 39 ; Règl. CNUDCI (2010), art. 32.

juridictionnel⁸⁷⁰, les centres d'arbitrage sont eux-mêmes assujettis à ce principe de loyauté et l'absence de conflits d'intérêts qui s'impose aux arbitres⁸⁷¹, voire aux conseils⁸⁷², est une obligation éthique qui doit régir le centre lui-même, ses responsables, dirigeants et employés⁸⁷³.

D. – Loyauté dans la conduite de la procédure arbitrale

1° Comportements vis-à-vis des arbitres, des conseils et des parties

1030. – Il est généralement attendu des parties et des arbitres d'éviter les incidents et les délais qui perturberaient le bon déroulement de la procédure arbitrale⁸⁷⁴.

1031. – Comportements des parties et des conseils. Ainsi, les parties devraient se retenir de récuser, à travers leurs représentants, les arbitres d'une manière frivole, d'engager des procédures parallèles, de chercher à annuler les sentences arbitrales partielles, de changer de conseils durant la procédure et de ne pas profiter des opportunités de résoudre amicalement leur différend⁸⁷⁵.

1032. – Comportements des arbitres. Par ailleurs, les arbitres ont aussi un rôle à jouer dans la gestion de la procédure arbitrale ; en cernant par exemple les litiges, les preuves et les principaux arguments des parties, en sanctionnant efficacement les tentatives d'obstruction de la procédure par les parties et en ne cherchant pas à obtenir nécessairement l'accord des parties pour chaque étape procédurale lorsque cela ralentirait inutilement la procédure. Un arbitre devrait aussi, par exemple, posséder la compétence nécessaire lui permettant de résoudre le différend, ou encore avoir une maîtrise adéquate du droit et de la langue en question. Il s'agit aussi d'une question d'efficacité et d'attente légitime des parties qui ont placé leur confiance et leur investissement dans la capacité de l'arbitre désigné, non seulement à rendre la justice, mais également à le faire avec compétence et diligence.

2° Tactiques guerrières

1033. – La répétition des incidents. Finalement cette obligation vaut surtout pour les tactiques guerrières⁸⁷⁶, ce qui ne signifie pas les incidents de procédure mais la répétition de ces incidents. Par exemple, le changement de conseils dans des moments inopportuns pour la partie adverse ou la provocation incessante de délais ayant pour unique but de bloquer la procédure arbitrale. Ainsi, le Nigeria a, dans de

⁸⁷⁰V. *supra*, n° 148 et s.

⁸⁷¹V. *supra*, n° 711 et s.

⁸⁷²Pour une illustration où un conseil s'est vu interdire par des tribunaux (américains) de représenter une partie dans un arbitrage en raison d'un tel conflit, v. « King & Spalding disqualified from ICC case », GAR, 23 mars 2018 ; V. plus gén., *infra*, n°s 1035 et s. (Encart 36)

⁸⁷³V. par ex. la Charte éthique de l'arbitrage de la Fédération des centres d'arbitrage (2014), qui s'impose aussi aux centres signataires (art. 4).

⁸⁷⁴Par ex. : Cass. crim., 19 janv. 2016, n° 15-81.039 : « qu'il résulte de ces investigations, perquisitions, saisies et constatations sur de nombreux documents, que l'ensemble du processus décisionnel de recours à l'arbitrage, de mise en place de celui-ci a pu être frauduleusement faussé et altéré dans son principe et dans ses exigences de loyauté et d'impartialité, que, dès lors, il existait au moment du déferrement de M. X... devant le juge d'instruction des indices graves ou concordants justifiant sa mise en examen et son placement sous contrôle judiciaire ».

⁸⁷⁵*The parties are the only ones to blame for increasing time and costs in international arbitration.*

⁸⁷⁶Stratégie procédurale faite d'obstructions systématiques ; V. à ce sujet, *supra*, n°s 971 et s. (ENCART 32).

nombreuses affaires, provoqué des délais comme nouvelle tactique pour éviter d'exécuter la sentence arbitrale⁸⁷⁷. Ce n'est donc pas une obligation qui empêche tout incident, il s'agit d'une question de circonstances. Par ailleurs, les tactiques guerrières – qui ne violent pas toujours des règles de droit codifiées – peuvent être sanctionnées à travers le principe de loyauté.

1034. – La sanction des tactiques de guérilla. Ces violations au principe de loyauté de la part des parties, des arbitres et des conseils sont de plus en plus sanctionnées. Ainsi, quelques juridictions ont adopté une approche stricte⁸⁷⁸ concernant les tentatives d'annulation des sentences arbitrales (de la part des parties ou des arbitres à travers les opinions dissidentes). Ces sanctions sont de l'ordre financier⁸⁷⁹.

Encart 35

Être de bon conseil en arbitrage

1035. – Dualité judiciaire/arbitrale. Contrairement aux parties ou à l'arbitre⁸⁸⁰, le conseil n'a pas de relation contractuelle ou institutionnelle directe avec le tribunal arbitral ou avec les centres d'arbitrage. La représentation n'étant pas ici obligatoire, il n'est d'ailleurs pas rare qu'une partie décide, *via* son propre département juridique ou même un responsable (non nécessairement juridique), d'assurer sa propre défense, en se passant des services d'un conseil. Il n'en reste pas moins un acteur de premier plan sur la scène arbitrale car, au final, s'il est retenu, son seul lien contractuel avec son client sera un pilier de l'arbitrage⁸⁸¹. Car, au-delà de la mission classique de défense qu'on lui connaît et qui est identique à tout avocat, il faut toujours rappeler ses missions d'assistance, de conseil et de représentation, ce qui entraîne, au-delà des sphères contractuelle et arbitrale, une strate éthique sans doute plus prenante encore ici, qui peut même inclure une assistance, en amont, à la rédaction de la « bonne » clause arbitrale⁸⁸² ou

⁸⁷⁷A. Khan, *US court says Nigeria's lawyer cannot quit* : GAR, aff. *Nigeria/ Continental Transfert Technique*.

⁸⁷⁸C. Morel de Westgaver, C. Dowling et H. Ng, *Dilatory tactics and the court's readiness to safeguard arbitration through cost sanctions* : *Financier Worldwide Magazine* 2014.

⁸⁷⁹V. les montants parfois significatifs accordés par les tribunaux français, au titre de l'article 700 du Code de procédure civile, lorsqu'ils rejettent un recours en annulation jugé abusif ou encore lorsqu'ils jugent abusive une demande de refus d'*exequatur* (V. par ex. : Paris, 17 févr. 2011, *Gouvernement du Pakistan c/ Sté Dallah* : *Rev. arb.* 2012, p. 369, note F.-X. Train, qui a condamné à 100 000 €, sur le fondement de l'article 700 du Code de procédure civile, l'État pakistanais qui s'opposait à la reconnaissance de la sentence arbitrale).

⁸⁸⁰V. *supra*, n° 861 et s. (pour le contrat d'arbitre) n°s 147 et 867 et s. (pour le contrat d'organisation d'arbitrage).

⁸⁸¹Ce qui, classiquement et comme sur le plan judiciaire, entraîne, en cas de fautes reprochées, sa responsabilité contractuelle ; pour un exemple, sans succès, de client ayant reproché à son conseil de ne pas avoir invoqué une clause d'arbitrage pour s'opposer à la compétence du juge judiciaire, V. Pau, 7 janv. 2020, n° 18/01797 ; pour une clause compromissaire insérée dans un contrat de conseil juridique, V. Cass. 1^{re} civ., 30 sept. 2020, n° 18-19.241, *PWC : Dalloz actualité*, 19 oct. 2020, obs. J. Jourdan-Marques ; *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.

⁸⁸²V. plus gén. à ce sujet, *supra*, n° 495 ; pour l'hypothèse spécifique d'un conseil, jugé responsable pour n'avoir

même à la bonne transaction avant le déclenchement d'un arbitrage ou au bon choix d'arbitre. Même si ses règles déontologiques restent identiques, il est nécessaire de faire le départ entre le rôle de conseil en arbitrage et celui d'avocat dans un cadre judiciaire, même si le droit du siège peut parfois faire fi de cette distinction et impose des règles strictes dans les deux cas. Ainsi, le droit qatarien⁸⁸³ semble exiger qu'un conseil local soit retenu, que l'instance soit judiciaire ou arbitrale, dès lors que l'arbitrage a pour siège le Qatar. Le droit californien ne permettait pas, lui aussi, à un avocat étranger, ou non californien, de plaider devant un tribunal arbitral ayant pour siège la Californie. Ce n'est qu'en 2018, et dans le but de positionner le *Golden State* en tant que place forte de l'arbitrage et comme pendant de New York ou Miami, qu'une loi fédérée a été adoptée autorisant expressément les avocats étrangers à participer à des arbitrages internationaux⁸⁸⁴.

1036. – En matière d'arbitrage (spécifiquement international) et contrairement au cadre judiciaire, le conseil élabore aussi sa stratégie en tenant compte des différences juridiques et culturelles entourant l'instance et entre tous les acteurs. Même s'il lui arrive souvent de vouloir adapter ses réflexes judiciaires « locaux » à la scène arbitrale, il doit le plus souvent composer avec les autres acteurs et arracher des accords ici et là, s'agissant du calendrier, des formes de communication, de la production de documents, du volume et des standards de la preuve attendus, documentaire comme technique, factuelle comme émanant d'experts, des techniques d'interrogatoire des témoins... À ce titre, une réelle coopération entre le conseil, son client et le tribunal arbitral doit se mettre en place.

1037. – **Dualité conseils/arbitres : éviter le conflit d'intérêts.** Une autre spécificité de la profession, propre à la matière arbitrale, se trouve dans le fait que les arbitres peuvent être des avocats et *vice versa* (alors que, en France du moins, un avocat ne peut pas être magistrat et *vice versa*)⁸⁸⁵. Rien n'interdit, en droit français comme ailleurs, à un conseil d'agir comme arbitre⁸⁸⁶ (et, dans une certaine mesure, inversement). Il ne fait aucun doute que, à l'instar d'autres systèmes judiciaires dont le bon fonctionnement est reconnu, notamment en Angleterre, cette passerelle entre la fonction de juger et celle d'être jugé est un véritable atout de l'arbitrage, les conseils ayant parfaitement conscience des attentes des arbitres, dans les souliers desquels ils ont pu se trouver et, inversement, les arbitres étant plus flexibles et à l'écoute d'une profession dont

pas alerté son client de l'existence d'une clause arbitrale dans un bail, v. : Paris, 4-13, 31 mars 2021, n° 18/08337, *Chripimarc*.

⁸⁸³V. L. n° 2 de 2017, art. 24, § 6, promulguant la loi d'arbitrage en matière civile et commerciale, qui semble libéral à cet égard, mais qui contraste avec l'article 3 de la loi n° 23 de 2006 applicable à la profession d'avocat et qui semble être plus exigeant ; il semble en tout cas que cette règle ne soit pas d'ordre public : V. Cour d'appel de Doha, 2^e ch. civ. et com., 6 juill. 2020, n° 2019/2211, inédit.

⁸⁸⁴V. art. 1.5 (au début de la Section 1297.185), Chapter 5, Title 9.3, Part. 3 du Code de procédure civile relatif aux litiges commerciaux internationaux.

⁸⁸⁵Même si des propositions ont pu être faites pour assouplir cette règle, pour l'heure, le Code de l'organisation judiciaire prévoit que « les avocats peuvent être appelés (...) à suppléer les juges pour compléter le tribunal judiciaire » (CO), art. L. 311-9).

⁸⁸⁶Au contraire, V. RIN, art. 6.3.1., al. 2.

ils connaissent les contraintes (et parfois les ressorts stratégiques)⁸⁸⁷. Pour autant, ce que l'on appelle, parfois et péjorativement, une « double casquette », pose des difficultés en ce qu'elle crée des situations de conflits d'intérêts, avec un arbitre, plus fréquentes⁸⁸⁸, avec des problèmes inévitables quant à l'impartialité et l'indépendance de l'arbitre choisi par les soins du conseil⁸⁸⁹.

1038. – À tel point que, dans le domaine spécifique de l'arbitrage d'investissement, un projet de code de conduite a été soumis conjointement en mai 2020, puis mise à jour en mars 2021, par le CIRDI et la CNUDCI, en vue de réguler, si ce n'est de prévenir, ce « double jeu ». C'est aussi ce qui explique que le critère de l'indépendance de l'arbitre n'est plus apprécié uniquement à l'aune de la partie elle-même, mais aussi au regard des liens éventuels avec ses représentants (avocats individuels ou structures d'exercice confondues), aussi bien en droit positif⁸⁹⁰, que par des guides (IBA) et autres éléments de *soft law* qui font aujourd'hui autorité⁸⁹¹. Sur le plan institutionnel, il faut également noter, à l'image d'une pratique arbitrale déjà affirmée *via* les ordonnances de procédure et actes de mission, que les centres ont également pris l'initiative de lutter plus activement contre les conflits d'intérêts entre arbitres et représentants des parties : c'est notamment le cas de la CCI, dont le dernier règlement (2021) permet (art. 17.2) à un tribunal arbitral d'étendre ses pouvoirs juridictionnels à l'égard des représentants des parties, afin d'éviter tout conflit d'intérêts découlant d'un changement par une partie de son conseil ou l'ajout par une partie d'un nouveau représentant en cours de procédure : il est désormais permis au tribunal arbitral de décider d'une exclusion partielle ou totale de ces nouveaux représentants des parties si la nouvelle configuration devait donner naissance à une situation de conflit⁸⁹².

1039. – Déontologies et éthique. L'avocat, spécialiste de l'arbitrage, n'oublie pas qu'il reste, dans et en dehors de ce cadre parfois feutré, membre d'une profession réglementée et qu'il est ainsi astreint à des règles déontologiques propres. L'avocat, même en arbitrage, risque toujours d'être sanctionné pour non-respect de ces règles⁸⁹³ (sanctions disciplinaires, civiles ou pénales). En France par exemple, l'avocat prête serment lors de son entrée dans la profession, il s'engage à exercer ses missions avec « dignité, conscience, indépendance, probité et humanité », de même qu'il est soumis, sur le plan

⁸⁸⁷M. de Boisséson, *Le Conseil dans l'arbitrage*, Communication, Association française d'arbitrage, 20 sept. 2016.

⁸⁸⁸Par ex., V. : Paris, 12 janv. 1999, *Milan Presse c/ Media Sud Communication* : *Rev. arb.* 1999, p. 371 : dans cette affaire, l'arbitre était le beau-père du conseil d'une des parties, ce qui a conduit à conclure à la violation de l'exigence d'indépendance de l'arbitre.

⁸⁸⁹F.-X. Train, *Mode d'exercice de l'activité d'arbitre et conflits d'intérêts* : *Rev. arb.* 2012, p. 725, spéc. p. 727 ; V. aussi : D. Cohen, *Indépendance des arbitres et conflits d'intérêts* : *Rev. arb.* 2011, p. 611.

⁸⁹⁰V. not. au sujet de la notion de « courant d'affaires » entre un arbitre et le conseil d'une partie : Cass. 1^{re} civ., 20 mars 2013, n° 12-18.238.

⁸⁹¹Les Lignes directrices de l'IBA sur les conflits d'intérêts dans l'arbitrage international prévoient une « Liste Rouge » dans laquelle figurent les liens, actuels, passés ou indirects (*via* un cabinet), entre l'arbitre presenti et le conseil de l'une des parties (art. 2.3.1, 2.3.2. et 2.3.3).

⁸⁹²V. déjà IBA, Lignes directrices sur la représentation des Parties dans l'arbitrage international, 2013, art. 26.

⁸⁹³V. par ex. pour les avocats new-yorkais, le *New York Rules of Professional Conduct* (version au 1^{er} avr. 2009) qui définit au départ (*Rule 1.0 : Terminology*) ; (w) le terme « Tribunal » comme englobant aussi bien un juge qu'un arbitre.

européen, à une Charte des principes essentiels de l'avocat européen, adoptée par le Conseil des barreaux européens (CCBE) en 2006. Le respect de ces règles déontologiques, communes avec ses adversaires, ne peut être ignoré au prétexte qu'il n'agirait pas dans un cadre judiciaire, ou simplement parce que l'arbitrage aurait son siège hors de son pays d'exercice⁸⁹⁴. Toutefois, il est très fréquent que les conseils juridiques, issus de cultures et de systèmes juridiques très distincts, se retrouvent soumis à des règles déontologiques différentes, soulevant ainsi de sérieux risques de conflit entre différentes normes déontologiques et pratiques arbitrales⁸⁹⁵, par exemple le rôle approprié des avocats dans la préparation des témoignages à un tribunal arbitral, la portée de l'obligation de produire un document sollicité par le conseil adverse, si et comment un avocat peut interroger le témoin de la partie adverse⁸⁹⁶, l'obligation de candeur à l'égard du tribunal, sans oublier des questions de confidentialité des échanges entre avocats, etc.⁸⁹⁷ Pour y remédier, si certains ont envisagé la création d'un code universel des acteurs de l'arbitrage⁸⁹⁸, la pratique a fait surtout émerger un certain nombre de règles propres à l'arbitrage international, pour la plupart concrétisées sous la forme de codes, guides ou recommandations et qui sont plus ou moins suivies. On peut citer les Lignes directrices de l'IBA sur la représentation des parties dans l'arbitrage international de 2013, qui imposent aux conseils le respect de principes communs à tous les avocats, peu importe leur pays d'origine⁸⁹⁹, comme l'interdiction de soumettre une preuve testimoniale ou expertale qu'il sait inexacte (art. 11) ou encore la Charte éthique de l'arbitrage édictée en 2014 par la Fédération des centres d'arbitrage en France, censée être respectée par tous les acteurs d'une procédure arbitrale sous l'égide des centres arbitraux signataires et qui impose aux conseils notamment d'éviter toute manœuvre abusive ou dilatoire dans le but de retarder ou de perturber la procédure (Section 3). De manière plus contraignante, certaines règles institutionnelles précisent parfois le comportement à adopter par les conseils⁹⁰⁰.

1040. – La loyauté du conseil : un état d'esprit coopératif. S'il est un principe déontologique cardinal, c'est bien la loyauté de l'avocat, laquelle est aussi

⁸⁹⁴J. Paulsson, *Standards of Conduct for Counsel in International Arbitration: The American Review of International Arbitration, Essays in Honor of Hans Smit*, Columbia University, 1992, p. 222.

⁸⁹⁵M. Henry, *Éthique et arbitrage, ou la solitude du coureur de fond* : *Rev. arb.* 2016, p. 707, spéc. p. 725.

⁸⁹⁶J. M. Townsend, *Clash and Convergence on Ethical Issues in International Arbitration: Inter-American Law Review* 2004, vol. 36, p. 1, spéc. p. 2.

⁸⁹⁷C. A. Rogers, *Ethics in International Arbitration*, Oxford University Press, 2014, spéc. p. 3 et s. – D. Bishop et M. Stevens, *Document exchanges and the collision of ethical duties of Counsel from different Legal Systems, in Players' interaction in International Arbitration*, Dossier of the ICC Institute of World Business Law, 2012. – P. Mayer, *Do Counsel owe a duty of honesty in international arbitration? To whom is it owed?*, Communication donnée au 17^e Annual IBA International Arbitration Day, 14 févr. 2014, spéc. p. 2.

⁸⁹⁸T. Labatut, *De nouveaux outils pour une éthique partagée des acteurs de l'arbitrage*, *LPA* 13 nov. 2020, n° 156z2, p. 8.

⁸⁹⁹Ces principes sont notamment : l'indépendance, l'honnêteté, la probité, la loyauté, l'absence de conflits d'intérêts, le secret professionnel, les intérêts des clients, le respect des termes de la mission, le libre choix du client et de l'avocat, l'identification des avoirs détenus par un avocat pour le compte d'un client, la compétence...

⁹⁰⁰Ainsi la version de 2014 du règlement LCIA a annexé des *General Guidelines for the Parties' Representatives* qui prévoient, comme la version de 2020, des sanctions pour les conseils non coopératifs (art. 18.6).

bien légale en matière arbitrale⁹⁰¹, qu'essentielle pour l'intégrité et l'efficacité de la procédure arbitrale. Ce n'est « une obligation ni morale ni contractuelle, mais un devoir inhérent » qui « ne se définit pas à travers des recommandations, des maximes ou des techniques de conduite ». La loyauté d'un conseil en arbitrage ne s'exerce en effet pas uniquement vis-à-vis de son client, mais également dans un climat de coopération et vis-à-vis des autres acteurs de l'arbitrage et notamment du tribunal arbitral et de l'institution. Il est d'ailleurs entendu qu'un arbitrage entamé est une procédure que l'on anticipe de mener de manière efficace et ordonnée, avec des acteurs, et notamment des conseils, qui agissent de bonne foi et dans un esprit de coopération avec le tribunal⁹⁰².

1041. – Profession et procédure confidentielles. Le respect de la confidentialité reste un défi et un atout pour le conseil⁹⁰³. En effet, et sauf stipulation contraire des parties, les conseils doivent en principe s'assurer du respect de la confidentialité généralement applicable à l'arbitrage, autant qu'ils sont tenus au secret professionnel à l'égard de leur client⁹⁰⁴, ce qui leur interdit de communiquer des documents confidentiels même avec un tiers « proche » qui financerait l'arbitrage. Or ce principe est aujourd'hui mis à mal par une tendance arbitrale, sans doute justifiée mais contraignante, imposant toujours plus de transparence et plaçant le conseil entre deux feux. C'est ainsi que certaines institutions arbitrales exigent désormais des conseils qu'ils révèlent l'existence de tiers financeurs à l'arbitrage⁹⁰⁵.

1042. – Le financement de l'arbitrage par le conseil. L'arbitrage étant une justice privée onéreuse⁹⁰⁶, la possibilité pour une partie de se faire financer son arbitrage par un tiers n'est plus une hypothèse d'école⁹⁰⁷. Plus précisément, le financement de l'arbitrage par un tiers consiste à obtenir d'un tiers, non partie à l'arbitrage, le financement requis pour couvrir les frais de la procédure, en ce compris les frais d'avocats. Ce tiers financeur est quant à lui rémunéré en percevant tout ou partie de la somme correspondant aux dommages-intérêts qui seront éventuellement alloués à la partie financée à la fin de l'arbitrage. Or, il arrive, lorsque les règles déontologiques de l'avocat le permettent, que ce soit l'avocat lui-même ou son cabinet qui finance l'arbitrage⁹⁰⁸, à défaut d'avoir trouvé un fonds tiers prêt à prendre le risque. En

⁹⁰¹CPC, art. 1464, al. 3.

⁹⁰²H. A. Grigera Naón, *What duties do Counsel owe to the Tribunal and why?*, in *Players' interaction in International Arbitration*, Dossier of the ICC Institute of World Business Law, ICC Publ., 2012, p. 9.

⁹⁰³V. *infra*, nos 1064, 1064 et s. (Encart 37).

⁹⁰⁴V. J. El Ahdab, *L'éthique dans la conduite et la gestion de l'arbitrage*, mai 2014, spéc. nos 33 et s..

⁹⁰⁵V. Règl. CCI (2021), art. 11.7 ; Note aux parties et aux tribunaux arbitraux de la CCI sur la conduite de l'arbitrage (2021), § 28 ; cette obligation de divulgation existe à l'article 7 des Règles IBA sur les conflits d'intérêts (2014).

⁹⁰⁶V. *supra*, n° 88 et s.

⁹⁰⁷V. *infra*, n° 1368 et s.

⁹⁰⁸Pour une telle illustration où la convention d'honoraires, qui stipulait une clause arbitrale, prévoyait que le cabinet aurait droit à un honoraire de résultat, convention que le client a tenté de contourner en concluant directement une transaction avec la partie adverse (l'Etat égyptien) à l'insu de son conseil, V. L. Peterson, « Investor and lawyers fall out over contingency-fee arrangement in aftermath of ICSID arbitration » : *IA Reporter*, 7 mai 2020.

France, contrairement aux États-Unis par exemple⁹⁰⁹, le financement de l'arbitrage par un cabinet d'avocats peut être délicat ; le règlement intérieur national de la profession d'avocat (RIN) interdit à l'avocat les pactes *quota litis*, c'est-à-dire le fait de se rémunérer intégralement sur la base d'un honoraire de résultat⁹¹⁰. Cela impliquerait (nécessairement ?) pour l'avocat l'impossibilité de financer lui-même la procédure, puisqu'un honoraire fixe doit obligatoirement être prévu au départ.

1043. – L'art arbitral de la persuasion. Étant donné la nature spécialisée de ce mode de résolution des litiges, l'arbitrage international exige des compétences particulières de la part de ses conseils, qui doivent savoir allier une plume aiguisée et précise – car l'arbitrage se gagne d'abord sur pièces – et un art oratoire, plus poussif mais plus pointu et qui diffère de celui des prétoires judiciaires et du droit pénal (ne serait-ce que parce que, souvent, on plaide « non oralement », avec les yeux rivés sur la retranscription instantanée de ce que l'on dit). La résistance affichée par la plaidoirie en arbitrage n'est pas due qu'à la place qu'occupe encore l'audience dans la procédure, malgré la crise sanitaire : elle vient aussi du rôle toujours plus grand, sociologiquement et économiquement, qu'occupent désormais les nombreux concours des universités du monde entier, dont le plus reconnu est le Concours William C. de Vienne, avec l'objectif de former les arbitragistes de demain. Au final, ce que les Anglo-Saxons appellent les *advocacy skills* ne sont rien d'autre que la préparation et la présentation optimale des arguments écrits et oraux des parties du dossier d'une partie, afin de convaincre les arbitres du bien-fondé de l'affaire⁹¹¹.

3° Un principe à nuancer

1044. – La tension entre les deux rôles de l'arbitre. L'arbitre est à la fois un juge et un cocontractant désigné par les parties dans une convention d'arbitrage ou une clause compromissoire, ce qui le conduit à jouer constamment les deux rôles différents. Par ailleurs, l'arbitre ne devrait pas être guidé par une *due process paranoia*⁹¹² de voir sa sentence annulée. Cette question est cependant complexe ; ainsi devrait-il, par exemple, refuser des pièces soumises à la dernière minute ? Dans ce cas-là, l'efficacité vient soutenir le principe de loyauté pour militer contre l'acceptation de telles pièces. Un autre problème est celui de savoir si l'arbitre peut aller à l'encontre des parties lorsqu'elles se sont mis d'accord sur un délai précis qui

⁹⁰⁹N. Freeman Engstrom, *Re-Re-Financing Civil Litigation : How Lawyer Lending Might Remake the American Litigation Landscape, Again* : UCLA L. Rev. Disc. 2013, p. 110.

⁹¹⁰L. n° 71-1130, 31 déc. 1971, art. 10 ; et RIN, art. 11.3 ; V. toutefois : Paris, 10 juill. 1992 : *Rev. arb.* 1992, p. 609, note Ph. Leboulanger ; D. 1992, p. 459, note Ch. Jarrosson.

⁹¹¹V. R. Doak Bishop, *The Art of Advocacy in International Arbitration*, Juris Publishing, Inc, 2004, p. 133 et s. – V. D. J.A. Cairns, *Advocacy and the Functions of Lawyers in International Arbitration*, in M. A. Fernandez-Ballester et D. Arias Lozano, *Liber Amicorum Bernardo Cremades*, 2010, p. 291, spéc. p. 294.

⁹¹²D. Jones, *Using costs orders to control the expenses of international commercial arbitration : The Roebuck lecture* 9 juin 2016, p. 292.

ne lui convient pas⁹¹³. Il est clair que lorsque les délais sont inscrits dans la convention d'arbitrage, aucun changement ne peut se faire sans l'accord des parties et des arbitres. Cependant, si la convention d'arbitrage est silencieuse sur cette question, alors il faudrait se référer aux règles impératives de la *lex arbitri* ou sinon aux règles régissant l'arbitrage ou encore aux règles non impératives de la *lex arbitri*. Il est aussi possible de prendre en compte les raisons derrière le choix des parties pour accepter ou non leur décision.

1045. – Des solutions éventuelles. Afin de pallier ce problème, les arbitres pourraient par exemple utiliser leur autorité procédurale pour limiter raisonnablement le nombre de soumissions des parties, le nombre de preuves en n'autorisant par exemple la production de documents qu'au moment de la soumission des mémoires, en limitant le nombre d'experts par partie et en respectant un calendrier approprié et proportionnel. Concernant ces questions, l'annexe IV du règlement de la CCI propose des techniques que le tribunal peut adopter pour la gestion des procédures⁹¹⁴.

E. – Lien avec le principe de l'estoppel

1046. – En tant que violation du principe de l'estoppel. Le principe de loyauté peut donc se manifester aussi comme une violation du principe de l'estoppel, idée qui existe aussi en droit allemand mais de manière différente qu'en droit français⁹¹⁵, ainsi qu'en droit américain⁹¹⁶. Les décisions rendues en matière d'interdiction de se contredire au détriment d'autrui s'inspirent souvent du principe de loyauté⁹¹⁷. Un important arrêt de 2009 fait d'ailleurs expressément le lien entre le principe de l'estoppel et la loyauté procédurale que les juges sont tenus de faire respecter⁹¹⁸. De plus, le décret du 13 janvier 2011 qui a introduit, dans le Code de procédure civile, le nouvel article 1466, et qui est parfois interprété comme une consécration réglementaire de l'estoppel en matière d'arbitrage⁹¹⁹, est en réalité bien plutôt le retour à une jurisprudence développée en cette matière avant l'arrêt *Golshani* de 2005. Il n'est pourtant pas certain que les deux notions soient équivalentes. Ainsi qu'a pu l'indiquer la Cour de cassation dans son arrêt rendu en 2009, « les domaines d'application respectifs de la règle de l'estoppel et du principe de la renonciation peuvent, dans certains cas, être identiques », ce qui signifierait *a contrario* qu'ils ne le sont pas toujours. D'ailleurs, d'un point de vue technique, les deux mécanismes restent très largement étrangers l'un à l'autre. La renonciation sanctionne le comportement « unilatéral d'une partie sans préoccupation de la prise en considération par l'autre partie de ce comportement. En d'autres termes, la renonciation se déduit de l'analyse du comportement d'une partie, pris isolément, dont on tire des conséquences juridiques ». L'estoppel vient protéger, au contraire, la

⁹¹³V. M. Pyles, *Limits to party autonomy in arbitral procedure*, (2007), 24, JIA, 3, pp. 327-339.

⁹¹⁴ICC Commission Report, *Techniques for controlling time and costs in arbitration*, 2^e éd., mars 2018, p. 9.

⁹¹⁵CPC allemand, art. 1055.

⁹¹⁶*Hunt v. Mobile corporation*, 654 F.Supp. 1487, 1518 (SDNY 1987) ; *Isec v. Bidas* : *Rev. arb.* 1994, 739, note Y. Derains.

⁹¹⁷Cass. 1^{re} civ., 6 juin 2005, n° 05-60.044, *Golshani* : *Bull. civ.* 2005, I, n° 241 ; *RTD civ.* 2006, p. 151, obs. R. Perrot.

⁹¹⁸Cass. ass. plén., 27 févr. 2009, n° 07-19.841, *Bull. civ.* 2009, ass. plén., n° 2, p. 1.

⁹¹⁹Cass. com., 20 sept. 2011, n° 10-22.888.

confiance légitime de l'autre partie, ce qui suppose qu'il soit tenu compte du comportement des deux parties⁹²⁰.

1047. – Lien avec les questions éthiques. La question de la loyauté peut aussi être rapprochée de questions éthiques. Il est certain qu'une gestion éthique de la procédure serait que toutes les parties se soumettent aux mêmes exigences en termes de loyauté, indépendamment des règles applicables dans le pays de telle ou telle partie. À cet égard, le choix d'appliquer des règles comme les « Règles de l'IBA sur l'administration de la preuve dans l'arbitrage international » (2020) permet de prévoir des règles communes. Dans la même lignée, le rapport de la CCI « Managing document production » est également considéré comme un compromis entre l'approche restrictive de la production documentaire en Europe et l'approche extensive adoptée notamment aux États-Unis.

Encart 36

***Estoppel* : pour éviter la contradiction abusive**

1048. – Consécration dans plusieurs domaines juridiques. L'estoppel est une théorie juridique, d'origine anglo-saxonne, qui sanctionne la cohérence procédurale, empêche une partie de changer de position en affirmant une nouvelle, contraire à celle qu'elle avait prise antérieurement, lorsque ce revirement se produit au détriment d'autrui. L'estoppel entend donc protéger la confiance légitime⁹²¹. En matière de procédure civile, l'assemblée plénière de la Cour de cassation l'a explicitement consacrée par un arrêt du 27 février 2009⁹²², mais cette théorie a été plus largement reconnue sur le plan international⁹²³ où l'on considère que les États et les parties de droit privé doivent être cohérents dans leur attitude face à une situation factuelle ou juridique donnée, quelle que soit sa véracité⁹²⁴. La règle de l'estoppel, introduite par la cour d'appel de Paris⁹²⁵ dans le droit français de l'arbitrage, interdit de se contredire au détriment d'autrui⁹²⁶. Dans le fameux arrêt *Golshani*⁹²⁷, la Cour de cassation avait, pour la première fois, fait référence à la règle de l'estoppel en matière d'arbitrage international⁹²⁸.

⁹²⁰V. F. Girard, *Estoppel : faut-il acclimater le Poison Tree ?* : *Rev. Lamy dr. aff.* 2012, p. 70, spéc. p. 73, § 16.

⁹²¹D. Mazeaud, *La confiance légitime et l'estoppel* : *RID comp.* 2006, p. 363 ; V. aussi : M.-E. Boursier, *Le principe de loyauté en droit processuel*, Dalloz, 2003.

⁹²²Cass. ass. plén., 27 févr. 2009, n° 07-19.841 : *Bull. civ.* 2009, ass. plén., n° 2, p. 1.

⁹²³J. Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, Oxford University Press, 9^e éd., 2019, p. 421 : « A considerable weight of authority supports the view that estoppel is a general principle of international law, resting on principles of good faith and consistency ».

⁹²⁴G. Dingley, *Estoppel* : *WikiNotes*, Jus Mundi, 22 juill. 2020 (<https://jusmundi.com/>). – CIJ, jugement au fond, 15 juin 1962, *Temple of Preah Vihear (Cambodia) v. Thailand*.

⁹²⁵Paris, 20 sept. 2007 : *JurisData* n° 2007-341741 ; *Rev. arb.* 2008, p. 325, note D. Bureau.

⁹²⁶E. Loquin, *Arbitrage en droit interne – Notion, conventions d'arbitrage, compétence* : *JCI. Procédure civile*, 2 juin 2020, § 59 ; V. aussi : E. Loquin, *Arbitrage : Compétence arbitrale – Conflit entre la compétence arbitrale et la compétence judiciaire* : *JCI. Procédure civile*, 15 mars 2018, n° 47.

⁹²⁷Cass. 1^{re} civ., 6 juill. 2005, n° 01-15.912 : *Bull. civ.* 2005, n° 302, p. 252.

⁹²⁸J.-B. Racine, *Droit de l'arbitrage*, préc., n° 654.

1049. – Conditions. Du point de vue de la qualification, trois éléments cumulatifs s'imposent donc pour caractériser l'estoppel⁹²⁹ : (i) un « changement d'attitude procédurale », (ii) caractérisé par « l'adoption de positions contraires ou incompatibles entre elles », (iii) de nature à induire l'adversaire en erreur sur les intentions du plaideur. La Cour de cassation a par ailleurs précisé⁹³⁰ sa jurisprudence antérieure en considérant que le seul changement d'attitude procédurale n'était pas constitutif d'un changement de position, en droit, de nature à induire en erreur et ne constituait pas à lui seul un estoppel⁹³¹.

1050. – Applications. La première illustration est celle de la jurisprudence *Golshani*⁹³² : une partie, qui a elle-même formé une demande d'arbitrage et qui a participé sans aucune réserve pendant plus de neuf ans à la procédure arbitrale, a été jugée irrecevable à soutenir, par un moyen contraire, que cette juridiction aurait statué sans convention d'arbitrage ou sur convention nulle, faute de convention qui lui soit applicable. De même, la demanderesse qui a eu l'intention de saisir le juge étatique avant de finalement s'en abstenir en ne remettant pas au greffe la copie de l'assignation à bref délai et en saisissant valablement l'institution d'arbitrage par une demande initialement radiée pour non-paiement des frais par les sociétés défenderesses puis rétablie par celles-ci, a adopté un comportement contradictoire au détriment des sociétés défenderesses, et se verra sanctionnée conformément au principe de l'estoppel⁹³³.

1051. – Nuances et distinctions. Il conviendra toutefois de faire une distinction entre l'estoppel et la loyauté « générale », la loyauté procédurale des articles 1464, alinéa 3 et 1466 du Code de procédure civile. En droit français, la loyauté est généralement associée à l'exigence de bonne foi dans l'exécution des contrats⁹³⁴.

1052. – La loyauté dans la conduite de la procédure (CPC, art. 1464, al. 3). La loyauté existe aussi en matière de procédure civile dans laquelle les arbitres et les parties doivent respecter le principe de loyauté, qui leur est expressément imposé (CPC, art. 1464, al. 3)⁹³⁵. La procédure arbitrale ne doit pas être paralysée par la mauvaise volonté d'une partie et le meilleur moyen de prévenir des manœuvres dilatoires est de faire respecter la loyauté des débats. L'arbitre manque à son obligation de loyauté à chaque fois qu'il abuse de sa position pour faire supporter aux parties des procédures inutiles qu'elles ne veulent pas et contraires à la bonne administration de la justice. Il semble que les décisions rendues en matière d'interdiction de se contredire au détriment d'autrui s'inspirent

⁹²⁹G. Deharo, *Nature et régime de l'estoppel : Dossiers d'actualité* 20 avr. 2018. – Cass. 2^e civ., 15 mars 2018, n° 17-21.991 : *Bull. civ.* 2018, II, n° 49, 2018.

⁹³⁰Cass. 1^{re} civ., 3 févr. 2010, n° 08-21.288.

⁹³¹J. Ortscheidt, *Précisions sur le régime de l'estoppel dans l'arbitrage international* : *JCP E* 25 févr. 2010, n° 8, p. 1194.

⁹³²Cass. 1^{re} civ., 6 juill. 2005, n° 01-15.912 : *Bull. civ.* 2005, n° 302, p. 252.

⁹³³L. Weiller, *Application du principe de l'estoppel : Procédures* mai 2018, n° 5, comm. 154. – V. Cass. 1^{re} civ., 28 févr. 2018, *Sté First Smart Asia Ltd c/ Sté Costibel Premium*.

⁹³⁴C. civ., art. 1134, al. 3.

⁹³⁵CPC, art. 1464, al. 3 : « Les parties et les arbitres agissent avec célérité et loyauté dans la conduite de la procédure ».

souvent du principe de loyauté⁹³⁶. Par ailleurs, l'arrêt de l'assemblée plénière de la Cour de cassation du 27 février 2009 a fait expressément le lien entre l'estoppel et la loyauté procédurale que les juges sont tenus de faire respecter⁹³⁷.

1053. – La portée du devoir procédural de loyauté (CPC, art. 1466). En vertu de l'article 1466 du Code de procédure civile, consacré par le décret de 2011⁹³⁸, la loyauté oblige une partie à se prévaloir, devant l'arbitre, de toutes les irrégularités affectant la procédure dont elle a connaissance. À défaut, elle est réputée y avoir renoncé et elle ne pourra plus les invoquer au soutien d'un recours formé contre la sentence arbitrale. Il n'est pourtant pas sûr que l'estoppel et la renonciation soient des notions tout à fait équivalentes : la renonciation sanctionne le comportement unilatéral d'une partie, alors que l'estoppel vient protéger, au contraire, la *confiance légitime* de l'autre partie, ce qui suppose qu'il soit tenu compte du comportement des deux parties⁹³⁹.

§ 3. – Le respect du principe de confidentialité

1054. – Principe essentiel. « L'arbitrage n'est pas seulement une justice privée, mais une justice rendue en privé »⁹⁴⁰. La confidentialité, avec la célérité, l'efficacité et la neutralité, est une des caractéristiques mises en avant dans le recours à l'arbitrage pour la résolution d'un litige, et explique, en partie, le succès qu'il rencontre aujourd'hui⁹⁴¹. En effet, il n'est point exceptionnel dans le cadre de relations commerciales que les parties ne souhaitent pas, pour diverses raisons, que leur litige soit porté à la connaissance de leurs concurrents en particulier ou même à l'opinion publique en général. Selon le Littré, la confidence est « la communication d'une chose secrète ». L'arbitrage semble donc apporter ce confort lié au caractère secret des débats, des pièces et des sentences, que les parties ainsi que les arbitres sont tenus de respecter⁹⁴². Mais comme rien n'est secret par nature, il faudrait donc qu'il y ait une raison légitime de rendre secret quelque chose.

1055. – Fondement et nature de la confidentialité dans l'arbitrage. Il semble que le principe de la confidentialité constitue en quelque sorte « the elephant in the room » ; tout le monde en parle comme étant un avantage attendu de l'arbitrage mais sans vraiment justifier cette affirmation⁹⁴³. Il existe ainsi une controverse liée au

⁹³⁶Cass. 1^{re} civ., 7 juin 2005, n° 05-60.044 : *Bull. civ.* 2005, I, n° 241 ; *RTD civ.* 2006, p. 151, obs. R. Perrot.

⁹³⁷Cass. ass. plén., 27 févr. 2009, n° 07-19.841 : *Bull. civ.* 2009, ass. plén., n° 2, p. 1.

⁹³⁸CPC, art. 1466 : « La partie qui, en connaissance de cause et sans motif légitime, s'abstient d'invoquer en temps utile une irrégularité devant le tribunal arbitral est réputée avoir renoncé à s'en prévaloir ».

⁹³⁹F. Girard, *Estoppel : faut-il acclimater le Poison Tree ?* : *Rev. Lamy dr. aff.* 2012, p. 70, spéc. p. 73, § 16.

⁹⁴⁰Th. Clay, *L'arbitre*, Dalloz, 2001, p. 595-596, § 771.

⁹⁴¹V. A. Cohen Smutny, A. de Lotbinière McDougall et M. P. Daly (eds), *A Practical Guide to International Arbitration*, *Juris*, 2020, p. 159 et s. ; V. plus gén. *supra*, n° 85 et s.

⁹⁴²E. Loquin et L. Buchman, *Préférez l'arbitrage !* : *Gaz. Pal.* 16 sept. 2008, n° 260, p. 9. – A. Fourment, *Confidentialité : Arbitrage et Médiation : La lettre de l'AFA* mars 2019, n° 30.

⁹⁴³G. Born, *International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2^e éd., 2014, p. 2782. – M. Young, *Confidentiality of international arbitration proceedings in France : some reflections on the 2011 amendment to the Code of civil procedure*, *Essays in honour of John Beechey*, p. 422, § 2.

fondement du caractère confidentiel de l'arbitrage. Les deux courants créés à ce sujet utilisent l'absence de principe explicite en faveur de leurs positions respectives⁹⁴⁴. Ceux qui plaident en faveur d'un devoir de confidentialité inhérent à l'arbitrage argumentent que ce caractère est tellement évident qu'il n'est même pas nécessaire de l'affirmer explicitement. Ainsi, lorsque les parties ont recours à l'arbitrage, il est légitime de supposer qu'elles cherchent à éviter le caractère public de la justice étatique, cette dernière n'étant confidentielle qu'à titre exceptionnel⁹⁴⁵. Les attentes légitimes des parties peuvent donc justifier l'obligation de respecter la confidentialité sans besoin de règle explicite. En revanche, lorsque des États souverains sont en cause, notamment dans l'arbitrage des investissements, le principe de transparence est de plus en plus consacré et l'obligation de confidentialité est loin d'être la norme⁹⁴⁶. Ceci conduit à douter de l'existence d'un caractère confidentiel inhérent à l'arbitrage⁹⁴⁷.

1056. – Consécration législative. On retrouve cette ambiguïté dans les règles du droit français de l'arbitrage. Il est vrai que l'article 1464, alinéa 4 du Code de procédure civile est venu, mais seulement depuis 2011, imposer le principe de confidentialité de la procédure arbitrale, alors que l'article 1506 limite ces dispositions à l'arbitrage interne, sauf volonté contraire des parties. La confusion demeure donc entière en matière d'arbitrage international et partielle en matière interne puisque les contours de cette obligation et ses sanctions ne sont pas clairement déterminés⁹⁴⁸. Ainsi, il est difficile d'imaginer dans quelles hypothèses les parties choisiront la non-confidentialité de leur arbitrage.

1057. – Consécration par les institutions d'arbitrage. Il est significatif de remarquer que les institutions d'arbitrage n'imposent pas non plus un principe général de confidentialité⁹⁴⁹, n'étant reconnu que par fragments dans certains aspects spécifiques ; les Règles de la CCI (2021), de la SIAC (2016), de la LCIA (2020) et de la CNUDCI (2010) interdisent l'ouverture des audiences au public sauf convention contraire des parties⁹⁵⁰ et n'autorisent l'obtention de la sentence qu'aux parties⁹⁵¹. L'OMPI interdit, quant à elle, la révélation de l'existence même de l'arbitrage⁹⁵² et semble être le règlement le plus complet concernant la confidentialité. Ceci ne surprend pas vu qu'elle concerne la propriété intellectuelle qui requiert une plus importante confidentialité.

1058. – Histoire et jurisprudence. L'absence de texte légal en la matière a laissé planer des incertitudes dans la jurisprudence jusqu'à un arrêt de 1986⁹⁵³ qui a semblé

⁹⁴⁴V. Ch. Müller, *La confidentialité en arbitrage commercial international : un trompe-l'œil ?* : Bull. ASA 2005, 216.

⁹⁴⁵Notamment en France où les procès sont accessibles à tout intéressé même si le juge peut décider d'un huis clos pour des affaires particulièrement sensibles.

⁹⁴⁶Not. l'affaire *Vattenfall AB and others v. Federal Republic of Germany* dont les audiences sont diffusées en ligne.

⁹⁴⁷T. Foden et O. G. Repousis, *Giving away home field advantage : the misguided attack on confidentiality in international commercial arbitration* : Arb. Int. 2019, n° 35, p. 401-418.

⁹⁴⁸L. Weiller, *Les obligations de loyauté, de célérité et de confidentialité* : LPA 13 févr. 2013, n° 32, p. 11.

⁹⁴⁹V. O. Caprasse et R. Ziadé, *La confidentialité dans la procédure arbitrale* : Rev. arb. 2014, p. 596, § 5.

⁹⁵⁰Règl. CCI (2021), art. 26 (3) ; Règl. CNUDCI (2010), art. 28 (3) ; Règl. SIAC (2016), art. 39.1 ; Règl. LCIA (2020), art. 30.

⁹⁵¹Règl. CCI (2012), art. 34 (2) ; Règl. CNUDCI (2010), art. 34 (5) ; Règl. SIAC (2016), art. 39.1 ; Règl. LCIA (2020), art. 30.1.

⁹⁵²OMPI (2014), art. 75 ; ainsi que SIAC (2016), art. 39.3.

⁹⁵³Paris, 18 févr. 1986, *Aïta* : Rev. arb. 1986, 583, note G. Flécheux ; dans le même sens : T. com. Paris, 22 févr. 1999 : Rev. arb. 2003, p. 190.

mettre en place une présomption de confidentialité en arbitrage interne et international. Toutefois, le doute a persisté sur l'existence d'une obligation de confidentialité *per se* dans le droit français de l'arbitrage international⁹⁵⁴. La réforme de 2011 n'a pas éclairci les choses.

1059. – Droit comparé. Le principe de confidentialité en arbitrage est également loin d'être admis en droit comparé. Il est intéressant de noter que certaines juridictions de *common law* ont considéré que l'interdiction faite aux tiers non autorisés par les parties d'accéder à l'audience arbitrale était la conséquence du caractère privé de l'arbitrage⁹⁵⁵. D'autres juridictions ont considéré qu'un devoir légal de confidentialité n'existait pas en arbitrage⁹⁵⁶.

1060. – Limitations du principe. Ce qui est certain, c'est que le principe de confidentialité n'est pas sans limite. Ainsi, un quelconque manque de confidentialité ne peut être invoqué comme un outil de pression sur les arbitres par exemple ou afin d'obtenir des avantages indus dans la procédure d'arbitrage⁹⁵⁷. Il devrait donc être utilisé loyalement et de bonne foi, non de manière abusive. Un équilibre est nécessaire entre la confidentialité et la transparence afin de protéger l'intérêt général.

1061. – Moyens de protection de la confidentialité. De toute façon, de nombreux moyens sont offerts aux parties afin de protéger la confidentialité de leur arbitrage. Il est possible d'insérer une clause de confidentialité dans la convention d'arbitrage⁹⁵⁸ ou dans l'acte de mission ou même d'avoir recours à une ordonnance de procédure. De plus, souvent des contrats d'arbitre ou d'organisation de l'arbitrage contiennent une obligation de confidentialité implicite, si elle n'est pas expresse⁹⁵⁹.

A. – La notion de confidentialité

1° Aspects de la notion

1062. – Les différents aspects du principe de confidentialité. La confidentialité peut affecter les arbitres, les parties, les experts, les témoins et l'institution d'arbitrage. Elle concerne de même tous les aspects de l'arbitrage. Ainsi, même l'existence de la procédure d'arbitrage est susceptible d'être soumise à ce principe, comme l'audience arbitrale, les documents produits durant l'instance et la sentence elle-même. Il convient de rappeler que la confidentialité est relative puisqu'elle ne produit d'effet qu'entre les parties ; elle dépend donc de leur volonté et elles pourront l'invoquer à tout moment de la procédure et en toute occasion.

2° Liens avec d'autres notions

1063. – La confidentialité et les autres principes. Il ressort de cela que la confidentialité disparaît lorsque d'autres principes sont en jeu. Ainsi, la volonté des

⁹⁵⁴Paris, 22 janv. 2004 : *Rev. arb.* 2004, p. 647, note E. Loquin.

⁹⁵⁵Commercial court of England, *Oxford Shipping Co Limited c/ Nippon Yusen Kaisha*, 1984 ; Cour d'appel de Victoria (Australie), *Eso Australia Resources Ltd c/ The Honourable Sidney James Plowman*.

⁹⁵⁶Cour suprême Suède, 27 oct. 2000, *AI Trade Finance Inc.*, Stockholm Arb. Report, 2002/2, 144 ; *Rev. arb.* 2001, 821, note S. Jarvin et G. Reid. – High court d'Australie, 7 avr. 1995, *Eso v. Plowman* : *Rev. arb.* 1996, 539, note D. Kapeliuk-Klinger.

⁹⁵⁷Y. Derains, *Preuve et confidentialité* : *Bull. CCI* 2009, suppl. spécial, « La confidentialité dans l'arbitrage », § 16.

⁹⁵⁸M. Darian-Smith et V. Ghosh, *The fruit of the arbitration tree : confidentiality in international arbitration : Arbitration* 2015, p. 361.

⁹⁵⁹Expresse : Règl. LCIA (2020), art. 30.2.

parties ne peut primer sur des obligations légales d'ordre public. Les règles du droit boursier ou financier peuvent aboutir à neutraliser le principe de confidentialité⁹⁶⁰. En droit européen a été adoptée une directive sur le secret des affaires⁹⁶¹, transposée en 2018 en droit interne (C. com., art. L. 151-1 et s.), qui réserve cependant quelques garde-fous qui font primer la liberté d'information sur celui du secret des affaires. De même, la confidentialité s'efface devant les lois fiscales ou pénales qui imposent la communication de documents ou d'informations⁹⁶². La confidentialité devrait aussi respecter l'égalité des parties, le contradictoire et la liberté de se défendre.

Encart 37

Privilege et confidentialité

1064. – Le terme anglais *privilege*, parfois aussi utilisé dans le jargon juridique français, concerne le droit ou l'obligation d'une partie de refuser la production d'éléments de preuve à sa disposition, selon des fondements qui peuvent varier dans le temps et l'espace (en France, ces fondements peuvent notamment couvrir les secrets étatiques ou les liens entre époux, entre un médecin et son patient, un confesseur et un prêtre). Les *legal privileges* « civils », fondés sur une relation client-avocat, recourent le secret professionnel de l'avocat français sans le recouvrir nécessairement. Il s'agit de garanties essentielles mises en œuvre quand la procédure civile prévoit un système de divulgation de documents en vertu duquel les parties sont tenues de produire toutes les preuves en leur possession, y compris celles qui leur sont préjudiciables⁹⁶³. Dans les juridictions de *common law* prévoyant une divulgation exhaustive de la preuve, des garde-fous sont organisés *via* des règles de *privilege* très développées et variées, pour contrebalancer le rôle inquisitorial de la partie adverse requérante. Au contraire, les juridictions de droit civil limitant la production forcée de la preuve fourniront moins de nuances sur ce plan, même si l'on considère, du moins en droit français, que le secret professionnel est d'ordre public, général, absolu et illimité dans le temps.

1065. – La question des secrets professionnels en matière d'arbitrage international⁹⁶⁴ a émergé à partir des années 2000, du fait des problématiques

⁹⁶⁰F. Fages, *La confidentialité de l'arbitrage à l'épreuve de la transparence financière* : *Rev. arb.* 2003, 5.

⁹⁶¹Résolution législative du Parlement européen du 14 avril 2016 sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites : Doc. COM(2013), 0813 – C7-0431/2013 – 2013/0402(COD).

⁹⁶²L. n° 2013-907, 11 oct. 2013, relative à la transparence de la vie publique.

⁹⁶³N. Grégoire, *Evidentiary Privileges in International Arbitration*, Schulthess, coll. Genevoise, mai 2016, p. 7 et s. – Th. Baudesson et P. Rosher, *Le secret professionnel face au legal privilege* : *RD aff. int.* 2006, n° 1, p. 45. – G. Kauffman-Kohler, *Globalization of Arbitral Procedure* : *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 2003, vol. 36, p. 1325. – O. Meyer, *Time to Take a Closer Look : Privilege in International Arbitration* : *JIA* 2007, vol. 27, p. 369. – A. Yanos, *Problems Arising from the Interplay of Common Law and Civil Law in International Arbitration : Defining the Scope of the Attorney-Client Privilege* : *TDM* 2006, n° 2.

⁹⁶⁴P. Heitzmann, *Confidentiality and Privileges in Cross-Border Legal Practice : The Need for a Global Standard* : *Bull. ASA* 2008, vol. 26, p. 205. – H. Alvarez, *Evidentiary Privileges in International Arbitration*, in *International*

nouvelles et inédites qu'ils posent. Il est vrai que le concept plus large de *privilege* varie d'une juridiction à l'autre. Le *legal privilege* américain⁹⁶⁵ s'attache à un droit objectif auquel il est possible de renoncer. À l'inverse, le secret professionnel civiliste, et notamment français, concerne plutôt une question d'obligation *ratione personae* et d'ordre public. Il n'existe aucune règle dans les lois ou les règlements⁹⁶⁶, malgré l'émergence de nouveaux codes de conduite et d'éthique, sur la manière dont les arbitres doivent traiter les questions de secrets professionnels. Il est, par ailleurs, très rare que les parties conviennent, avant ou après la naissance d'un litige, des règles applicables dans ce domaine, puisque les parties, et surtout leurs conseils, s'attendent généralement (légitimement ?) à ce que leurs règles nationales soient quasi automatiquement applicables en arbitrage. L'enjeu n'est pas mince car le refus de divulguer une ou plusieurs preuves pertinentes au litige ne peut qu'affecter la qualité et l'équité de la sentence⁹⁶⁷.

1066. – La situation de « double déontologie »⁹⁶⁸ est une difficulté rencontrée par les conseils, notamment lorsque les parties, les arbitres et les sièges des arbitrages, sont en dehors des juridictions et organisations ordinaires où les conseils sont admis. De même, les avocats peuvent couramment être soumis à des codes de déontologie professionnelle multiples, parfois contradictoires entre eux, notamment lorsque les règles de déontologie de leur barreau d'admission s'appliquent de manière extraterritoriale⁹⁶⁹. À titre

Arbitration 2006: Back to Basics?, Kluwer, 2007, p. 664. – P. Shaughnessy, *Dealing with Privileges in International Commercial Arbitration: Sc.St.L.* 2007, vol. 51, p. 464. – M. Sindler et T. Wüstemann, *Privileges Across Border in Arbitration: Multi-Jurisdictional Nightmare or a Storm in a Teacup?*: *Bull. ASA* 2005, vol. 23, p. 610. – D. N. Kozłowska, *Privilege in the Multi-Jurisdictional Area of International Commercial Arbitration*: *Int. A.L.R.* 2011, vol. 14, p. 128. – N. O'Malley, *Rules of Evidence in International Arbitration*, Londres, Informa Law, 2012, p. 274. – M. de Boissésou, *Evidentiary Privileges in International Arbitration*, in *International Arbitration 2006: Back to Basics?*, préc., p. 706. – G. S. Tawil et I.J. Mirorini Lima, *Privilege-Related Issues in International Arbitration*, in *Written Evidence and Discovery in International Arbitration: New Issues and Tendencies*, Kluwer, 2009, p. 33. – N. Gallagher, *Legal Privilege in International Arbitration*: *Int. A.L.R.* 2003, p. 45. – R. Reiser, *Applying Privilege in International Arbitration: The Case for a Uniform Rule*: *C.J.C.R.* 2012, vol. 13, p. 659. – K. P. Berger, *Evidentiary Privileges: Best Practice Standards versus/and Arbitral Discretion*: *Arb. Int.'l* 2006, p. 502. – G. Born, *International Commercial Arbitration*, Kluwer, 2^e éd., 2014, p. 1911.

⁹⁶⁵V. *Brennan Ctr. for Justice at New York Univ. Sch. of Law v. U.S. Dep't of Justice*, 697 F.3d 184, 207 (2^d Cir. 2012); dans le droit de NY, art. CPLR 4503.

⁹⁶⁶C. Tevendale et U. Cartwright-Finch, *Privilege in International Arbitration: Is It Time to Recognize the Consensus?*: *JIA* 2009, p. 825. – G. Kaufmann-Kohler et P. Bärtsch, *Discovery in International Arbitration: How Much is Too Much?*: *Schieds VZ* 2004, p. 19. – J. Player et C. Morel de Westgaver, *Lawyer-Client Privilege in International Arbitration – A Blurred Area Prone to Unpredictability or Useful Flexibility?*: *Int. A.L.R.* 2009, p. 101. – J. H. Rubinstein et B. B. Guerrina, *The Attorney-Client Privilege and International Arbitration*: *JIA* 2001, p. 592. – F. von Schlabrendorff et A. Sheppard, *Conflict of Legal Privileges in International Arbitration: An Attempt to Find a Holistic Solution*, in G. Aksen et al., *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution*, Publ. CCI, Paris, 2005, p. 757. – R. M. Mosk et T. Ginsburg, *Evidentiary Privileges in International Arbitration: Int'l & Comp. L.Q.* 2001, p. 374. – J. Fry, *Without Prejudice and Confidential Communications in International Arbitration*: *Int. A.L.R.* 1998, p. 210. – G. S. Tawil et I. J. Mirorini Lima, *Privilege-Related Issues in International Arbitration*, in *Written Evidence and Discovery in International Arbitration: New Issues and Tendencies*, préc., p. 31.

⁹⁶⁷F. Meyer-Hauser et P. Sieber, *Attorney Secrecy v. Attorney-Client Privilege in International Commercial Arbitration*: *Int'l J. Arb. Mediation & Dispute Mgmt.* 2007, vol. 73, p. 183. – M. T. Grando, *Evidence, Proof, and Fact-Finding in WTO Dispute Settlement*, Oxford International Economic Law, 2009, p. 318.

⁹⁶⁸R. D. Bishop, *Advocacy and Ethics in International Arbitration: Ethics in International Arbitration*, in *Arbitration Advocacy in Changing Times*, Kluwer, 2011, p. 384.

⁹⁶⁹A. F. Cohen, *Options for Approaching Evidentiary Privilege in International Arbitration*, in *Written Evidence and*

d'illustration, dans le contexte d'un litige résultant de l'échec d'une négociation complexe impliquant six avocats français et un avocat anglais, les parties avaient renoncé au secret professionnel dans l'arbitrage qui en a suivi et convoqué leurs avocats pour qu'ils témoignent des événements litigieux⁹⁷⁰. La Commission déontologique du barreau de Paris a cependant interdit aux avocats français de témoigner sur les faits, bien que leurs clients aient renoncé au *privilege*. Finalement, seul l'avocat anglais a pu témoigner sur le contenu des discussions litigieuses.

1067. – Si les parties ne parviennent pas à s'entendre sur les règles de procédure ou lois applicables, c'est classiquement le tribunal qui déterminera les règles régissant ces questions. On retrouve principalement deux grandes règles de conflit de lois dans ce domaine. D'une part, le principe du lien le plus étroit ou du centre de gravité consiste à appliquer les règles de droit avec lesquelles le litige a le lien le plus étroit, ce qui a le mérite de la flexibilité et de la prévisibilité⁹⁷¹, puisque les arbitres ne sont pas contraints d'appliquer un corps de règles inadaptées au caractère international du litige. D'autre part, la *most favorable privilege rule* exige l'application des règles de *privilege* de la juridiction d'origine de la partie qui offre la protection la plus large⁹⁷². Cela signifie qu'une partie ne sera pas tenue de divulguer des preuves « protégées » en vertu de sa propre loi et qu'elle bénéficiera également de la protection offerte en vertu de la loi de la partie adverse, si cette protection est plus large. Cette approche vise à garantir les attentes légitimes des parties et le respect de l'égalité de traitement des parties⁹⁷³.

1068. – En matière d'arbitrage, les *privileges* demeurent un problème complexe. À l'heure actuelle, les tribunaux arbitraux possèdent une discrétion presque illimitée en la matière de *privilege*, ce qui ne milite pas en faveur de la prévisibilité recherchée par les parties. Des règles uniformes de *privilege* pourraient favoriser la prévisibilité et l'efficacité de ce mécanisme, tout en réduisant ses incertitudes⁹⁷⁴. Cependant, la rédaction de règles uniformes ou harmonisées a été décrite comme une tâche extrêmement difficile, herculéenne voire impossible à court terme. Cela est dû en partie à ce que les règles concernées sont trop ancrées dans les systèmes et cultures juridiques nationaux. De l'autre côté, la nécessité d'une certaine flexibilité dans la procédure arbitrale – pour permettre aux arbitres d'appliquer les règles les plus appropriées et

Discovery in International Arbitration : New Issues and Tendencies, préc., p. 429.

⁹⁷⁰J. Paulsson, *Standards of Conduct for Counsel in International Arbitration : Am. Rev. Int'l Arb.* 1992, p. 215. À noter toutefois que, malgré les exigences légales du secret professionnel, une jurisprudence ancienne permettrait à l'avocat de témoigner dans certains cas : Cass., 24 mai 1862 : *DP* 1862, 1 ; Cass. crim., 30 sept. 1991 : *Bull. crim.*, n° 320 ; *D.* 1992, jur. p. 323, note Gavalda ; et, *a contrario* : *Crim.*, 25 octobre 1995 : *Bull. crim.*, sept. 1995, p. 323 (pour des faits « non confidentiels »). V. aussi, plus récemment, dans le cadre spécifique d'un arbitrage : Paris, 28 oct. 1999, N° *JurisData* 1999-117337.

⁹⁷¹J. G. Frick, *Arbitration and Complex International Contracts*, Zurich, Schulthess Verlag, 2001, § 60-1.

⁹⁷²V. par exemple : ICRD, art. 25 (2021).

⁹⁷³P. Heitzmann, *op. cit.*, p. 223. – C. Tevendale et U. Cartwright-Finch, *op. cit.*, p. 834. – M. de Boissésou, *op. cit.*, p. 714.

⁹⁷⁴N. Voser, *Harmonization by Promulgating Rules of Best International Practice in International Arbitration : Schieds VZ* 2005, p. 114. – V. Camerer et C. G. Hioureas, *Glamis Gold v. United States of America : A Case Study on Document Production and Privilege in International Arbitration : WAMR* 2008, p. 34, 56. – K. P. Berger, *International Economic Arbitration*, Boston, Deventer, 1993, p. 499.

d'assurer un résultat équitable – décourage aussi l'adoption de règles uniformes. Finalement, à la place de règles précises et universelles applicables à toutes les situations, la communauté arbitrale pourrait profiter de directives, lui permettant au mieux de concilier la prévisibilité et la flexibilité. Bien qu'elles ne soient pas parfaites, les Règles de l'IBA sur l'administration de la preuve dans l'arbitrage international sont probablement les règles se rapprochant le plus d'un ensemble uniforme de règles de *privilege* que la communauté arbitrale est prête à accepter. En raison de la croissance des opérations commerciales internationales et, par conséquent, des conflits transnationaux, les questions de *privileges* ne font qu'augmenter et devenir plus complexes. Néanmoins, comme mentionné précédemment, il existe une tendance générale à l'harmonisation de la procédure d'arbitrage qui pourrait conduire à l'élaboration d'une pratique transnationale uniforme favorable au sujet en question.

B. – Sanctions du principe de confidentialité

1069. – Absence de sanction. Les incertitudes se trouvent également sur le terrain de la sanction du principe. Concernant le secret du délibéré, il est certain que sa violation, après les délibérations, n'aura plus la même importance, vu que celui-ci n'affectera plus l'indépendance de l'arbitre. Ainsi, de nombreuses cours ont considéré que sa violation ne devrait pas être sanctionnée⁹⁷⁵.

1070. – Incertitude des types de sanction. Cependant, la sanction de la violation du secret du délibéré, qui est un principe d'ordre public procédural, reste envisageable par l'engagement de la responsabilité individuelle de l'arbitre ou la nullité de la sentence. Mais cela reste rare, vu la difficulté de la preuve. Il est également envisageable d'entamer une action en récusation de l'arbitre pour partialité. La confidentialité, en tant qu'obligation contractuelle, semble être placée sous le régime de la responsabilité contractuelle ; la partie qui la viole peut voir sa responsabilité contractuelle engagée et devra indemniser le préjudice causé. De plus, le droit pénal français punit la révélation des secrets professionnels⁹⁷⁶. Ceci pousse à croire que la responsabilité délictuelle des avocats des parties et des arbitres eux-mêmes est également susceptible d'être engagée. En revanche, en ce qui concerne l'arbitrage international, faut-il interpréter l'absence de texte à ce sujet comme une indifférence vis-à-vis du principe et donc une neutralité face à sa violation ? Ceci demeure confus, mais il est certain que la confidentialité perd de plus en plus de terrain face au principe de transparence, surtout dans l'arbitrage international des investissements⁹⁷⁷.

⁹⁷⁵Rouen, 16 avr. 1986 : *Rev. arb.* 1988, p. 327. – Bordeaux, 14 janv. 1993 : *Rev. arb.* 1993, 682, note Cohen. – Paris, 5 juill. 1990 : *Rev. arb.* 1991, p. 360, obs. B. Moreau.

⁹⁷⁶C. pén., art. 226-13.

⁹⁷⁷A. Malatesta et R. Sali, *The rise of transparency in international arbitration*, Jurisnet, 2013, p. 228.

§ 4. – La reconnaissance éventuelle d'un principe contractuel

1071. – La dualité de l'arbitrage, à la fois juridictionnel et contractuel, ne fait plus aujourd'hui question⁹⁷⁸ : l'arbitrage est juridictionnel, en ce que l'arbitre tranche un litige. Il est aussi, voire surtout, contractuel, la nature juridictionnelle de l'arbitrage découlant en fait elle-même de la volonté des parties qui ont investi l'arbitre d'un tel pouvoir⁹⁷⁹. Le principe contractuel guide également l'essentiel de la procédure, sujet à la volonté des parties⁹⁸⁰. Cette nature contractuelle n'est pas neutre : la sentence peut ainsi être annulée si l'arbitre ne respecte pas sa mission – et donc, la volonté des parties⁹⁸¹. Plus encore qu'en matière judiciaire, le litige est la chose des parties. La nature contractuelle de l'arbitrage se manifeste également à d'autres niveaux : dans la quasi totale liberté dans le choix d'un arbitre et dans la constitution du tribunal, qui résulte en principe de la volonté des parties⁹⁸² ; dans la détermination de l'objet du litige, les demandes incidentes se rattachant à un lien suffisant aux prétentions originaires étant couvertes par le champ de la convention d'arbitrage⁹⁸³. Enfin, la capacité d'initiative de l'arbitre, et sa faculté même d'instruire le litige, en théorie possible, restent souvent bridées par la force de la volonté commune des parties. Il reste que ce principe contractuel, parsemé au travers de la procédure arbitrale, ne revêt pas la même force de sanction que les principes du contradictoire et d'égalité.

§ 5. – L'instruction collégiale

1072. – Aux termes de l'article 1467, alinéa 1 du Code de procédure civile : « Le tribunal procède aux actes d'instruction nécessaires à moins que les parties ne l'autorisent à commettre l'un de ses membres ». Il en résulte donc que, comme l'ensemble de la procédure, l'instruction et la conduite de l'instance ne sont pas réservées à un arbitre en particulier, le président du tribunal arbitral notamment, les autres demeurant dans une expectative polie. Par conséquent, chaque mesure d'instruction est débattue et délibérée, collégalement. Le principe consiste à éviter que la procédure ne soit dominée par l'un des arbitres mais aussi que puisse naître un soupçon d'impartialité dans l'esprit de l'une des parties. Le rôle du président du tribunal arbitral n'en est pas nécessairement limité. C'est ainsi qu'il est fréquent que le président du tribunal arbitral se voie confier des rôles spécifiques, par exemple lorsqu'il s'agit d'établir et publier des ordonnances de procédures : débattues entre les arbitres, elles sont souvent signées par le président seul.

⁹⁷⁸V. *supra*, n^{os} 9 et s.

⁹⁷⁹Cass. 2^e civ., 11 juill. 2002 : *Bull. civ.* 2002, II, n^o 161, p. 129.

⁹⁸⁰V. CPC, art. 1460 à 1468.

⁹⁸¹V. *infra*, n^{os} 1576 et s.

⁹⁸²Cass. 1^{re} civ., 10 mai 1995 : *Rev. arb.* 1995, p. 605. – Cass. 2^e civ., 16 mars 2000 : *Rev. arb.* 2002, p. 675.

⁹⁸³Cass. 2^e civ., 8 avr. 1999 : *Rev. arb.* 2000, p. 106.

La progression de la procédure arbitrale

Section 1

L'introduction de l'instance arbitrale

1073. – Introduction. Aucune disposition du Code de procédure civile ne définit les modalités d'introduction de la procédure en matière d'arbitrage, l'article 1462 du Code de procédure civile dispose seulement que : « Le litige est soumis au tribunal arbitral, soit conjointement par les parties, soit par la partie la plus diligente ». Les parties introduisent la procédure (§ 1), mais en pratique l'introduction de la procédure est prise en charge et régie par l'institution arbitrale⁹⁸⁴ (§ 2).

§ 1. – L'introduction de la procédure par les parties

1074. – Les parties introduisent la procédure par des mémoires, une demande du demandeur (A) et une réponse du défendeur (B), mais il est aussi possible à ce stade que des tiers tentent d'intervenir (C).

A. – La demande introductive de l'arbitrage

1075. – La clause compromissoire ainsi que les règlements d'arbitrage peuvent prévoir des mentions indispensables quant au contenu des mémoires (demande et réponse) ; à défaut, une partie doit simplement donner une indication sans équivoque de son intention d'engager une procédure judiciaire⁹⁸⁵.

1° Généralités

1076. – Définition. La demande d'arbitrage, parfois nommée par anglicisme « requête » d'arbitrage, est « l'acte par lequel l'un des cocontractants informe le ou les autres cocontractants de son intention de recourir à l'arbitrage en se prévalant de la convention d'arbitrage »⁹⁸⁶. Il s'agit d'un préalable à la constitution du tribunal

⁹⁸⁴Il existe des arbitrages non administrés pour lesquels l'introduction de la procédure varie au cas par cas, ces arbitrages ne seront pas traités dans ce chapitre.

⁹⁸⁵E. Gaillard, J. Savage et F. G. Goldman, *International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 1999, p. 656.

⁹⁸⁶C. Seraglini et J. Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, Lextenso, nov. 2019, § 314.

arbitral et à sa saisine effective. L'objectif de la demande d'arbitrage est de notifier le défendeur des décisions sollicitées et du commencement de la procédure arbitrale, mais aussi de demander à l'institution d'administrer l'arbitrage. Selon la cour d'appel de Paris « la demande d'arbitrage, qui est adressée par une partie à l'autre, a pour objet d'informer celle-ci de l'intention de son cocontractant de recourir à l'arbitrage et de la mettre en demeure tant de désigner son arbitre que de signer le compromis ou d'adresser au demandeur un contre-projet »⁹⁸⁷. La demande d'arbitrage est donc comparable à l'assignation qui est également une demande de justice servant à notifier les parties et le tribunal, à ceci près qu'elle introduit l'instance⁹⁸⁸ et non pas la procédure à l'instar de la demande d'arbitrage.

1077. – Détails de la demande. Les parties ont le choix de faire une demande légère ou fournie. Il existe des avantages et inconvénients pour les deux. Plusieurs considérations peuvent être prises en compte, notamment d'ordre stratégique, mais aussi du point de vue financier.

1078. – Demande fournie. Une demande d'arbitrage très fournie contenant plus d'informations que celles qui sont nécessaires est envisageable afin d'accélérer la procédure. C'est un choix stratégique puisque la demande est le premier document que le tribunal va lire. Faire une demande détaillée permet d'argumenter et convaincre dès le début de la procédure.

1079. – Demande concise suivie d'une demande plus fournie. Le demandeur peut choisir de faire une demande courte contenant uniquement les mentions indispensables exigées par le règlement applicable. Ce choix est également d'ordre stratégique et consiste à faire une première demande concise en commençant par les avantages (on ne dévoile pas toutes ses cartes, on économise du temps en attendant la réponse avant de trop mettre en avant ses arguments) pour, par la suite, finir par les inconvénients. Le tribunal arbitral ainsi que le défendeur vont nécessiter davantage d'informations et pourront demander à ce que le mémoire suivant soit plus complet, mais la requête d'arbitrage ne va pas pour autant être rejetée en raison de sa longueur⁹⁸⁹. L'avantage de faire une première demande d'arbitrage concise est d'économiser du temps, et d'attendre la réponse avant de trop mettre en avant ses arguments. Une deuxième demande pourra même être faite qui, en dépit de coûts supplémentaires, peut constituer un bon investissement pour montrer que le demandeur dispose d'un dossier solide et qu'il est prêt à engager des frais. Elle peut être ainsi interprétée comme une invitation à négocier et transiger tôt, envoyant en substance au défendeur et au futur tribunal le message suivant : « Nous disposons clairement de suffisamment de bases juridiques et factuelles pour l'emporter, transigeons rapidement, plutôt que d'engager des frais déraisonnables ! ».

2° Les particularités liées à la clause compromissoire et au règlement d'arbitrage

1080. – La clause compromissoire. La clause compromissoire peut réglementer la forme et le contenu de la demande d'arbitrage. Par exemple la clause compromissoire peut prévoir un unique point de contact en cas de survenance d'un litige. La clause peut prévoir la nécessité d'identifier le litige concerné et l'épuisement

⁹⁸⁷*Intertradex v. L.B.S., cour d'appel de Paris, Feb. 5, 1980 : Rev. arb. 1980, p. 519-521.*

⁹⁸⁸CPC, art. 854 et 855, al. 2.

⁹⁸⁹Tant que les mentions indispensables sont présentes.

préalable des éventuelles procédures de modes alternatifs de règlement des conflits prévues contractuellement (*V. infra*, n° 1291). De plus, la clause compromissoire indique en général quelle institution va administrer l'arbitrage. Il s'agit d'une information importante, car c'est à elle que le demandeur doit envoyer la demande afin d'introduire la procédure.

1081. – Le règlement d'arbitrage. La clause compromissoire peut aussi renseigner sur le règlement applicable. Le demandeur doit regarder le règlement avant d'introduire l'instance, car chacun des règlements définit les mentions indispensables à la demande en arbitrage ainsi qu'un cadre institutionnel structuré et particulier.

1082. – La dénomination de l'acte d'introduction de la procédure. En fonction des institutions, la dénomination de l'acte d'introduction de la procédure peut différer entre demande d'arbitrage (en anglais *Request*), notification d'arbitrage (en anglais *Notice*) ou requête d'arbitrage⁹⁹⁰.

1083. – Les mentions indispensables. Ces mentions varient en fonction des règlements⁹⁹¹. La demande doit généralement contenir un certain nombre d'informations dont le nom des parties et leurs coordonnées ainsi que ceux de leurs conseils ; une demande que le litige soit soumis à l'arbitrage ; un résumé des faits relatifs au litige à l'origine de la demande ; la convention d'arbitrage au fondement de la demande ; un exposé de la nature et des circonstances du litige à l'origine de la demande ; les modalités de l'arbitrage – langue, droit applicable, composition du tribunal, siège, *etc.* – les décisions sollicitées et le montant des demandes.

3° Effet juridique de la demande

1084. – Le commencement de la procédure. La date de réception de la demande par l'institution est utilisée comme la date du commencement de la procédure arbitrale⁹⁹². L'introduction de la procédure se distingue, elle, du début de l'instance qui se caractérise par la constitution du tribunal et qui marque le point de départ de l'arbitrage. Entre l'introduction de la procédure et l'instance, s'étend une période d'attente, souvent de plusieurs mois, où des problèmes peuvent survenir. La demande va également interrompre un potentiel délai de prescription (*V. infra*, n° 1106).

4° Introduction par compromis

1085. – Introduction de la procédure par compromis. Un arbitrage peut survenir non seulement suite à un litige en lien avec un contrat conclu par les parties contenant une clause compromissoire, mais aussi lorsque les parties concluent un compromis postérieurement au litige qui manifeste un accord de ces dernières à soumettre le litige en question à l'arbitrage. Ce compromis est souvent constaté dans un écrit signé par les parties et les arbitres, il expose le litige et représente le consentement manifeste des parties à soumettre ce dernier à l'arbitrage. Il est parfois

⁹⁹⁰Le CCI et le LCIA parlent de demande d'arbitrage ; la CNUDCI, la SIAC et le HKIAC de notification d'arbitrage et le CIRDI de requête d'arbitrage.

⁹⁹¹Cette liste n'est pas exhaustive et d'autres éléments peuvent être obligatoires en fonction des règlements, par exemple l'article 4.3(i) du règlement d'arbitrage HKIAC (2018) prévoit l'obligation pour le demandeur d'indiquer l'existence de toute convention de financement et l'identité de tout financeur tiers conformément à l'article 44.

⁹⁹²Règl. d'arbitrage administré HKIAC (2018), art. 4.2 ; Règl. d'Arbitrage LCIA (2020), art. 1.4 ; Règl. d'arbitrage SIAC (2016), Règle 3.3 ; Règl. d'arbitrage CCI (2021), art. 4(2).

réitéré sous la forme d'un acte de mission, plus pour rassurer, lorsque le règlement applicable ne l'exige pas (V. *infra*, n° 1094).

B. – La réponse à la demande

1° Généralités

1086. – Le caractère obligatoire de la réponse à la demande. Une fois que le défendeur a reçu la demande d'arbitrage, directement de la part du demandeur ou de l'institution, la majorité des règlements requièrent une réponse de la part du défendeur.

1087. – Mentions indispensables. Les règlements indiquent souvent que la réponse doit contenir les mêmes mentions obligatoires que la demande d'arbitrage⁹⁹³. Sous la majorité des règlements, la réponse peut inclure le mémoire en défense du défendeur⁹⁹⁴.

1088. – Exception d'incompétence. Si le défendeur compte soulever l'incompétence du tribunal arbitral pendant la procédure, il est souvent essentiel de le mentionner dès la réponse à la demande d'arbitrage pour éviter une éventuelle renonciation à cette défense juridictionnelle⁹⁹⁵. En fonction des règlements, l'exception d'incompétence doit être soulevée au plus tard dans le mémoire en défense ou, en cas de demande reconventionnelle ou de demande en compensation, dans le mémoire en réplique⁹⁹⁶ ; dès que possible, mais au plus tard au moment de son mémoire en défense⁹⁹⁷ ou « promptement » au risque de renoncer au droit d'objection⁹⁹⁸.

2° Les demandes reconventionnelles

1089. – Lien entre les demandes et les demandes reconventionnelles. En général, il n'est pas nécessaire qu'il y ait un lien entre la demande principale et la demande reconventionnelle à la condition que cette dernière soit fondée sur la même convention d'arbitrage que la demande principale⁹⁹⁹. Une exception est cependant posée dans le règlement d'arbitrage du CIRDI en imposant que la demande reconventionnelle se rapporte directement à l'objet du différend¹⁰⁰⁰.

1090. – Moment de formation des demandes reconventionnelles. Certains règlements limitent les demandes reconventionnelles à la réponse à l'arbitrage¹⁰⁰¹, d'autres non¹⁰⁰².

⁹⁹³Règl. d'arbitrage international ICDR (2021), art. 3.3 ; Règl. d'arbitrage CNUDCI (2010), art. 4.1 ; Règl. d'arbitrage administré HKIAC (2018), art. 5.1.

⁹⁹⁴Règl. d'arbitrage administré HKIAC, art. 17.1 ; Règl. d'arbitrage LCIA (2020), art. 15.3 et Règl. d'arbitrage CNUDCI (2010), art. 21(1).

⁹⁹⁵V. Cass. 1^{re} civ., 25 juin 2014, n° P 11-26.529, arrêt n° 758 FS-P+B+I : *Rev. arb.* 2014, issue 3, p. 803.

⁹⁹⁶Règl. d'arbitrage CNUDCI (2010), art. 23(2).

⁹⁹⁷Règl. d'arbitrage LCIA 2014, art. 23.3.

⁹⁹⁸Règl. d'arbitrage CIRDI (2006), art. 27 ; Règl. d'arbitrage international ICDR (2021), art. 28.

⁹⁹⁹E. Gaillard, J. Savage et F.G. Goldman, *International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 1999, p. 660.

¹⁰⁰⁰Le règlement d'arbitrage CIRDI (2006), art. 40 (1), prévoit que : « Sauf accord contraire des parties, une partie peut présenter une demande incidente, additionnelle ou reconventionnelle se rapportant directement à l'objet du différend, à condition que cette demande accessoire soit couverte par le consentement des parties et qu'elle relève par ailleurs de la compétence du Centre ».

¹⁰⁰¹Selon l'article 5(5) du règlement d'arbitrage CCI (2021), toutes les demandes reconventionnelles doivent être

1091. – La possibilité de répondre aux demandes reconventionnelles. Si le défendeur décide de former des demandes reconventionnelles, le demandeur a souvent la possibilité de répondre à ces demandes dans le même délai que celui prévu pour la réponse à la demande d'arbitrage¹⁰⁰³.

C. – Les interventions des tiers

1092. – Les tiers. Le mot « intervention » fait référence à la demande d'une partie tierce, non nommée comme partie à l'arbitrage, d'être ajoutée en tant que partie à l'arbitrage. Elle peut être forcée, c'est-à-dire lorsque le tiers est contraint de se joindre à la procédure, ou être volontaire, auquel cas le tiers se joindra à l'arbitrage de sa propre initiative. L'opinion généralement admise est qu'aucune intervention, volontaire ou forcée, ne peut être imposée aux parties¹⁰⁰⁴. Une intervention à l'arbitrage d'un tiers à la convention d'arbitrage implique alors nécessairement l'accord de toutes les personnes concernées par cet arbitrage, donc les parties, mais également les arbitres si la demande est faite après la constitution du tribunal. Cette introduction faite par les parties va être prise en charge par l'institution.

C. – Les actes et ordonnances initiaux pris par le tribunal

1093. – Acte de mission. Très tôt, dès l'instance arbitrale démarrée, c'est-à-dire une fois le tribunal constitué, celui-ci est conduit à adopter des actes « fondateurs » qui sont sensés poser le cadre initial du litige, les « règles du jeu » et la manière avec laquelle les acteurs vont évoluer dans l'arbitrage jusqu'au prononcé de la sentence.

Il s'agit de l'acte de mission, qui n'est pas systématique, mais reste à la fois un acte et un moment presque d'initiation. C'est d'ailleurs à ce moment que l'« ordonnance de procédure n° 1 » est préparée et finalisée, ce qui annonce le démarrage effectif et actif du débat contradictoire entre les parties.

1094. – L'acte de mission : l'acte de départ. L'acte de mission, qui a fait l'objet de nombreuses études doctrinales et que l'on rencontre en pratique, notamment dans le cadre des arbitrages CCI qui l'ont popularisé, interpelle par sa spécificité¹⁰⁰⁵. Il se

formées avec la réponse à la demande d'arbitrage.

¹⁰⁰²Le règlement d'arbitrage LCIA (2020) autorise le défendeur d'attendre de faire son mémoire en défense pour former des demandes reconventionnelles à son article 15.3 ; *idem* pour le Règl. d'arbitrage SIAC (2016) aux règles 4.2 et 20.4. Le règlement d'arbitrage de la CNUDCI (2010) prévoit la possibilité de former des demandes reconventionnelles au moment de la réponse, du mémoire en défense ou à un stade ultérieur de la procédure si le tribunal décide que le délai est justifié (art. 21.3 et 4.1[e]).

¹⁰⁰³Règl. d'arbitrage CCI (2021), art. 5(6) ; Règl. d'arbitrage international ICDR (2021), art. 3(2) et Règl. d'arbitrage LCIA (2020), art. 15(4).

¹⁰⁰⁴A. Mourre, *L'intervention des tiers à l'arbitrage* : *Gaz. Pal.* 3 mai 2001, n° 123, p. 21.

¹⁰⁰⁵En français : L. ZOLLINGER, *Acte de mission et compromis*, n. sous Paris 19 mars 1987 : *Rev. arb.* 1987.487 ; J.-J. ARNALDEZ, *L'acte déterminant la mission de l'arbitre*, in *Mél. Pierre Bellet. Litec*, 1991, p. 1 ; E. SCHÄFER, *Le processus arbitral de la CCI. 2^e partie : L'acte de mission – Hier et aujourd'hui* : *Bull. CCI* 1992/3, p. 8 ; *L'acte de mission selon le règlement d'arbitrage de la CCI de 1988 – Un guide pratique de son usage*, sous la dir. de S. LAZAREFF : *Bull. CCI* 1992/1, p. 24 ; S. LAZAREFF, E. SCHAFER, *Mise à jour du Guide pratique de l'usage de l'acte de mission de 1992* : *Bull. CCI* 1999/2, p. 14 ; D. COHEN, *L'acte de mission et les limites de la coopération du juge étatique*, n. sous TGI Paris (Ord. réf.) 16 nov. 1994 : *Rev. arb.* 1995.657 ; du même auteur, n. sous Cass. 1^{re} civ., 6 mars 1996, *Rev. crit.* DIP 1997.313 ; L. MATRAY : *L'acte de mission*, RDIDC 1996.34 ; A. REINER, *L'acte de mission : le rôle de la Cour internationale d'arbitrage et l'application de l'article 16 par les arbitres* : *Bull. CCI* 1997/2, p. 60 ; M. E. SCHNEIDER, *L'acte de mission*, in *Le règlement d'arbitrage de la CCI de 1998, Actes de la conf. de présentation du nouveau Règlement* : *Bull. CCI* 1997 (suppl. ; spécial), p. 18 ; M.-CL. RIVIER, *Clause compromissoire et acte de mission* : *Rev. Justices* 1997. 216 ; V. aussi : A. KASSIS : *Réflexions sur le Règlement*

veut un document « de référence »¹⁰⁰⁶, que l'on peut définir comme un acte de procédure tripartite, adopté entre les parties et le tribunal¹⁰⁰⁷, permettant de fixer un cadre de départ à la procédure arbitrale, tant s'agissant de la prétention des parties, des faits litigieux, de la mission des arbitres, que de la mise en place de la gestion technique et administrative de l'arbitrage (un calendrier est parfois joint ou suit cet acte dans la foulée). Son originalité vient surtout de ce qu'il fait figure de document « à part », mi-contractuel, mi-juridictionnel, qui n'a pas son équivalent en droit judiciaire et se retrouve rarement à l'étranger, et même dans la plupart des règlements d'arbitrage¹⁰⁰⁸. Pourtant, le paradoxe veut qu'il occupe, notamment parce que l'une des plus importantes institutions d'arbitrage au monde l'impose, une place et un rôle essentiel dans le déclenchement et dans le déroulement de l'arbitrage. L'avantage, mais surtout l'objet, de cet acte est de prendre un cliché au moment de la naissance du litige, de toutes les données susceptibles d'intéresser et de permettre le bon fonctionnement de l'instance arbitrale jusqu'à son terme. À l'origine, il s'imposait car les parties, et surtout les arbitres, n'étant pas assurés de l'efficacité de la clause compromissoire, préféraient réitérer le consentement au recours à l'arbitrage, dès le début de la procédure, dans une forme de compromis, de sorte à sécuriser la suite de l'arbitrage. Une fois la clause émancipée du compromis (V. *supra*, n° 210), cette pratique s'est éclip­sée dans la plupart des règlements.

Aujourd'hui toutefois, l'usage et le recours à l'acte de mission continuent de se retrouver au démarrage de certains arbitrages, en France, comme ailleurs, et même en dehors de règlements qui ne l'imposeraient pas. Beaucoup d'arbitrages *ad hoc* en France pratiquent cet usage, et, dans certains systèmes juridiques où la loi l'évoque expressément, par exemple aux EAU¹⁰⁰⁹, certaines parties préfèrent en disposer, alors que le règlement applicable (par ex. DIFC/LCIA ou DIAC) ne l'impose pas. S'il cadre donc bien le litige arbitral, il peut aussi être facteur de retard dans la progression de l'arbitrage¹⁰¹⁰.

1095. – L'ordonnance de procédure n° 1. L'article 1467 du Code de procédure civile, applicable à l'arbitrage international par renvoi de l'article 1506, énonce que le tribunal arbitral procède aux actes d'instruction nécessaires. Ces décisions, aussi appelées ordonnances de procédure, sont « purement » procédurales et prennent généralement la forme d'une communication écrite, leur objectif étant de structurer

d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale. Les déviations de l'arbitrage institutionnel. LGDJ, 1988, spéc., 4^e partie ; M. DE BOISSESON, *Le droit français de l'arbitrage interne et international*, spéc. n°s 145, 725, 738 et 796 ; Y. MULLER, *Le contrat judiciaire en droit privé. th. Paris I*, sous la dir. de G. VINEY, 1995, spéc. n° 225. E. Loquin, *L'acte de mission est-il inutile pour délimiter la compétence du tribunal arbitral ?*, n. sous Cass. 1^{re} civ., 29 juin 2011, *Soc. Overseas Mining Investments Limited c/ Soc. Commercial Caribbean Niquel*, RTD Com. 2012, p. 526 ; L. Weiller, *Un nouvel office pour l'arbitre ?*, *Rev. Arb.* 2017, p. 135-145.

¹⁰⁰⁶En droit anglo-américain on évoque cet acte au pluriel comme des *Terms of Reference*.

¹⁰⁰⁷Les deux parties et l'arbitre en étant les signataires ; ou encore trois groupes de personnes : les demandeurs, les défendeurs et le tribunal arbitral.

¹⁰⁰⁸S'il est prévu bien entendu par le Règlement de la CCI (2021) (art. 23) ou par celui du CEPANI, d'autres institutions ne le prévoient même pas (par ex. l'AAA ou encore la LCIA).

¹⁰⁰⁹V. Loi 6/2018, art. 53(1)(h), qui vise spécifiquement « l'acte de mission » pour apprécier si la sentence a dépassé, ou non, la mission assignée au tribunal arbitral.

¹⁰¹⁰Ainsi, outre que les parties peuvent parfois « se chamailler » sur la cristallisation de son contenu, tandis que le litige est amené à évoluer, le règlement CCI impose qu'il soit approuvé par la Cour lorsque des défendeurs ne participent pas ou refusent de signer : V. Règl. CCI (2021), l'article 23(3) ; Note CCI aux Parties (2021), para. 53 ; J. Fry, S. Greenberg, F. Mazza, *The Secretariat's Guide to ICC Arbitration*, ICC Publ., 2012, para. 2-18, 3-881, 3-880.

l'organisation et le déroulement pratique de l'instance arbitrale. Elles permettent au tribunal arbitral de compléter les dispositions procédurales fournies par le droit et le règlement d'arbitrage applicable par des règles supplémentaires, plus détaillées et véritablement adaptées au litige. Même si elles peuvent intégrer des questions de fond (produire ou non une pièce) et des questions processuelles, leur autorité normative se situe sans doute au-dessus des correspondances courantes des parties et du tribunal, mais en-dessous des règlements et de la loi, toute la question étant de savoir si elles peuvent supplanter la volonté des parties.

L'ordonnance de procédure n° 1 intervient généralement peu après la constitution du tribunal, ce moment étant le plus propice pour apprécier les phases de l'arbitrage, l'établissement de calendriers les exigences de forme et documentaires, notamment pour ce qui est de la présentation des mémoires, la manière avec laquelle la preuve, notamment testimoniale, devra être présentée, la production (volontaire ou forcée) de documents, les modalités de l'audience, les incidents, les questions de confidentialité, *etc.*,¹⁰¹¹. Sa particularité procède du fait que bien qu'elle est « ordonnée » par le tribunal, elle est préparée en concertation avec les parties et est généralement « convenue », ce qui participe au caractère consensuel de l'arbitrage¹⁰¹².

Malgré son caractère fondateur et comme toutes les autres ordonnances de procédure que le tribunal est amené à rendre, y compris des ordonnances qui la modifieront, l'ordonnance de procédure n° 1 n'est pas une sentence¹⁰¹³ : elle ne dispose pas de l'autorité de la chose jugée, ne peut faire l'objet d'un recours indépendant de celui de la sentence¹⁰¹⁴ et est en conséquence susceptible d'être adaptée¹⁰¹⁵ aux besoins du litige.

§ 2. – Le traitement de l'introduction par l'institution d'arbitrage

1096. – Nous allons voir que l'institution arbitrale joue un rôle important dans le traitement de l'introduction de la procédure (A), stade où le tribunal n'est pas encore formé. Ce rôle est d'autant plus important en ce qui concerne les aspects temporels, en termes de délais (B) et financiers (C).

A. – Généralités

1097. – Organisation. Généralement, l'institution reçoit la demande d'arbitrage soit en même temps que le défendeur soit avant ce dernier, et le notifie donc de

¹⁰¹¹M. Hwang et N. Thio, « A Proposed Model Procedural Order on Confidentiality in International Arbitration : A Comprehensive and Self-Governing Code » : *JIA* 2012, Vol. 29, n° 2, pp. 137-169; V. plus gén. *supra*, nos 939 et s.

¹⁰¹²V. *supra*, n° 13.

¹⁰¹³X. Delpech, « L'ordonnance du président du tribunal n'est pas une sentence arbitrale », D. Actualité, 22 oct. 2011 ; D. Hascher, « Principes et pratiques de procédure dans l'arbitrage commercial international », *Rec. Cours La Haye*, 1999, spéc. p. 133 et s.

¹⁰¹⁴V. Paris, 25 mars 1994, *Rev. arb.* 1994, note Ch. Jarrosson ; Paris, 4 et 11 avr. 2002 : *JCP G*, 2003, I, n° 12, obs. J. Ortscheidt ; *Rev. arb.* 2003, p. 143, note D. Bensaude ; V. aussi : S. Jarvin, « Les décisions de procédure des arbitres peuvent-elles faire l'objet d'un recours juridictionnel ? », *Rev. arb.* 1998, p. 611 ; V. plus gén. sur la distinction entre les deux actes procéduraux (ordonnance et sentence) et leur régime, *infra*, n° 1393.

¹⁰¹⁵J.-F. Pouret, S. Besson, *Droit comparé de l'arbitrage international*, Bruylant, 2002, n° 727, p. 677.

l'introduction de la procédure. À la réception de la demande d'arbitrage, l'institution procède à la vérification des documents. En général la demande doit être reçue en plusieurs exemplaires et accompagnée de la quittance des frais d'enregistrement ainsi que d'une copie du contrat contenant la clause compromissoire. Après vérification, l'institution procède à l'enregistrement de l'affaire, ce qui correspond à une acceptation de la part de l'institution d'administrer l'affaire.

1098. – Procédure et règlement applicable. Les institutions, au travers de leurs règlements, influencent la procédure applicable, en imposant des procédures spécifiques à partir d'un certain montant litigieux¹⁰¹⁶ ou en prévoyant les conditions d'application d'une procédure sans nécessiter le choix exprès des parties¹⁰¹⁷. L'influence de l'institution peut aussi être plus directe avec un pouvoir discrétionnaire d'acceptation de la demande d'application d'une procédure par les parties¹⁰¹⁸ ou en prévoyant la possibilité de détermination sommaire des demandes¹⁰¹⁹.

B. – Les éléments temporels

1° Notification

1099. – Notification du défendeur. Certains règlements d'arbitrage nécessitent l'envoi de la demande d'arbitrage à l'institution et au défendeur simultanément¹⁰²⁰. Le règlement d'arbitrage de la CNUDCI (2010) représente un cas particulier puisqu'il prévoit que le commencement de l'arbitrage débute avec la notification de la demande d'arbitrage au demandeur, sans nécessité de notifier l'institution. Il est donc possible que l'institution ne soit mise au courant de l'arbitrage que plusieurs semaines après la notification de la demande. D'autres règlements comme le règlement d'arbitrage CCI imposent au demandeur l'envoi de sa demande seulement à l'institution qui s'occupe de l'envoyer par la suite au défendeur. Ceci donne une certaine discrétion à l'institution quant à l'enregistrement ou non de la demande¹⁰²¹.

1100. – Importance de la notification. La notification est essentielle à la reconnaissance et à l'exécution de la sentence. En effet, la Convention de New York

¹⁰¹⁶Par ex., le Règlement d'arbitrage commercial du AAA prévoit une procédure spéciale pour les *Large Complex Commercial Disputes*, c'est-à-dire des affaires dont le montant de la demande ou de la demande reconventionnelle est supérieur à USD 500 000.

¹⁰¹⁷Le Règlement d'arbitrage international ICDR (2021) prévoit sa propre application lorsque les parties le choisissent mais aussi en absence de choix de règlement applicable si le litige est « international ». Le résultat de l'arbitrage peut être très différent selon que le règlement est applicable : le règlement d'arbitrage International ICDR prévoit la possibilité pour le tribunal arbitral de condamner une partie aux dépens et une renonciation aux dommages-intérêts punitifs (art. 34 et 31) alors que ces deux articles n'existent pas dans le règlement d'arbitrage commercial AAA.

¹⁰¹⁸Par ex. le règlement d'arbitrage SIAC (2016) prévoit qu'une partie peut, avec l'accord de l'autre partie, soumettre une demande écrite au *Registrar* pour que l'instance arbitrale soit soumise à la procédure accélérée lorsque le montant litigieux est inférieur à USD 6 000 000 et qu'il y a une urgence exceptionnelle. Le SIAC va examiner la demande et déterminer en prenant en considération les avis des parties, si la procédure accélérée peut être appliquée (Règl. d'arbitrage SIAC (2016), Règles 5.1 et 5.2).

¹⁰¹⁹S. Nataf, *La détermination sommaire des demandes ou défenses manifestement infondées* : *Rev. arb.* 2019, p. 363.

¹⁰²⁰Règl. d'arbitrage HKIAC (2018), art. 4.1 ; Règl. d'arbitrage SIAC (2016), Règle 3.4 et Règl. d'arbitrage commercial AAA, art. 4.

¹⁰²¹R. Gerbay, *The Functions of Arbitral Institutions*, International Arbitration Law Library, vol. 38 ; Kluwer Law International 2016, p. 60.

dispose qu'à défaut de notification efficace, une sentence arbitrale pourrait se voir refuser l'exécution et la reconnaissance¹⁰²².

2° Délais

a) Prolongement des délais

1101. – L'institution gère les demandes de prolongement de délais faites par les parties¹⁰²³. Si le règlement est silencieux, les institutions refusent généralement de prolonger les délais. Par exemple, sur le fondement de l'article 2 du règlement d'arbitrage LCIA de 1998¹⁰²⁴, l'institution refusait systématiquement de prolonger le délai de trente jours dans lequel la réponse à la demande d'arbitrage devait être soumise¹⁰²⁵.

b) Délai pour la demande d'arbitrage

1102. – En général, il n'y a pas de délai pour introduire une demande d'arbitrage. Le droit national peut toutefois imposer un délai de prescription dans lequel une demande doit être faite, par le biais de l'arbitrage ou celui du contentieux judiciaire.

1103. – En matière d'arbitrage d'investissement, certains États ont fait le choix d'inclure dans leur modèle de traité une règle limitant la période durant laquelle l'investisseur peut agir¹⁰²⁶.

1104. – La CCI n'indique pas de délai pour soumettre une requête, comme confirmé dans la sentence de 1977, *Société allemande c/ Société italienne*¹⁰²⁷. Le tribunal a soutenu la tendance dominante de la jurisprudence, en confirmant qu'une convention d'arbitrage n'est pas seulement valable entre les parties, mais peut également être opposée à leurs héritiers, à leurs légataires, aux cessionnaires et à tous ceux qui acquièrent des obligations (à moins que la convention d'arbitrage ne prévoie autrement).

c) Délai pour répondre à la demande

1105. – Le défendeur dispose, en fonction des règlements¹⁰²⁸, de quatorze à quarante-cinq jours pour répondre à la demande d'arbitrage à partir de la date de

¹⁰²²L'article V(1)(b) de la Convention de New York dispose que : « La reconnaissance et l'exécution de la sentence ne seront refusées, sur requête de la partie contre laquelle elle est invoquée, que si cette partie fournit à l'autorité compétente du pays où la reconnaissance et l'exécution sont demandées la preuve : (...) b) Que la partie contre laquelle la sentence est invoquée n'a pas été dûment informée de la désignation de l'arbitre ou de la procédure d'arbitrage, ou qu'il lui a été impossible, pour une autre raison, de faire valoir ses moyens ».

¹⁰²³L'article 2.6 du Règl. d'arbitrage SIAC (2016) prévoit la possibilité pour le *Registrar* de l'institution de prolonger ou raccourcir les délais prévus dans le règlement. Il en est de même pour le règlement d'arbitrage CCI (2021) qui prévoit à son article 5 (2) la possibilité pour le Secrétariat de prolonger le délai pour soumettre une réponse à la demande d'arbitrage.

¹⁰²⁴Sous le Règlement d'arbitrage LCIA de 2020 (art. 2.1), le délai est de vingt-huit jours.

¹⁰²⁵R. Gerbay, *The Functions of Arbitral Institutions*, International Arbitration Law Library, vol. 38 ; Kluwer Law International 2016, p. 67.

¹⁰²⁶Par ex. ALENA (Accord de libre-échange nord-américain) : le deuxième paragraphe de l'article 1116 prévoit qu'« [u]n investisseur ne pourra soumettre une plainte à l'arbitrage si plus de trois ans se sont écoulés depuis la date à laquelle l'investisseur a eu ou aurait dû avoir connaissance du manquement allégué et de la perte ou du dommage subi ».

¹⁰²⁷Aff. CCI n° 2626, *Sté allemande c/ Sté italienne*, 10671, *Clunet* 2005, p. 1275.

¹⁰²⁸Sous le règlement d'arbitrage CIETAC (art. 15.1), le délai est de quarante-cinq jours ; sous le règlement d'arbitrage CC (2021)I (art. 5), le règlement d'arbitrage international ICDR (2021) (art. 3) et le règlement d'arbitrage HKIAC (2018) (art. 5[1]), le délai est de trente jours ; sous le règlement d'arbitrage LCIA (2020) (art. 2.1), le délai est de vingt-huit jours (plus ou moins long si convenu par l'arbitre sur demande des parties ou

commencement de la procédure (date de réception de la demande par l'institution ou le défendeur).

3° Prescription

1106. – Les délais de prescription. Les problèmes concernant les délais de prescription sont généralement régis par le droit substantiel et les systèmes juridiques nationaux¹⁰²⁹. Le droit applicable au contrat contenant la clause compromissoire régit également les questions d'interruption de prescription¹⁰³⁰. En général, les délais de prescription s'appliquent aux demandes faites dans le cadre d'un arbitrage de la même manière que devant un tribunal judiciaire¹⁰³¹. En droit français, la demande d'arbitrage constitue une demande en justice interruptive de prescription et elle est assimilable en ce sens à une citation en justice¹⁰³².

4° Le choix des techniques procédurales le plus efficace

1107. – L'efficacité et la célérité¹⁰³³ demeurent des préoccupations constantes de tout bon utilisateur de l'arbitrage, mais cela est encore plus vrai au démarrage de ce dernier, en amont et lorsqu'il faut choisir quels rails emprunter : la voie normale ou un raccourci. Ces options, que la plupart des règlements modernes offrent désormais et toutes bâties autour du critère temporel – comment aller le plus vite droit au but ? – ont des avantages et des inconvénients et ne remplissent pas le même objectif. Elles méritent donc d'être comparées selon plusieurs critères déterminants.

Sans être les maîtres du temps, les parties, mais aussi le centre d'arbitrage, ont un rôle clef au démarrage de l'arbitrage, pour choisir quelle meilleure voie emprunter pour les faire aboutir, aussi efficacement que possible, au résultat escompté : une décision d'urgence, une décision qui déboute immédiatement des demandes infondées ou une sentence dont le prononcé se fait de manière accélérée.

de sa propre initiative) et sous le règlement d'arbitrage SIAC (2016) (règle 4.1), le délai est de quatorze jours.

¹⁰²⁹G. B. Born, *International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2^e éd., 2014, p. 2738.

¹⁰³⁰K. P. Berger, *Private Dispute Resolution in International Business : Negotiation, Mediation, Arbitration*, Kluwer Law International, 3^e éd., 2015, p. 353. V. toutefois : Paris, 29 janv. 2019, n° 16/20822 : *Rev. arb.* 2019, p. 250, note M. Audit, qui estime que la question du délai de prescription prévu dans un TBI s'analyse en termes de compétence et non de recevabilité.

¹⁰³¹*ibid.* p. 2220.

¹⁰³²Cass. 2^e civ., 11 déc. 1985, n° 84-14.209 : *Bull. civ.* 1985, II, n° 195. Cela présuppose toutefois un accord des parties pour recourir à l'arbitrage, V. Cass. 1^{re} civ., 15 janv. 2020, n° 18-20.102 : *Dalloz actualité*, 27 févr. 2020, obs. J. Jourdan-Marques.

¹⁰³³V. *supra*, n° 995.

Encart 38

« Faire le choix des bons rails procéduraux selon le facteur ‘temps’ »

CRITÈRES	PROCÉDURE D'URGENCE	PROCÉDURE ACCÉLÉRÉE	PROCÉDURE DE DÉTERMINATION SOMMAIRE
Objectif	Obtention de mesures provisoires/conservatoires avant la constitution du tribunal arbitral	Conduite de l'arbitrage dans des délais plus courts et à un coût réduit	Evacuation des demandes/défenses n'ayant manifestement aucune chance de prospérer
Dispositions	Art. 29 et Appendice V Règl. CCI (2021); Art. 30(2) et Schedule 1 Règl. SIAC (2016); Art. 9B Règl. LCIA (2020); Annexe II Règl. SCC (2017)	Art. 30 et Appendice VI Règl. CCI (2021); Art. 5 Règl. SIAC (2016); Règl. SCC sur les arbitrages accélérés; pas de procédure accélérée LCIA <i>per se</i> , mais selon les Art. 14.5 et 14.6, le tribunal arbitral pourrait, s'il le juge approprié, formuler une procédure accélérée adaptée au cas	Art. 22 Règl. CCI (2021) et §§ 109-114 Note aux parties et aux tribunaux arbitraux sur la conduite de l'arbitrage (2021); Art. 29 Règl. SIAC (2016); Art. 14.6(vi) et Art. 22.1(viii) Règl. LCIA (2020); Art. 39 Règl. SCC (2017)
Moment du dépôt de la requête	Avant la remise du dossier au tribunal arbitral (CCI/SCC) ou avant la constitution du tribunal arbitral (SIAC/LCIA)	Avant la constitution du tribunal arbitral (SIAC/LCIA) ou lors de la requête d'arbitrage (LCIA) (pas de requête pour	Le plus rapidement possible après le dépôt des demandes ou défenses pertinentes (CCI)

CRITÈRES	PROCÉDURE D'URGENCE	PROCÉDURE ACCÉLÉRÉE	PROCÉDURE DE DÉTERMINATION SOMMAIRE
		CCI, procédure accélérée automatique en cas de respect des conditions mentionnées ci-après)	
À qui soumettre la requête ?	Au Secrétariat (CCI/SCC) ou au greffier (SIAC/ LCIA)	Au greffier (SIAC/LCIA) ou à la Cour (SCC)	Au tribunal arbitral
Conditions d'admissibilité	Convention d'arbitrage valide visant le règlement + condition d'urgence (les parties ne peuvent pas attendre la constitution du tribunal arbitral)	Convention d'arbitrage valide visant le règlement + accord des parties sur l'application des règles relatives à la procédure accélérée ou respect d'un montant en litige maximal (CCI : 2.000.000 \$US si convention conclue entre 01/03/2017 et 01/01/2021 ou 3.000.000\$US si convention conclue à compter du 01/01/2021 ; SIAC : 6.000.000 SGD) ou condition d'urgence exceptionnelle (SIAC/LCIA)	Convention d'arbitrage valide visant le règlement + demande/défense manifestement infondée ou se situant manifestement en dehors du champ de la compétence du tribunal arbitral
Inapplicabilité	Si la convention d'arbitrage a été conclue avant le	Si la Cour/ le Président juge qu'il est	Si le tribunal décide, en tenant compte de toutes les circonstances

CRITÈRES	PROCÉDURE D'URGENCE	PROCÉDURE ACCÉLÉRÉE	PROCÉDURE DE DÉTERMINATION SOMMAIRE
	01/01/2012 (CCI)/ 01/10/2014 (LCIA) ou lorsque les parties ont convenu d'exclure l'application des dispositions relatives à l'arbitre d'urgence (CCI/LCIA) ou lorsque la convention d'arbitrage découle d'un traité (CCI)	inopportun d'appliquer les dispositions relatives à la procédure accélérée (CCI/SIAC/LCIA) ou lorsque la convention d'arbitrage a été conclue avant le 01/03/2017 (CCI) ou lorsque les parties ont convenu d'exclure l'application des dispositions sur la procédure accélérée (CCI)	appropriées, que la procédure est inopportune (CCI)
Délai pour constituer tribunal arbitral	2 j. (CCI) / 1 j. (SIAC) / 3 j. (LCIA) à compter de la réception de la requête ou 24 heures suivant la réception de demande de nomination d'un arbitre d'urgence (SCC)	Tout délai prévu pour la constitution du tribunal arbitral par la convention d'arbitrage ou tout autre accord des parties peut être abrégé par la Cour (LCIA)	/
Nombre d'arbitres	Arbitre unique nommé par la Cour (CCI/SIAC/LCIA) ou par la Commission (SCC)	Arbitre unique désigné par les parties ou nommé par la Cour/ Commission (CCI/SIAC/SCC)	Selon la procédure choisie ou en cours
Portée de l'arbitrage	Examen des questions de fait et de droit selon la nature et de l'urgence de la requête.	La portée de l'examen des questions de fait et de droit n'est	L'examen par l'arbitre des questions de fait et de droit est par hypothèse « sommaire

CRITÈRES	PROCÉDURE D'URGENCE	PROCÉDURE ACCÉLÉRÉE	PROCÉDURE DE DÉTERMINATION SOMMAIRE
		pas nécessairement limitée, malgré les délais plus courts sur toutes les étapes habituelles de la procédure. La production d'éléments de preuve peut être assouplie et la tenue d'une audience n'est pas nécessairement retenue.	», ainsi il est réalisé dans des délais plus brefs qu'habituellement et sans production et examen de tous les éléments de preuves que les parties pourraient présenter dans le cadre d'une procédure classique.
Délai pour rendre la décision	15 j. à compter de la date de remise du dossier à l'arbitre (CCI), 14 j. à compter de la date de nomination de l'arbitre (SIAC/LCIA), 5 j. après la date de la soumission de la demande à l'arbitre (SCC) (possibilité de prolongation)	6 mois à compter de la date de la conférence sur la gestion de la procédure (CCI), 6 mois à compter de la date de constitution du tribunal arbitral (SIAC), 3 mois à compter de la date à laquelle l'affaire a été soumise à l'arbitre (SCC) (possibilité de prolongation)	Le plus rapidement possible selon la nature de la requête (CCI/SCC), dans un délai de 60 j. suivant la date de dépôt de la demande, possibilité de prolongation (SIAC)
Qualification de la décision rendue	Ordonnance écrite (CCI/SIAC/LCIA/SCC) ou sentence arbitrale écrite et motivée (SIAC/LCIA/ SCC) : décision contraignante pour les parties sans que le tribunal qui décide au fond ne soit	Sentence arbitrale finale (CCI/SIAC/SCC) (les parties peuvent convenir que la sentence arbitrale ne soit pas motivée (SIAC) ou une	Ordonnance ou sentence arbitrale

CRITÈRES	PROCÉDURE D'URGENCE	PROCÉDURE ACCÉLÉRÉE	PROCÉDURE DE DÉTERMINATION SOMMAIRE
	lié	partie peut demander que la sentence soit justement motivée (SCC))	
Frais de la procédure	40.000\$US (10.000\$US de frais administratifs et 30.000\$US pour honoraires et frais de l'arbitre) (CCI); frais administratifs de 5.350SGD pour les parties singapouriennes (5.000SGD pour les autres parties) et caution pour les honoraires de l'arbitre de 30.000 SGD (SIAC); frais spéciaux (frais de requête de 9.000£ et honoraires de l'arbitre de 22.000£) (LCIA); 16.000€ pour les honoraires de l'arbitre et 4.000€ pour les frais de dossier (SCC) (selon tous les règlements, les frais peuvent être augmentés)	Frais administratifs et honoraires de l'arbitre unique selon un barème réduit fixé à l'Appendice III (CCI); frais administratifs calculés de manière habituelle selon le barème des frais (LCIA); paiement de frais d'enregistrement de 2.500€, des honoraires d'arbitre et des frais administratifs selon un barème réduit fixé à l'Annexe III (SCC)	Réduction des coûts de l'arbitrage, puisque les demandes ou défenses manifestement infondées sont écartées par les arbitres à titre préliminaire

C. – Les éléments financiers

1° Évaluation du litige

1108. – Lorsque l'institution reçoit la demande d'arbitrage et la réponse accompagnée d'une demande reconventionnelle, le Secrétariat de l'institution est en général chargé de déterminer la valeur totale du litige. Peu d'institutions expliquent comment, en pratique, elles déterminent ce montant. Le règlement d'arbitrage SIAC (2016) prévoit l'application de la procédure accélérée lorsque le montant litigieux est inférieur à 6 000 000 SGD, mais indique seulement que ce montant est la somme de la demande, de la demande reconventionnelle ainsi que de tout moyen de compensation.

Le calcul n'est pas davantage détaillé. Le règlement d'arbitrage HKIAC (2018) quant à lui prévoit à son article 42 l'application de la procédure accélérée lorsque le montant litigieux est inférieur à un certain montant. Cet article indique que le montant litigieux correspond à la somme de toute demande, demande reconventionnelle ainsi que de tout moyen de compensation et demandes croisées (*cross claim*). Ce montant litigieux n'est toutefois pas calculé de la même manière lorsqu'il sert à établir les frais administratifs : il n'inclut alors pas les moyens de compensation et demandes croisées (*cross claim*) lorsque le tribunal estime que ces demandes ne vont pas nécessiter un supplément de travail important¹⁰³⁴.

La détermination par l'institution du montant en litige peut être revue lorsque les montants des demandes évoluent. Le montant du litige fait partie des paramètres utilisés par la suite pour déterminer les frais d'arbitrage (V. *infra*, n° 1338).

Le montant litigieux est également important pour le calcul des frais administratifs, mais également, sous l'empire de certains règlements, pour le calcul des frais et honoraires des arbitres¹⁰³⁵.

2° Frais d'enregistrement

1109. – Droits d'enregistrement. Les institutions demandent à ce que les parties s'acquittent de droits d'enregistrement lors de l'introduction de la procédure. Souvent, ces droits sont à la charge du demandeur mais peuvent être attribués par la sentence arbitrale et être déduits des frais administratifs¹⁰³⁶.

1110. – Moment du versement. Le moment de versement des droits est le moment de l'envoi de la demande d'arbitrage à l'institution¹⁰³⁷.

1111. – Défaut de paiement des frais d'enregistrement. En l'absence de règlement des frais d'enregistrement, les institutions chargées de notifier le défendeur s'abstiennent de le faire, ainsi que de transmettre la demande d'arbitrage au défendeur. Pour les institutions qui reçoivent la demande d'arbitrage en même temps que le défendeur, l'absence de paiement va empêcher l'institution d'enregistrer la demande et d'administrer l'arbitrage.

Section 2

Les éléments de l'organisation et l'instruction de l'instance arbitrale

¹⁰³⁴Le règlement d'arbitrage HKIAC (2018), Annexe 1 « Droits d'enregistrement et frais administratifs » (2.2).

¹⁰³⁵Par ex. sous le règlement d'arbitrage HKIAC (2018), l'arbitre est payé un pourcentage du montant litigieux.

¹⁰³⁶A. Hyder Ali, J. Wessel et al., *The International Arbitration Rulebook : A Guide to Arbitral Regimes*, Kluwer Law International, 2019, p. 448.

¹⁰³⁷Règl. CCI (2021), art. 4-4 et Règl. d'arbitrage commercial AAA, art. R-4(a).

§ 1. – Les éléments de l’organisation de l’instance arbitrale spécifique à l’arbitrage international

1112. – Introduction. Avant d’envisager le contenu très concret (les échanges écrits, la preuve, le déroulement d’une audience), il convient d’envisager le contenant, qui permet aussi de donner à l’arbitrage un certain « enracinement », à tort ou à raison, en tout cas une forme d’incarnation, comme une lettre a besoin de son enveloppe charnelle : le siège (A) qui, parfois à tort, permet d’ancrer dans l’espace l’arbitrage, et la langue (B) de l’arbitrage, qui est une condition préalable pour que l’arbitrage puisse se dérouler et « se comprendre », participent de la construction des premières pierres de l’édifice arbitral.

A. – Le siège de l’arbitrage

1113. – Malgré son autonomie, pour ce qui concerne la matière internationale, l’arbitrage conserve une nécessaire assise géographique, ou du moins étatique¹⁰³⁸. Le siège de l’arbitrage, une notion parfois plus juridique que purement géographique, est un élément qui apparaît *a priori* nécessaire pour encadrer le procédé arbitral, dès les toutes premières étapes comme la constitution du tribunal, jusqu’à la reconnaissance, l’annulation (ou encore l’exécution) de la sentence, en passant naturellement par le déroulement de l’instance en tant que telle. Le choix, ou la détermination, d’un siège n’est ainsi pas une étape neutre et une attention particulière doit y être portée, en prenant en compte divers paramètres aussi bien techniques et juridiques que pratiques¹⁰³⁹.

1114. – Du fait de son enjeu mais aussi de son ancrage dans un État en particulier, les caractéristiques attribuées au siège sont un élément essentiel pour déterminer le rang des différentes places d’arbitrage et le choix de tel siège plutôt qu’un autre, notamment en fonction de la nature de l’intervention du juge d’appui, du contrôle de la sentence par les juridictions ainsi que de la neutralité du siège et autres considérations pratiques. Malgré la prédominance de Londres et Paris¹⁰⁴⁰, et un recours fréquent mais plus limité à d’autres places historiques telles que Genève, New York ou Stockholm¹⁰⁴¹, on remarque l’émergence « agressive » de nouvelles places, notamment asiatiques comme Hong Kong et Singapour¹⁰⁴². La forte croissance de l’arbitrage international et l’engouement pour ce mode de résolution des litiges ont

¹⁰³⁸C’est donc une notion qui serait propre à l’arbitrage international. Encore que l’on peut s’interroger, en droit international comme interne de l’arbitrage, sur le choix, au sein d’une même juridiction, d’une ville plutôt qu’une autre. Cette question peut avoir des conséquences très pratiques notamment dans les juridictions dites fédérales, par exemple aux États-Unis ou en Allemagne.

¹⁰³⁹V. *supra*, n° 495 et s. .

¹⁰⁴⁰Qui sont les sièges préférés des utilisateurs (à 64 % pour Londres et 53 % pour Paris) selon un sondage de l’Université Queen Mary en date de 2018, V. *2018 International Arbitration Survey: The Evolution of International Arbitration*, p. 9 ; les statistiques de la CCI pour 2018 montrent que Paris a été le siège le plus fréquemment choisi (près de deux fois plus que ses poursuivants, ce qui peut s’expliquer naturellement par la présence de la CCI à Paris) et que Londres reste dans le quatuor de tête, V. *2018 ICC Dispute Resolution Statistics : Bull. CCI 2019*, n° 1, p. 12 et s.

¹⁰⁴¹*2018 ICC Dispute Resolution Statistics : Bull. CCI 2019*, n° 1, p. 12 et s.

¹⁰⁴²Ainsi, selon l’étude de l’Université Queen Mary préc., Hong Kong et Singapour figurent parmi les sièges préférés des sondés, talonnant Londres et Paris et loin devant Genève, New York et Stockholm.

toutefois pour effet de « conquérir » de nouveaux territoires, notamment en Asie et en Afrique¹⁰⁴³.

1115. – Il conviendra dans un premier temps d'étudier la notion de siège arbitral (1°). Seront ensuite explicités les paramètres de sa détermination (2°) puis les conséquences juridiques d'un rattachement au siège (3°).

1° La notion de siège arbitral

1116. – La fonction première du siège est, en principe, de déterminer le champ d'application de la *lex arbitri* et donc la compétence des juridictions étatiques relativement aux incidents de l'instance arbitrale ainsi que pour les recours contre la sentence. Toutefois, ces effets peuvent dépendre de la conception, localisée ou non, que les ordres juridiques se font du siège arbitral (a). Le droit français se distingue particulièrement par la notion qu'il se fait du siège, en consacrant son caractère autonome (b).

a) La conception localisée ou délocalisée du siège

1117. – Le rôle attribué au siège arbitral – et son rattachement à un ordre juridique étatique – dépend essentiellement de la conception, localisée (ou territorialiste) ou délocalisée de l'arbitrage et donc du siège. De cette conception dépendra principalement le champ d'application de la *lex arbitri* et le contrôle de la régularité de la sentence¹⁰⁴⁴.

1118. – **Deux conceptions du siège, deux conceptions de l'arbitrage.** En vertu de la première conception, dite territorialiste ou localisée, la fixation du siège opère un rattachement juridique entre l'instance arbitrale et l'ordre juridique étatique du siège de l'arbitrage. Ainsi, la fixation du siège entraîne-t-elle application du droit de l'arbitrage du pays en question (ou *lex arbitri*), comme c'est explicitement le cas par exemple en Angleterre¹⁰⁴⁵ ou en Suisse¹⁰⁴⁶. Au niveau du contrôle de la sentence, la conception localisée aura pour effet d'appliquer le droit du siège à la reconnaissance ou l'exécution d'une sentence¹⁰⁴⁷ ou encore imposera qu'une sentence annulée par les juridictions du siège ne puisse être revêtue de l'*exequatur* dans un autre pays¹⁰⁴⁸. *A contrario*, la conception délocalisée se définit de manière négative, comme celle qui n'ancre pas l'arbitrage dans le système judiciaire du siège. Cette conception libérale pousse à considérer que le choix du siège doit emporter le moins de conséquences possibles. Le droit français de l'arbitrage international, qui retient cette approche transnationale, a réduit progressivement l'importance du siège de l'arbitrage¹⁰⁴⁹ et considère ainsi que la sentence internationale est détachée de l'ordre juridique de

¹⁰⁴³V. *supra*, n° 75.

¹⁰⁴⁴S. Besson, *L'importance du siège de l'arbitrage* : *Rev. arb.* 2007, p. 107. V. gén. M. Pernet, *Le siège de l'arbitrage international*, LexisNexis, 2020.

¹⁰⁴⁵*Arbitration Act* de 1996, art. 2(1).

¹⁰⁴⁶LDIP, art. 176.

¹⁰⁴⁷Ainsi, la Convention de New York prévoit que la reconnaissance et l'exécution d'une sentence puissent être contrôlées au regard du droit du siège en ce qui concerne la validité de la convention d'arbitrage, la régularité de la constitution du tribunal arbitral ou le respect de la procédure arbitrale (art. V[1][a] et [d]).

¹⁰⁴⁸C'est une solution ouverte par la Convention de New York, V. art. V(1)(e), mais qui n'est pas appliquée dans toutes les juridictions.

¹⁰⁴⁹Th. Clay, *À quoi sert le siège du tribunal arbitral international*, in S. Bostanji, F. Horchani et S. Manciaux (éds), *Le juge et l'arbitrage*, Pedone, 2014, p. 14. – E. Gaillard, *L'ordre juridique arbitral : réalité, utilité et spécificité* : *Rev. dr. McGill* 2010, vol. 55, n° 4, p. 891 et s.

l'État où elle a été rendue¹⁰⁵⁰, ce qui expliquerait que les tribunaux français puissent reconnaître une sentence, même annulée par les tribunaux du siège¹⁰⁵¹. On retrouve aussi cette conception universaliste, parfois jugée excessive, dans d'autres droits, notamment aux États-Unis, où l'article 28 USC, § 1782 permet le soutien du juge d'appui américain pour obtenir la production de documents par une partie (voire par un tiers), alors même que le siège ne serait pas aux États-Unis¹⁰⁵².

1119. – La délocalisation par excellence : l'arbitrage en ligne. L'utilisation croissante des nouvelles technologies peut également avoir un impact sur la notion de siège. Comment doit-on définir le siège d'un arbitrage en ligne ? Il ne peut être rattaché géographiquement. Le siège juridique de l'arbitrage en ligne sera par essence fictif¹⁰⁵³. En matière d'arbitrage électronique, le siège devient donc totalement dématérialisé¹⁰⁵⁴. Cela étant, il ne semble pas que les procédés de détermination en soient modifiés ni que l'impact du siège perde de son importance¹⁰⁵⁵.

b) L'autonomie du siège en droit français

1120. – Il est d'abord un constat : les droits modernes de l'arbitrage tendent aujourd'hui à traiter le siège plus comme un concept juridique que géographique¹⁰⁵⁶. Ainsi, la désignation d'un siège n'impose-t-elle généralement pas la localisation et la tenue géographique des opérations d'arbitrage dans ce lieu, tout au plus emporte-t-elle « élection de domicile » de l'instance¹⁰⁵⁷.

1121. – Les conséquences de l'autonomie du siège. La jurisprudence française a consacré de manière explicite cette autonomie. Elle a ainsi pu considérer que « le siège de l'arbitrage est une notion purement juridique, emportant d'importantes conséquences et notamment la compétence des juridictions étatiques pour connaître des recours en annulation, sous la dépendance de la volonté des parties, et non une notion matérielle dépendant du lieu où l'audience a été tenue ou du lieu effectif de la signature de la sentence, susceptible de varier au gré de la fantaisie ou de la maladresse des arbitres »¹⁰⁵⁸. Le siège n'implique ainsi pas que les arbitres doivent

¹⁰⁵⁰Cass. 1^{re} civ., 23 mars 1994 : *Rev. arb.* 1994, p. 327, note Ch. Jarrosson. – Cass. 1^{re} civ., 29 juin 2007, p. 507, note E. Gaillard. – J.-B. Racine, *Réflexion sur l'autonomie de l'arbitrage commercial international* : *Rev. arb.* 2005, p. 305.

¹⁰⁵¹Cass. 1^{re} civ., 23 mars 1994, *Hilmarton* : *Rev. arb.* 1994, p. 327, note Ch. Jarrosson. V. égal. : Cass. 1^{re} civ., 29 juin 2007 : *Rev. arb.* 2007, p. 507, note E. Gaillard ; V. *infra*, n° 1683.

¹⁰⁵²V. *infra*, n° 1308 et s. (Encart 46).

¹⁰⁵³G. Kaufmann-Kolher, *Le lieu de l'arbitrage à l'aune de la mondialisation* : *Rev. arb.* 1998, p. 517.

¹⁰⁵⁴À cet effet, les décisions rendues par l'*Internet Corporation for Assigned Names and Numbers* (ICANN), à travers ses règles pour la procédure uniforme de résolution des litiges en matière de noms de domaine, en application avec les règles supplémentaires de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) n'envisagent pas de procédé de fixation de siège particulier.

¹⁰⁵⁵D. Yeoh, *Is Online Dispute Resolution The Future of Alternative Dispute Resolution?* : *Kluwer Arbitration Blog* 29 mars 2018. V. aussi Club des juristes, *L'arbitrage en ligne*, avr. 2019, qui n'envisage pas d'impact particulier de l'arbitrage en ligne sur le siège ; ou encore Ji Yoon Park et Jae Hoon Choi, *The Issue of the Seat of Arbitration in ODR Arbitration* : *Kluwer arbitration blog* 5 août 2020.

¹⁰⁵⁶Ainsi, même dans les droits qui consacrent une conception localisée de l'arbitrage, le siège tend à rester une notion purement juridique. Par ex., le droit anglais définit le siège de l'arbitrage comme étant le *juridical seat of the arbitration* (*Arbitration Act* 1996, art. 3). La loi-type CNUDCI (2006) prévoit de la même façon que le tribunal arbitral peut se réunir en tout lieu qu'il jugera approprié, sans être lié par la désignation du siège (art. 20[2]).

¹⁰⁵⁷J.-B. Racine, *Droit de l'arbitrage*, préc., n° 640.

¹⁰⁵⁸Paris, 28 oct. 1997 : *Rev. arb.* 1998, p. 399, note B. Leurent ; V. aussi Paris, 3 déc. 1998 : *Rev. arb.* 1999, p. 601, note Ch. Jarrosson.

effectuer en ce lieu « les actes nécessaires à l'exécution de tous les chefs de leur mission »¹⁰⁵⁹, notamment la signature de la sentence¹⁰⁶⁰.

Le droit français ne prévoit pas expressément l'application du droit français de l'arbitrage lorsqu'il est localisé en France et envisage même la possibilité pour les parties de choisir la *lex arbitri*¹⁰⁶¹. On considère de ce fait que le droit français n'est pas délimité territorialement et qu'il est d'application universelle, dès lors que le juge français est saisi¹⁰⁶². L'autonomie du siège – par rapport à sa localisation géographique et territoriale – est ainsi indéniablement consacrée et le contrôle opéré par le juge lors de la réception de la sentence est totalement indépendant du droit du siège. Ainsi, contrairement à la Convention de New York, l'annulation de la sentence dans le pays du siège n'est pas un cas de refus de son *exequatur* en France¹⁰⁶³. De la même façon, le juge français, au moment de la réception de la sentence, ne contrôle pas la validité de la convention par rapport à un quelconque droit national¹⁰⁶⁴ mais par rapport aux « règles matérielles du droit international de l'arbitrage »¹⁰⁶⁵, voire par un principe de validité et d'efficacité propre¹⁰⁶⁶. Il a également, aux termes d'une jurisprudence constante, le pouvoir de rechercher tous les éléments de fait comme de droit (et pas nécessairement français) entourant la décision sur la compétence du tribunal arbitral¹⁰⁶⁷.

2° La détermination du siège

1122. – Le Code de procédure civile ne se prononce pas sur la question de la détermination du siège. Il est toutefois admis que les parties décident en premier lieu

¹⁰⁵⁹Cass. 2^e civ., 9 févr. 1994 : *Rev. arb.* 1995, p. 127, note P. Véron.

¹⁰⁶⁰Paris, 22 sept. 1995 : *Rev. arb.* 1996, p. 100, note E. Gaillard. La jurisprudence a même considéré que les arbitres pouvaient rendre en pratique une sentence à Paris alors que le siège de l'arbitrage était Rennes (Paris, 11 janv. 1996 : *D.* 1996, p. 351, note E. Loquin). À l'inverse, avant l'entrée en vigueur de la loi émiratie n° 6 de 2018, lorsqu'un arbitrage avait pour siège les Émirats arabes unis, la sentence devait être effectivement signée sur place (V. Cour suprême fédérale des Émirats arabes unis, 285/21, 29 mai 2001) ; sur la question de la signature de la sentence et du lieu de son prononcé, v. *infra*, n° 1431 et s.

¹⁰⁶¹V. CPC, art. 1505, 2°, relatif à la compétence du juge d'appui. Bien que cela soit rare en pratique, le juge d'appui singapourien a pu connaître d'une situation similaire, décidant d'appliquer le droit indien, dont les parties étaient convenues qu'il devait être le droit applicable à la procédure, alors que le siège était à Singapour, Cour suprême de Singapour, 13 mai 2020, *CEB c/ CEC et a.*, [2020] SGHC(I) 11.

¹⁰⁶²À ce titre, les juridictions françaises ont pu reconnaître leur compétence et l'application du droit français de l'arbitrage même dans des cas où le lien avec la France était particulièrement ténu, notamment lorsqu'il résultait seulement du fait que les parties avaient choisi le président de la CCI, domicilié à Paris, comme autorité de désignation en cas de désaccord sur le troisième arbitre : V. Cass. 1^{re} civ., 1^{er} févr. 2005 : *Rev. arb.* 2005, p. 693, note H. Muir Watt. – TGI Paris, 10 janv. 1996, 9 févr. 2000 et Paris, 29 mars 2001 : *Rev. arb.* 2002, p. 442, note Ph. Fouchard.

¹⁰⁶³V. *infra*, n° 1662.

¹⁰⁶⁴V. par ex. Paris, 24 nov. 2011 : *Rev. arb.* 2012, p. 134, note M. Laazouzi, qui précise que le principe de validité de la convention d'arbitrage résulte de la volonté des parties, soustraite à l'emprise des droits nationaux. Ainsi, dans cette espèce, le fait que le droit égyptien soumettrait à un agrément ministériel la conclusion par un établissement public de la convention d'arbitrage n'a aucune conséquence pour l'appréciation de l'efficacité de la convention d'arbitrage.

¹⁰⁶⁵V. Cass. 1^{re} civ., 20 déc. 1993 : *Rev. arb.* 1994, p. 116, note H. Gaudemet-Tallon.

¹⁰⁶⁶A *contrario*, les juridictions anglaises semblent plus pragmatiques et semblent assimiler le droit applicable à la convention d'arbitrage (et donc la question de son acceptation) au droit applicable au fond, peu importe que le siège de l'arbitrage soit dans un pays étranger, V. *Kabab-Ji S.A.L. v. Kout Food Group* [2020] EWCA Civ. 6, 20 janv. 2020. V. aussi, en droit singapourien, *BNA v. BNB and BNC* [2019] SGCA 84, 27 déc. 2019, qui consacre le renvoi aux juridictions du siège et au droit applicable au fond pour la question de la validité de la convention.

¹⁰⁶⁷V. par ex., Cass. 1^{re} civ., 6 oct. 2010 : *Bull. civ.* 2010, I, n° 185.

du siège de l'arbitrage (a) et à défaut cette détermination est effectuée par l'institution d'arbitrage, le cas échéant, ou l'arbitre (b).

a) La détermination du siège par les parties

1123. – La détermination du siège par les parties. Il appartient traditionnellement¹⁰⁶⁸, voire naturellement, aux parties de déterminer le siège de l'arbitrage¹⁰⁶⁹. Les parties peuvent choisir le siège de l'arbitrage au sein de la convention d'arbitrage ou bien dans un acte postérieur, tel que l'acte de mission¹⁰⁷⁰. La désignation peut également être implicite lorsque les parties ont déterminé le lieu de signature de la sentence par exemple¹⁰⁷¹. C'est ici aussi le règne de l'autonomie de la volonté, y compris dans certains droits qui se sont résolus à s'ouvrir sur le sujet, en permettant à des parties à un litige interne, de choisir un siège étranger¹⁰⁷². De même, le droit français, s'il est libéral en la matière, précise bien que le choix d'un siège étranger n'emporte pas nécessairement une qualification internationale, qui est du ressort du juge et non des parties¹⁰⁷³.

1124. – Le rare cas d'un choix imposé a priori. Certaines procédures ou institutions imposent le siège. Ainsi, le règlement du Tribunal arbitral du sport impose que tous les arbitrages sous son égide siègent à Lausanne, peu importe le lieu matériel de déroulement de l'arbitrage, qui est en fait quasiment toujours dans la ville suisse-olympique. Certains droits imposent également que l'arbitrage ait lieu sur leur territoire à raison de la matière concernée. On peut ainsi citer le droit brésilien qui impose, pour les litiges contre l'État relatifs aux partenariats public-privé, que l'arbitrage se déroule au Brésil¹⁰⁷⁴ ou encore certains droits arabes qui admettent de façon restrictive l'arbitrabilité et le déroulement de l'arbitrage hors de leurs frontières des litiges relatifs à l'agent commercial¹⁰⁷⁵. D'autres droits ont pu imposer en outre le respect de certaines formalités comme, par exemple, la signature de la sentence au siège, sous peine de qualification en tant que sentence étrangère¹⁰⁷⁶.

1125. – Les facteurs du choix du siège de l'arbitrage. Plusieurs facteurs sont à prendre en compte concernant le choix du siège par les parties¹⁰⁷⁷. En premier lieu, les parties prennent souvent en considération la neutralité du lieu (apprécié parfois, à tort ou à raison, par rapport à la nationalité des parties) et le libéralisme du droit local à l'égard de l'arbitrage et la faveur qui y est accordée. Il convient donc d'analyser le contenu du droit afin de s'assurer que celui-ci n'est pas susceptible d'impacter

¹⁰⁶⁸À ce titre, la loi-type CNUDCI (2006) prévoit expressément que les parties choisissent le lieu de l'arbitrage, à défaut, il revient à l'arbitre de le fixer (art. 20).

¹⁰⁶⁹C'est généralement la pratique. Ainsi, dans 92 % des arbitrages enregistrés par la CCI en 2018, le siège était déterminé par la convention des parties, V. *ICC Dispute Resolution Statistics 2018 : Bull. CCI 2019*, vol. 1, p. 12 et s.

¹⁰⁷⁰V. Derains, *Le choix du lieu de l'arbitrage : RD aff. int.* 1986, p. 109.

¹⁰⁷¹E. Loquin, *L'arbitrage du commerce international*, Lextenso, 2015, p. 291.

¹⁰⁷²V. en droit indien : Cour suprême indienne, 20 avr. 2021, *PASL Wind Solutions Private Limited Vs. GE Power Conversion India Private Limited*: "Nothing stands in the way of party autonomy in designating a seat of arbitration outside India even when both parties happen to be Indian nationals",

¹⁰⁷³V. par ex. Paris, 5 avr. 1990 : *Rev. arb.* 1992, p. 110, n. H. Synvet, qui décide que, outre la nationalité des parties, le lieu du siège est « inopérant » pour la qualification; v. sur ce point, *supra*, n° 168.

¹⁰⁷⁴Loi fédérale n° 11.079, 30 déc. 2004, art. 11, III.

¹⁰⁷⁵V. N. Hage-Chahine, *L'agence commerciale dans le droit international privé des pays arabes : Proche-Orient, Études juridiques 2014-2016*, n° 73, p. 1, spéc. n°s 101 et s.

¹⁰⁷⁶V. *infra*, n° 1431 et s.

¹⁰⁷⁷V. pour une revue générale des principaux sièges, Delos, *Guide to Arbitration Places*, 2018 ; V. aussi *GAR-CI Arb Seat Index*, 2018.

l'efficacité du processus arbitral. Parmi ces éléments, la performance du système judiciaire est un élément important à prendre compte, notamment l'expérience et la spécialisation des juridictions d'annulation ou du juge d'appui en matière d'arbitrage international¹⁰⁷⁸, les degrés de juridiction pour obtenir l'annulation¹⁰⁷⁹, les délais d'obtention d'une décision et le coût d'une procédure¹⁰⁸⁰ (aussi bien le coût des conseils que le coût des éventuels recours). L'étendue du contrôle opéré par les juridictions nationales est également un facteur déterminant. Ainsi, afin de préserver la force exécutoire de la sentence, il peut être conseillé de vérifier si les juridictions locales peuvent, par défaut, réviser au fond celle-ci¹⁰⁸¹. L'arbitrabilité du litige est également un élément à prendre en compte, notamment dans les juridictions qui adoptent une conception localisée de l'arbitrage¹⁰⁸². Les *London Centenary Principles*, développés par le *Chartered Institute of Arbitrators*¹⁰⁸³, explicitent les éléments à prendre en compte pour « un siège effectif, efficace et sûr pour la conduite d'un arbitrage international », en partant du principe que choisir un siège défavorable à l'arbitrage équivaut à faire peser sur la procédure ou la sentence un aléa judiciaire très important. Enfin, le droit du siège peut imposer aux parties des règles restrictives en matière d'allocation des coûts par le tribunal arbitral¹⁰⁸⁴, ce qui n'est pas un paramètre neutre dans une forme de justice non gratuite et qui se veut prévisible.

Des considérations pratiques peuvent également être prises en compte, notamment en raison de l'autonomie du siège qui dissocie cette notion du lieu effectif des opérations de l'arbitrage, et il convient alors de garder en effet à l'esprit ces derniers aspects logistiques, éléments importants de la concurrence entre sièges, tels que le niveau de stabilité et de sécurité, notamment politique¹⁰⁸⁵, la facilité d'accès et les connexions aéroportuaires, la présence d'hôtels offrant les équipements nécessaires, de centres de conférences où peuvent se réunir aisément les parties, avocats, arbitres et interprètes¹⁰⁸⁶. À l'inverse, le développement d'une ville comme siège d'arbitrage

¹⁰⁷⁸À ce titre, la cour d'appel dispose d'une chambre spécialisée (ch. 1, pôle 1). De même en Angleterre, il existe des chambres spécialisées au sein de la *Commercial Court* et de la *Technology and Construction Court*.

¹⁰⁷⁹Ainsi en Angleterre, on peut en compter trois, en France, deux, et en Suisse, un seul. Cela implique nécessairement des considérations temporelles et pécuniaires importantes.

¹⁰⁸⁰Ainsi, bien qu'en Autriche il n'existe plus qu'un seul degré de juridiction, un recours en annulation est conditionné à un dépôt de 5 % du montant en litige, ce qui peut être un frein important à l'exercice d'un tel recours. V. plus gén. sur les coûts de l'arbitrage, *infra*, n° 1338.

¹⁰⁸¹Le droit anglais, notamment, permet un recours sur une question de droit lorsque le droit applicable est le droit anglais (*Arbitration Act 1996*, art. 69), et ce sauf renonciation par les parties. Une telle renonciation peut prendre la forme d'une renonciation générale à tous les recours comme celle prévue à l'article 34 du règlement CCI (2021).

¹⁰⁸²Ainsi, les contentieux liés à la propriété intellectuelle et industrielle peuvent être considérés inarbitrables en Australie, V. D. Jones, *Sidney*, in M. Ostrove, C. Salomon et B. Shifman (éds), *Choice of venue in international arbitration*, Oxford University Press, 2014, § 18.31. V. à ce sujet, *supra*, n° 387 et s.

¹⁰⁸³Chartered Institute of Arbitrators, *CIARB London Centenary Principles 2015*.

¹⁰⁸⁴On peut ainsi citer l'article 74(8) de l'*Arbitration Ordinance* de Hong Kong qui interdit que les parties s'entendent, dans la clause compromissoire, avant la naissance du litige, sur un mode spécifique d'allocation. V. aussi *Arbitration Act* anglais, art. 60.

¹⁰⁸⁵Il a pu être suggéré que l'instabilité politique à Hong Kong a ainsi pu être la cause d'une réduction du recours à cette juridiction comme siège, V. *Companies consider writing Hong Kong out of legal contracts : Financial Times* 31 janv. 2021. Cette hypothèse ne semble toutefois pas s'être encore matérialisée, le HKIAC n'ayant pas connu de baisse des cas pour l'heure, V. aussi : *HK remains a leading hub for international arbitration, says Justice Secretary : The Standard* 1^{er} févr. 2021.

¹⁰⁸⁶Certains sièges jouent également la carte de l'exotisme pour attirer des arbitrages, V. C. Mackesy Davies, *Wish you were here – How some of the world's most beautiful destinations are working to attract international arbitration : The Resolver* 2019, p. 12 ; sur les conseils de rédaction de la clause, v. *supra*, n° 514 et s.

peut avoir des conséquences positives en termes économiques et pour le développement de l'activité juridique¹⁰⁸⁷.

Encart 39

Brexit : et après ?

1126. – La Grande-Bretagne a quitté l'Union européenne (UE) le 31 janvier 2020, pour le meilleur et pour le pire, avec une période de transition qui aura duré plus de quatre ans, que l'on appelle cela, ou non, un divorce par consentement mutuel. À noter d'ailleurs que l'Accord de retrait de la Grande-Bretagne de l'UE¹⁰⁸⁸ prévoit le recours à l'arbitrage devant la Cour permanente d'arbitrage, mécanisme auquel la Commission européenne a récemment menacé de recourir¹⁰⁸⁹. Mais la place londonienne continuera-t-elle de rayonner sur l'arbitrage international ?

1127. – Londres est actuellement un centre financier européen et mondial : il le restera post-Brexit¹⁰⁹⁰, sans affecter, s'accordent à dire les commentateurs, du moins de manière significative, son statut comme centre de résolution des conflits. Si un grand nombre d'utilisateurs choisissent cette place comme siège d'arbitrage, c'est bien sûr pour l'indépendance de son système judiciaire, sa loi de 1996 favorable à l'arbitrage, ses infrastructures et aussi beaucoup – on finit par l'oublier – parce qu'on y parle l'anglais, principale langue des arbitrages internationaux : tout ceci a peu à voir avec l'adhésion, ou non, à l'UE¹⁰⁹¹ et une clause d'arbitrage qui prévoirait un siège à Londres ne devrait pas être affectée par le Brexit. Les parties bénéficieront tant du droit arbitral anglais que de la reconnaissance des sentences dans le cadre de la Convention de New York¹⁰⁹².

1128. – Sur le fond, le choix de la loi applicable ne sera pas affecté pour la simple raison que les dispositions des règlements communautaires en la matière contractuelle et délictuelle (Rome I et Rome II) ont été intégrées directement dans le droit anglais¹⁰⁹³. Jusqu'ici, le Royaume-Uni a bénéficié de l'alignement sur l'UE concernant la reconnaissance et l'exécution des

¹⁰⁸⁷C. River Associates, *Arbitration in Toronto : An Economic Study*, sept. 2012.

¹⁰⁸⁸Accord sur le retrait du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord de l'Union européenne et de la Communauté européenne de l'énergie atomique, 12 nov. 2019, art. 170.

¹⁰⁸⁹K. Ballantyne, *UK may face arbitration over Brexit law : GAR* 15 sept. 2020.

¹⁰⁹⁰S. Fleming, J. Brunsten et P. Stafford, *Brexit and the City : Brussels' new battle to rival London in finance : Financial Times* 22 sept. 2020.

¹⁰⁹¹M. Scherer et J. Koepf, *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.

¹⁰⁹²*International trade – how will Brexit impact dealing with disputes ?*, 2 déc. 2020.

¹⁰⁹³*Brexit and dispute resolution issues*, oct. 2020 (www.shlegal.com/news/brexit-snapshot---brexit-and-dispute-resolution-issues) ; V. aussi, *International trade – how will Brexit impact dealing with disputes ?*, 2 déc. 2020 (www.stevens-bolton.com/site/insights/articles/international-trade-how-will-brexit-impact-dealing-with-disputes).

jugements en application du règlement de Bruxelles 1 bis (1215/2012), en vertu duquel les décisions des tribunaux des autres États membres peuvent être exécutées dans leur juridiction sans aucun examen de fond¹⁰⁹⁴. Des questions subsistent quant à savoir si la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne rendue avant la sortie du Royaume-Uni de l'UE restera solidement ancrée ou pourra être contestée¹⁰⁹⁵, que la décision ait déjà été appliquée par les tribunaux britanniques ou non. Par exemple, les tribunaux britanniques doivent actuellement adopter les décisions de la Cour de justice de l'Union européenne dans les affaires *West Tankers* et *Turner c/Grovit* et il n'est pas exclu qu'ils retrouvent le pouvoir d'accorder des *anti-suit injunctions*, faculté qui était bridée dans l'espace européen : ceci pourrait leur permettre d'interférer avec les procédures judiciaires dans les États membres de l'UE ou avec les procédures arbitrales¹⁰⁹⁶.

1129. – C'est surtout au regard des arbitrages d'investissement que l'incidence risque de se faire sentir. Suite à l'affaire *Achmea* (C-284/16)¹⁰⁹⁷, la Cour a considéré que les dispositions relatives au règlement des différends entre investisseurs et États figurant dans les traités bilatéraux d'investissement (TBI) intracommunautaires étaient incompatibles avec le droit européen, conformément aux articles 267 et 344 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE). Dès lors, certains estiment que le Royaume-Uni pourrait devenir une place attractive pour l'exécution des sentences d'investissement intracommunautaires, qui risquent d'être annulées ailleurs en application de l'arrêt *Achmea*¹⁰⁹⁸. Cette attractivité peut être aussi nuancée par le large pouvoir accordé aux juges britanniques en matière de contrôle de la compétence d'un tribunal siégeant en Angleterre¹⁰⁹⁹ qui se concilie parfois délicatement avec une certaine déférence accordée aux tribunaux arbitraux¹¹⁰⁰.

¹⁰⁹⁴G. Anderson, J. E. Wheeler et M. Bell, *Brexit : Governing law implications for contracting parties and disputes*, www.lexology.com, 22 janv. 2019.

¹⁰⁹⁵A. MacDonald et C. Livingstone, *How will UK courts treat EU case law after the end of the brexit transition period?* (www.lexology.com, 26 oct. 2020).

¹⁰⁹⁶D. Ndolo et M. Liu, *Does the Will of the Parties Supersede the Sovereignty of the State? Anti-suit injunctions in the UK Post-Brexit : Arbitration : The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management* 2017, p. 254-266, spéc. p. 255.

¹⁰⁹⁷V. *supra*, n° 118.

¹⁰⁹⁸D. Ruggero Di Bella et J. Gálvez, *Brexit : Screaming for Vengeance? Enforcing Intra-EU Arbitral Awards in the Post-Brexit UK : Kluwer Arbitration Blog* 21 avr. 2019.

¹⁰⁹⁹*Arbitration Act* anglais de 1996, Section 67 ; pour une immixtion assez caractérisée par les juges anglais dans le fond d'une affaire arbitrale, V. High Court of Justice, Queen's Bench Division, n° CL-2020-000148, *Doglemor Trade Limited et al. v. Caledor Consulting Limited 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 \$US de dommages et intérêts, au lieu de 4 millions \$US).

¹¹⁰⁰Si une décision d'investissement est contestée devant un tribunal anglais, le juge compétent aura tendance à maintenir, voire à étendre la compétence du tribunal arbitral (D. Ruggero Di Bella, *Brexit : screaming for vengeance ? Enforcing intra-EU arbitral awards in the post-Brexit UK : Kluwer Arbitration Blog* 21 avr. 2019) ; V. pour une confirmation de cette approche : High Court of Justice, Queen's Bench Division, n° CL-2017-000174, *GPF GP S.à.r.l. v. The Republic of Poland*, 2 mars 2018.

b) La détermination du siège par l'institution d'arbitrage ou par l'arbitre

1130. – La détermination du siège par l'institution d'arbitrage. À défaut de choix des parties, le siège doit être fixé : il peut l'être par le tribunal arbitral¹¹⁰¹, par l'institution d'arbitrage librement (ôtant tout pouvoir à l'arbitre)¹¹⁰², ou en considérant que le siège est réputé être au lieu de l'institution tout en permettant à l'arbitre de le modifier¹¹⁰³.

1131. – Le poids des institutions dans la détermination du siège. Les institutions arbitrales peuvent jouer un rôle clé dans la détermination du siège et contribuer à développer des places d'arbitrage, notamment en multipliant des centres régionaux¹¹⁰⁴. C'est notamment le cas pour les institutions qui prévoient dans leur règlement que le siège sera, à défaut de choix autre, fixé à tel endroit. La localisation et la proximité géographique de l'institution, sa compréhension des dynamiques locales, notamment en termes de langue ou de culture des conseils et arbitres locaux, permettent d'offrir aux usagers des solutions mieux adaptées et mieux comprises dans les régions concernées en mobilisant des ressources locales. À l'inverse, comme c'est le cas pour la CCI, telle ou telle détermination peut être motivée par des considérations « géopolitiques » et un équilibre géographique en fonction des affaires¹¹⁰⁵.

1132. – La détermination du siège par l'arbitre. À l'inverse, certains règlements prévoient que le siège sera fixé par le tribunal arbitral, que ce soit dans un cadre institutionnel¹¹⁰⁶ ou *ad hoc*¹¹⁰⁷. Dans tous les cas, les règlements d'arbitrage tendent à éviter de laisser la question de la détermination du siège, en l'absence d'accords des parties, entre les mains du juge d'appui. La prérogative donnée soit à l'institution soit à l'arbitre dépend ensuite des considérations données au siège : on peut penser que l'arbitre sera plus sensible aux questions relatives au droit du siège de manière à ne pas causer d'obstacles trop importants à sa sentence, étant entendu qu'un changement ou une interprétation unilatérale par les arbitres, sans consulter les parties, du siège, même ambigu, prévu dans la clause, peut encourir la sanction du juge de l'*exequatur*¹¹⁰⁸. À l'inverse, l'institution pourra plutôt envisager les aspects logistiques et pratiques, de même que des considérations de « neutralité » au regard du profil des parties.

¹¹⁰¹Règl. SIAC (2016), art. 21 ; Règl. CNUDCI (2010), art. 18.

¹¹⁰²Règl. CCI (2021), art. 18(1) ; Règl. SCC (2017), art. 25(1).

¹¹⁰³Règl. LCIA (2020), art. 16.1 ; Règl. HKIAC (2018), art. 14.1 ; Règl. CIMAC, art. 17.1.

¹¹⁰⁴Ainsi, 70 % d'institutions arbitrales ont été créées ces trente dernières années, 50 % ces vingt dernières années, V. V. G. Pendell, *The Rise and Rise of the arbitration institution : Kluwer Arbitration Blog* 30 nov. 2011.

¹¹⁰⁵En effet, le fait pour le règlement CCI de prévoir que la Cour d'arbitrage fixera le siège en l'absence de choix des parties se comprend pour une telle institution, mondiale, dont les affaires se situent à tous les endroits du monde, V. J. Fry, S. Greenberg et F. Mazza, *The Secretariat's Guide to ICC Arbitration*, 2012, § 3-671.

¹¹⁰⁶Règl. SIAC (2016), art. 21.1.

¹¹⁰⁷Règl. CNUDCI (2010), art. 18(1). À mi-chemin entre ces deux conceptions, on peut citer le règlement ICDR/AAA (2021) qui prévoit, de façon originale, que l'institution fixera temporairement le siège, sous réserve d'une décision de l'arbitre à intervenir, V. Règl. ICDR/AAA (2021), art. 17.1.

¹¹⁰⁸V. Paris, 17 déc. 2020, n° 18/01504, *Khaid Nasser Ben Abdallah Al Misnad c/ SEGQ*, qui a considéré que la sentence qui a estimé que la clause arbitrale devait être interprétée comme prévoyant un arbitrage *ad hoc* dont le siège serait à Tunis, plutôt qu'un arbitrage institutionnel et basé à Doha, Qatar, sous l'égide du centre local (QICCA).

3° Les conséquences juridiques attachées au siège

1133. – La détermination du siège emporte deux conséquences juridiques essentielles : la compétence du juge d'appui (a) et le régime de contrôle de la sentence (b).

a) Le juge d'appui

1134. – La compétence du juge d'appui fondée sur la désignation du siège.

Le juge d'appui français est compétent notamment lorsque l'arbitrage se déroule en France. Ainsi l'article 1505, 1° du Code de procédure civile prévoit ce premier chef de compétence, tandis qu'en matière interne, l'article 1459, alinéa 3 du même code prévoit que le juge d'appui compétent est celui dans le ressort duquel le siège du tribunal arbitral a été fixé.

1135. – L'atténuation de l'importance du siège relativement au juge d'appui.

L'importance du siège à ce titre peut être relativisée car, d'une part, dans le cadre d'un arbitrage institutionnel, l'institution pourra exercer certaines des attributions du juge d'appui. De plus, le droit français de l'arbitrage accorde une compétence large au juge d'appui, qui n'est pas délimitée par le siège. Ainsi, le juge d'appui français peut-il être compétent lorsque les parties ont choisi de soumettre leur arbitrage à la loi de procédure française (CPC, art. 1505, 2°), ont donné compétence aux juridictions françaises pour connaître des différends relatifs à la procédure arbitrale (CPC, art. 1505, 3°) et, dans le sillage de la jurisprudence¹¹⁰⁹, en cas de risque de déni de justice (CPC, art. 1505, 4°). De ce fait, les conséquences juridiques de la localisation du siège relativement à la compétence du juge d'appui se voient en partie réduites.

1136. – Un rôle important dans l'instruction du litige et la préservation des droits des parties. Le juge d'appui peut être amené à conserver certaines prérogatives, notamment du fait de son *imperium*. En droit français, il reste ainsi seul habilité à enjoindre un tiers à produire un élément de preuve¹¹¹⁰. Il peut également, dans certaines juridictions, directement assister les parties dans la recherche de preuves : ainsi, certaines juridictions aux États-Unis admettent le recours au droit fédéral – et à l'assistance des juges fédéraux – relativement à la procédure de *discovery*¹¹¹¹. Les juridictions étatiques (et non pas le seul juge d'appui) peuvent également rester compétentes pour ordonner des mesures provisoires et conservatoires, soit avant la constitution du tribunal arbitral¹¹¹², soit au soutien du tribunal arbitral une fois constitué¹¹¹³.

b) Le contrôle de la sentence

1137. – Le régime des recours. S'il est généralement une conséquence juridique essentielle qu'emporte la localisation de l'arbitrage, c'est bien celle de fixer le régime des voies de recours ouvertes à l'encontre de la validité de la sentence et de déterminer la compétence des tribunaux amenés à trancher ces recours en annulation. Elle détermine notamment la juridiction exclusivement compétente pour un recours

¹¹⁰⁹Cass. 1^{re} civ., 1^{er} févr. 2005, *Niac* : *Bull. civ.* 2005, I, n° 53 ; *Rev. arb.* 2005, p. 693, note H. Muir Watt ; *Rev. crit. DIP* 2006, p. 140, note Th. Clay.

¹¹¹⁰CPC, art. 1469 ; V. plus gén. *infra*, n° 1175 et s.

¹¹¹¹V. *infra*, n° 1308 (Encart 46).

¹¹¹²CPC, art. 1449.

¹¹¹³Dans ce cas, les juridictions étatiques sont seules compétentes pour ordonner des saisies conservatoires ou des sûretés judiciaires, V. CPC, art. 1468.

en annulation (CPC, art. 1494, al. 1 en matière interne et 1519, al. 1 en matière internationale)¹¹¹⁴ et pour l'*exequatur* de la sentence, selon que celle-ci est interne avec un siège en France (CPC, art. 1487, al. 1) ou internationale ou étrangère (CPC, art. 1516, al. 1 en matière internationale). L'importance de ces dispositions doit toutefois être atténuée en ce que les parties peuvent renoncer au recours en annulation de manière expresse en matière internationale (CPC, art. 1522), ou stipuler une clause attributive de juridiction pour le contrôle de la sentence quel que soit le siège de l'arbitrage¹¹¹⁵. Dans certaines juridictions, le choix du siège peut d'ailleurs aussi être cause d'annulation¹¹¹⁶.

1138. – La prise en compte du siège dans le contrôle de l'exécution de la sentence à l'étranger. La Convention de New York prévoit un contrôle de la sentence par rapport au droit du siège dans certaines situations, se rapprochant d'une conception territorialiste¹¹¹⁷. Le droit français s'est détaché de cette conception en ce que les juridictions françaises ont abandonné leur méthode conflictualiste, refusant de donner une place exclusive à la loi du siège de l'arbitrage¹¹¹⁸.

1139. – L'incidence des décisions du juge de l'annulation du siège sur l'exécution de la sentence à l'étranger. De la même façon, la Convention de New York permet aux États membres de refuser de reconnaître et d'exécuter une sentence lorsque la sentence n'est pas encore devenue obligatoire ou lorsqu'elle a été annulée ou suspendue par le juge de l'annulation du pays du siège¹¹¹⁹. De même, si l'annulation ou la suspension de la sentence est demandée dans le pays du siège, le juge de l'exécution peut surseoir à statuer¹¹²⁰. Toutefois, le droit français, qui a consacré l'approche délocalisée et autonome du siège, refuse de reconnaître à l'annulation ou à la suspension de la sentence au siège quelconque effet dans le cadre de l'exécution en France. Ainsi, l'article 1526 du Code de procédure civile prévoit que les recours formés contre la sentence ou l'ordonnance d'*exequatur* ne sont pas suspensifs sauf lésion grave des droits du requérant. De plus, la jurisprudence française a considéré expressément que l'annulation de la sentence internationale, qui n'est rattachée à aucun ordre juridique étatique, n'est pas un motif de refus de reconnaissance en France¹¹²¹.

B. – La langue de la procédure

1140. – L'ambition universelle de l'arbitrage fait parfois penser aux origines de la parabole de la tour de Babel, lorsque la terre réunissait un peuple qui parlait une seule langue et d'une seule voix. On dit d'ailleurs parfois que la communauté « parle la

¹¹¹⁴La Convention de New York admet ainsi implicitement que l'annulation d'une sentence relève de « l'autorité compétente du pays dans lequel, ou d'après la loi duquel, la sentence a été rendue », V. art. V(1)(e).

¹¹¹⁵Paris, 17 juin 2004 : *Rev. arb.* 2006, p. 161, note T. Azzi.

¹¹¹⁶Une sentence rendue sous l'égide du SIAC a ainsi été annulée par les tribunaux singapouriens considérant que le tribunal arbitral avait erré dans le choix du siège, en violation du choix des parties, V. Cour d'appel de Singapour, *ST Group Co Ltd, Sithat Xaysoulivong et ST Vegas Co Ltd c/ Sanum Investments Ltd* [2019] SGCA 65.

¹¹¹⁷V. *infra*, n° 1682.

¹¹¹⁸V. *supra*, n° 1120 et s.

¹¹¹⁹Conv. New York, art. V(1)(e), V. à ce sujet, *infra*, n° 1488.

¹¹²⁰Conv. New York, art. VI.

¹¹²¹Cass. 1^{re} civ., 23 mars 1994, *Hilmarton* : *Rev. arb.* 1994, p. 327, note Ch. Jarrosson. V. égal. Cass. 1^{re} civ., 29 juin 2007, *Putrabali* : *Rev. arb.* 2007, p. 507, note E. Gaillard. – Cass. 1^{re} civ., 13 janv. 2021, *NATGAS c/ EGPC*, n° 19-22.932, *EGPC*, D. 2021. 86 ; *Dalloz Actualité*, 22 févr. 2021, obs. J. Jourdan-Marquez.

même langue », comme le principe « compétence-compétence », utilise les mêmes codes libéraux – l'article VII de la Convention de New York¹¹²² – et qu'elle est toujours obsédée par le même langage processuel, souvent anglophone, comme la *cross-examination*. Mais la langue arbitrale n'est pas qu'un langage unifié et idéalisé, loin s'en faut, et, comme dans le mythe biblique, elle peut finir par diviser et être source de litige¹¹²³. D'où sa dimension particulière dans l'arbitrage, souvent à la croisée de différentes cultures y compris linguistiques, qui rapproche ou éloigne, selon les intervenants¹¹²⁴. Si la langue spécialisée, et juridique, de l'arbitrage est fondamentale à la compréhension des concepts¹¹²⁵, la précision de leur énonciation est souvent tributaire de la langue dans laquelle ils ont été conçus. En réalité, les sages rappellent que les langues sont les « règles de nos jugements » et « font nos connaissances, nos opinions, nos préjugés »¹¹²⁶. Ainsi, une langue donnée permettra plus ou moins bien d'exposer les concepts et mécanismes juridiques en fonction de son adéquation au droit et au litige¹¹²⁷. Force est toutefois de reconnaître que l'arbitrage du commerce international, hautement multiculturel et multilingue, a trouvé une certaine uniformité et harmonisation dans les mécanismes et dans la pratique. Certes, le « dialogue interculturel » de l'arbitrage¹¹²⁸ se fait surtout en anglais, *lingua franca* de l'arbitrage et du commerce international, sous l'influence notamment de cabinets d'affaires anglo-saxons¹¹²⁹ aboutissant à une prédominance de l'utilisation de cette langue dans les procédures arbitrales¹¹³⁰. L'expansion du régionalisme pourrait toutefois atténuer cette emprise anglaise. Dans un contexte international¹¹³¹, la langue choisie ou déterminée pour mener à bien la procédure (1^o) aura des conséquences sur le déroulement de celle-ci, qui peuvent être différentes en fonction de l'étape procédurale (2^o).

¹¹²²Traduite officiellement en sept langues et ratifiée par cent soixante-cinq pays.

¹¹²³En arbitrage, comme en politique, la langue est aussi un enjeu de pouvoir, V. L. Cordier, *Les langues du pouvoir*, IEP Lyon, Mémoire soutenu le 6 sept. 2012.

¹¹²⁴T. Varady, *Language and Translation in International Commercial Arbitration : From the Constitution of the Arbitral Tribunal through Recognition and Enforcement Proceedings*, TMC Asser Press, 2006.

¹¹²⁵D. von Breitenstein, *La langue de l'arbitrage – une langue arbitraire ?* : Bull ASA 1995, p. 18, spéc. p. 19.

¹¹²⁶Condillac, *Logique*, 2^e partie, chap. IV.

¹¹²⁷Certains auteurs ont pu proposer de laisser chaque partie s'exprimer dans sa propre langue pour lui éviter d'abandonner son « identité linguistique et culturelle ». V. M. de Boissésou, *Le droit français de l'arbitrage interne et international*, préc., p. 726.

¹¹²⁸P. Tercier et N. Tran Thang, *Du choc des cultures en arbitrage international (Quelques réflexions)*, in N. Ziadé (éd.), *Festschrift Ahmed Sadek El-Koshery*, Kluwer Law International, 2015, p. 175-192.

¹¹²⁹P. Lalive, *Forme et fond dans l'arbitrage international*, in *Liber Amicorum en l'honneur de S. Lazareff*, Pedone, 2011, p. 391-395, spéc. p. 392.

¹¹³⁰Ainsi, en 2019, 79 % des sentences rendues sous l'égide de la CCI étaient en anglais, les autres sentences ayant été rédigées en français, espagnol et portugais pour l'essentiel ; V. *2019 ICC Dispute Resolution Statistics : Bull. CCI 2020*, vol. 2, p. 15 et s. La prédominance de l'anglais reflète ainsi la domination, non seulement de la langue, mais aussi du système de *common law*, et ce même si un droit civiliste était applicable. En effet, la langue apporte avec elle une culture juridique, qui peut être superposée au droit. Un exemple extrême concerne l'application directe du droit anglais dans les zones *offshore* des Émirats arabes unis, V. D. Russel et G. Bogner, *The application of English law in the financial free zones of the United Arab Emirates : Trusts & Trustees 2017*, vol. 23, p. 480 et s.

¹¹³¹Encore que la question pourrait se poser, dans un litige interne, sur le possible usage d'une langue régionale (corse, bretonne, basque, etc.), selon que l'on considère la sentence qui serait rendue dans cette langue comme un jugement national ou, comme dans l'ordre international, appartenant à un « ordre arbitral » différent du système judiciaire. La question a pu également se poser d'une manière similaire pour les arbitrages internes en Belgique, selon la langue (français ou flamand) utilisée.

1° La détermination de la (ou des) langue(s) de l'arbitrage

1141. – Comme souvent en arbitrage, et notamment pour les aspects procéduraux, l'arbitrage se déroulera en principe dans la langue choisie par les parties (a) et subsidiairement dans celle déterminée par le tribunal arbitral (b).

a) La liberté des parties dans le choix de la langue

1142. – La primauté du choix des parties. La langue de l'arbitrage, à mi-chemin entre la pure procédure et le fond, est un élément appartenant par essence aux parties¹¹³². Il est ainsi « parlant » de constater que le droit français de l'arbitrage ne dit rien de la langue de la procédure, ce que l'on peut comprendre comme une liberté totale accordée aux parties, ce qui semble être le cas de la plupart des systèmes juridiques dans le monde. En effet, dès lors que la langue de l'arbitrage dépend souvent de la langue de communication des parties et de la langue de rédaction des instruments contractuels, il convient de leur permettre d'en décider sans restriction en ce qui concerne une procédure arbitrale.

Si la langue de l'arbitrage est parfois convenue dans la clause compromissoire – ce que certaines règles de *soft law* recommandent¹¹³³ et ce qui peut permettre d'améliorer l'efficacité de la procédure et de réduire les coûts –, on note qu'un certain nombre de clauses-types n'en font pas mention¹¹³⁴. Cette prévision n'empêche toutefois pas des incidents, notamment lorsque des clauses compromissoires concurrentes prévoient des langues différentes¹¹³⁵. En tout état de cause, et surtout si la convention – et donc la clause arbitrale – sont rédigées dans deux langues différentes (sous forme d'un tableau à deux colonnes), il faut éviter toute ambiguïté, et *a fortiori*, une mauvaise traduction, quant à la langue qui primera¹¹³⁶.

À un stade ultérieur, les parties ont naturellement la possibilité de choisir la langue dans un acte postérieur, au début de la procédure, notamment dans l'acte de mission, ce qui donne une certaine flexibilité et permet de prendre en compte l'évolution du contexte entre le moment de la rédaction du contrat et la survenance du litige. Par exemple, il n'est pas déraisonnable d'envisager une procédure en français, si le droit applicable au litige est civiliste et/ou francophone, quand bien même le contrat serait rédigé en anglais. Toutefois, sur le plan factuel, l'origine des parties et acteurs amenés à témoigner dans l'arbitrage, et leur aisance dans telle ou telle langue, pourront également être prises en compte.

¹¹³²D. Lamèthe, *Les langues de l'arbitrage international : liberté raisonnée de choix ou contraintes réglementées ?* : *JDI* 2007, p. 1175.

¹¹³³Lignes directrices de l'IBA pour la rédaction des clauses d'arbitrage international, 2010, Ligne directrice n° 7.

¹¹³⁴Ainsi, la clause-type CCI stipule seulement : « Tous 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 par un ou plusieurs arbitres nommés conformément à ce Règlement ».

¹¹³⁵Dans une telle situation, les arbitres ont pu faire une application sélective des langues selon que les litiges découlaient de l'un ou de l'autre des contrats, V. Paris, 11 avr. 2002 : *Rev. arb.* 2003, p. 1265, note F.-X. Train. V. aussi, sentence CCI rendue dans l'affaire PA/2020/246 en 2015 : *JDI* 2020, chron. 9, note H. Barbet et A. Fessas, dans lequel le tribunal s'appuie sur les actes procéduraux ultérieurs (notamment l'acte de mission) pour retenir l'anglais en tant que langue de l'arbitrage.

¹¹³⁶V. pour une telle malheureuse illustration, Paris, 26 févr. 2013 : *Rev. arb.* 2014, p. 90, note P. Duprey et Cl. Fouchard.

b) La détermination supplétive de la langue en l'absence de choix par les parties

1143. – Le choix supplétif de la langue en l'absence d'accord entre les parties. À défaut de choix des parties, il revient en règle générale au tribunal arbitral lui-même de déterminer la langue de la procédure, ce que prévoient habituellement les règlements d'arbitrage¹¹³⁷. On peut toutefois citer le cas particulier du CIRDI qui restreint les choix aux langues officielles du centre (à savoir l'anglais, le français ou l'espagnol)¹¹³⁸.

1144. – Les critères de détermination de la langue. Plusieurs facteurs sont généralement pris en compte lorsqu'il s'agit de déterminer la langue, soit alternativement soit cumulativement. Bien qu'il aille à contresens du principe d'autonomie, l'un des critères prépondérants reste celui de la langue du contrat. Ainsi, certains règlements prévoient que la langue de l'arbitrage sera par défaut celle du contrat ou de la convention d'arbitrage, laissant toutefois le loisir aux parties ou au tribunal d'en décider autrement. C'est notamment le cas du règlement AAA-ICDR (2021) qui prévoit que la langue de l'arbitrage est celle du contrat dans lequel figure la clause compromissoire¹¹³⁹. Le règlement LCIA (2020) prévoit, quant à lui, que la langue de l'arbitrage sera celle de la convention d'arbitrage, ce qui équivaut bien souvent à choisir la langue contractuelle¹¹⁴⁰. D'autres règlements, tout en faisant un critère important de détermination, ne le considèrent pas comme unique¹¹⁴¹. Le critère de la langue du contrat peut être vu comme le plus logique, en ce que la langue du contrat est choisie par les parties, leur est commune, et manifeste la compréhension suffisante qu'elles ont eue pour parvenir à contracter ensemble¹¹⁴². Elle a toutefois pour effet de favoriser la pratique de l'anglais dans l'arbitrage, les contrats internationaux étant souvent rédigés dans cette langue des affaires¹¹⁴³.

Toutes les règles ne font toutefois pas de la langue du contrat un critère important, voire n'en mettent aucun en avant. C'est le cas du règlement SIAC (2016)¹¹⁴⁴ ou du règlement HKIAC (2018). Cette plus grande souplesse permet aux arbitres de recourir à d'autres critères, parfois plus objectifs ou utiles. Peut ainsi être prise en compte la langue des intervenants à la procédure (parties, conseils, arbitrales) qui est parfois plus pertinente en ce qu'elle peut refléter la réalité des communications au jour le jour, au-delà d'un contrat formel. La langue du siège est également parfois imposée par certains règlements, au moins à titre préliminaire¹¹⁴⁵.

¹¹³⁷V. Règl. CCI (2021), art. 20 ; Règl. LCIA (2020), art. 17.4 ; Règl. AAA-ICDR (2021), art. 18.

¹¹³⁸Règl. CIRDI (2006), art. 23 ; il en va de même du TAS (Code « Règlement de procédure », art. R29).

¹¹³⁹Règl. AAA-ICDR (2021), art. 18.

¹¹⁴⁰Règl. LCIA (2020), art. 17.

¹¹⁴¹V. Règl. CCI (2021), art. 20 ; Règl. VIAC (2018), art. 26.

¹¹⁴²La langue du contrat n'est toutefois elle-même pas toujours libre. Ainsi, en Turquie, la loi n° 805 impose que les contrats conclus avec des parties turques, en Turquie, soient rédigés en turc. Cela s'applique notamment, et particulièrement, aux clauses compromissoires.

¹¹⁴³P. Fouchard, E. Gaillard et B. Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, préc., n° 1244, p. 694.

¹¹⁴⁴Règl. SIAC (2016), art. 22 ; Règl. HKIAC (2018), art. 15. Ce dernier impose toutefois l'usage préliminaire, avant décision de l'arbitre, de l'anglais ou du chinois si aucune langue n'est prévue à la convention d'arbitrage.

¹¹⁴⁵On peut ainsi relever l'article 81.1 du règlement CIETAC qui prévoit l'utilisation du chinois en cas d'absence de choix des parties. V. aussi : 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, spéc. p. 845-846 ; V. égal. Règl. MARC-MCCI, art. 17.1 qui prévoit, en cas d'absence de choix des parties, l'utilisation du français ou de l'anglais dans l'attente de la décision du tribunal arbitral sur la langue de la procédure.

En pratique, la procédure d'arbitrage étant par essence souple et flexible, il est fréquent que le choix ne se fasse pas sur la base d'un critère déterminant qui s'imposera systématiquement mais plutôt sur un faisceau d'indices convergents, tout en assurant des aménagements pratiques en faveur d'une autre langue concurrente¹¹⁴⁶. À ce titre, on note que certains règlements autorisent plusieurs langues de la procédure¹¹⁴⁷. En pratique, le plurilinguisme semble assez rare¹¹⁴⁸, ce qui peut s'expliquer par la lourdeur procédurale et les coûts additionnels que cela peut impliquer. On peut toutefois citer l'exemple, relativement fréquent, d'arbitrages bilingues entre des parties chinoises et étrangères¹¹⁴⁹.

1145. – La nature de la décision sur la langue. La nature de la décision, généralement du ressort du tribunal arbitral même si dans certains cas l'institution peut se charger de cette décision¹¹⁵⁰, a une incidence importante en cas de recours contre la décision portant sur la détermination de la langue de la procédure arbitrale. Certains auteurs considèrent que la décision relative à la détermination de la langue est un acte de nature procédurale et non pas une décision au fond¹¹⁵¹. C'est également la position prise par la jurisprudence française, qui n'admet pas les recours contre des décisions portant sur la langue en ce qu'elles ne peuvent être qualifiées de sentences car elles ne tranchent pas de manière définitive le litige qui leur est soumis¹¹⁵² mais plutôt d'ordonnances de procédure car elles tendent seulement à l'organisation de l'instance¹¹⁵³.

c) L'importance de la langue sur la procédure

1146. – L'influence de la langue sur la désignation de l'arbitre. Le choix de la langue par les parties influence indiscutablement la composition du tribunal arbitral et impose parfois aux parties des exigences linguistiques dans la désignation de l'arbitre¹¹⁵⁴, ce qui n'est pas sans poser certaines difficultés, comme lorsque la clause d'arbitrage désigne une *langue rare*, en ce sens, que, contrairement à l'anglais, l'espagnol, ou le français, elle n'est le plus souvent parlée que dans un seul pays. De plus, l'efficacité procédurale pourra être potentiellement amoindrie à chaque fois qu'un arbitre n'aura pas une maîtrise adéquate de la langue de la procédure, en ralentissant la procédure ou en engendrant des coûts supplémentaires¹¹⁵⁵. Par ailleurs,

¹¹⁴⁶Pour une discussion sur les principes encadrant le choix de la langue dans l'arbitrage CCI, V. A. Zuber et S. Pépin, *Language in ICC Arbitration : A Practical Approach* : Bull. CCI 2020, vol. 3, p. 49 et s., spéc. p. 51 et s.

¹¹⁴⁷V. Règl. CCI (2021), art. 20 ; Règl. LCIA (2020), art. 17 ; Règl. AAA-ICDR (2021), art. 18.

¹¹⁴⁸A l'exception des procédures CIRDI. Ainsi, pour l'exemple de la CCI, seules cinquante-cinq procédures bilingues avaient été recensées entre 2006 et 2010, V. J. Fry, S. Greenberg et F. Mazza, *The Secretariat's Guide to ICC Arbitration*, Publ. CCI n° 729, 2013, p. 217.

¹¹⁴⁹S. Harpole, *Language in Arbitration Procedure : A Practical Approach for International Commercial Arbitration* : *Contemporary Asia Arbitration Journal* 2016, vol. 9, p. 273-300, spéc. p. 281 et s. V. aussi : D. McDonald et M. Townsend, *Dual languages or bilingual arbitrations : five points for parties* : *China Business Law Journal* 25 avr. 2019.

¹¹⁵⁰V. Règl. CIETAC (2005), art. 81.1. V. aussi Règl. d'arbitrage du Comité français des Règles et Usages du Commerce Intereuropéen des Pommes de Terre (RUCIP), art. 2.1 ; pour une illustration de son fonctionnement en pratique, V. Paris, 10 janv. 2017, n° 15/13466.

¹¹⁵¹S. Jarvin, *Les décisions de procédure des arbitres peuvent-elles faire l'objet d'un recours juridictionnel ?* : *Rev. arb.* 1998, p. 616, spéc. p. 621.

¹¹⁵²V. *infra*, n° 1378 et s.

¹¹⁵³Paris, 26 févr. 2013 : *Gaz. Pal.* 2013, p. 15, note D. Bensaude ; *Rev. arb.* 2014, p. 90, note P. Duprey et C. Fouchard.

¹¹⁵⁴V. *supra*, nos 690 et s. et 702.

¹¹⁵⁵V. E. Castineira et M. Petsche, *La langue de l'arbitrage : réflexions sur le choix des arbitres et l'efficacité*

les arbitres eux-mêmes doivent être conscients de leurs compétences linguistiques. En effet, ceux-ci peuvent se voir remplacer s'ils ne maîtrisent pas suffisamment la langue de la procédure¹¹⁵⁶.

2° Les différentes langues de la procédure

a) Les langues de la procédure arbitrale

1147. – La langue de la requête. À défaut de choix de langue dans la convention d'arbitrage, le demandeur pourra en principe déposer sa requête d'arbitrage dans la langue qu'il estime opportune sans pour autant lier le défendeur qui pourra répondre dans la langue de son choix. À l'inverse, si une langue est stipulée dans la convention d'arbitrage, la recevabilité d'une requête dans une autre langue peut être en jeu¹¹⁵⁷. Quand bien même la recevabilité ne serait pas en jeu, les parties devraient prendre garde à ne pas contrevenir à la loyauté procédurale, faute de se voir par exemple allouer les frais de traduction¹¹⁵⁸.

1148. – La langue de communication avec l'institution d'arbitrage. Certains règlements d'arbitrage établissent une distinction entre la langue de la procédure et la langue de la correspondance avec l'institution d'arbitrage¹¹⁵⁹. Il reste qu'il est parfois difficile de déterminer la frontière entre la langue de la communication avec l'institution d'arbitrage, langue dite administrative, et la langue de la procédure et la portée d'une telle distinction.

1149. – La langue des écritures et des pièces. Les écritures sont en principe rédigées dans la langue d'arbitrage. Si l'on peut envisager un mémoire traduit, notamment dans une procédure bilingue, il serait étrange (voire contre-productif) de procéder de la sorte dans une procédure unilingue. Plus souvent, les pièces peuvent être dans une autre langue que celle de la procédure. Dans ce cas, les parties peuvent convenir, lorsque c'est une langue partagée par les intervenants, de les produire sans traduction (par ex. des pièces en anglais dans une procédure en français, lorsque les arbitres, les conseils et les parties parlent anglais couramment). Autrement, les pièces en langue étrangère devraient être soumises avec une traduction, intégrale ou partielle, libre ou officielle¹¹⁶⁰. Ces questions sont traditionnellement tranchées dans les règles particulières de procédure établies par le tribunal avec les parties même si certains règlements accordent un pouvoir exprès au tribunal d'ordonner la traduction de pièces¹¹⁶¹. Il convient en effet pour le tribunal d'être vigilant, la production de pièces

procédurale : Bull. CCI 2006, p. 34.

¹¹⁵⁶Paris, 26 févr. 2013 : *Rev. arb.* 2014, p. 90, note P. Duprey et C. Fouchard ; à ce titre, l'incapacité d'un arbitre à travailler dans la langue de l'arbitrage devrait *a priori* avoir pour conséquence qu'il est empêché d'accomplir sa mission et doit donc être remplacé. V. à ce sujet, *supra*, nos 687 et 805.

¹¹⁵⁷V. à ce titre Règl. d'introduction des instances du CIRDI (2006), art. 1.1. qui impose que la requête soit soumise dans l'une des langues officielles du CIRDI. Les tribunaux arbitraux commerciaux semblent toutefois plus souples sur ces questions, V. sentence rendue dans l'affaire CCI 6228 : Bull. CCI 1997, vol. 8, n° 1, p. 54.

¹¹⁵⁸P. Tercier, P.-M. Patochhi et J.-F. Tossens, *L'usage des langues dans l'arbitrage* : *Rev. arb.* 2016, p. 753.

¹¹⁵⁹V. Règl. VIAC (2018), art. 25 qui dispose que la communication avec le centre doit se faire obligatoirement en allemand ou anglais.

¹¹⁶⁰Il n'est généralement rien prévu dans les règlements concernant les traductions, qui sont le plus souvent libres. On peut toutefois citer les Règles IBA sur l'administration de la preuve qui semblent imposer une traduction pour tout document en langue étrangère, V. art. 3(12)(d). V. pour les problématiques relatives à la traduction, E. Loquin, *La traduction dans l'arbitrage international* : *Rev. arb.* 2018, p. 319 et s.

¹¹⁶¹V. par ex., Règl. CNUDCI (2010), art. 22 ; Règl. AAA-ICDR (2021), art. 20 ; Règl. LCIA (2020), art. 17.5.

en langue étrangère pouvant constituer une atteinte au principe de la contradiction et à l'égalité des armes¹¹⁶².

1150. – La langue de l'audience. Le tribunal arbitral doit en principe mener l'audience, et communiquer ses décisions dans la langue de l'arbitrage. Les conseils interviennent également en principe dans la langue de l'arbitrage. Toutefois, il est parfois possible qu'un conseil intervienne dans sa propre langue en bénéficiant d'un interprète¹¹⁶³. Il en est de même, plus souvent, pour les témoins et les experts qui sont généralement en droit de demander au tribunal arbitral de déroger à la langue de la procédure pour s'exprimer dans leur langue maternelle pour des questions d'intelligibilité, de confort et/ou de sécurité¹¹⁶⁴. La nécessité de l'interprétariat des propos pose naturellement des questions de fidélité et exige donc un exercice indépendant¹¹⁶⁵. Certaines législations prévoient à ce titre que la fausse traduction en justice est un acte pénalement répréhensible¹¹⁶⁶. L'interprétation peut être simultanée ou consécutive. La pratique ne relève pas de préférence générale sur ce point même si l'on peut considérer que l'interprétation simultanée permet de gagner du temps, mais ne permet pas facilement de faire un contrôle de qualité ou de corriger les potentielles erreurs même avec une verbalisation en temps réel¹¹⁶⁷.

1151. – La langue de la délibération et de la sentence. Une fois encore, la langue de la sentence est généralement celle de la procédure. La délibération, lors de laquelle la communication et la compréhension sont primordiales, est naturellement plus libre, et n'est vraisemblablement soumise à aucune règle¹¹⁶⁸. L'essentiel ici, c'est que les arbitres puissent librement, efficacement et intelligemment communiquer, avec toutes les nuances et subtilités que cette phase critique et que l'examen de questions parfois complexes exigent.

b) La langue dans les procédures post-arbitrales

1152. – Les procédures de recours et d'exécution. En cas de recours devant le juge du contrôle de la sentence, la procédure devra être menée conformément à la loi locale¹¹⁶⁹. Si en France l'ordonnance de Villers-Cotterêts impose que les procédures se déroulent en français peu importe la langue de l'arbitrage, la compétence récente

¹¹⁶²Paris, 2 avr. 2013 : *Gaz. Pal.* 2013, p. 20, note C. Duclerq ; *Rev. arb.* 2014, p. 113, note L. Jaeger ; V. aussi : Cass. 1^{re} civ., 18 mars 2015, n° 13-22.391 : *JCP G* 2015, p. 582, note C. Duclerq. À noter toutefois qu'il a pu être jugé que le principe de la contradiction n'était pas violé dès lors que, même si une partie n'était pas familière de la langue de l'arbitrage, elle a pu disposer de délais raisonnables pour préparer sa défense, V. Paris, 28 juin 2016 : *Gaz. Pal.* 2016, n° 279, p. 38, note D. Bensaude ; V. aussi : Paris, 20 mars 2012, n° 10/23578 ; V. plus gén. au sujet du contradictoire, *supra*, n° 945 et s.

¹¹⁶³Cette possibilité est ainsi prévue en droit taiwanais : V. Loi d'arbitrage de la République de Chine, art. 25 qui prévoit qu'un interprète doit être prévu si une partie ou un arbitre ne parle pas mandarin.

¹¹⁶⁴Voire pour des questions de respect des droits de la défense. V. pour un exemple récent, *Attentat du Thalys : le héros américain, le terroriste marocain et les démons de la traduction* : *Le Monde* 4 déc. 2020.

¹¹⁶⁵V. pour la même problématique en médiation, A. Carter et S. Watts, *The Role of Language Interpretation in Providing a Quality Mediation Process* : *Contemporary Asia Arbitration Journal* 2016, vol. 9, p. 301. L'interprétation des propos est d'ailleurs un droit établi en procédure pénale, V. E. Daoud et L. Rennuit-Alezra, *Le droit à un interprète : la consécration d'un nouveau droit* : *AJP* 2013, p. 527.

¹¹⁶⁶V. C. pén. suisse, art. 307, al. 1^{er}.

¹¹⁶⁷J. J. Buckley Jr., *Language and Due Process in International Arbitration* : *Expert Guides* 26 sept. 2017.

¹¹⁶⁸L'IBA précise ainsi que les arbitres sont libres d'utiliser la langue de leur choix lors de leurs délibérations, sans être tenus de s'exprimer dans la langue de la procédure, V. IBA, *Toolkit for Award Writing*, sept. 2016, p. 25.

¹¹⁶⁹V. de manière générale, T. Varady, *Language and Translation in International Commercial Arbitration* : *From the Constitution of the Arbitral Tribunal through Recognition and Enforcement Proceedings*, TMC Asser Press, 2006.

donnée à la Chambre internationale de la cour d'appel de Paris pour juger des recours en annulation formés contre des sentences internationales ouvre droit aux parties de procéder en anglais. Avant cela, la Cour de cassation autorisait les juges à se fonder sur des éléments de preuves rédigés en langue étrangère non traduits¹¹⁷⁰. Le Tribunal fédéral suisse autorise désormais l'usage de l'anglais pour les recours introduits devant lui¹¹⁷¹.

Le régime des procédures d'exécution et de reconnaissance de la sentence est plus établi. En effet, la Convention de New York prévoit en son article IV, alinéa 2 que la sentence doit être traduite, de manière officielle, dans la langue officielle du pays où la reconnaissance est sollicitée. Cette disposition est toutefois interprétée avec souplesse en pratique, certains juges minimisant leur exigence quant à la traduction des sentences arbitrales¹¹⁷². En France, l'article 1515 du Code de procédure civile prévoit la traduction en langue française de la sentence et de la convention d'arbitrage. Si une traduction certifiée est en principe requise, la jurisprudence semble indulgente à cet égard¹¹⁷³.

§ 2. – Les grandes étapes de la procédure

1153. – Après l'introduction de l'instance, le déroulement de la procédure est traditionnellement marqué – parfois après la signature d'un acte de mission et, surtout, le prononcé d'une ordonnance de procédure n° 1 fixant les règles de procédure conjointement avec les parties¹¹⁷⁴ – par des échanges de mémoires écrits (A), puis une audience de plaidoiries et d'interrogatoire des témoins (B). Cette phase de « fond » vise avant tout à l'instruction du litige à travers des preuves documentaires (C) ou testimoniales (D).

A. – Les échanges de mémoires

1154. – Grande liberté procédurale. Les droits internes laissent généralement toute liberté aux parties pour organiser l'échange de leurs écritures, intitulées mémoires, par distinction avec les conclusions en procédure civile. Le droit français est notamment muet sur ce point, et laisse aux arbitres et aux parties le soin d'organiser la procédure¹¹⁷⁵. Certains règlements d'arbitrage encadrent les échanges d'écritures, sommairement ou non¹¹⁷⁶. On peut également considérer que les échanges

¹¹⁷⁰Cass. 1^{re} civ., 22 sept. 2016 : *Bull. civ.* 2016, I, n° 210.

¹¹⁷¹Selon un projet du Conseil fédéral du 24 oct. 2018, en vigueur au 1^{er} janv. 2021. le chapitre 12 de la LDIP a été modifié, notamment à l'article 77, alinéas 1 et 2 bis : « Les mémoires peuvent être rédigés en anglais ».

¹¹⁷²V. R. Ziadé et J.-Y. Garaud, *Les exigences en matière de traduction des sentences arbitrales : perspectives de droit comparé* : *Rev. arb.* 2004, p. 925.

¹¹⁷³Paris, 18 mars 2004 : *Rev. arb.* 2004, p. 917, note J.-Y. Garaud et R. Ziadé ; V. aussi Cass. 1^{re} civ., 14 janv. 2015 : *Bull. civ.* 2015, I, n° 8. V. aussi *infra*, n° 1701 (Encart 52).

¹¹⁷⁴V. J. Waincymer, *Procedure and Evidence in International Arbitration*, Kluwer Law international, 2012, Chap. 6. L'acte de mission, spécificité de la CCI, reste un acte fréquent dans l'arbitrage ad hoc et dans la pratique française. Tout à la fois contrat et acte procédural, il marque formellement le début de l'instance.

¹¹⁷⁵V. *supra*, n° 919, et s.

¹¹⁷⁶Règl. CNUDCI (2010), art. 20 et 21 qui prévoient au moins un mémoire en demande et un mémoire en défense ; Règl. CIRDI (2006), art. 31 qui prévoit un mémoire du requérant, un contre-mémoire, puis éventuellement une réponse et une réplique ; Règl. LCIA (2020), art. 15 qui prévoit en principe un mémoire en demande, un mémoire en défense et un mémoire en réplique. Comp. : Règl. CCI (2021), art. 25(1) ne prévoit

d'écritures font partie, au sens large, des actes d'instruction auxquels le tribunal peut procéder, et relèvent dans une certaine mesure de l'établissement nécessaire des faits pour trancher le litige. Quoi qu'il en soit, l'échange de mémoires est dans l'écrasante majorité des cas déterminé par les parties et le tribunal, par exemple dans l'ordonnance de procédure n° 1 qui établit les règles de procédure de l'arbitrage¹¹⁷⁷. Les échanges de mémoires restent l'élément central de la procédure arbitrale, à travers lequel les parties détaillent leurs positions et arguments. En conséquence, leur encadrement est nécessaire afin de préserver le contradictoire et l'égalité des parties, ainsi que les principes de célérité et de loyauté.

Il existe autant de variantes qu'il y a de cultures juridiques¹¹⁷⁸, que ce soit dans la dénomination des mémoires (par ex., *Statement of case* ou *Statement of claim*, *Statement of defense* ou *Counter-memorial*, *Rejoinder*), dans leur rédaction (succincte ou complète, récapitulative ou indépendante), dans la séquence de soumission (consécutive ou simultanée), etc., et l'on peut envisager en pratique une grande variété d'échanges différents. Le déroulement traditionnel prévoit toutefois la soumission consécutive par le demandeur d'un mémoire en demande dans un certain délai, puis dans le même délai, la soumission d'un mémoire en défense par le défendeur, qui contient le cas échéant des demandes reconventionnelles. Un deuxième « tour » est souvent prévu avec la soumission d'un mémoire en réplique par le demandeur, et le cas échéant une défense à la demande reconventionnelle, puis un mémoire en duplique de la part du défendeur (et en réplique sur la demande reconventionnelle). Ce deuxième tour est parfois prévu, après la phase de production de documents¹¹⁷⁹, qui finit généralement de stabiliser l'univers factuel et documentaire, sur lequel les parties vont s'appuyer. Enfin, il n'est pas rare de prévoir un ultime mémoire pour le demandeur, en duplique sur la demande reconventionnelle éventuelle.

1155. – Détails et volume. En termes de contenu, s'il y a là encore beaucoup de variété, les mémoires d'arbitrage tendent souvent à être très complets, en détaillant minutieusement les faits, en rappelant et expliquant le droit applicable à des arbitres qui parfois ne le connaissent pas¹¹⁸⁰, et en développant le préjudice subi et la quantification du dommage. Le volume des mémoires contraste parfois avec les conclusions en procédure civile, souvent plus directes et dans un style de plaidoirie.

1156. – PHB et mémoires sur les coûts. Enfin, outre les mémoires sur le fond, l'arbitrage a deux particularités qui doivent être mises en exergue : les mémoires post-audience (en anglais *post-hearing briefs* [PHB] ou MPH pour l'acronyme français) qui visent à récapituler et mettre en perspective les débats et les contre-interrogatoires de témoins et experts¹¹⁸¹, ainsi que les mémoires sur les coûts, par lesquels les parties justifient des frais encourus et de leur allocation en leur faveur (ce que les litigants devant les tribunaux étatiques n'ont pas à faire)¹¹⁸².

que le pouvoir du tribunal pour établir les faits du litige ; Règl. AAA-ICDR (2021), art. 22 qui renvoie simplement au pouvoir du tribunal de mener la procédure.

¹¹⁷⁷V. *supra*, n^{os} 919 et s.

¹¹⁷⁸V. *supra*, n^{os} 919 et s.

¹¹⁷⁹V. *infra*, n^{os} 1175 et s. et 1211 (Encart 41).

¹¹⁸⁰V. *supra*, n^{os} 879 et s.

¹¹⁸¹V. *infra*, n^{os} 1157 et s.

¹¹⁸²V. *infra*, n^{os} 1356 et s.

B. – L’audience

1157. – Parfois surestimée ou perçue comme le point culminant – parfois le tournant – de la procédure arbitrale, l’audience est considérée comme « une occasion privilégiée pour les parties de présenter leur dossier et pour les arbitres de le comprendre et d’apprécier les preuves fournies »¹¹⁸³. Elle permet aux parties de confronter leurs arguments et preuves, de récapituler et de mettre en relief les questions de fait et de droit qu’elles jugent saillantes. Elle permet de replacer l’oral « au cœur des débats » dans une procédure arbitrale foncièrement écrite. Comme dans d’autres aspects, le déroulement de l’audience arbitrale est le reflet d’un compromis entre tradition juridique des juridictions de droit civil et de *common law* : là où en droit civil, l’audience est vue comme un « accessoire d’une procédure essentiellement écrite », l’audience dans les pays de *common law* est ce vers quoi « les efforts des conseils des parties tendent et dont ils sont, en fait, des actes préparatoires »¹¹⁸⁴. Bien qu’elle ne soit pas toujours nécessaire à la bonne administration de la justice arbitrale, la pratique en a fait une étape procédurale essentielle, malgré sa contribution substantielle au coût et à la longueur d’un arbitrage. Les questions tenant à l’audience sont tout aussi bien théoriques (1^o) que pratiques (2^o).

1^o Considérations théoriques relatives à l’audience arbitrale

a) La nécessité de tenir une audience

1158. – L’audience arbitrale, une étape « accessoire » de la procédure. L’audience peut être vue comme accessoire dans la procédure, en ce sens qu’elle n’est pas imposée par le droit de l’arbitrage français¹¹⁸⁵. Cette position est relativement atypique par rapport à d’autres juridictions¹¹⁸⁶. En effet, en droit comparé, la plupart des lois nationales prévoient expressément la possibilité pour les parties d’être entendues sauf renonciation expresse¹¹⁸⁷, de même que les règlements d’arbitrage¹¹⁸⁸. À l’inverse, et naturellement, il n’est pas interdit pour les parties de prévoir une audience, particulièrement lorsque cela est prévu par un règlement d’arbitrage¹¹⁸⁹. La question se pose toutefois de l’autonomie des arbitres dans la détermination du déroulement de la procédure, et notamment de sa liberté de ne pas tenir une audience, d’en limiter la durée ou d’encadrer strictement son déroulement¹¹⁹⁰. La crise sanitaire

¹¹⁸³Commission de l’arbitrage et ADR de la CCI, *Gestion efficace de l’arbitrage : Guide destiné aux juristes d’entreprises et aux représentants des parties*, Publ. CCI n° 866, 2015, p. 56.

¹¹⁸⁴Y. Derains, *La pratique de l’administration de la preuve dans l’arbitrage commercial international* : *Rev. arb.* 2004, p. 781 et s., spéc. p. 788.

¹¹⁸⁵Paris, 2 juill. 2013 : *Rev. arb.* 2014, p. 130, note E. Loquin.

¹¹⁸⁶On note toutefois que le droit suisse est similaire à la jurisprudence française, en ce que le droit pour les parties d’être entendues n’implique pas que les parties puissent revendiquer le droit d’être entendues oralement, V. E. Geisinger et N. Voser (éds), *International Arbitration in Switzerland : A Handbook for Practitioners*, Kluwer Law International, 2013, p. 101.

¹¹⁸⁷C’est par ex. le cas en droit anglais, V. *Arbitration Act*, art. 33 ; en droit néerlandais, V. CPC, art. 1039 ; dans la loi-type CNUDCI (2006), V. art. 24(1) qui précise que « (...) Cependant, à moins que les parties ne soient convenues qu’il n’y aura pas de procédure orale, le tribunal arbitral organise une telle procédure à un stade approprié de la procédure arbitrale, si une partie lui en fait la demande ».

¹¹⁸⁸Règl. CNUDCI (2010), art. 17(3) ; Règl. LCIA (2020), art. 19(1) ; Règl. DIAC, art. 28(1).

¹¹⁸⁹Cass. 1^{re} civ., 17 juin 1997 : *Rev. arb.* 1998, p. 414, note L. Kiffer.

¹¹⁹⁰V. aussi sur cette question, V. V. Veeder, *Whose Arbitration is it Anyway : The Parties or the Arbitration Tribunal – An Interesting Question?*, in L. W. Newman et R. D. Hill (éds), *The Leading Arbitrators’ Guide to International Arbitration*, Juris Publishing, 2004, p. 347 et s. ; V. supra, nos 919 et s. et n° 933.

a, à partir de 2020, semblé amplifier le débat autour de la question du caractère impératif, nécessaire, ou utile, d'une audience « présenteielle » dans un cadre arbitral : certaines institutions s'y sont penchées plus particulièrement et de manière comparée¹¹⁹¹.

1159. – Audience et principe de la contradiction. Plus précisément, le principe de la contradiction n'est pas mis à mal dans le cas où une audience ne se tiendrait pas¹¹⁹². L'audience et l'oralité des débats ne sont ainsi pas vues comme indispensables pour garantir ce principe, dans la mesure notamment où il n'est pas nécessaire d'assurer des débats publics, contrairement au contentieux judiciaire¹¹⁹³. Toutefois, si une audience se déroule, il est nécessaire de mettre les parties dans les mêmes dispositions pour faire valoir leurs droits, et il convient notamment de prévoir un temps égal pour que les parties s'expriment¹¹⁹⁴.

1160. – L'opportunité de tenir une audience. Si la question de la nécessité légale de tenir une audience semble balisée, celle de son opportunité reçoit des réponses variées. Reste que les procédures sur pièces, sans audience, sont rares en pratique, les parties ou les arbitres souhaitant généralement avoir l'opportunité, pour les uns de présenter leurs arguments et pour les autres d'obtenir les clarifications nécessaires à la bonne compréhension et résolution du litige. L'audience permet également une rencontre physique entre les arbitres et les parties et les témoins, dont la portée n'est pas à négliger¹¹⁹⁵.

1161. – Procédures sur pièces. Les procédures sur pièces, parfois encouragées¹¹⁹⁶, semblent toutefois adaptées pour des litiges simples et modestes, qui ne mobilisent pas ou peu d'experts et de témoins, et pour lesquels le coût d'une audience pourrait être disproportionné au regard de ses avantages. C'est le cas notamment des procédures dites « accélérées » qui visent à trancher des litiges d'un faible montant rapidement et qui, si elles n'excluent pas la possibilité de tenir une audience, ne la favorisent pas¹¹⁹⁷.

b) Le type et le contenu de l'audience

1162. – Les différentes audiences. La première audience, chronologiquement, est la conférence de gestion de la procédure, organisée à l'orée de l'instance et qui vise à organiser la procédure et/ou signer un acte de mission¹¹⁹⁸, ce qui donne l'occasion à tous les acteurs de la procédure de se rencontrer pour la première fois. Outre cette audience procédurale, il est fréquent de voir se dérouler, sur le modèle

¹¹⁹¹V. le projet de recherche lancé en sept. 2020, ayant abouti au printemps 2021, à la sortie de 46 rapports nationaux, co-édités par G. Rojas Elgueta, J. Hosking and Y. Lahlou, en collaboration avec ICCA : "Does a Right to a Physical Hearing Exist in International Arbitration?" V. le Rapp. sur la France, édité par V. Chessa, N. Barysheva, A. Camillacci (disponibles en ligne).

¹¹⁹²V. Paris, 12 juill. 1971 : *Rev. arb.* 1973, p. 74, note Ph. Fouchard : « le caractère contradictoire de l'arbitrage n'implique pas nécessairement la comparution des parties ou de leur conseil devant l'arbitre en vue d'un débat oral ». V. aussi, plus récemment, Paris, 2 juill. 2013 : *Rev. arb.* 2014, p. 130, note E. Loquin.

¹¹⁹³E. Loquin, *L'arbitrage du commerce international*, Joly éd., 2015, § 390.

¹¹⁹⁴TGI Paris, 15 juin 2006, *République du Gabon c/ Sté Prodoil Gabon SA* : *Rev. arb.* 2006, p. 1002, obs. J.-Y. Garaud et Ch.-H. de Taffin.

¹¹⁹⁵Pour une étude psychologique du rôle de l'audience, V. M. A. Cymrot et P. Levine, *Going First Makes a Difference : Decision-Making Dynamics in Arbitration*, in T. Cole, *The Roles of Psychology in International Arbitration*, Kluwer Law International, 2017, p. 175 et s.

¹¹⁹⁶Rapport de la Commission de l'arbitrage et ADR de la CCI, *Controlling Time and Costs in Arbitration*, Publ. CCI n° 861-2, 2018, § 69.

¹¹⁹⁷Règl. CCI (2021), Appendice VI, art. 3(5) ; Règl. SIAC (2016), art. 5.2 ; Règl. HKIAC (2018), art. 42.

¹¹⁹⁸V. Règl. CCI (2021), art. 23 et 24 ; Règl. CIRDI (2006), art. 20 et 21 ; Règl. DIAC, art. 22.

anglo-saxon, des audiences sur le fond, axées sur l'audition des témoins et des experts. Si l'audition des témoins (*evidentiary hearing*) est généralement celle qui est envisagée par les textes¹¹⁹⁹, il est fréquent qu'une audience de plaidoiries (*pleadings*) soit prévue concomitamment ou séparément, pour entendre les *opening statements* et/ou *closing arguments*. Qu'elles soient pour auditionner les témoins ou pour permettre aux parties et à leurs conseils de plaider, ces audiences se tiennent typiquement après des échanges complets d'écritures, de pièces (et de productions documentaires), d'attestations de témoins et de rapports d'expertise et viennent donc ponctuer la procédure. Certaines alternatives sont toutefois proposées, comme par exemple le *Kaplan Opening*, qui préconise l'organisation d'une phase de plaidoiries en milieu de procédure, idéalement après un premier échange d'écritures¹²⁰⁰.

En tout état de cause, et même si le principe de loyauté, voire les règles adoptées en début de procédure, commanderait en principe de ne pas soumettre de nouveaux éléments de fait ou de droit au moment de l'audience, la production de nouveaux éléments ne devrait pas être strictement interdite tant qu'elle respecte le principe de la contradiction. C'est ainsi que l'on voit souvent soumis au tribunal arbitral, parfois la veille de l'audience, des diapositives de présentation générale ou, selon la pratique judiciaire anglaise, des *skeleton arguments* qui visent à synthétiser l'argumentaire de la partie concernée¹²⁰¹.

c) Lieu de l'audience et lieu de l'arbitrage

1163. – Un lieu d'audience généralement libre. Si le lieu d'audience et le lieu d'arbitrage se confondent souvent en pratique, le lieu de l'audience, en tant que localisation physique de déroulement de l'audience, est distinct du lieu de l'arbitrage, ou siège, notion juridique qui « localise » la procédure dans une juridiction donnée¹²⁰². Il est à ce titre établi que les audiences peuvent se tenir ailleurs qu'au siège¹²⁰³.

La libre détermination de l'audience est souvent présentée comme une manifestation de la flexibilité de l'arbitrage qui permet aux parties d'organiser la procédure comme elles le souhaitent en ne dépendant pas du nombre d'affaires pendantes devant les tribunaux et ainsi en organisant l'audience dans tout endroit adapté (par ex. dans un centre d'audience, dans un hôtel, dans le cabinet d'un des arbitres ou d'un des conseils, *etc.*). Cela permet également aux parties de gérer les coûts et de s'assurer de la disponibilité de locaux modernes et du personnel (interprètes, sténographes, matériels documentaires, connectiques et technologiques...) nécessaires à la bonne conduite d'une audience et permettant ainsi d'offrir un choix procédural et économique, ainsi qu'un certain confort aux arbitres et aux parties. C'est aussi pour cela que les grandes villes, généralement présentées comme des « *hubs financiers* » – Paris, New York, Londres, Singapour, Hong Kong,

¹¹⁹⁹Le Code de procédure civile, par ex., ne mentionne que la possibilité d'auditionner les témoins (CPC, art. 1467, al. 2) mais ne prévoit pas d'audience de plaidoirie. De la même façon, si le règlement CCI (2021) prévoit que le tribunal peut entendre les parties (art. 26), aucune précision n'est apportée sur les modalités de cette « audition ». À l'inverse, l'audition des témoins est expressément encadrée (art. 25).

¹²⁰⁰N. Kaplan, *If It Ain't Broke, Don't Change It : Arbitration* 2014, p. 172-175.

¹²⁰¹R. Doak Bishop et E. G. Kehoe, *The Art of Advocacy in International Arbitration*, Juris, 2010, p. 365 et s.

¹²⁰²V. *supra*, n° 1117 et s.

¹²⁰³V., dans la jurisprudence, Cass. 2^e civ., 9 févr. 1994 : *Rev. arb.* 1995, p. 127, note Véron ; ce que la plupart des règlements consacrent aussi : V. not. Règl. CCI (2021), art. 18(2) ; Règl. LCIA (2020), art. 16(3) ; Règl. CNUDCI (2010), art. 18(2).

notamment – et offrant généralement une large gamme des services logistiques requis, sont prisées par les utilisateurs de l'arbitrage international¹²⁰⁴.

1164. – Les critères de détermination du lieu de l'audience. Pour des raisons de prévisibilité, souvent aussi par précaution (fondée ou non), les audiences se tiennent traditionnellement au lieu du siège de l'arbitrage mais la déconnexion peut se faire aussi bien juridiquement qu'en pratique. D'autres facteurs peuvent toutefois encourager les parties et les arbitres à choisir une autre ville ou un autre pays que celui du siège. Ces considérations peuvent relever : d'une volonté de gestion efficace du litige, par exemple à travers le choix d'une localisation facile d'accès pour tous les arbitres et les conseils, ainsi que les témoins et experts, qui peuvent souvent être éparpillés, d'un lieu bénéficiant de ressources logistiques importantes (hôtels, services d'appui, *etc.*) ; d'un rapprochement avec l'objet du litige, comme une usine en construction, notamment dans une optique de proximité avec les éléments de preuve, ce qui peut être primordial si les arbitres doivent se rendre sur site ; de considérations légales ou réglementaires, par exemple la facilité d'obtention de visas, ou la prise en compte de restrictions d'exercice des conseils¹²⁰⁵.

1165. – Les audiences virtuelles. Par souci d'économie, écologique, de gain de temps – ou par obligation sanitaire comme la crise de la Covid-19 l'a bien mis en évidence –, la tenue d'audiences virtuelles aura vraisemblablement tendance à se développer rapidement, tout en remettant en cause la nécessité d'une audience physique par rapport à une audience virtuelle¹²⁰⁶. Ainsi, des centres d'arbitrage ont récemment pu encourager les parties et le tribunal à procéder à des audiences virtuelles¹²⁰⁷, alors que le cadre réglementaire semble déjà exister¹²⁰⁸. Il convient aujourd'hui pour les praticiens de l'arbitrage, aidés par les protocoles en cours d'élaboration¹²⁰⁹, de mettre en balance un certain nombre de considérations relativement à la tenue physique d'audience. La première est la nécessité elle-même de tenir une audience¹²¹⁰, au recours de l'efficacité et de la célérité de la procédure, et la nécessité de trancher le litige en ayant pleinement entendu les parties. Est-il préférable ou nécessaire d'organiser une audience physique quitte à décaler la procédure, d'organiser plutôt une audience virtuelle, ou ne pas organiser du tout

¹²⁰⁴Outre les hôtels, Paris dispose ainsi d'un centre d'audience de la CCI où il convient souvent de réserver longtemps à l'avance les salles requises. On peut également citer le centre d'audience du HKIAC à Hong Kong, les *Maxwell Chambers* à Singapour ou le NYAC à New York.

¹²⁰⁵Ainsi, aux Émirats arabes unis, seuls des avocats inscrits localement peuvent théoriquement représenter des parties dans des arbitrages *onshore* (ce qui exclut les arbitrages situés dans le DFIC, l'ADGM ou autres zones franches), D. n° 972 de 2017 sur la réglementation exécutive à la loi fédérale sur les professions juridiques n° 23 de 1991. À noter que, depuis le 1^{er} janvier 2019, la Californie (qui faisait exception jusque-là) reconnaît le droit aux avocats étrangers de représenter des parties à des arbitrages internationaux situés en Californie, sous certaines conditions cependant, V. *California International Commercial Arbitration and Conciliation Act*, 18 juill. 2018, art. 1.5.

¹²⁰⁶V. pour un cadre général à ce sujet, M. Scherer, *Remote Hearings in International Arbitration : An Analytical Framework* : JIA 2020, vol. 37, n° 4, p. 407 et s.

¹²⁰⁷CCI, *Guidance Note on Possible Measures Aimed at Mitigating the Effects of the Covid-19 Pandemic*, 9 avr. 2020. Le CIRDI et le HKIAC ont mis en place des protocoles pour la tenue d'audiences virtuelles.

¹²⁰⁸V. Règl. CCI (2021), art. 26(1) qui le permet expressément ; Règl. CNUDCI (2010), art. 28(4) ; Règl. AAA-ICDR (2021), art. R.32(c).

¹²⁰⁹V. à ce sujet le Protocole de Séoul établi par KCAB International ; le Protocole de l'Africa Arbitration Academy ; le Protocole du CPR ; le Protocole de l'AAA-ICDR.

¹²¹⁰À ce titre, la visioconférence a pu être utilisée dans le cadre de procédures pénales, où l'audience est pourtant reine, V. Cass. crim., 20 févr. 2019, n° 18-80.777. Dans le cadre de la crise de la Covid-19, certains tribunaux ont maintenu leurs audiences, par visioconférence.

d'audience ? Une fois cette problématique abordée, il convient, pour évaluer la possibilité de tenir une audience virtuelle, de tenir compte des limites technologiques, de la difficulté (ou de la facilité) pour les équipes de conseils de se réunir, de réunir les experts et les témoins, de traiter la question de la gestion documentaire ainsi que la durée prévue de l'audience (organiser une audience virtuelle de deux jours sera sans doute moins soumis à des aléas que sur dix jours)¹²¹¹.

1166. – Le développement des audiences virtuelles arbitrales pourrait ainsi permettre d'éviter des reports d'audiences physiques dans des contextes de crise, comme c'est le cas devant les juridictions étatiques. En effet, on peut estimer que, à la condition que les outils soient disponibles, l'impératif d'administration de la justice devrait encourager les arbitres à maintenir, voire privilégier, des audiences virtuelles¹²¹². La « nouvelle réalité » devrait encourager les parties et les arbitres à travailler à distance, dans la mesure du possible, et le cas échéant en prévoyant des extensions de délais raisonnables, mais sans suspendre la procédure purement et simplement¹²¹³.

d) La conduite de l'audience

1167. – **L'arbitre, maître de l'audience ?** Comme pour tous les aspects de conduite de la procédure¹²¹⁴, l'arbitre est libre de diriger l'audience, malgré le rôle actif des parties, et il est d'ailleurs chargé de recentrer et diriger les débats. La jurisprudence le reconnaît expressément¹²¹⁵. Les règlements d'arbitrage laissent également tout pouvoir à l'arbitre pour diriger l'audience¹²¹⁶. De même, certaines règles de *soft law*, très souvent adoptées en pratique, précisent que l'arbitre a un contrôle complet sur l'audience¹²¹⁷. Il en va, dit-on souvent, de l'efficacité de l'arbitrage car, à défaut d'accord, la conduite de la procédure deviendrait incontrôlable. C'est pour cette raison que, même lorsque les parties se seront mises d'accord sur certaines modalités (durée et répartition du temps, nombre de témoins à auditionner...), certains arbitres s'estimeront encore en droit, ou légitimes, d'imposer une organisation de l'audience différente, souvent plus ramassée. Reste que le déroulement de l'audience, comme bien d'autres aspects de la procédure, est généralement fixé dans une ordonnance de procédure établie en consultation avec les parties. Il reviendra donc, à l'arbitre comme aux parties, de chercher le juste équilibre entre le respect de la volonté des parties et le souci d'efficacité.

2° Aspects pratiques de l'audience arbitrale

a) La préparation de l'audience

1168. – Après avoir établi la nécessité de la tenue d'une audience, généralement en début d'instance – même s'il peut être bienvenu d'attendre de voir comment la procédure évolue avant d'envisager la tenue précise d'une audience –, les parties et le

¹²¹¹V. Rapport ICCA, "Does a Right to a Physical Hearing Exist in International Arbitration?", mars 2021 ; V. *infra*, n° 1249 et s.

¹²¹²V. à ce titre, devant les juridictions anglaises, *Municipio De Mariana & Others v. BHP Group PLC* [2020] EWHC 928 (TCC).

¹²¹³*Julio Miguel Orlandini-Agreda et Compañía Minera Orlandini Ltda. c/ Bolivie*, Aff. CPA n° 2018-39.

¹²¹⁴CPC, art. 1509 ; V. *supra*, n° 934.

¹²¹⁵Il peut ainsi librement décider de l'audition des témoins, V. Paris, 15 mars 1984 : *Rev. arb.* 1985, p. 285.

¹²¹⁶V. Règl. CCI (2021), art. 26(3) ; Règl. CNUDCI (2010), art. 28.

¹²¹⁷Règles IBA sur l'administration de la preuve (2020), art. 8(2).

tribunal arbitral devront définir un certain nombre d'aspects pratiques concernant la (ou les) audience(s) à venir.

1169. – La durée de l'audience. La question de la détermination de la durée de l'audience est un point clé pour la bonne organisation de la procédure. En effet, il est souvent nécessaire de la définir dès le début, au moment de la conférence sur la gestion de la procédure, afin de s'assurer de la disponibilité de tous les intervenants. Mais cela reste un exercice périlleux, car à ce stade préliminaire, il reste difficile d'anticiper la complexité de l'affaire, le volume documentaire et surtout le nombre de témoins et d'experts à interroger. En conséquence, il n'est pas rare que les aspects logistiques et organisationnels soient discutés à un stade ultérieur de la procédure.

1170. – La conférence préparatoire à l'audience. La conférence préparatoire à l'audience permet d'organiser de manière efficace l'audience en définissant, entre les arbitres et les parties, un certain nombre d'aspects pratiques relatifs aux plaidoiries et aux interrogatoires¹²¹⁸.

Ainsi, les parties fixent traditionnellement la durée et l'allocation du temps dont chaque partie dispose pour plaider et interroger les témoins et experts qu'elles souhaitent, ainsi que l'ordre de prise de parole. Si l'allocation du temps est en principe égale¹²¹⁹, il peut exister certaines disparités, en fonction du nombre de parties pour chaque côté (plusieurs demandeurs contre un défendeur, ou inversement) ou du nombre de témoins ou d'experts mobilisés par chacun. Reste que le principe d'égalité des parties, principe fondamental de la procédure, n'implique pas pour chacune des parties d'avoir un temps de parole identique¹²²⁰. La conférence préparatoire à l'audience, et la période qui l'entoure, sont également l'occasion de prévoir les mécanismes d'enregistrement ou de retranscription de l'audience ou encore les besoins de traduction ou d'interprétariat, étant entendu que tous les échanges ne se déroulent pas nécessairement dans la langue de l'arbitrage¹²²¹. Il convient également pour les parties et le tribunal, généralement bien avant le déroulement de la conférence préparatoire à l'audience, de prévoir le lieu où se déroulera l'audience, par exemple dans une salle d'audience spécifiquement conçue à cet effet¹²²², dans un hôtel disposant des infrastructures nécessaires, ou encore dans le cabinet d'un membre du tribunal ou d'une des parties (ce qui est plus rare). Comme évoqué ci-dessus, la localisation physique d'une audience à tel endroit apporte également son lot de considérations logistiques annexes, à savoir l'installation et l'hébergement des différents intervenants à la procédure (parties et leurs conseils, les arbitres et le secrétaire administratif le cas échéant, les témoins, les experts, etc.).

1171. – Les étapes procédurales pré-audience. Il est fréquent pour les parties de préparer, quelques jours voire quelques semaines avant l'audience, des documents ou des supports qui seront utilisés dans le cadre de leurs plaidoiries ou de l'interrogatoire des témoins. Ainsi, les parties soumettent fréquemment des

¹²¹⁸CNUDCI, *Aide-mémoire de la CNUDCI sur l'organisation des procédures arbitrales*, 2016, § 9.

¹²¹⁹Le système de « chess-clock arbitration » a ainsi été développé pour assurer cette égalité, v. K. H. Böckstiegel, *Case Management by Arbitrators: Experiences and Suggestions*, in G. Aksen (ed.), *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution: Liber Amicorum in Honour of Robert Briner*, Pub. CCI, 2005, p. 123.

¹²²⁰Ph. Fouchard, E. Gaillard et B. Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, préc., § 1299 ; v. *supra*, n° 943 et s.

¹²²¹V. *supra*, n° 1147 et s.

¹²²²On peut citer, à Paris, le centre d'audience de la CCI ou encore celui du CIRDI.

présentations visuelles utilisées lors de leurs plaidoiries introductives ou encore peuvent préparer, pour les besoins du tribunal et sur les modèles des juridictions de *common law*, les éléments probatoires clés, à travers des *core bundles*, des listes de pièces consolidées et chronologiques, une liste des personnes et entités concernées par le litige (*dramatis personae*) ou encore un résumé de leurs plaidoiries, à travers des *skeleton arguments*.

b) Le déroulement et les étapes de l'audience

1172. – Des étapes habituelles malgré la liberté des parties d'organiser l'audience. Si le déroulement de l'audience n'est pas fixé en amont, c'est-à-dire dans le règlement d'arbitrage ou même dans l'ordonnance de procédure initiale, pour être adapté à chaque cas d'espèce et à la volonté des parties, les audiences suivent généralement un déroulement similaire plus ou moins standard, avec quelques phases récurrentes.

1173. – Opening statement. L'audience peut commencer par des plaidoiries introductives (*opening statements*), d'abord des demandeurs puis des défendeurs. L'audience n'ayant pas pour (seul) but de retracer à l'oral l'ensemble des échanges écrits des parties, cette phase sera généralement limitée et concentrée sur un rappel des faits succincts et ciblés, la présentation des preuves essentielles et les arguments de droit déterminants. Comme évoqué ci-dessus¹²²³, la plaidoirie introductive peut se faire à l'aide de supports visuels et/ou d'un *core bundle* qui réunit les documents importants des parties¹²²⁴. L'audition des témoins et experts, très fréquente mais dont l'importance est aujourd'hui relativisée¹²²⁵, constitue traditionnellement la partie centrale, et le principal intérêt, d'une audience : cela permet, à travers le contre-interrogatoire des témoins adverses¹²²⁶, de confronter les points de vue et éventuelles incohérences, de clarifier les présupposés et conclusions des témoignages et expertises et d'éclairer les arbitres qui peuvent obtenir des réponses précises à leurs interrogations éventuelles. Plus rarement, les parties peuvent clôturer l'audience par des plaidoiries conclusives (*closing arguments*), ce qui a pour intérêt de reprendre les points saillants des débats oraux et de résumer ce qui a pu être établi à l'audience. La pratique privilégie cependant plutôt des échanges de mémoires post-audience qu'une plaidoirie immédiate¹²²⁷, qui, même si elle a le mérite de la spontanéité et d'être moins coûteuse, serait moins précise ou utile.

¹²²³V. *supra*, n° 1175 et s.

¹²²⁴V. *infra*, n° 1221.

¹²²⁵V. gén. sur l'apport des témoignages : L. Shore, *Do Witness Statements Matter – And If So, How Can They Be Improved?*, in A. J. Van den Berg (éd.), *Legitimacy : Myths, Realities, Challenges*, ICCA Congress Series, vol. 18, Kluwer Law International, 2015, p. 302-314.

¹²²⁶V. *infra*, n° 1238 (Encart 42) n° 1241 (Encart 43).

¹²²⁷V. N. Blackaby, C. Partasides, A. Redfern et M. Hunter, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, Oxford University Press, 2015, § 6.187 et s.

Encart 40

La vie d'une audience étalée sur une semaine : les grandes étapes

	LUNDI	MARDI	MERCREDI	JEUDI	VENDREDI
Matinée	Logistique de l'audience				
	Plaidoirie introductive du Dem.	Interrogatoire du témoin n° 1 Dem. par le conseil du Déf. (et éventuel « re-direct » par le conseil du Dem.)	Interrogatoire du témoin n° 3 du Dem.	Interrogatoire du témoin n° 2 du Déf.	Interrogatoire de l'expert du Déf. par le conseil du Dem. (et éventuel « re-direct » par le conseil du Déf.)
	PAUSE	PAUSE	PAUSE	PAUSE	PAUSE
Après-midi	Plaidoirie introductive du Déf.	Interrogatoire du témoin n° 2 du Dem.	Interrogatoire du témoin n° 1 du Déf. par le conseil du Dem. (et éventuel « re-direct » par le conseil du Déf.)	Interrogatoire de l'expert du Dem. par le conseil du Déf. (et éventuel « re-direct » par le conseil du Dem.)	Plaidoiries conclusives des parties
	Éventuelles répliques				

* Dem. : Demandeur.

* Déf. : Défendeur.

c) Les étapes postérieures à l'audience

1174. – La vérification de la bonne transcription des débats. Lorsque l'audience a été retranscrite pas un sténotypiste, il est fréquent pour les parties de vérifier l'exactitude de la transcription finale, ce qui donne généralement lieu à des échanges, parfois vifs, entre les parties à ce sujet (que le tribunal est amené, ou non, à trancher). Comme indiqué, les mémoires post-audience (MPH)¹²²⁸ sont généralement prévus et peuvent s'avérer fort utiles pour récapituler les positions à la lumière des plaidoiries et de l'audition des témoins : ils permettent surtout de mettre en relief et/ou tester la plus ou moins grande cohérence de la preuve testimoniale soumise à l'audience et les conclusions à en tirer. Ils peuvent également inclure des discussions relatives aux coûts de l'arbitrage et à leur allocation¹²²⁹, et même donner lieu à une segmentation de la procédure avec des audiences et une sentence uniquement à ce sujet¹²³⁰. Une fois l'audience achevée et les derniers échanges de mémoires effectués, le tribunal se « retire » pour délibérer et rendre sa sentence¹²³¹.

C. – L'administration de la preuve : la preuve documentaire

1175. – Preuve et vérité, fait et information. La preuve est traditionnellement définie comme un élément matériel permettant d'établir la réalité d'un fait ou l'existence d'un acte¹²³². Plus que la recherche d'une vérité absolue, la preuve juridique a pour but de permettre au juge de « faire approuver socialement une vérité » en déclarant « judiciairement vrai ce qui en fait lui paraît au moins vraisemblable »¹²³³. Contrairement à ce qui est parfois entendu, la justice, du moins arbitrale¹²³⁴, n'est pas toute focalisée sur la vérité ; ce qui lui importe est bien plus la preuve de cette vérité. En cherchant une décision juste et correcte, l'arbitre doit souvent trancher entre deux « réalités » alternatives et doit tenter de s'approcher de ce qui est le plus raisonnablement ou vraisemblablement réel¹²³⁵. Mais vraisemblance n'est pas apparence et l'arbitre, muni de sa rigueur juridique, de sa conviction éthique et de son expérience technique, disposera du *fact checking* tel qu'il résulte mécaniquement du débat contradictoire. Les différends arbitraux ne sont certes pas à l'abri de la propagation de *fake news* ou trucages très élaborés (ou *deep fakes*), toujours plus aisée et séduisante que la présentation d'informations fiables exactes, moins attirantes et plus austères¹²³⁶. Toutefois, là où le journalisme se doit d'être impartial et exact, le fait « juridique », du moins en arbitrage, ne peut être totalement assimilé à l'« information » car celle-ci s'appuie d'abord sur l'éthique professionnelle du journaliste qui la rapporte sans égard pour les conditions juridiques de sa recevabilité. Ici, les mécanismes de recherche de la vérité et d'établissement des faits sont plus encadrés par les « règles du jeu » du procès, mais également plus aléatoires

¹²²⁸V. *supra*, n° 1156.

¹²²⁹V. *infra*, n°s 1357 et s.

¹²³⁰V. *infra*, n° 1408.

¹²³¹V. *infra*, n°s 1411 et s.

¹²³²S. Guinchard et Th. Debard, *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 25^e éd., 2017, V° Preuve, p. 878.

¹²³³D. Ammar, *Preuve et vraisemblance : RTD civ.* 1993, p. 499.

¹²³⁴L'arbitrage étant lui-même sujet à plusieurs vérités, *a fortiori* dans un monde où tout est systématiquement remis en cause, V. J. Heiner Nedden et A. de Jong, *Arbitration in a Post-Truth World : Perception v. Reality : Dispute Resolution International* 2018, vol. 12, n° 2, p. 165 et s.

¹²³⁵W. W. Park, *Arbitrators and Accuracy : J. Int'l Disp. Settlement* 2010, 1(1), p. 25 et s., spéc. p. 27.

¹²³⁶S. Vosoughi, D. Roy et S. Aral, *The spread of true and false news online : Science* 2018, 359, p. 1146-1151.

compte tenu de la présentation des parties et des conditions de recevabilité des preuves.

1176. – Le rôle de la preuve dans l’administration du litige. La preuve est naturellement centrale dans tout procès qui repose en général sur une réelle assise factuelle. L’arbitrage étant souvent une procédure casuistique tournant essentiellement autour de faits contestés, la preuve par les parties des faits soulevés et de leurs allégations est déterminante des prétentions de chacun. Outre un rôle clé dans l’issue du litige, les considérations probatoires peuvent également constituer un enjeu essentiel dans la conduite de la procédure. L’administration de la preuve est également un aspect déterminant dans la conduite de la procédure en raison de son incidence sur sa durée et son coût. Ainsi, les incidents relatifs à la recevabilité de documents, la procédure de production de documents mais également le volume des pièces, peuvent modifier sensiblement le déroulement de l’arbitrage, voire donner lieu à des batailles dans la bataille.

1177. – La preuve documentaire. Deux grandes catégories d’éléments probatoires doivent être distinguées en arbitrage : la preuve documentaire, ou littérale, en principe écrite ; et la preuve testimoniale, en principe orale. À ce titre, une grande importance doit être accordée à la preuve documentaire¹²³⁷. Les arbitrages sont en principe tous fondés sur une convention d’arbitrage écrite¹²³⁸ et sont en majorité des procédures « sur pièces » dont la communication intervient tôt, les preuves à l’appui des prétentions étant apportées dès le début de la procédure, soit avec la requête d’arbitrage ou au plus tard avec le premier mémoire. De même que l’on envisage mal aujourd’hui un arbitrage entièrement « oral », il est rare, mais pas impossible, en tout cas dans un arbitrage rattaché au droit français¹²³⁹, d’entamer une procédure sans avoir réuni suffisamment d’éléments de preuve, au sens écrit, pour fonder ses demandes. Ici, le coût, plus qu’ailleurs, incite à la prudence. D’autant que certains règlements permettent aujourd’hui aux arbitres de rejeter une demande d’arbitrage *a priori* non fondée peu après qu’elle a été introduite¹²⁴⁰. Il est de même possible pour l’institution elle-même de rejeter une demande d’arbitrage pour ce qui peut être considéré comme un manque de preuve initiale, c’est-à-dire s’il n’existe pas *prima facie* de convention d’arbitrage¹²⁴¹.

1178. – Du fait de son importance et des enjeux qu’elle révèle, la question de la preuve tend à être encadrée par les parties et les arbitres dans son administration ainsi que par des principes fondamentaux tels que le respect du contradictoire, l’égalité des armes ou le principe de loyauté. Il conviendra de délimiter la preuve documentaire dans son objet (1^o) avant d’en étudier son administration (2^o).

¹²³⁷Pour une revue générale des problématiques relatives à la preuve documentaire, V. O. Caprasse, *Les documents en arbitrage* : *Rev. arb.* 2018, p. 513 et s.

¹²³⁸Bien que la convention d’arbitrage « orale » ne soit pas totalement à exclure en arbitrage international (CPC, art. 1507) ; V. *supra*, n^{os} 474 et s.

¹²³⁹Le référé-probatoire de l’article 145 du Code de procédure civile peut ainsi être utilisé par une partie contemplant une action en arbitrage.

¹²⁴⁰V. Règl. SIAC (2016), art. 29 ; Règl. SCC (2017), art. 39. C’est également les préconisations de la CCI qui invitent le tribunal arbitral, sur demande des parties, à se prononcer rapidement sur des demandes ou des défenses manifestement infondées, sur la base de l’article 22 du règlement CCI qui impose aux intervenants de conduire la procédure de manière efficace, V. CCI, *Note aux parties et aux tribunaux arbitraux sur la conduite de l’arbitrage selon le règlement d’arbitrage de la CCI*, 1^{er} janv. 2021, § 109 et s. ; V. aussi : S. Nataf, *La détermination sommaire des demandes ou défenses manifestement infondées* : *Rev. arb.* 2019, p. 363, spéc. p. 382.

¹²⁴¹V. par ex. Règl. CCI (2021), art. 6(4).

1° L'objet de la preuve documentaire

1179. – La preuve documentaire ou littérale, que l'on peut définir comme étant écrite, doit s'entendre de manière large (a). Outre une différence de source, elle se distingue de la preuve testimoniale en ce qu'elle couvre les éléments dont on entend apporter la preuve d'une certaine manière, qui se veut plus objective et en s'appuyant sur un document écrit (b). Enfin la preuve documentaire entend se rattacher à des faits aussi bien qu'au droit (c).

a) La typologie des documents « écrits »

1180. – Bien que la distinction n'emporte pas de conséquences sur le fond mais plutôt dans la gestion des documents, il convient de préciser les différences entre la preuve documentaire traditionnelle (1) et la preuve électronique (2).

1) La preuve « traditionnelle »

1181. – Une preuve fixée. En droit français, la preuve écrite est définie comme consistant « en une suite de lettres, de caractères, de chiffres ou de tous autres signes ou symboles dotés d'une signification intelligible, quel que soit leur support »¹²⁴². La pratique arbitrale internationale adopte une définition similaire, et les Règles de l'IBA sur l'administration de la preuve dans l'arbitrage international dans leur version amendée de 2020, une référence désormais d'usage dans ce cadre, définissent les documents comme visant « un écrit, une communication, une image, un dessin, un programme ou une donnée de quelque nature qu'elle soit, aussi bien enregistrée que conservée sur support papier ou électronique, audio, visuel ou par tout autre moyen »¹²⁴³. Un écrit en tant que tel n'est ainsi pas nécessaire pour constituer une preuve documentaire. Il semble suffire que l'élément probatoire puisse être fixé sur un support, là encore sans que ledit support doive constituer un document au sens traditionnel (c'est-à-dire papier). On comprend donc qu'il n'existe pas de différence de nature entre une preuve papier ou électronique, ni même entre une preuve écrite ou traditionnelle, ce qui peut se comprendre à l'ère du numérique, où même la frontière avec l'oral tend à s'effacer (puisque pouvant faire l'objet d'un enregistrement sur un support matériel et électronique).

1182. – Le contenu de la preuve documentaire. Électronique ou non, la preuve documentaire classique comprend généralement des éléments factuels constitués de façon contemporaine aux faits qu'ils relatent. Cela peut être des correspondances, des rapports, des comptes-rendus, des photographies, *etc.* Il semble possible, et pertinent, de distinguer des catégories de documents de façon chronologique :

– les documents antérieurs à l'opération faisant l'objet du différend. On peut catégoriser ces documents comme ceux qui établissent les rapports entre les parties et viennent expliciter les liens de droit et les obligations qui en découlent (qui seront ensuite rompus). Ceux-ci peuvent comprendre les correspondances relatives aux négociations entre les parties et les contrats préparatoires, les projets de contrat établis et échangés, les analyses préparatoires (stratégiques, financières dont les *business plans*, marketing, *etc.*) ;

¹²⁴²C. civ., art. 1365. À noter que la source de cette définition, à savoir le Code civil, tend à indiquer que la preuve est autant une question procédurale qu'une question de fond, même si, contrairement aux pays de *common law*, le droit français, comme de nombreux droits civilistes, tend à ne pas considérer le droit de la preuve comme une discipline à part entière.

¹²⁴³V. Règles de l'IBA sur l'administration de la preuve dans l'arbitrage international (2020), « Définitions », p. 5.

– les documents sources du litige et des obligations. Il convient de distinguer de tels documents, c'est-à-dire le ou les contrats de base du litige, source des obligations des parties et donc à cet égard source de droit, de l'ensemble des preuves documentaires. En effet, si le contrat de base est un élément juridique dépassant le simple cadre factuel et probatoire, il n'en reste pas moins qu'il est nécessairement inclus dans les pièces des parties, et ce dès l'introduction de la demande d'arbitrage, ne serait-ce que pour s'appuyer sur sa clause compromissoire (qui doit, en principe, être matérialisée par un écrit) ;

– les documents concomitants au différend. Ces documents visent à cataloguer les violations des parties – ou leur défense – et à constituer le cœur de l'argumentaire factuel. Là encore on peut citer, en bonne place, les correspondances qui représentent généralement une part importante des preuves communiquées, mais également des comptes-rendus, des rapports, des contestations, des mises en demeure ou encore des preuves visuelles des violations alléguées.

2) La preuve électronique

1183. – Dématérialisation croissante de la société et du commerce. À mesure que les échanges internationaux se sont développés, il est apparu nécessaire de faire plein usage des procédés technologiques à disposition, dont la numérisation et la dématérialisation. Le commerce international, qui par définition implique des relations d'affaires entre acteurs éloignés, s'est naturellement saisi pleinement des outils numériques et il est à présent géré de manière massive par le biais électronique¹²⁴⁴. Le droit de l'arbitrage n'est pas en reste en ce qui concerne l'utilisation de documents électroniques. Par exemple, la CNUDCI avait, dès 2006, recommandé que la Convention de New York soit interprétée comme autorisant les conventions d'arbitrage sous forme électronique, au regard notamment du poids du commerce électronique¹²⁴⁵.

1184. – L'assimilation de la preuve électronique à la preuve « classique ». On l'a vu, il n'existe pas de différence fondamentale entre les catégories de preuve documentaire, ce sont les mêmes documents qui sont détenus sur un support différent. Le droit français de la preuve démontre bien cette assimilation en prévoyant que « [l]'écrit électronique a la même force probante que l'écrit sur support papier, sous réserve que puisse être dûment identifiée la personne dont il émane et qu'il soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité »¹²⁴⁶. Il est d'ailleurs fréquent que les documents électroniques soient dans un second temps produits sur un autre support (papier notamment), lors des échanges d'écritures et de pièces¹²⁴⁷. Les différences entre ces types de preuve ont donc trait principalement à leur gestion.

¹²⁴⁴Il est ainsi estimé que près de 269 milliards d'emails sont échangés par jour, V. Radicati Group, *Email Statistics Report 2017-2021*. Les ventes en ligne représentaient 2 304 milliards USD en 2017 et sont estimées à près de 5 000 milliards en 2021, V. Statista, *Retail e-commerce sales worldwide from 2014 to 2021*. La dématérialisation touche aussi bien le monde des affaires que l'administration, V. la plateforme demarches-simplifiees.fr mise en ligne par le Gouvernement français au début de l'année 2018.

¹²⁴⁵V. *Recommendation regarding the interpretation of Art. II, para. 2 and Art. VII, para. 1 of the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*, New York, 10 June 1958, adopted by the United Nations Commission on International Trade Law on 7 July 2006 at its 39th session.

¹²⁴⁶C. civ., art. 1366.

¹²⁴⁷Les Lignes directrices de l'ICDR envisagent ainsi la question de la production et des échanges de documents électroniques sous une autre forme, V. *ICDR Guidelines for Arbitrators Concerning Exchanges of Information*, § 4.

1185. – Les particularités de la preuve électronique : le volume. Ce type de dématérialisation peut toutefois avoir des conséquences non négligeables dans l'administration de la preuve notamment du fait des différences de volume, à la fois dans ce qui peut être produit mais également dans la masse d'informations dans laquelle rechercher les éléments pertinents et utiles et donc la dispersion des informations (avec les problèmes d'identification et de recherche que cela induit)¹²⁴⁸. Ainsi, pour prendre un exemple simple, les échanges d'e-mails peuvent donner lieu à une chaîne massive de réponses qu'il convient de trier afin d'identifier les éléments pertinents ou utiles et isoler ceux qui sont plus anecdotiques. À l'inverse, les innombrables copies et échanges électroniques peuvent permettre d'améliorer l'accès à l'information et ainsi faciliter la recherche et la production de preuves.

1186. – Les particularités de la preuve électronique : le stockage. Bien qu'il ne soit pas raisonnable d'attendre d'une partie qu'elle ait conservé l'intégralité des documents relatifs à l'affaire en question, il est plausible que le stockage des documents électroniques soit plus simple, fréquent et utilisable qu'un archivage papier. Paradoxalement, le stock des documents électroniques peut également être moins « sûr » en ce que de tels documents sont aisément altérables ou peuvent être détruits ou supprimés (parfois par inadvertance)¹²⁴⁹. Le stockage de documents ou de données est de plus susceptible de donner lieu à une responsabilité accrue en matière de protection des données personnelles, notamment dans le cadre du règlement général sur la protection des données¹²⁵⁰.

b) La portée de la preuve documentaire : une preuve actuelle, directe et objective

1187. – La valeur accordée à la preuve documentaire. Il est accordé à la preuve documentaire une grande valeur en arbitrage international et en contentieux¹²⁵¹. En effet, celle-ci permet de faire valoir le bien-fondé de ses prétentions en s'appuyant sur des sources, en principe inaltérables et plus fiables que la parole humaine, qui serait davantage sujette à la subjectivité et à l'oubli. La preuve documentaire est également établie de façon contemporaine ou antérieure aux faits en litige qu'elle tend à prouver. C'est cette antériorité qui donne au document le plus de fiabilité quant à l'intention réelle des parties, alors que leur stratégie contentieuse et donc la tentation de transformer la réalité passée dans leur intérêt est déjà en marche.

1188. – Une preuve directe et objective ? Elles sont aussi considérées comme plus directes et objectives, notamment par rapport à un témoignage, en ce qu'elles relatent en principe une information brute¹²⁵². Cette objectivité est néanmoins à nuancer car les parties tendent aussi à se fonder sur des documents préparés par leurs

¹²⁴⁸J. Lew, *Document Disclosure, Evidentiary Value of Documents and Burden of Evidence*, in Giovannini et Mourre, préc., p. 11 et s., spéc. p. 21.

¹²⁴⁹V. Rapport de la Commission CCI, *Managing E-document Production*, 2016, § 5.30 et s. Même s'il est vrai qu'aujourd'hui, de plus en plus de données sont automatiquement sauvegardées sur des serveurs dits *clouds*.

¹²⁵⁰Pour l'impact du RGPD sur le métier d'avocat, V. CNBF, *Guide pratique : Les avocats et le règlement général sur la protection des données (RGDP)*, 2018. – CCI, Note aux parties et aux tribunaux arbitraux sur la conduite de l'arbitrage selon le règlement d'arbitrage de la CCI, 1^{er} janv. 2021, § 115 et s. – ICCA, *The ICCA Reports No. 6 – Protocol on Cybersecurity in International Arbitration*, 2019. V. infra, n^{os} 1259 et s.

¹²⁵¹N. Blackaby, C. Partasides et al., *Redfern and Hunter on International Arbitration*, Oxford University Press, 2015, p. 380.

¹²⁵²L. Shore, *Document Production, Witness Statements and Cross-Examination : The Enduring Tensions in International Arbitration*, in S. Brekoulakis, J. Lew et al., *The Evolution and Future of International Arbitration*, Kluwer Law International, 2016, p. 42.

soins. Par ailleurs, le document en lui-même peut nécessiter un contexte ou une explication afin d'en révéler la portée. Un recours à la preuve documentaire seule peut de ce fait être incomplet ou biaisé.

c) La preuve des éléments de fait et de droit

1) La preuve des faits

1189. – La preuve documentaire a principalement pour but d'établir des faits, de la manière la moins contestable possible, afin de permettre aux arbitres de trancher le litige. Conformément à la liberté accordée à l'arbitre pour conduire la procédure, les règles d'admissibilité et de recevabilité de la preuve applicables devant les tribunaux étatiques n'ont généralement pas vocation à être appliquées à l'arbitrage¹²⁵³. En principe, la réception de la preuve se fera en fonction de sa pertinence et non de considérations formelles¹²⁵⁴, étant entendu que la charge et l'administration de la preuve relèvent aussi de la responsabilité des parties¹²⁵⁵.

2) La preuve du contenu du droit

1190. – L'absence de pertinence du principe *jura novit curia* en arbitrage. En vertu du principe *jura novit curia*, il n'est en principe pas nécessaire, devant le juge, de communiquer les dispositions légales sur lesquelles se fondent les parties¹²⁵⁶. Ainsi, en procédure civile, le juge français commande le droit. Il n'est pas imposé aux parties d'indiquer le fondement juridique de leurs prétentions et, en vertu de l'article 12, alinéa 2 du Code de procédure civile, principe directeur du procès applicable en matière interne par renvoi de l'article 1464, alinéa 2 du Code de procédure civile, il lui revient de qualifier les faits allégués afin de déterminer la règle de droit applicable. Même en présence d'un fondement juridique invoqué par les parties, le juge peut (et doit) requalifier les faits si cela est nécessaire.

Ce principe n'est absolu devant le juge étatique que lorsqu'il applique le droit français ou dans un arbitrage interne par vertu de l'article 12 du Code de procédure civile. En droit international privé, même si la loi étrangère reste du droit et qu'il incombe au juge d'en rechercher la teneur¹²⁵⁷, il peut s'appuyer sur le concours des parties afin d'en déterminer le contenu en apportant les éléments nécessaires à son établissement. Le traitement de la loi étrangère est ainsi rapproché d'un fait¹²⁵⁸.

1191. – L'établissement nécessaire de la teneur du droit en arbitrage. La situation en arbitrage international est assimilable au droit international privé – à ceci près que les arbitres n'ont pas de droit du for – étant donné qu'il n'est pas nécessaire ou requis que les arbitres, souvent de nationalités différentes, connaissent le droit applicable au fond. En pratique, les parties soumettent, en plus de pièces factuelles, la loi, la jurisprudence et la doctrine sur lesquelles elles se fondent comme s'il s'agissait de pièces factuelles. La preuve du contenu du droit applicable incombe ainsi habituellement, et à première vue, aux parties¹²⁵⁹. En réalité, les responsabilités

¹²⁵³R. Pietrowski, *Evidence in International Arbitration* : *Arb. Int.* 2006, vol. 22, p. 373 et s., spéc. p. 374.

¹²⁵⁴J. Waincymer, *Procedure and Evidence in International Arbitral*, Kluwer Law International, 2012, p. 793.

¹²⁵⁵V. *infra*, n° [1193](#).

¹²⁵⁶« La cour connaît le droit », V. S. Guinchard (éd.), *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 2019, p. 621.

¹²⁵⁷Cass. 1^{re} civ., 28 mars 2005 : *Bull. civ.* 2005, I, n° 289, p. 240. – Cass. com., 28 mars 2005 : *Bull. civ.* 2005, IV, n° 138, p. 148. – Cass. 1^{re} civ., 11 févr. 2009 : *Bull. civ.* 2009, I, n° 28.

¹²⁵⁸B. Audit et L. d'Avout, *Droit international privé*, LGDJ, 2018, n°s 345 et s.

¹²⁵⁹V. Recommandations de l'International Law Association pour déterminer le contenu de la loi applicable en arbitrage commercial international, Rés. n° 6/2008, § 5 qui rappellent que : « Arbitrators should primarily

semblent plus partagées. En effet, l'arbitre conserve la possibilité d'établir le contenu du droit par ses propres moyens¹²⁶⁰, dans le respect du contradictoire¹²⁶¹. De tels pouvoirs ne sont généralement pas expressément reconnus par les droits de l'arbitrage¹²⁶², ou par les règlements¹²⁶³, mais on peut envisager que les pouvoirs étendus d'instruction accordés aux arbitres¹²⁶⁴ leur permettent de rechercher *ex officio* le contenu du droit applicable. De ce point de vue, le recours à un expert juridique pour « prouver » le contenu ou l'interprétation de telle ou telle règle de droit, notamment en droit international des investissements, s'il se retrouve en pratique, n'est pas toujours souhaité ou souhaitable¹²⁶⁵.

2° L'administration de la preuve documentaire

a) Les sources des règles d'administration de la preuve

1) L'autonomie de la procédure

1192. – L'absence de recours nécessaire aux droits de la preuve étatiques.

L'autonomie de la procédure arbitrale¹²⁶⁶ permet aux parties et aux arbitres de ne pas être tenus d'appliquer les critères formels de recevabilité probatoire des législations étatiques. Ainsi, les règles de droit français établies aux articles 1353 et suivants du Code civil n'ont pas nécessairement vocation à régir l'appréciation des preuves par les arbitres. Il en va ainsi de l'exigence d'un écrit pour les actes juridiques¹²⁶⁷, les règles gouvernant le commencement de preuve par écrit¹²⁶⁸, *etc.* Pareillement, les règles de *common law*, à certains égards plus strictes, sont en principe écartées : aux États-Unis, on peut citer les règles fédérales générales de recevabilité de la preuve selon leur pertinence, leur substance, en ce que la preuve traite d'un fait en litige (*materiality*), et leur fiabilité (*competence*)¹²⁶⁹. Par ailleurs, des règles particulières s'appliquent à la preuve documentaire : la règle de *common law* dite de *parol evidence*, qui empêche les parties d'apporter des preuves contraires à un écrit matérialisant leur accord¹²⁷⁰, la règle de *best evidence*, qui empêche les parties de produire une copie d'un écrit ou une preuve secondaire de son écrit lorsque ledit écrit

receive information about the contents of the applicable law from the parties ».

¹²⁶⁰Il a pu être proposé une règle en ce sens donnant la responsabilité aux parties d'établir le contenu du droit, mais permettant aux arbitres d'intervenir, V. G. Kaufmann-Kohler, *The Governing Law : Law or Fact? : ASA Special Series* 2006, p. 84.

¹²⁶¹Ainsi, un arbitre, en restituant à un contrat son exacte qualification à partir d'éléments de fait et de droit débattus par les parties, ne viole pas le principe de la contradiction. Il en va autrement lorsque l'arbitrage substitue le fondement juridique d'une demande, sans inviter les parties à en débattre, V. Paris, 25 nov. 1997 : *Rev. arb.* 1998, p. 684, note G. Bolard ; Recommandations de l'International Law Association pour déterminer le contenu de la loi applicable en arbitrage commercial international, Rés. n° 6/2008, § 8.

¹²⁶²On peut cependant citer l'exception du droit anglais qui prévoit, relativement aux prérogatives procédurales de l'arbitre, de déterminer « whether and to what extent the tribunal should itself take the initiative in ascertaining the facts and the law », V. *Arbitration Act*, art. 34(1)(g).

¹²⁶³Une exception notable se trouve à l'article 22.1(iii) du Règlement LCIA (2020).

¹²⁶⁴CPC, art. 1476.

¹²⁶⁵V. *infra*, n° 1228.

¹²⁶⁶V. *supra*, nos 919 et s.

¹²⁶⁷C. civ., art. 1359.

¹²⁶⁸C. civ., art. 1362.

¹²⁶⁹*Federal Rules of Evidence*, Règles 401, 410 et 601.

¹²⁷⁰À cet égard, certaines juridictions considèrent expressément que les arbitres internationaux ne sont pas liés par cette règle, V. High Court singapourienne, *BQP v. BQQ* [2018] SGHC 55, 14 mars 2018.

a été produit¹²⁷¹, et les règles d'authentification¹²⁷². La question se pose toutefois du caractère impératif en arbitrage international de règles relatives à la loyauté de la preuve¹²⁷³, de la production d'éléments confidentiels ou à la recevabilité de preuves obtenues illégalement, ne serait-ce que pour des raisons de respect de l'ordre public¹²⁷⁴.

1193. – La convention des parties et la liberté de l'arbitre pour administrer la preuve. En pratique, l'administration de la preuve est essentiellement régie par la convention des parties, à travers l'acte de mission ou une ordonnance de procédure n° 1 (qui aurait été préalablement revue par les parties)¹²⁷⁵. Mais les règlements d'arbitrage laissent généralement une certaine liberté aux arbitres. Ainsi, le règlement CCI (2021) prévoit que : « Le tribunal instruit la cause dans les plus brefs délais par tous moyens appropriés »¹²⁷⁶. Les règlements permettent notamment aux arbitres d'ordonner la production de documents¹²⁷⁷ ou d'établir des règles de procédure nécessaires¹²⁷⁸.

1194. – Des pouvoirs d'instruction consacrés par le droit du siège. Le droit français de l'arbitrage n'est pas totalement silencieux quant à l'administration de la preuve mais, plutôt que de limiter la marge de manœuvre de l'arbitre, il vise à lui attribuer certains pouvoirs. L'article 1467 du Code de procédure civile permet ainsi au tribunal arbitral, de façon non limitative, de procéder aux actes d'instruction nécessaires, d'entendre des témoins ou d'enjoindre une partie à produire un élément de preuve. Le tribunal arbitral a également le pouvoir de trancher les incidents de vérification d'écriture ou de faux (CPC, art. 1470), par renvoi aux dispositions procédurales étatiques¹²⁷⁹. En arbitrage interne, l'article 1464, alinéa 2 du Code de procédure civile renvoie aux principes directeurs du procès dont certains ont trait aux faits et à la preuve¹²⁸⁰.

2) Les règles modèles, standards et la soft law

1195. – Tendances à l'uniformisation dans l'arbitrage international. Bien que l'administration de la preuve soit régie principalement par la convention des parties, la pratique arbitrale tend à une certaine uniformisation. Les Règles de l'IBA sur l'administration de la preuve dans l'arbitrage international (2020) font figure de point de départ, si ce n'est de référence, lorsqu'il s'agit d'établir l'ordonnance de procédure dite « n° 1 » et sont bien souvent expressément visées, ne serait-ce qu'à titre indicatif.

¹²⁷¹Federal Rules of Evidence, Règle 1002.

¹²⁷²Federal Rules of Evidence, Règle 901.

¹²⁷³Un principe peu établi en procédure civile mais déterminant en procédure pénale (V. Cass. ass. plén., 9 déc. 2019, n° 18/86767 : *Gaz. Pal.* 2020, n° 3, p. 19, note G. Pitti). Reste que, à l'heure où les parties développent des procédés toujours plus élaborés pour l'obtention de preuves, par exemple en usant de services d'investigateurs privés, la réglementation de la loyauté dans l'obtention de la preuve et son administration peut se poser.

¹²⁷⁴P. Zivkovic, *Admitting Illegally Obtained Evidence in International Arbitration* : *Kluwer Arbitration Blog* 28 mars 2019 ; V. aussi M. Ordonez et T. Roujou de Boubée, *La reconnaissance du secret des affaires pour la production de documents dans le cadre de l'arbitrage international* : *JCP G* 2019, nos 21-22, doct. 585.

¹²⁷⁵V. à ce sujet, *supra*, n° 1095.

¹²⁷⁶Règl. CCI (2021), art. 25(1).

¹²⁷⁷Règl. CCI (2021), art. 25(5) ; Règl. ICDR (2021), art. 20.4 et 21 ; Règl. LCIA (2020), art. 22 ; Règl. CNUDCI (2010), art. 27.3 ; Règl. HKIAC (2018), art. 22.3 ; Règl. SIAC (2016), art. 27(f).

¹²⁷⁸V. Règl. CCI (2021), art. 22(2) ; Règl. LCIA (2020), art. 14 ; Règl. CNUDCI (2010), art. 17.

¹²⁷⁹L'article 1470 du Code de procédure civile représente ainsi une exception à l'autonomie des règles de procédure.

¹²⁸⁰En particulier les articles 6, 8, 9, 10, 12 et 13 du Code de procédure civile.

En contrepoint des Règles de l'IBA, et dans un souci d'offrir une *soft law* plus adaptée aux régimes juridiques inquisitoires, comme les pays de droit civil, les Règles sur la conduite efficace de la procédure en arbitrage international, dites « Règles de Prague » offrent une voie alternative à l'administration de la preuve¹²⁸¹. L'administration de la preuve étant une matière complexe et d'ordre technique, qui peut de plus avoir des conséquences non négligeables sur la régularité de la procédure (contradictoire, procès équitable), les parties et les arbitres peuvent être tentés d'appliquer des règles standardisées et éprouvées afin de s'assurer de couvrir l'ensemble des problématiques y afférentes. Ces règles standards sont toutefois parfois adaptées au cas par cas, pour satisfaire aux besoins du litige. Par exemple, en matière de propriété intellectuelle, le règlement d'arbitrage de l'OMPI prévoit des mesures particulières pour les « expériences » sur lesquelles les parties peuvent s'appuyer (art. 51) ou pour la production de documentation technique ou modèles (art. 53).

3) La culture juridique

1196. – L'influence de la culture juridique dans l'instruction du litige.

Comme dans d'autres aspects de la procédure, la différence entre les pratiques procédurales des conseils et des arbitres issus de cultures juridiques de *common law* et/ou de droit civil peut se faire ressentir plus encore dans l'administration de la preuve et l'instruction. Là où, en droit de *common law*, les parties ont l'initiative probatoire et le juge intervient principalement pour encadrer la recevabilité de la preuve et garantir une présentation honnête au jury, constitué de profanes et seul juge des faits (en droit américain), dans la procédure civile continentale, le juge joue un rôle plus important tant dans la conduite de la procédure que dans l'instruction du fond du dossier. De telles habitudes peuvent naturellement se refléter dans les revendications procédurales des parties et dans les décisions des arbitres, par exemple en prévoyant une phase de production de documents plus ou moins étendue, en admettant plus ou moins strictement des éléments de preuve, *etc.*

1197. – L'exemple de la production de documents. Cette divergence se cristallise dans le caractère très spécifique de la fameuse procédure américaine dite de *discovery*, gouvernée sur le plan fédéral par le titre V des *Federal Rules of Civil Procedure*¹²⁸². Cette dernière repose sur un principe de révélation (*duty to disclose*) initiale étendu des documents pertinents à la charge des parties et un droit, reconnu, à

¹²⁸¹Règles sur la conduite efficace de la procédure en arbitrage international (plus connues sous le nom de Règles de Prague) de 2018. Les éléments majeurs introduits, ou plutôt codifiés, par les Règles de Prague concernent l'accent mis sur la proactivité de l'arbitre en lui permettant de donner un avis préliminaire sur le litige (art. 2.4) et participer activement à la manifestation de la vérité (art. 3.1), une tentative de limitation de la phase de production de documents (art. 4.2 et 4.5), le pouvoir donné au tribunal arbitral pour limiter le nombre de témoin ou décider de les entendre (art. 5.2), ou encore la consécration du principe *iura novit curia* (art. 7.2). En outre, les Règles de Prague invitent le tribunal à prendre plus d'initiatives dans l'identification du droit applicable et à participer à la résolution amiable du différend, dans les limites d'un procès équitable. Reste à savoir dans quelle mesure, et sous quels délais, ces Règles de Prague pourraient changer les paradigmes de la procédure arbitrale. Pour une analyse détaillée des Règles de Prague, V. K. Duggal et R. Rangachari, *A Challenger Approaches: An Assessment of the Prague Rules on the Efficient Conduct of Proceedings in International Arbitration*: JIA 2020, p. 27. – M. Henry, *Les Prague Rules: ou comment le vent d'Est pourrait insuffler une dynamique vertueuse à l'arbitrage*: *Rev. arb.* 2019, p. 1.

¹²⁸²V. de manière générale, C. Brower et J. Sharpe, *Determining the Extent of Discovery and Dealing with Requests for Discovery: Perspectives from the Common Law*, in L. Newman et R. Hill (éds), *Leading Arbitrators' Guide to International Arbitration*, JurisNet, 3^e éd., 2014, p. 593 et s.

l'obtention de documents détenus par la partie adverse (la procédure de *discovery* et tant que telle). À l'inverse, la demande de production de documents (standard dans un arbitrage international) est généralement limitée, strictement encadrée et reste soumise à des critères plus exigeants.

b) Les acteurs de l'administration de la preuve

1198. – L'arbitrage ne déroge pas à la règle générale en matière judiciaire et procédurale : la responsabilité initiale et principale probatoire revient aux parties (1). Toutefois, les arbitres conservent certaines prérogatives et obligations dans l'instruction du litige (2).

1) La production de documents probatoires : une responsabilité qui s'impose principalement aux parties

1199. – Les parties ne sont pas égales devant la charge probatoire. En effet, il revient naturellement à celui-ci qui se prévaut d'une allégation ou d'une prétention de la prouver (α). Il est cependant devenu d'usage en arbitrage international, y compris lorsque le droit français est applicable, de pouvoir ordonner à la partie adverse de communiquer des documents qu'elle détient ou que l'on peut légitimement supposer qu'elle détient (β).

α) La charge de la preuve incombe aux parties demanderesse

1200. – **Le principe *actori incumbit probatio*.** Cet adage dont la portée est générale en procédure, aussi bien dans les juridictions de droit civil¹²⁸³ que de *common law*, et qui signifie que la charge de la preuve incombe à celui qui allègue, est également le principe de base de l'administration de la preuve dans la pratique arbitrale¹²⁸⁴. Ainsi, l'article 3 des Règles de l'IBA (2020) prévoit que les parties communiquent tous les documents en leur possession, sur lesquels elles entendent se fonder. D'autres règlements posent un principe similaire. Ainsi, le règlement CNUDCI (2010) prévoit qu'il relève de la responsabilité de chaque partie de prouver les faits à l'appui de leurs allégations et prétentions.

1201. – Le demandeur doit ainsi prouver, outre les faits litigieux, les violations ou inexécutions et généralement toutes les allégations juridiques dont il se prévaut. En somme, si la requête initiale peut s'avérer peu substantielle, au stade du mémoire en demande, le demandeur n'aura d'autre choix que d'exposer tous ses arguments factuels et possibles. Il devra mettre toutes les cartes sur tables, mais cela s'applique tout autant au défendeur qui devra appuyer ses défenses ou ses demandes conventionnelles par des éléments probatoires complets, suffisants et convaincants¹²⁸⁵. Il s'agira le plus souvent de correspondances mais cela peut aussi résulter de rapports, d'attestations de témoins et finalement de tout support qui permet de corroborer la position de la partie qui le produit.

¹²⁸³Ainsi, le Code de procédure civile prévoit : « Il incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention » (art. 9), tandis que l'article 132 du Code de procédure civile dispose que les parties doivent produire de façon spontanée les pièces en leur possession avec leurs écritures ; V. aussi C. civ., art. 1353 qui dispose : « Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver. Réciproquement, celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation ».

¹²⁸⁴V. pour la pratique en matière de soumission de preuves, A. Cohen Smutny, A. de Lotbinière McDougall et M. P. Daly (eds), *A Practical Guide to International Arbitration, Juris*, 2020, p. 211 et s.

¹²⁸⁵C'est d'ailleurs le corollaire du principe *actori incumbit probatio*.

1202. – Une production de documents encadrée. La production de documents et de preuves est généralement limitée dans le temps, afin d’assurer un débat équitable et une procédure efficace. Ainsi, un calendrier est établi pour les échanges d’écritures et la communication des pièces, puis peut être prévue une phase spécifique de demande de production de documents¹²⁸⁶.

β) Les aménagements de la responsabilité des parties dans la charge de la preuve

1203. – Les pouvoirs inquisitoires des juges. On sait qu’en procédure civile, face aux lacunes du litige dans la production de pièces, et notamment si une seule partie dispose de l’essentiel des éléments, le juge peut ordonner leur communication¹²⁸⁷ et pourra ordonner des mesures d’instruction¹²⁸⁸. Contrairement à ce qui est souvent dit, ce mécanisme existe dans de nombreux systèmes de droit civil : simplement, parce que le procès est structuré autrement (contrairement aux États-Unis, il n’existe pas de phase dite *pre-trial* où les parties ont la responsabilité d’instruire et de s’accorder sur les faits, avant le début du procès, à soumettre à un jury), il est rarement usité, en tout cas dans les mêmes proportions qu’une *discovery*, et ne prospère en tout cas que très peu en pratique¹²⁸⁹. Toutefois, il existe aux États-Unis des systèmes (28 USC 1782) où le juge d’appui/étatique peut venir au soutien de l’arbitre pour forcer une partie à produire des documents en sa possession¹²⁹⁰.

1204. – Les pouvoirs inquisitoires des arbitres. En arbitrage international, la procédure convenue entre les parties permet généralement de demander à la partie adverse de produire certains documents qui devront être décrits précisément afin de l’identifier et de préciser la pertinence de ceux-ci pour leurs allégations et prétentions. Cette demande se fait généralement sous la forme d’un tableau, couramment appelé *Redfern schedule*, qui permet en principe d’organiser et d’encadrer les demandes documentaires. La partie adverse communiquera alors les documents sollicités volontairement ou pourra s’y opposer. Si l’objection n’est pas retenue, l’arbitre pourra ordonner la production forcée.

2) Le rôle de l’arbitre dans l’administration de la preuve

α) Le pouvoir de l’arbitre dans l’examen des preuves et dans l’instruction du litige

1205. – L’appréciation souveraine des arbitres. L’appréciation souveraine de l’arbitre dans l’examen des preuves, de leur pertinence et de leur recevabilité peut être prévue expressément¹²⁹¹. Lorsque ce n’est pas le cas, on peut généralement l’induire de la liberté laissée à l’arbitre pour conduire la procédure, la question de l’administration de la preuve étant par essence de nature procédurale¹²⁹². L’arbitre n’étant pas tenu par les règles étatiques formelles de recevabilité de la preuve, il

¹²⁸⁶V. A. de Lotbinière McDougall et N. Boucardie, *L’arbitre international et la preuve documentaire : RDA aff. int.* 2008, n° 4, p. 509 et s. ; V. *infra*, n°s 1175 et s.

¹²⁸⁷CPC, art. 133.

¹²⁸⁸CPC, art. 144.

¹²⁸⁹J. El Ahdab et A. Bouchenaki, *Discovery in International Arbitration : A Foreign Creature for Civil Lawyers?*, in A. J. Van den Berg (éd.), *Arbitration Advocacy in Changing Times*, ICCA Congress Series, vol. 15, Kluwer Law International, 2011, p. 80 et s. – V. pour un refus de *discovery* par le juge d’appui, cour d’appel d’Amsterdam, 6 avril 2021, n° 200.283.358/01.

¹²⁹⁰V. *infra*, n°s 1308 et s.

¹²⁹¹V. Loi-type CNUDCI (2006), art. 19(2) ; Règl. CNUDCI (2010), art. 27(4) ou encore Règles IBA, art. 9(1).

¹²⁹²Ce que prévoient la loi (CPC, art. 1509) ou les règlements (par ex. Règl. CCI (2021), art. 22[2]) V. *supra*, n°s 939 et s.

s'appuiera généralement sur leur pertinence effective afin de déterminer quelles preuves il convient d'admettre en vue de la manifestation de la vérité.

1206. – Le pouvoir d'instruction *ex officio* de l'arbitre¹²⁹³. Plusieurs sources semblent permettre à l'arbitre de procéder à l'instruction du litige de son propre fait. On trouve en ce sens des lois étatiques¹²⁹⁴, la loi-type CNUDCI (2006)¹²⁹⁵ ou encore des règlements d'arbitrage¹²⁹⁶. La question se pose souvent, à la fois en théorie et en pratique, s'agissant du principe et de l'étendue de ce pouvoir (pour ne pas dire l'obligation) d'instruction : l'arbitre doit-il se satisfaire de l'état d'instruction du dossier tel qu'il lui est soumis par les parties : peut-il et doit-il aller au-delà pour chercher la vérité – ou plutôt une vérité – ou trancher, en l'état, le litige, qui resterait ainsi la « chose des parties » ? Certains auteurs estiment que les parties n'attendent pas des arbitres qu'ils rendent une sentence allant au-delà de ce que les parties soumettent, car c'est l'argumentation des parties qui encadre le litige¹²⁹⁷. À l'inverse, d'autres considèrent que le détail et l'exigence des parties pour faire valoir leurs prétentions impliquent de la part de l'arbitre qu'il rende une sentence correcte, quitte à dépasser les simples écritures, et ce d'autant plus qu'il semble établi que les arbitres disposent de tels pouvoirs¹²⁹⁸. Cette question renvoie également à des considérations relatives aux droits de la défense et au procès équitable qui imposent à l'arbitre de soumettre ses recherches au débat des parties, voire à des considérations quant à son indépendance ou son impartialité en ce qu'il pourrait être vu comme favorisant une partie plutôt qu'une autre¹²⁹⁹. Cette controverse se retrouve exacerbée lorsque des questions de corruption ou de documents falsifiés sont soumises au tribunal arbitral¹³⁰⁰.

1207. – L'instruction et la recherche *ex officio* des faits et du droit. L'instruction *ex officio* implique la possibilité pour l'arbitre de prendre toutes les mesures d'instruction qu'il juge utiles. Ce pouvoir est toutefois encadré par le principe du contradictoire qui doit lui imposer de communiquer aux parties les mesures prises et les conclusions de celles-ci et de recueillir leurs commentaires. Quoi qu'il en soit, l'arbitre reste vigilant lorsqu'il détermine les faits par ses propres moyens si le consentement des parties n'est pas recueilli. Il veillera dans tous les cas à respecter l'égalité des parties et particulièrement le principe de la contradiction¹³⁰¹. Sur les questions juridiques, le principe *jura novit curia* peut permettre à l'arbitre d'effectuer ses propres recherches, même s'il ne peut être réputé connaître le droit de

¹²⁹³L'arbitre est ainsi libre d'apprécier les éléments de preuve qui lui sont présentés, sous réserve de la convention des parties et du respect des principes directeurs du procès, V. par ex. Paris, 21 mars 2017 : *Rev. arb.* 2017, somm. p. 340 ; V. aussi *supra*, n° 934.

¹²⁹⁴CPC, art. 1467, al. 1 ; LDIP, art. 184.

¹²⁹⁵Art. 24.3.

¹²⁹⁶Règl. CNUDCI (2010), art. 27(3) ; Règl. CCI (2021), art. 25(4) ; Règl. ICDR (2021), art. 20.4. V. aussi Règles IBA, art. 3.10 (2020).

¹²⁹⁷Ph. Landolt, *Arbitrators' Initiatives to Obtain Factual and Legal Evidence* : *Arb. Int.* 2012, p. 173 et s.

¹²⁹⁸J. Kirby, *How Far Should an Arbitrator Go to Get it Right?*, in P. Shaughnessy et S. Tung (éds), *The Powers and Duties of an Arbitrator – Liber Amicorum P. A. Karrer*, Kluwer Law International, 2017, p. 193 et s.

¹²⁹⁹T. Giovannini, *Ex Officio Powers to Investigate : When Do Arbitrators Cross the Line?*, in B. Ehle et D. Baizeau (éds), *Stories from the Hearing Room : Experience from Arbitral Practice, Essays in Honour of Michael E. Schneider*, Kluwer Law International, 2015, p. 59 et s.

¹³⁰⁰M. Wirth, *Production of Documents and Fraud in International Arbitration*, in T. Giovannini et A. Mourre (éds), *Written Evidence and Discovery in International Arbitration : New Issues and Tendencies*, Dossier of the ICC Institute of World Business Law, 2009, p. 177 et s.

¹³⁰¹V. *supra*, nos 945 et 957 et s.

la même façon qu'un juge étatique (du fait de l'absence de for et de la soumission à la volonté des parties).

β) La gestion procédurale probatoire par l'arbitre

1208. – Une gestion souple mais encadrée. On l'a vu, l'administration de la preuve est plus souple en arbitrage international. Les incidents¹³⁰², notamment relatifs à l'authenticité, sont relativement limités et il ne semble pas que les arbitres soient fréquemment amenés à effectuer des procédures de vérification d'écritures ou de faux. Cela s'explique en partie par une certaine flexibilité dans les critères de recevabilité des preuves. Contrairement à certaines juridictions étatiques qui encadrent strictement ces questions de recevabilité (on peut penser notamment aux juridictions anglo-saxonnes), il est fréquent que les ordonnances de procédure établissant les règles de procédure décidées en début d'instance précisent qu'il sera considéré, sauf objection, que les preuves ont pour origine la source qui y est indiquée, qu'une copie est acceptée comme la reproduction fidèle d'un original, ou qu'il suffise de produire une traduction libre, c'est-à-dire non assermentée, dans le but avoué de simplifier ces étapes et éviter tout incident¹³⁰³. L'obligation faite à l'arbitre de conduire la procédure, ainsi que les principes d'efficacité, de célérité et du contradictoire, peuvent le conduire à administrer la preuve en fonction de délais précis¹³⁰⁴. La pratique permet ainsi aux tribunaux arbitraux de refuser d'admettre des soumissions tardives ou non programmées et de statuer sur la seule base de ce qui a été régulièrement échangé¹³⁰⁵. Toutefois, il peut arriver à un arbitre d'accepter des éléments de preuve non sollicités, parfois même hors délais, dès lors qu'ils sont pertinents.

1209. – Les incidents probatoires. Les incidents d'instance désignent, en procédure civile, toutes les questions soulevées en cours d'instance et qui ont pour effet de la suspendre ou d'en arrêter la marche¹³⁰⁶, voire d'y mettre fin. En matière probatoire, le Code de procédure civile vise spécifiquement comme incidents la vérification d'écriture ou de faux, c'est-à-dire pour vérifier le fait de l'authenticité des documents contestés¹³⁰⁷ (que ce soit pour vérifier leur signature ou origine ou qu'il n'a pas été altéré). Bien que pertinents, ces principes restent propres au droit judiciaire. D'ailleurs, le tribunal arbitral dispose également du pouvoir de surseoir à statuer¹³⁰⁸, par exemple afin d'attendre les résultats d'une mesure d'instruction qu'il a ordonnée¹³⁰⁹.

1210. – La production forcée de documents. Si les procédures relatives à la production forcée de documents ne sont pas qualifiées expressément d'incidents, elles peuvent avoir pour effet de suspendre le cours normal de l'instance. En principe, l'obligation de loyauté pesant sur les parties devrait prévenir toute difficulté dans la

¹³⁰²V. *infra*, nos 1306 et 1314 et s.

¹³⁰³V. par ex. CNUDCI, *Aide-mémoire de la CNUDCI sur l'organisation des procédures arbitrales*, 2016, § 80.

¹³⁰⁴Ainsi, en matière de procédures accélérées, l'arbitre peut ne pas ordonner de phase de production de documents ou limiter le nombre, la longueur ou le contenu des mémoires et de la preuve testimoniale, ou encore décider de trancher le litige sur pièces (V. Règl. CCI (2021), art. 3, appendice VI ; Règl. SIAC (2016), art. 5 ; Règl. HKIAC (2018), art. 42).

¹³⁰⁵V. par ex. CNUDCI, *Aide-mémoire de la CNUDCI sur l'organisation des procédures arbitrales*, 2016, § 74-75.

¹³⁰⁶S. Guinchart et T. Debard, *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 25^e éd., 2017, p. 597.

¹³⁰⁷CPC, art. 1470. Cet article renvoie aux dispositions de droit commun du Code de procédure civile et impose donc, exceptionnellement, une procédure particulière à suivre pour le tribunal arbitral.

¹³⁰⁸CPC, art. 472.

¹³⁰⁹Cass. 2^e civ., 5 avr. 1993 : *Bull. civ.* 1993, II, n° 240.

production de documents détenus par elles. En pratique toutefois, il est fréquent que l'arbitre ait à statuer sur des demandes de production de documents, par exemple si une partie refuse une telle production pour des raisons tenant à la confidentialité ou au secret professionnel. La production peut être prévue par les parties, dans le cadre d'une phase de production de documents préétablie¹³¹⁰, au besoin sous peine de déduction défavorable¹³¹¹. Le Code de procédure civile permet également à l'arbitre d'enjoindre une partie à produire un élément de preuve qu'elle détient, au besoin sous peine d'astreinte¹³¹², et ce sans qu'il soit nécessaire que la partie adverse ait formé une demande en ce sens. Par ailleurs, si l'arbitre ne peut enjoindre un tiers à l'arbitrage de produire un document, il peut « inviter » la partie qui réclame la production d'un tel élément à assigner ledit tiers devant le président du tribunal judiciaire compétent selon les règles de droit commun¹³¹³. Une telle demande, rare en pratique, ne peut être générale et doit se référer précisément à un acte authentique ou sous seing privé ou une pièce dont le requérant entend faire état. Si de tels outils peuvent s'avérer utiles dans la manifestation de la vérité, l'enjeu attaché à une production forcée de documents est parfois exagéré. En effet, si cela peut arriver, l'hypothèse où, dans une telle phase, on découvrirait un *smoking gun* qui aurait pour effet de faire basculer tout le procès arbitral dans un sens ou un autre, reste rare en pratique. Les bénéfices sont donc souvent limités par rapport aux coûts d'une telle procédure (en temps et en argent).

Encart 41

Les techniques et tableaux de production documentaire

1211. – Contexte. La faculté d'une partie à un arbitrage de demander à l'autre la production de documents qui peuvent être pertinents et importants pour l'issue de l'affaire est soumise à des lois nationales (applicables au fond [à la preuve] ou à la procédure [droit du siège]), aux règles institutionnelles et procédurales éventuellement fixées par le tribunal, ou même aux accords entre les parties. Par exemple, les parties peuvent convenir d'appliquer les Règles de l'IBA sur l'obtention de preuves (2020)¹³¹⁴ ou le règlement dit de

¹³¹⁰V. par ex., Règles IBA (2020), art. 3(4). V. *infra*, n° 1211 et s. (Encart 41).

¹³¹¹V. en droit français, Paris, 28 févr. 2017 : *Gaz. Pal.* 2017, n° 27, p. 29, obs. D. Bensaude. Ce pouvoir est également reconnu en droit international public et dans le cadre des arbitrages d'investissement, V. par ex. Aff. CIRDI ARB/08/12, *Caratube Int'l Oil Co. c/ Kazakhstan*, Sent. 5 juin 2012.

¹³¹²CPC, art. 1467, al. 3.

¹³¹³CPC, art. 1469. Le juge compétent pour cette question peut ainsi être distinct du juge d'appui normalement compétent en vertu des articles 1459 ou 1505 du Code de procédure civile. Pour une vision comparée de l'obtention de preuves détenues par des tiers, V. R. Bradshaw, *How to Obtain Evidence from A Third Party : A Comparative View : JIA* 2019, p. 629. Ainsi, par exemple, les juridictions anglaises se sont récemment prononcées sur l'applicabilité de l'article 44 de l'*Arbitration Act*, jugeant qu'il ne pouvait s'appliquer à des parties situées à l'étranger, A. V. C, [2020] EWHC 258 (Comm), 12 févr. 2020. V. aussi, en droit fédéral américain l'article 28 USC 1782, et pour une application à un arbitrage international, V. *Servotronics, Inc. v. Boeing Co.*, n° 18-2454 (4th Cir. 2020). V. *infra*, n° 1308 (Encart 46).

¹³¹⁴Règl. IBA sur l'administration de la preuve (2020).

Prague sur l'obtention de preuves¹³¹⁵ pour guider la procédure et donner au tribunal le pouvoir discrétionnaire de rendre des ordonnances à cet égard. Ici, plus qu'ailleurs, les cultures juridiques respectives des parties, de leurs conseils et des membres du tribunal, tendent à influencer la nature de la méthode et la portée de la décision qui seraient finalement adoptées. En outre, certaines règles et lignes directrices – on estimait jusqu'à encore peu c'était le cas des règles IBA – ont été aujourd'hui conçues pour trouver un équilibre entre les différentes approches des différents systèmes juridiques. Même si certains le perçoivent comme une forme de *discovery* américaine intrusive, il s'agit d'un tout autre mécanisme dans son principe comme dans sa portée.

1212. – Calendrier et étapes clés. Généralement, la première ordonnance de procédure comprend une description de la procédure à suivre en matière de production de documents. Les parties disposent d'une grande souplesse pour adapter le calendrier et la portée de la phase de production, ou pour l'éliminer complètement. Par exemple, les demandes peuvent être faites au cours d'une phase spécifique ordonnée par le tribunal¹³¹⁶, après que les parties ont échangé leur première série de mémoires¹³¹⁷, ou à tout moment, à la discrétion du tribunal. La production peut être large – les parties peuvent même convenir d'un processus de *full discovery* avec des dépositions et/ou des interrogatoires, ce qui n'est pas fréquent, même selon les institutions américaines¹³¹⁸ – ou plus étroite, chaque partie n'étant autorisée qu'à demander des documents spécifiques ou des catégories étroites de documents. En général, une phase de production de documents se compose des étapes clés suivantes : (i) un échange simultané des demandes documentaires ; (ii) la production simultanée et volontaire des documents demandés et des objections aux demandes documentaires, en cas de contestation ; (iii) les réponses aux objections et les demandes pour le tribunal concernant la production, si nécessaire ; (iv) la décision du tribunal sur les demandes de production de documents ; et (v) la production des documents ordonnée par le tribunal.

1213. – Redfern Schedule. Créé par l'arbitre britannique Alan Redfern, le *Redfern Schedule* est un outil (un tableau à plusieurs colonnes) fréquemment utilisé dans les arbitrages pour consolider dans un seul document les demandes de production documentaire des parties et les décisions finales du tribunal¹³¹⁹. Plus précisément, le *Redfern Schedule* se présente sous la forme d'un tableau dit de « synthèse » (même s'il peut être finalement assez indigeste à traiter) contenant en général quatre colonnes qui listent : 1) les documents demandés ; 2) la justification de la demande par la partie

¹³¹⁵Rules on the Efficient Conduct of Proceedings in International Arbitration, 14 déc. 2018.

¹³¹⁶Règl. IBA (2020), art. 3(2).

¹³¹⁷Cette approche peut permettre d'évaluer plus précisément si les documents demandés sont pertinents et importants pour l'issue du litige.

¹³¹⁸V. Règl. ICDR (2021), art. 21.10.

¹³¹⁹V. A. Redfern, *Documentary Disclosure in International Arbitration : The IBA Rules and the Redfern Schedule*, in A. Carlevaris, L. Lévy, A. Mourre et E. A. Schwartz (éds), *International Arbitration Under Review : Essays in Honour of John Beechey*, ICC Publ., 2015, p. 343-352.

requérante ; 3) l'objection soulevée par l'autre partie pour s'opposer à la production ; et 4) la décision du tribunal concernant chaque demande, si nécessaire. En pratique, les parties échangeront leurs colonnes respectives et rempliront progressivement les colonnes au fur et à mesure qu'elles avanceront dans le processus décrit ci-dessus. Après s'être éventuellement entendues sur la production (volontaire) de documents, les deux parties peuvent alors se tourner vers le tribunal afin qu'il ordonne la production de certains documents pour lesquels l'autre partie maintient son objection. Guidé par les lois, règles institutionnelles ou directives nationales applicables, le tribunal examinera la ou les demandes ainsi que les objections correspondantes (généralement fondées sur la confidentialité ou le privilège), et rendra sa décision sur chaque demande en complétant la colonne restante du *Redfern Schedule* (avec ou sans justification).

1214. – Exigences et motifs d'objection. Dans sa demande de documents, la partie requérante doit généralement fournir une description suffisamment détaillée des documents, justifiant de leur probable existence, notamment en mentionnant les personnes ou les mots-clés spécifiques à utiliser pour localiser les documents électroniques. La partie requérante doit également justifier les raisons pour lesquelles elle considère que les documents sont pertinents, par exemple en faisant référence à des allégations factuelles qu'elle (ou l'autre partie) a déjà formulées ou qu'elle a l'intention de formuler, ainsi qu'à des éléments relatifs à l'issue du litige. Enfin, la partie requérante doit expliquer pourquoi elle suppose que ces documents sont en possession, sous la garde ou le contrôle de l'autre partie. Cette dernière exigence, ainsi qu'un degré de précision suffisant et le fait que la demande ne doit pas constituer un poids excessif à la charge de la partie sollicitée¹³²⁰, sont parfois des obstacles qu'il n'est pas aisé de surmonter pour la partie requérante. La partie non requérante dispose aussi de moyens pour s'opposer aux demandes de production. Les motifs d'opposition comprennent le manque de pertinence, un « privilège » entendu au sens d'une confidentialité liée à une relation avec un avocat¹³²¹, une charge administrative déraisonnable, la perte ou la destruction du document demandé, la confidentialité commerciale ou technique, la sensibilité politique ou institutionnelle, ou des considérations d'économie, de proportionnalité, d'équité ou d'égalité¹³²².

1215. – Considérations pratiques. Plus le champ d'application de la production de documents est large, plus le processus est long et coûteux. Les parties doivent tenir compte de la langue et du format des documents, qui peuvent nécessiter une traduction ou la mise en œuvre de méthodes spéciales pour la production de documents électroniques¹³²³, ce qui n'est pas non plus neutre sur le terrain financier. Des considérations stratégiques peuvent également entrer en jeu. Par exemple, les parties doivent mettre en balance l'avantage d'obtenir certains documents en possession de l'autre

¹³²⁰Règl. IBA (2020), art. 3(3).

¹³²¹V. *supra*, nos 1064 et s. (Encart 37).

¹³²²Règl. IBA (2020), art. 3(5) et 9(2).

¹³²³ICC Arbitration Commission Report on Managing E-Document Production, 2012, p. 3.

partie et le risque d'être obligées de produire elles-mêmes des documents qui pourraient nuire à leur propre cause. Les préoccupations de temps et de rentabilité peuvent également jouer sur le fait que les parties acceptent d'utiliser le *Redfern Schedule* ou préfèrent utiliser une autre approche, telle que le *Armesto Schedule*, qui systématise les normes des Règles de l'IBA afin d'essayer de définir des critères et des instructions clairs pour les parties et le tribunal¹³²⁴. Enfin, malgré la standardisation de ces outils, il reste des aléas – le nombre de colonnes à inclure dans le tableau ; qui aura le dernier mot (la partie requérante ou sollicitée), la nécessité pour le tribunal de justifier, ou non, sa décision – qui ne donnent pas toujours à ce mécanisme un degré de satisfaisant de prévisibilité et de satisfaction.

c) Les contraintes dans l'administration de la preuve

1216. – Si l'administration de la preuve est généralement libre, cela n'empêche pas les arbitres d'imposer certaines contraintes d'ordre légal ou réglementaire, qui peuvent être sanctionnées (1). Par ailleurs, les arbitres, et dans une moindre mesure les parties, peuvent être soumis à des contraintes matérielles liées au volume grandissant de documents produits (2).

1) Les contraintes légales et réglementaires imposées aux parties et arbitres

1217. – **Le principe de la libre instruction du litige.** Dès lors que l'arbitre peut librement instruire le litige, il n'est pas tenu de s'appuyer sur l'intégralité des pièces produites¹³²⁵. L'arbitre est également libre d'apprécier, et de refuser, une demande de production forcée de documents¹³²⁶. Toutefois, dans la mesure où les questions d'administration de la preuve seraient convenues entre les parties, le pouvoir de libre instruction accordé aux arbitres pourrait être limité. Par ailleurs, et malgré l'absence d'*imperium* de l'arbitre, celui-ci peut prononcer, dans le déroulement de l'instruction du litige, des injonctions et des astreintes ou peut solliciter l'assistance des juridictions étatiques¹³²⁷. L'arbitre peut également tirer des conséquences probatoires du refus d'une partie de participer à l'administration de la preuve. Ainsi, en arbitrage interne, et face au refus d'une partie de participer aux mesures d'instruction du tribunal, celui-ci est autorisé à « en tirer toute conséquence »¹³²⁸. Cela se rapproche de la déduction défavorable (*adverse inference*) appliquée en arbitrage international et consacrée notamment à l'article 9(6) des Règles IBA (2010)¹³²⁹.

1218. – **Le respect du principe de la contradiction.** L'arbitre n'est toutefois pas exempté de respecter les droits de la défense, le droit à un procès équitable et l'égalité des parties¹³³⁰. Tous les éléments de preuve doivent être soumis au débat

¹³²⁴L'*Armesto Schedule* a été inventé par Juan Fernández-Armesto et son équipe chez Armesto & Asociados.

¹³²⁵Paris, 21 mars 2017 : *Rev. arb.* 2017, somm. p. 340.

¹³²⁶Paris, 14 avr. 2015 : *Rev. arb.* 2016, p. 556. – Paris, 2 avr. 2013, n° 12/02299 : *Rev. arb.* 2013, p. 539. *Contra*, V. en droit allemand : BGH, 2 oct. 2012, III ZB 8/11, qui annule une sentence car l'arbitre n'avait pas ordonné la production de certains documents.

¹³²⁷CPC, art. 1467 à 1469 ; V. aussi *infra*, n°s 1306 et s.

¹³²⁸CPC, art. 11, al. 1, sur renvoi de CPC, art. 1464, al. 2.

¹³²⁹V. *infra*, n°s 1211 et s.

¹³³⁰V. Paris, 6 mai 2003 : *Rev. arb.* 2004, somm. p. 720 : l'égalité des armes, entendue en l'espèce comme étant la

contradictoire des parties et celles-ci doivent avoir été mises en mesure de faire valoir leurs prétentions. Ainsi, l'absence de communication des pièces dont les arbitres ont eu à connaître à une partie constitue de toute évidence une violation du principe de la contradiction¹³³¹, de même que l'absence d'échanges d'écritures et de pièces¹³³². Ainsi, un tribunal arbitral ne peut, sans violer le principe de la contradiction, se fonder sur des éléments qui ont été portés à sa connaissance sans avoir mis les parties en mesure d'en débattre¹³³³. De même, une question se pose : un document obtenu par une partie de la part de l'autre partie dans une phase de production doit-il être versé « officiellement » aux débats (c'est-à-dire visé comme une « pièce » jointe à un mémoire conséquent) pour respecter le contradictoire ?

1219. – La prise en compte de la loyauté imposée aux parties. Le principe de loyauté, disposé à l'article 1510 du Code de procédure civile, peut imposer certaines obligations aux parties dans l'administration de la preuve¹³³⁴. Enfin, l'arbitre peut généralement prendre en compte le comportement d'une partie durant l'instance, y compris son comportement dans l'instruction du litige, lorsqu'il s'agit de répartir les frais d'arbitrage¹³³⁵. Une sentence pourrait également être annulée en cas de rétention frauduleuse de pièces, ou en cas de production de documents frauduleux, lorsque cela est de nature à remettre en cause la décision des arbitres¹³³⁶.

2) Les contraintes matérielles dans l'administration de la preuve

1220. – Un volume d'informations de plus en plus important. Ces dernières années, l'arbitrage, particulièrement international, fait face à une explosion du volume de documents soumis, que certains ont pu assimiler à un « tsunami »¹³³⁷. Cette tendance n'a pu qu'être renforcée avec le recours à la preuve électronique et pose, outre des questions d'efficacité, de célérité et de gestion des coûts¹³³⁸, la question des limites humaines et cognitives des arbitres pour assimiler toutes ces informations¹³³⁹. Sans parler de la « bataille dans la bataille » qu'est parfois devenue la phase de

possibilité raisonnable pour chaque partie de présenter ses preuves, n'est toutefois pas violée par le tribunal arbitral qui refuserait d'admettre des pièces présentées en cours de délibéré.

¹³³¹Bourges, 11 avr. 2013, n° 12-00596.

¹³³²Paris, 2 juill. 2003 : *Rev. arb.* 2014, p. 130, note E. Loquin.

¹³³³Cass. 1^{re} civ., 18 mars 2015 : *Rev. arb.* 2015, somm. p. 632 (V. aussi l'arrêt attaqué : Paris, 2 avr. 2013 : *Rev. arb.* 2014, p. 106, note L. Jaeger) : en l'occurrence, des pièces en langue allemande produites à l'appui d'un rapport d'expertise ordonné par le tribunal qui n'avaient été que partiellement traduites et qui n'avaient pas été soumises en intégralité à la partie adverse (non-allemande). – Paris, 9 oct. 2012 : *Rev. arb.* 2012, somm. p. 868 : en l'espèce, l'arbitre s'était fondé sur un dossier préparé lors d'une tentative de conciliation préalable qui n'avait pas été communiqué aux parties durant cette phase ni durant la procédure arbitrale.

¹³³⁴V. X. Boucobza, *La loyauté de la preuve dans l'arbitrage : Actualités du droit*, 27 août 2019, Wolters Kluwer. Toutefois, la cour d'appel de Paris a jugé qu'une sentence n'encourait pas l'annulation dans le cas où un tribunal se serait appuyé sur des pièces prétendument illégalement obtenues, dans la mesure où elles auraient été produites durant la phase de production de document (V. Paris, 14 mai 2019, n° 16/16502 : *Rev. arb.* 2019, p. 619).

¹³³⁵V. *infra*, n°s 1357 et s.

¹³³⁶Paris, 1^{er} juill. 2010 : *Rev. arb.* 2010, p. 856, note B. Audit.

¹³³⁷V. M. Schneider, *The Paper Tsunami in International Arbitration : Problems, Risks for the Arbitrators' Decision Making and Possible Solutions*, in T. Giovannini et A. Mourre (éds), *Written Evidence and Discovery in International Arbitration : New Issues and Tendencies*, Dossiers of the ICC Institute of World Business Law, vol. 6, 2009, p. 365 et s.

¹³³⁸Il semble ainsi que le coût matériel, temporel et financier de la phase de production de documents est *in fine* disproportionné au regard de son apport réel, V. S. Luttrell et P. Harris, *Reinventing the Redfern : JIA 2016*, p. 353 et s.

¹³³⁹Dont on pense qu'elle pourrait toutefois être gérée par une intelligence artificielle, V. *infra*, n°s 1253 et s.

production de documents avec son cortège de couches documentaires supplémentaires à traiter¹³⁴⁰.

1221. – La concentration sur les éléments importants du litige. Malgré une volonté des parties de vouloir produire la plus grande quantité possible de preuve (de fait ou de droit) à l'appui de leurs prétentions, il semble qu'en pratique la décision d'un tribunal arbitral soit déterminée sur la base d'un nombre bien plus limité de documents¹³⁴¹. De ce fait, il est possible, et peut parfois être recommandé, de soumettre un *corpus* restreint de documents clés (*core bundle*), établis en principe conjointement par les parties, afin de se concentrer à l'audience sur les éléments essentiels et indispensables à l'établissement de leurs prétentions¹³⁴².

1222. – En limitant la quantité de documents et en se concentrant sur les documents essentiels, il est possible d'aboutir à une procédure plus efficace prenant en compte les limites humaines de trois – parfois un seul – arbitres devant analyser et absorber de nombreux faits et informations soumis par des armées de conseils. En réalité, la problématique quantitative qui est posée ici induit de nombreuses difficultés : outre le défi « augmenté » pour les arbitres (humains) de finalement savoir comment hiérarchiser correctement cet océan d'informations, le risque de perdre de vue l'essentiel peut faire craindre que le tribunal ne « passe à côté » du procès. Ce risque est d'autant plus source d'inquiétude que le volume documentaire peut résulter d'une stratégie délibérée d'une partie (et des moyens colossaux mis entre les mains de ses conseils) qui cherche à noyer l'autre partie – mais fatalement le tribunal aussi – dans une masse d'informations. Ici comme ailleurs, quantité et qualité riment mais s'entrechoquent : plus (d'informations) veut parfois dire moins (de justice).

1223. – Un équilibre nécessaire dans la gestion de la preuve. Il apparaît nécessaire de trouver un équilibre (un des défis de l'arbitrage moderne) entre l'augmentation inévitable du volume documentaire qui accompagne des litiges de plus en plus complexes et conséquents en taille et, de l'autre, la nécessaire limitation quantitative des informations soumises par les parties et qui se veulent exhaustives. L'adoption récente de procédures accélérées par certaines institutions d'arbitrage semble aller dans ce sens, qui se veulent plus équilibrées, notamment sous l'angle documentaire, afin d'assurer une résolution des litiges efficace et concentrée¹³⁴³.

D. – L'administration de la preuve : la preuve testimoniale

1224. – Contrairement à la preuve documentaire, en principe inaltérable et objective, la preuve testimoniale qui naît du litige et est établie spécifiquement aux

¹³⁴⁰V. R. Marghitola, *Document Production Strategies, Document Production in International Arbitration*, Kluwer Law International, 2015, p. 124 et s.

¹³⁴¹J. Lew, *Document Disclosure, Evidentiary Value of Documents and Burden of Evidence*, in Giovannini et Mourre, préc., p. 11 et s., spéc. p. 15.

¹³⁴²V. CNUDCI, *Aide-mémoire de la CNUDCI sur l'organisation des procédures arbitrales* (2016), § 83 ; cette pratique tire d'ailleurs sa source d'une règle, devenue judiciaire, courante et très minutieusement encadrée au Royaume-Uni (V. art. 3 de la *Practice Direction 39A* de l'article 39 des *Civil Procedure Rules*). Elle permet d'identifier et de présenter au tribunal efficacement et communément les documents sur lesquels les parties se fondent. Elle présente toutefois des désavantages, notamment en aboutissant parfois à alourdir la procédure et la préparation de l'audience.

¹³⁴³Selon la procédure accélérée de la CCI (Règl. (2021), art. 30), l'arbitre peut décider de refuser des demandes de production de documents ou de limiter le nombre, la longueur et la portée des écritures (et mécaniquement du nombre de pièces), V. Règl. CCI (2021), Appendice VI, art. 3.

fins de ce dernier, est souvent perçue, en France du moins, comme un mode de preuve de seconde catégorie, plus faillible et subjectif car « sensible aux passions »¹³⁴⁴. Elle peut être définie en arbitrage international, de manière très large et sur un modèle proche de sa définition en *common law* qui ne limite pas le cercle des personnes autorisées à témoigner, comme un mode de preuve résultant de la déclaration de toute personne qui peut contribuer à éclairer le tribunal¹³⁴⁵. Sa nature particulièrement subjective, qui résulte d'une connaissance personnelle ou scientifique des faits litigieux que le témoin rapporte, conduit parfois à l'opposer à la preuve documentaire dont le contenu et l'appréciation apparaissent souvent plus fiables. Le témoin peut être traditionnellement défini comme « celui en présence de qui se produit par hasard ou à dessein, un fait ou un acte » et « qui communique à autrui la connaissance d'un événement passé »¹³⁴⁶. Une telle définition restreint toutefois la qualification aux seuls « témoins de faits » sans prendre en compte les experts désignés par les parties (généralement qualifiés d'*experts witnesses* dans les droits anglo-saxons). Alors que les premiers fondent leur témoignage sur une perception des faits qui leur est propre sans en tirer de conséquences techniques, scientifiques ou juridiques, les seconds se fondent sur leurs connaissances ou expériences afin de tirer des conséquences de faits qui leur ont été rapportés ou qu'ils ont constatés *a posteriori*¹³⁴⁷.

1225. – Bien que l'on oppose donc souvent preuve documentaire (ou littérale) et preuve testimoniale, il serait réducteur de considérer que la preuve testimoniale soit de nature essentiellement, ou exclusivement orale ou que les deux ne soient pas complémentaires. En effet, les sujets de la preuve testimoniale, c'est-à-dire les témoins de faits et les experts, fondent en premier lieu leur témoignage sur un support écrit, respectivement une attestation (ou *witness statement*¹³⁴⁸) et un rapport d'expertise (*expert report*). Ce support écrit préalablement présenté par un témoin servira de base à ce que l'on pourra qualifier de preuve orale, c'est-à-dire son audition par la partie adverse et le tribunal arbitral. La preuve testimoniale combine donc tout à la fois les caractéristiques d'un écrit – par exemple, une réflexion et un recul sur la présentation des faits et les conséquences à en tirer – et les caractéristiques d'une

¹³⁴⁴J.-F. Cesaro, *Avant-propos*, Rapp. C. cass. 2012, Livre III « La preuve », Doc. fr., 2012, p. 89. Ainsi en va-t-il également de l'aveu, qui pourtant émane des parties, V. L. Viaut, *L'aveu peut-il être une présomption preuve ?* : *LPA* 8 avr. 2020, n° 71, p. 9.

¹³⁴⁵Y. Derains, *La pratique de l'administration de la preuve dans l'arbitrage commercial international* : *Rev. arb.* 2004, p. 781 et s., spéc. p. 796-797. – V. aussi : A. Cohen Smutny, A. de Lotbinière McDougall et M. P. Daly, *A Practical Guide to International Arbitration, Juris*, 2020, p. 217 et s.

¹³⁴⁶G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF, 7^e éd., 2005.

¹³⁴⁷Ainsi, en droit fédéral américain, les témoins (ou *fact witnesses*) présentent des preuves sur des événements dont ils ont personnellement connaissance (V. Règle 602 des *Federal Rules of Evidence* : « A witness may testify to a matter only if evidence is introduced sufficient to support a finding that the witness has personal knowledge of the matter (...) ») dans l'optique de déterminer les faits du litige, bien qu'ils puissent dans certaines circonstances présenter leurs opinions (fondée sur une simple observation, V. Règle 701 des *Federal Rules of Evidence*). À l'inverse les experts (*expert witnesses*), désignés par les parties, ont pour mission d'éclairer le tribunal ou le jury sur la base de connaissances, scientifiques, techniques ou autres, spécifiques (*Federal Rules of Evidence*, Règle 702 : « A witness who is qualified as an expert by knowledge, skill, experience, training, or education may testify in the form of an opinion or otherwise if : (a) the expert's scientific, technical, or other specialized knowledge will help the trier of fact to understand the evidence or to determine a fact in issue ; (b) the testimony is based on sufficient facts or data ; (c) the testimony is the product of reliable principles and methods ; and (d) the expert has reliably applied the principles and methods to the facts of the case »). V. *infra*, n°s [1241](#) et s. (Encart 43).

¹³⁴⁸Dont l'origine et la pratique sont d'abord britanniques, le droit américain ne recourant que très ponctuellement aux *witness statements*.

déclaration orale – la spontanéité et la sincérité, et partant la crédibilité. La preuve documentaire peut également être un préalable à la preuve testimoniale, cette dernière, *via* l’attestation, pouvant s’appuyer sur, expliciter et renforcer les pièces sur lesquelles se fondent les parties, ou expliciter le cadre contextuel de l’information brute contenue dans un document¹³⁴⁹. De tous ces points de vue, malgré l’opposition tranchée, classique et souvent polémique faite entre les deux types de preuve, la réalité est plus poreuse et nuancée et il ne faudrait pas dévaloriser par trop l’apport des témoignages dans un procès, surtout arbitral¹³⁵⁰.

1226. – Toutefois, la nature spécifique de la preuve testimoniale, qui peut à la fois permettre de prouver des faits qui n’ont pas été fixés par écrit et compléter l’objectivité parfois obscure, trop clinique ou impersonnelle de la preuve documentaire, peut justifier un traitement différent par le tribunal arbitral. Malgré le recours encore parcimonieux au témoignage dans la pratique judiciaire et les arbitrages internes en France¹³⁵¹, il semble que son usage se développe parmi les praticiens français de l’arbitrage international. Du fait de sa nature subjective, la prise en compte du témoignage et de sa valeur probante dépend naturellement de la crédibilité du témoin ou de l’expert, crédibilité qui pourra résulter de la qualité du tiers (1^o). La nécessité pour le tribunal arbitral d’évaluer la valeur probante du témoignage ou de l’expertise justifie aussi que la preuve testimoniale soit traitée selon une procédure spécifique, combinant traditionnellement écrit et oralité (2^o).

1^o Le traitement de la preuve testimoniale

a) Les témoins et experts en arbitrage

1) Définition et qualité du témoin

1227. – Une définition large du témoin. Contrairement à certains droits judiciaires qui n’accordent la qualité de témoin qu’à certaines personnes « tierces » et sous certaines conditions¹³⁵², le droit de l’arbitrage est plus souple quant aux personnes susceptibles d’être entendues. L’article 1467 du Code de procédure civile

¹³⁴⁹« Documents rarely speak for themselves », L. Shore, *Document Production, Witness Statements, and Cross-Examination : The Enduring Tensions in International Arbitration*, in S. Brekoulakis, J. Lew et al. (éds.), *The Evolution and Future of International Arbitration*, International Arbitration Law Library, vol. 37, Kluwer Law International, 2016, p. 39-46, spéc. p. 42.

¹³⁵⁰V. pour une comparaison utile avec l’apport d’un témoignage dans un procès pénal, L. Saenko, « Le témoin ou l’histoire d’un voyage entre deux vérités » : *AJ Pénal* 2018, p. 172.

¹³⁵¹I. Léger et L. Degos, *L’instruction du litige en matière d’arbitrage !*, in *Les Cahiers de l’arbitrage. Nouveaux domaines, nouvelles utilisations*, Conseil national des barreaux, 2017, p. 75 et s., spéc. p. 78.

¹³⁵²Ainsi, en droit français, l’article 199 du Code de procédure civile dispose : « Lorsque la preuve testimoniale est admissible, le juge peut recevoir des tiers les déclarations de nature à l’éclairer sur les faits litigieux dont ils ont personnellement connaissance ». La preuve testimoniale est ainsi limitée à plusieurs titres : i) elle n’est pas toujours admissible (V. C. civ., art. 1358 et 1359) ; ii) seuls des tiers peuvent témoigner, à l’exclusion des parties ; iii) sur des faits dont ils ont personnellement connaissance, même si cette connaissance peut être indirecte. Par ailleurs, les témoins doivent prêter serment de dire la vérité (CPC, art. 211). Toutefois, les personnes qui ne peuvent témoigner pour des raisons d’incapacité peuvent tout de même être entendues sans prestation de serment (CPC, art. 205) et les parties peuvent être requises de comparaître personnellement (CPC, art. 184). Dans les droits civilistes, le droit allemand semble aussi, voire plus souple que le droit français, V. ZPO, art. 383 et 384. D’autres droits, comme le droit émirati, semblent être plus restrictifs, interdisant par exemple le témoignage de fonctionnaires en toute occasion, V. Loi fédérale n° 10 de 1992, art. 40. En droit américain, si toute personne peut être entendue comme témoin (*Federal Rules of Evidence*, Règle 601), celle-ci ne peut témoigner que des faits dont elle a personnellement connaissance (Règle 602) et elle doit également prêter serment (Règle 603).

prévoit ainsi que le tribunal arbitral peut entendre « toute personne », sans prestation de serment. Il est ainsi tout à fait habituel pour une partie d'être elle-même entendue comme témoin, sans que cela soit soumis à une procédure particulière. La pratique admet largement cette possibilité¹³⁵³. Toutefois, si, en arbitrage international, toute personne peut être entendue, notamment un employé d'une entité partie à la procédure, cela est moins vrai en matière interne. Ainsi, la Cour de cassation a pu considérer que le fait d'entendre une partie en qualité de « sachant », définie comme tiers à la procédure susceptible de fournir des informations techniques objectives, peut être une cause d'annulation de la sentence¹³⁵⁴. La question de savoir si un avocat peut également être entendu comme témoin reste posée¹³⁵⁵.

Comme évoqué précédemment¹³⁵⁶, les règles judiciaires de recevabilité formelle de la preuve n'ont pas vocation à s'appliquer en arbitrage. La preuve est donc libre (d'autant plus que les litiges sont souvent de nature économique et/ou commerciale) et il est difficile de formellement limiter l'admissibilité d'un témoignage. À cet égard, et comme pour la preuve documentaire, les règles strictes de recevabilité du droit interne n'ont pas vocation à s'appliquer, comme par exemple celles prévues en droit américain : de la nécessité d'une connaissance personnelle des faits¹³⁵⁷, des possibilités de procéder à l'*impeachment* d'un témoin pour des raisons de crédibilité ou de véracité¹³⁵⁸, d'irrecevabilité du témoignage pour *hearsay* (et ses nombreuses exceptions)¹³⁵⁹ ou de la possibilité d'introduire un témoignage pour prouver le contenu d'un document non disponible¹³⁶⁰ sans compter les règles générales de recevabilité des preuves. Seule sa pertinence, évaluée en aval par l'arbitre, déterminera son utilité¹³⁶¹. Toutefois, afin de pouvoir établir la pertinence et la crédibilité du témoin, et notamment du fait de la proximité qui peut exister entre un témoin et une partie, il est important de préciser ses compétences et qualifications, son rôle, sa position et la part prise dans l'activité ou l'opération qui a abouti au litige, et *in fine*, qu'il se soumette à une obligation de dire la vérité. C'est à la lumière de tous ces paramètres que l'arbitre pourra apprécier le poids probatoire véritable à accorder au témoignage.

2) Définition et qualité de l'expert

1228. – L'expert-témoin. La pratique arbitrale internationale distingue généralement les experts désignés par le tribunal arbitral, dont la mission et le mandat se rapprochent de l'expert judiciaire, de l'expert désigné par les parties qui est assimilé à un témoin¹³⁶². Bien que cela ne constitue pas un critère de recevabilité à

¹³⁵³V. par ex., Règl. CCI (2021), art. 25(2) ou Règles IBA (2020), art. 4(2).

¹³⁵⁴Cass. 2^e civ., 22 mars 1999 : *Rev. arb.* 2000, p. 267, note J.-G. Betto.

¹³⁵⁵V. *supra*, n° 1067.

¹³⁵⁶V. *supra*, nos 1175 et s.

¹³⁵⁷*Federal Rules of Evidence*, Règle 602. V. de manière générale, D. Slansky et A. Roth, *Evidence : Cases, Commentary and Problems*, Aspen, 5^e éd., 2020. V. égal., en droit anglais, R. Munday, *Cross & Tapper on Evidence*, Oxford University Press, 2018.

¹³⁵⁸*Federal Rules of Evidence*, Règles 608 et 609.

¹³⁵⁹*Federal Rules of Evidence*, Règles 801 à 807.

¹³⁶⁰*Federal Rules of Evidence*, Règle 1007.

¹³⁶¹À l'inverse, en procédure civile, lorsqu'une partie demande à ce qu'une enquête (c'est-à-dire l'audition du témoin) soit menée, elle doit préciser la pertinence et la précision des faits dont l'enquête doit rapporter la preuve (CPC, art. 222), ce qui en fait un véritable critère de recevabilité.

¹³⁶²V. Règles IBA (2020), art. 5 et 6. L'article 5(1) précise ainsi qu'une partie « peut recourir à un Expert désigné par une Partie comme moyen de preuve à l'égard de questions données » et son rapport est qualifié de

proprement parler, il est admis qu'un expert se définit comme toute personne possédant une expertise et des connaissances spécifiques, généralement techniques et parfois même juridiques, pertinentes dans le cadre du litige¹³⁶³.

À la différence d'un témoin (de fait), il est généralement requis de l'expert qu'il soit indépendant, notamment financièrement¹³⁶⁴, des parties¹³⁶⁵. Son devoir principal est dû au tribunal plutôt qu'aux parties¹³⁶⁶. Cette précision est traditionnellement un prérequis à la présentation de ses conclusions et opinions, de même que ses éventuels liens actuels et passés avec les parties, leurs conseils et le tribunal arbitral, une description de son expérience professionnelle, de ses diplômes, de sa formation et de son expérience, des instructions qu'il a reçues et une déclaration de son indépendance¹³⁶⁷. En Angleterre, le juge Cresswell a pu établir, avec acuité et une certaine abstraction, les devoirs et obligations d'un expert (en matière judiciaire) dans la célèbre décision *Ikarian Reefer*¹³⁶⁸. Selon ces critères, un expert doit, en substance : produire une preuve libre de toute influence dans sa forme ou son contenu ; assister le tribunal en toute indépendance à travers son opinion impartiale et objective ; énoncer les faits ou hypothèses sur lesquels il s'est appuyé pour former son opinion ; préciser les questions ou points qui ne relèvent pas de son expertise ; préciser lorsque son expertise est incomplète ou lorsqu'il ne peut affirmer, sans réserve, que son rapport est véridique ; communiquer au tribunal tout changement de position ; produire les documents sur lesquels il se fonde. Du fait de leur caractère quasi général et intemporel, il semble que ces exigences aient vocation à s'appliquer à tout expert, bien en dehors d'un cadre judiciaire anglais. L'ensemble de ces règles visent à assurer que le tribunal arbitral juge de manière éclairée, sans toutefois qu'il délègue son pouvoir de décision et de jugement aux techniciens¹³⁶⁹.

1229. – L'expert désigné par le tribunal. Outre les experts désignés par les parties, traditionnellement, à tort ou à raison, considérées comme des témoins, le

témoignage. La désignation d'experts, nommés ou non par les parties, reste statistiquement très fréquente. V. *LCIA's Note on Experts in International Arbitration*, 17 janv. 2018 : sur les quelques 300 dossiers répertoriés en 2016, « la plupart, si ce n'est tous, impliquaient un expert »

¹³⁶³Pour un tour d'horizon complet du rôle, du statut, de l'apport et des obligations des experts, V. *Expert Evidence : Conflicting Assumptions and How to Handle Them in Arbitration*, par S. Besson et H. Frey (éd.), *ASA Spec. Series, Juris*, n° 46, 2021 ; V. aussi M. Feutrill, N. Rubins, « La préparation des preuves expertales en arbitrage commercial international : aspects pratiques » : *RDAl/IBLJ* 2009, n° 3, p. 307.

¹³⁶⁴C'est ainsi que, si la rémunération de l'expert est généralement admise sans difficulté, contrairement au témoin, il est préférable d'éviter toute forme d'honoraire de résultat, ne serait-ce que pour éviter de remettre en cause son indépendance aux yeux du tribunal. Ainsi, en droit anglais, si le principe d'un honoraire de résultat n'est pas interdit, il doit être clairement encadré (V. *Gardiner & Theobald LLP v. Jackson [Valuation Officer]* [2018] UKUT 253 (LC) et *R [Factortame Ltd] v. Secretary of State for Transport, Local Government and the Regions* [2002] EWCA Civ 932).

¹³⁶⁵Il peut également être soumis à certaines obligations déontologiques comme par exemple l'absence de conflits d'intérêts. À ce titre, les juridictions anglaises ont ainsi pu récemment interdire à un expert d'intervenir dans un arbitrage en ce qu'il se trouvait dans une situation de conflit, un de ses affiliés intervenant pour la partie adverse, V. *Company A v. X, Y et Z*, 3 avr. 2020 [2020] EWHC 809 (TTC). Le défaut de révélation de liens entre arbitres et experts a pu, à ce titre, entraîner l'annulation d'une sentence, V. *Eiser Infrastructure Limited et Energia Solar Luxembourg Sarl c/ Espagne*, Aff. CIRDI n° ARB/13/36, Décision d'annulation, 11 juin 2020.

¹³⁶⁶J. Lew, L. Mistelis et S. Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2003, p. 579. Sur la question de savoir si un expert a une obligation fiduciaire de loyauté envers son client, v. : *Secretariat Consulting Pte Ltd and others v A Company* [2021] EWCA Civ 6, [2021] 4 W.L.R. 20.

¹³⁶⁷V. Règles IBA (2020), art. 5(2).

¹³⁶⁸*National Justice Compania Naviera SA v Prudential Assurance Company Ltd* [1993] 2 Lloyd's Rep 68, p. 81-82.

¹³⁶⁹V. à ce sujet, J. Djogbenou, *Juger par les experts : quelques aspects contemporains d'une justice déléguée aux techniciens*, in *Mél. en l'honneur de J. Mestre*, LGDJ, 2019.

tribunal arbitral dispose généralement du pouvoir de désigner lui-même un expert¹³⁷⁰, afin de lui permettre d'obtenir des éclairages techniques. Dans ce cas, contrairement aux experts désignés par les parties, la mission de l'expert « unique » est fixée par le tribunal et son rapport sera soumis au contradictoire. Bien qu'il soit possible de combiner experts-témoins et experts désignés par le tribunal, la pratique tend de plus en plus à favoriser la première méthode¹³⁷¹.

b) La portée de la preuve testimoniale

1) La valeur de la preuve testimoniale

1230. – Une importance moindre accordée à la preuve testimoniale. Même dans les juridictions où l'on tend à considérer que la preuve testimoniale est un élément essentiel dans l'établissement des faits en ce qu'elle peut, tout autant qu'un document écrit, participer à la manifestation de la vérité, il semble que son recours soit dans tous les cas encadré. Ainsi, en *common law*, un témoignage sera soumis à un contre-interrogatoire poussé, visant à le discréditer mais donnant également au témoin l'opportunité de le défendre¹³⁷². À l'inverse, la pratique civiliste tendra tout simplement à accorder une plus grande faveur à la preuve documentaire¹³⁷³. Ces différences semblent se refléter en arbitrage international qui opère un compromis entre ces deux visions : d'un côté, la procédure est régie par des échanges complets d'écritures et de pièces, de l'autre, le recours aux témoignages devient plus fréquent¹³⁷⁴ et encadré par des écrits.

1231. – L'utilité du recours à la preuve testimoniale. La preuve testimoniale peut constituer un complément utile à la preuve documentaire. Elle vise à apporter un éclairage complémentaire à la réalité factuelle « plaidée » et présentée par l'avocat d'une partie, en se fondant sur des perceptions personnelles et des expériences concrètes, dans le cas des témoins, ou en tirant des conclusions techniques spécifiques des faits présentés, dans le cas des experts¹³⁷⁵. Elle donne ainsi, dit-on, une réalité plus présente, charnelle et éclairée à des faits passés, cliniques et complexes. Bien que l'administration de la preuve testimoniale, notamment à travers l'audition, soit coûteuse financièrement et en temps, elle peut se révéler nécessaire pour démêler les faits et les confronter aux positions adverses, notamment pour des arbitres soumis à des litiges où l'« histoire » racontée par chaque partie diverge considérablement de celle de la partie adverse¹³⁷⁶. La relative spontanéité qu'apporte l'audition du témoin peut apporter une valeur ajoutée à la manifestation de la vérité et au crédit à accorder à telle ou telle présentation des faits. Par ailleurs, les attestations écrites et l'audition

¹³⁷⁰V. par ex., Règles IBA (2020), art. 6 ; Règl. CCI (2021), art. 25(3) ou Règl. CNUDCI (2010), art. 29.

¹³⁷¹Pour une comparaison des avantages et inconvénients de chaque méthode d'expertise, V. J. Waincymer, *Procedure and Evidence in International Arbitration*, Kluwer Law International, 2012, p. 931 et s.

¹³⁷²P. Roshier, *Le contre-interrogatoire dans l'arbitrage international : RD aff. int.* 2017, n° 3, p. 203-204.

¹³⁷³L'article 1359 du Code civil dispose ainsi qu'« [i]l ne peut être prouvé outre ou contre un écrit établissant un acte juridique (...) que par un autre écrit sous signature privée ou authentique ».

¹³⁷⁴Le recours aux témoignages semble également bien accueilli par les praticiens, V. Queen Mary University, *2012 International Arbitration Survey : Current and Preferred Practices in the Arbitral Process*, p. 24 et s.

¹³⁷⁵J. El Ahdab et R. Monégier du Sorbier, *La préparation des témoins par les avocats dans l'arbitrage international : To be or not to be ou l'« anti-thèse française » : Electronic Bulletin of the European Court of Arbitration* 2012, n° 2, p. 8 et s., spéc. p. 9.

¹³⁷⁶Parmi les outils permettant au tribunal de démêler de telles divergences, on peut citer la pratique du *witness* (ou *expert*) *conferencing* qui consiste, selon les principes développés par Klaus Sachs, à entendre ensemble et à confronter deux témoins opposés afin de mettre en lumière les points d'accord et de désaccord, V. *infra*, n°s [1240](#) et s.

des témoins peuvent permettre de concentrer les points de désaccord factuels immédiatement et en amont. C'est au final l'arbitre qui juge du poids réel et probatoire à accorder à tel ou tel témoin. Il faut toutefois être vigilant dans leur usage. Les parties en font d'ailleurs parfois trop lorsqu'elles compilent plusieurs témoignages sur la même question factuelle, afin d'impressionner le tribunal arbitral ou d'insister lourdement sur le caractère crédible de tel ou tel fait relaté. Or souvent, quantité ne rime pas avec qualité et une telle pratique n'est pas neutre en matière de coûts et de délais¹³⁷⁷. Il convient alors d'avoir recours aux témoins de façon plus stratégique et judicieuse afin d'en maximiser l'utilité. De même, certains auteurs¹³⁷⁸ et la pratique ont montré que la fiabilité des témoins pouvait s'avérer relative, notamment au regard du temps et de l'argent investis.

2) Le cadre spécifique du traitement de la preuve testimoniale

1232. – La prise en compte et le traitement de la preuve testimoniale en arbitrage : un cadre spécifique établi par la pratique. Les procédures pour traiter la preuve testimoniale en arbitrage international¹³⁷⁹, sous l'influence des Règles IBA, semblent également faire l'objet d'un compromis relatif. Ainsi, si l'on note des différences marquées dans l'encadrement de la preuve testimoniale dans différents pays, il semble qu'en pratique, un terrain d'entente ait pu être trouvé. On peut ainsi citer la pratique du contre-interrogatoire qui tient une part importante dans l'audition des témoins dans les juridictions de *common law*¹³⁸⁰, alors qu'à l'inverse, devant les tribunaux français, outre que les auditions sont limitées, la partie adverse n'est en principe pas autorisée à interroger directement le témoin. La procédure arbitrale concilie les deux visions en permettant, d'un côté, l'audition de témoins et experts de manière contradictoire, tout en imposant de strictes limites temporelles. De la même façon, si la pratique des *depositions* est souvent admise dans des arbitrages internes aux États-Unis¹³⁸¹, une telle procédure est généralement exclue en arbitrage international¹³⁸².

¹³⁷⁷La CCI préconise ainsi de limiter autant que possible le recours à des témoins ou des experts et seulement pour des points clés, V. Commission de la CCI, *Controlling Time and Costs in Arbitration*, 2012, p. 13. De la même façon, les règlements d'arbitrage tendent à considérer qu'une audience n'est pas systématiquement nécessaire et permettent à l'arbitre de trancher le litige sur pièces, V. Règl. CCI (2021), art. 25(5) ; Règl. SIAC (2016), art. 5.2(c) (dans le cadre d'une procédure accélérée) ; Règl. ICDR (2021), art. E-8 (également dans le cadre d'une procédure accélérée).

¹³⁷⁸V. T. Landau, *Tainted Memories : Exposing the Fallacy of Witness Evidence in International Arbitration* : Kaplan Lecture 2010.

¹³⁷⁹V. *infra*, n^{os} 1233 et s.

¹³⁸⁰Aux États-Unis par ex., la *cross-examination* n'est pas limitée dans le temps ou soumise à un échancier précis, V. H. M. Holtzmann, *Streamlining Arbitral Proceedings : Some Techniques of the Iran-US Claims Tribunal* : *Arb. Int.* 1995, p. 39 et s., spéc. p. 46-47.

¹³⁸¹V. Règl. AAA, art. L-3(f), qui estime toutefois qu'elles ne doivent être ordonnées par l'arbitre que de façon exceptionnelle.

¹³⁸²Le règlement ICDR (2021) précise : « Depositions, interrogatories, and requests to admit as developed for use in U.S. court procedures generally are not appropriate procedures for obtaining information in an arbitration under these Rules » (art. 21[10]). V. aussi N. O'Malley, *Are Depositions Incompatible with International Arbitration?* : *Kluwer arbitration blog* 19 nov. 2012.

2° La procédure relative à la preuve testimoniale

a) L'administration de la preuve testimoniale

1233. – L'administration de la preuve par l'arbitre. Comme en matière documentaire, l'administration de la preuve testimoniale relève des prérogatives des arbitres et essentiellement de la pratique. Elle est peu encadrée par la loi. L'article 1467 du Code de procédure civile prévoit ainsi laconiquement que : « Le tribunal arbitral procède aux actes d'instruction nécessaires (...) Le tribunal arbitral peut entendre toute personne. Cette audition a lieu sans prestation de serment ». Il en résulte, conformément à la liberté accordée à l'arbitre de conduire la procédure¹³⁸³, que les arbitres peuvent décider de leur propre fait d'entendre des témoins et peuvent organiser librement leur audition¹³⁸⁴, de même qu'ils peuvent juger qu'un témoignage n'est pas nécessaire et sera refusé¹³⁸⁵. La force probante des attestations et des déclarations des témoins est naturellement laissée à l'appréciation souveraine des arbitres¹³⁸⁶, lesquels peuvent également apprécier l'opportunité de recourir à une mesure d'expertise de leur propre initiative¹³⁸⁷. La procédure relative à l'administration de la preuve testimoniale est donc libre et généralement établie au cas par cas à travers une ordonnance de procédure. La seule limite reste ici, comme en matière de preuve documentaire, le respect du contradictoire¹³⁸⁸.

b) Les étapes de la procédure relative à la preuve testimoniale

1) Le support écrit préalable

1234. – Le lien entre preuve documentaire et preuve testimoniale. Il est désormais¹³⁸⁹ très fréquent que le témoignage, et *a fortiori* l'expertise, soit présenté au préalable sur un support écrit le plus souvent documenté (attestation ou rapport d'expertise)¹³⁹⁰. Ces supports, parfois appelés *witness statements* ou attestations de témoin, sont généralement produits par les parties avec leurs mémoires, selon un cadre plus ou moins formel déterminé par le tribunal dans une ordonnance de

¹³⁸³V. *supra*, nos 919 et s.

¹³⁸⁴Paris, 23 juin 2005 : *RTD com.* 2007, p. 689, obs. E. Loquin : « Les conditions de l'audition des témoins, la durée de leur interrogatoire et les questions posées doivent être contrôlées par le tribunal arbitral ».

¹³⁸⁵V. Paris, 15 mars 1984, *Soubaigne* : *Rev. arb.* 1985, p. 185 (refus implicite dans le cadre d'un arbitrage en amiable composition).

¹³⁸⁶Paris, 17 déc. 2009 : *Gaz. Pal.* 6-8 juin 2010, p. 15, obs. D. Bensaude.

¹³⁸⁷Paris, 3 déc. 1998 : *Rev. arb.* 1999, p. 601, note Ch. Jarrosson ; d'autant plus lorsque les parties ne l'ont pas sollicité.

¹³⁸⁸V. *supra*, n° 964.

¹³⁸⁹V. *supra*, n° 1225.

¹³⁹⁰Pour une présentation complète des *witness statements*, V. A. V. Schlaepfer, *Witness Statements*, in L. Lévy et V. V. Veeder (éds), *Arbitration and Oral Evidence*, Dossier of the ICC Institute of World Business Law, Publication n° 689E, 2004, p. 65 et s. On peut également se référer utilement aux conseils pratiques de la CCI encadrant les attestations, V. CCI, *Gestion efficace de l'arbitrage : Guide destiné aux juristes d'entreprise et aux autres représentants des parties*, Publ. CCI 866-3 FRA 2018, p. 45 et s. Si la pratique générale en matière de preuve testimoniale est inspirée des juridictions de *common law*, il convient d'opérer une distinction concernant les *witness statements*. Ainsi, si le droit anglais y a souvent recours, bien qu'il semble que des réformes prévoient de réduire leur portée sur la base des travaux du *Witness Evidence Working Group du Business and Property Court Boards du Judiciary du Royaume-Uni* en date du 6 décembre 2019 (V. www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2019/12/Witness-statement-working-group-Final-Report-.pdf), et que la pratique prévoit que peut être soumis avec l'acte introductif d'instance un *witness statement*, notamment dans le cadre d'un recours en annulation (V. *Orascom TMT Investments SARL v. VEON Ltd*, [2018] EWHC 985 [Comm], qui remet toutefois en cause cette pratique), le droit testimonial américain ne se fonde que très peu sur un support écrit préalable.

procédure. Toutefois, ces supports peuvent parfois apparaître comme artificiels car en contradiction avec le principe même de la preuve testimoniale, qui est de produire une preuve directe et spontanée, en tout cas non préparée. Certains auteurs ont d'ailleurs pu considérer ces attestations écrites comme n'ayant aucun lien avec les souvenirs indépendants du témoin et ne constituant guère plus qu'une plaidoirie détournée¹³⁹¹. À l'inverse, d'autres auteurs estiment que les *witness statements*, bien que parfois biaisés ou fondés sur des souvenirs imparfaits, ne forment que rarement le matériau principal de la décision du tribunal, mais conservent une certaine utilité en ce qu'ils permettent d'expliquer les preuves documentaires et facilitent l'administration des témoignages présentés à l'audience et leur référencement¹³⁹². Il est vrai aussi qu'ils peuvent donner un relief « vivant » à la matière litigieuse soumise au tribunal. Et de la vie peut surgir la vérité, dit-on.

1235. – La préparation du *witness statement*/rapport d'expertise. Si ce support doit en principe être établi par le témoin lui-même, l'assistance dans la rédaction et la mise en forme du document ne doit pas poser de difficultés et peut même s'avérer utile pour rapprocher la présentation, parfois brute, des faits par le témoin (profane) des attentes plus spécifiques d'un tribunal arbitral. Toutefois, aujourd'hui, en pratique, de plus en plus de *witness statements* sont constitués sans se limiter à la mémoire du témoin qui atteste ou relate les faits : une batterie de documents, par exemple le contrat, bien souvent des correspondances, sont visés et joints en pièces au soutien d'une allégation. La question de la préparation du support écrit et de l'assistance apportée par le conseil se pose donc ici. D'un côté, il convient d'assurer et de conserver une certaine spontanéité et donc la crédibilité du témoignage (car c'est sa caractéristique principale) et toute intervention d'une personne extérieure peut remettre cet aspect en cause. De l'autre côté, un certain encadrement peut permettre une plus grande efficacité, en organisant les souvenirs du témoin, en se référant à des documents pour ancrer le témoignage dans le réel et faciliter sa digestion par les arbitres. La préparation de l'attestation semble devoir être limitée à des questions de structure sans modifier la substance du témoignage et dénaturer le sens des mots choisis par le témoin.

1236. – Un témoignage direct et potentiellement autonome. Le recours à une attestation est donc devenu, à tort ou à raison, un passage quasi obligé pour les témoins¹³⁹³. Il est généralement requis afin d'assurer la crédibilité de l'attestation, de décrire de façon complète et détaillée les faits et la source de l'information sur lesquels ils déposeront, la nature des liens des témoins avec toute partie et avec le litige, et les qualifications et l'expérience des témoins¹³⁹⁴. *A fortiori*, les rapports

¹³⁹¹V. V. Veeder, *Introduction*, in L. Lévy et V. V. Veeder, *Arbitration and Oral Evidence*, préc., p. 7 ; V. travaux du Groupe de travail de la CCI : *The Accuracy of Fact Witness Memory in International Arbitration*, 2020. En effet, la mémoire étant discontinue, formée d'impressions (V. R. Roussillon, *Historicité et mémoire subjective – La troisième trace*, Cliniques méditerranéennes, 2003, n° 1, § 67), filtrée, triée et reconstruite, il convient de la mobiliser avec précaution.

¹³⁹²L. Shore, *Document Production, Witness Statements, and Cross-Examination: The Enduring Tensions in International Arbitration*, in S. Brekoulakis, J. Lew et al. (éds), *The Evolution and Future of International Arbitration*, Kluwer Law International, 2016, p. 42-43.

¹³⁹³Ainsi, une étude de l'Université Queen Mary a démontré que 87 % des personnes interrogées avaient recours à un *witness statement* pour présenter des témoignages, V. *2012 International Arbitration Survey: Current and Preferred Practices in the Arbitral Process*, p. 24.

¹³⁹⁴Règles IBA (2020), art. 4(2) ; Aide-mémoire de la CNUDCI, § 87.

d'expertise devraient suivre des exigences méthodologiques plus rigoureuses encore, ou du moins similaires¹³⁹⁵.

Une fois ce support écrit rédigé et utilisé par les parties dans leurs mémoires, qui constitue en principe le témoignage direct du témoin, celui-ci peut en principe être auditionné. Une certaine liberté est toutefois généralement accordée aux parties pour évaluer l'opportunité de les présenter à l'audience. Outre que ce support écrit permet de « fixer » le témoignage ou l'expertise et de s'y référer efficacement, il permet également d'évaluer en amont son utilité et l'opportunité de les entendre. Les parties sont généralement « maîtres » des témoins qu'elles souhaitent présenter, et il en va de leur responsabilité d'assurer leur présence à l'audience¹³⁹⁶. Ainsi, si les parties ou le tribunal n'estiment pas une audition nécessaire, le seul support écrit pourra être retenu¹³⁹⁷. À l'inverse, si un témoin, dont la présence est demandée par la partie adverse ou le tribunal, ne comparait pas, le tribunal, qui ne peut le contraindre¹³⁹⁸, pourra généralement en tirer toute conséquence sur le poids probatoire à accorder à l'attestation¹³⁹⁹, voire rejeter ladite attestation¹⁴⁰⁰.

2) L'audition des témoins

1237. – La préparation du témoin pour l'audition. La différence de culture peut également se ressentir dans la préparation et l'assistance apportée par les conseils aux témoins. D'un côté, il n'est pas exact de croire qu'un avocat anglais ou américain pourrait « coacher » un témoin à sa guise : des règles déontologiques strictes encadrent cette pratique¹⁴⁰¹. De l'autre, la réglementation en France de la pratique professionnelle a assoupli l'interdiction faite aux avocats, parisiens du moins, de préparer un témoin¹⁴⁰². Comme dans d'autres aspects, il existe toutefois une certaine convergence en arbitrage international, comme reflété par l'article 4(3) des Règles IBA (2010)¹⁴⁰³. Ici comme ailleurs, tout est question de pratique plus que de principe, et de ce que l'on entend par « préparer » un témoin, notamment au regard de

¹³⁹⁵Règles IBA (2020), art. 5(2) ; V. *infra*, n^{os} 1240 et s. et spéc. l'Encart 43.

¹³⁹⁶Aide-mémoire de la CNUDCI, § 123.

¹³⁹⁷V. par ex. Règl. CCI (2021), art. 25(5).

¹³⁹⁸V. *infra*, n^o 1245 ; et plus gén. au sujet de la gestion des incidents n^o 1307.

¹³⁹⁹Aide-mémoire de la CNUDCI, § 124.

¹⁴⁰⁰Règl. LCIA (2020), art. 20.5 ; Règles IBA (2020), art. 4(7).

¹⁴⁰¹En droit anglais, par ex., le *coaching* d'un témoin, défini comme l'« orchestration du témoignage devant être apporté » (R. V. Salisbury [2005] EWCA Crim. 3107) est strictement interdit, mais il est permis de familiariser le témoin avec la procédure, V. P. Rosher, préc., p. 215. À l'inverse, aux États-Unis il est généralement permis aux conseils de préparer le témoin, voire de simuler des contre-interrogatoires, V. J. El Ahdab et R. Monégier du Sorbier, préc., p. 11.

¹⁴⁰²Ainsi, le Conseil de l'Ordre a autorisé, par résolution en date du 16 février 2008, les avocats français à préparer les témoins dans le cadre d'arbitrages internationaux, et ce afin d'éviter que les avocats du barreau de Paris ne soient inéquitablement traités par rapport aux avocats étrangers pratiquant l'arbitrage à Paris (V. X. Normand-Bodard, « La préparation des témoins en arbitrage international – Analyse de la résolution prise par le Conseil de l'Ordre le 26 février 2008 » : PA n^o 87, 30 avr. 2008, p. 4). Gare toutefois à la subordination de témoin dans le cas où un avocat souhaiterait faire dire autre chose que ce qu'il pense être la vérité à un témoin, V. Cass. crim., 12 juin 2019, n^o 18-83.844. Pour une vision plus générale de la préparation des témoins dans les juridictions de droit civil, V. H. van Houtte, *Counsel-witness Relations and Professional Misconduct in Civil Law Systems*, in L. Lévy et V. V. Veeder, *Arbitration and Oral Evidence*, Dossier of the ICC Institute of World Business Law, Publication n^o 689E, 2004, p. 105-113.

¹⁴⁰³« Une Partie ou ses dirigeants, employés, conseils ou autres représentants peuvent, sans commettre d'irrégularité, rencontrer les témoins ou témoins potentiels de cette Partie, et discuter avec eux de leur éventuel témoignage ».

problèmes naturels de mémoire et d'influences extérieures¹⁴⁰⁴. Il appartient ainsi au conseil de veiller à conserver la spontanéité du témoin, tout en s'assurant qu'il pourra présenter efficacement et de façon crédible son témoignage ou son expertise¹⁴⁰⁵. La préparation peut être minimale et consister simplement en une information sur le déroulement de l'audience, ou maximale et ainsi mettre le tiers en condition. Il semble à tout le moins opportun pour le conseil de s'assurer que le témoin (ou l'expert) ait « révisé », ait pris connaissance des documents pertinents, ait identifié les points importants de son témoignage (ou de son expertise) de même que les points litigieux contestés par la partie adverse ou un autre témoin, ait évalué le temps d'audition, etc.¹⁴⁰⁶ Une préparation complète, dont l'utilité semble induite par une éventuelle *cross-examination* « agressive » de la part des juristes adverses, peut cependant être à double tranchant si elle efface toute spontanéité, voire si elle a pour but d'altérer le témoignage et la vérité. De même que le contre-interrogatoire, jugé trop agressif, d'un témoin par un conseil un peu trop zélé peut souvent s'avérer contre-productif.

Encart 42

Préparer un contre-interrogatoire : comment et jusqu'où ?

1238. – Comme un avocat se prépare à toute audience, il n'est pas anormal pour les témoins d'en faire de même afin qu'ils sachent à quoi s'attendre le(s) jour(s) de l'audience. Au-delà de bien connaître leur attestation écrite et de toujours dire la vérité, ce qui peut sembler évident, mais il est utile de le rappeler¹⁴⁰⁷, il existe un certain nombre de conseils permettant de s'assurer que le témoin est bien « préparé »¹⁴⁰⁸ à faire face au contre-interrogatoire. Par exemple, avant de répondre, le témoin doit bien avoir saisi le sens et la portée de la question posée, surtout si une question est répétée ou est exprimée dans une langue qui n'est pas sa langue maternelle, et de faire une pause pour réfléchir ou pour lire le document qui lui est présenté¹⁴⁰⁹. Dans l'idéal, les réponses sont claires, simples et fermes, sans être absolues ni extrêmes, en regardant directement son interlocuteur, sans oublier de maintenir le contact visuel avec les membres du tribunal. Il est également préférable pour le témoin de ne pas juger de l'équité ou de la pertinence de la question, en laissant au conseil qui l'a appelé le soin de le faire ; cependant, il est possible pour le témoin de refuser de répondre aux

¹⁴⁰⁴Landau, *Tainted Memories : Exposing the Fallacy of Witness Evidence in International Arbitration*, préc.

¹⁴⁰⁵R. S. Rifkind, *Practices of the Horseshed : The Preparation of Witnesses by Counsel in America*, in L. Lévy et V. V. Veeder, préc., p. 55 et s., spéc. p. 61.

¹⁴⁰⁶J. El Ahdab et R. Monégier du Sorbier, préc., p. 10-11.

¹⁴⁰⁷Il n'est généralement pas attendu d'un témoin qu'il donne son « opinion » (contrairement à un expert) mais qu'il relate des faits dont il a connaissance et dont il se rappelle.

¹⁴⁰⁸Sur l'admission d'une telle préparation, du moins dans l'arbitrage international, V. *supra*, n° 1237.

¹⁴⁰⁹Si une question est répétée, le témoin est conseillé de rester vigilant et de se demander si la réponse initiale était exacte et, dans l'affirmative, de répéter simplement la même réponse, même si la question a été posée plusieurs fois.

questions techniques et/ou juridiques ou couvertes par la confidentialité ou à souligner qu'une hypothèse est formulée dans la question. La situation n'est pas la même lorsque le conseil qui a appelé le témoin lui pose des questions (re-direct). Dans ce cas, le but sera d'aider le témoin à corriger ou à clarifier une déclaration faite durant son contre-interrogatoire. Contrairement à la situation où c'est l'avocat adverse qui pose la question, il vaut mieux que le témoin réponde de manière exhaustive, même si la question n'était pas parfaitement formulée.

1239. – L'utilité du recours à l'audition et son processus. L'audition permet à la fois d'évaluer la crédibilité du témoin, et partant de son témoignage ou expertise, et de confronter le témoin et ses déclarations à la partie adverse afin d'évaluer sa teneur et sa réalité. L'audition¹⁴¹⁰ sera généralement divisée également entre les parties, ce qui n'est pas sans poser de difficultés en cas d'asymétrie dans le nombre de témoins présentés de part et d'autre des parties. L'identité des personnes devant comparaître sera fixée à l'avance, de même que l'ordre d'apparence (et leur isolement des débats précédant leur témoignage). En principe, il sera procédé à un court interrogatoire direct, puis un contre-interrogatoire de la partie adverse. Le tribunal arbitral est alors libre de poser les questions qu'il estime nécessaires, ce qui n'est pas sans intérêt pour éclairer les débats.

1240. – L'audition directe et le contre-interrogatoire. Lorsqu'un support écrit a été rédigé en amont, il est très rare que l'audition directe (*direct examination*) du témoin ou de l'expert se contente de reprendre oralement ce qui a été annoncé dans ce document. Cette partie de l'audition peut de ce fait généralement être limitée à une énonciation des qualités et des compétences du témoin ou de l'expert et, pour ce dernier, de son indépendance vis-à-vis des parties¹⁴¹¹. De façon plus substantielle, l'audition directe peut permettre de clarifier certains points du témoignage ou de l'expertise ou de traiter des points de désaccord par rapport à la preuve testimoniale présentée par la partie adverse. Mais elle n'est pas censée se transformer en une plaidoirie déguisée. Le contre-interrogatoire (ou *cross-examination*) est parfois présenté comme l'élément clé de l'audition en ce qu'il permet de mettre en lumière et de démêler les éléments plus ou moins pertinents du témoignage ou de l'expertise et de faire prévaloir la version des faits de la partie qui interroge le témoin, et, pour l'arbitre, d'évaluer efficacement la valeur probante de la preuve testimoniale qui lui est ainsi soumise¹⁴¹². La plupart du temps, l'exercice, qui prend parfois des airs de plaidoirie, sera axé sur deux angles d'« attaque » du témoin : i) sa crédibilité (en raison notamment de liens éventuels avec la partie) ou la cohérence dans les propos rapportés ; ii) la pertinence, l'exactitude et la fiabilité des faits relatés que d'autres documents ou témoins remettraient en cause¹⁴¹³. Certaines techniques peuvent

¹⁴¹⁰V. sur cet aspect de la procédure, P.-A. Gélinas, *Evidence Through Witnesses*, in L. Lévy et V. V. Veeder, préc., p. 29 et s.

¹⁴¹¹G. Born, *International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2014, p. 2285-2286.

¹⁴¹²P. Rosher, préc., p. 212.

¹⁴¹³L'audition du témoin en arbitrage se limite généralement aux faits relatés dans l'attestation. À l'inverse, en procédure civile, le juge peut entendre ou interroger les témoins sur tous les faits dont la preuve est admise par la loi (CPC, art. 213).

également être utilisées en substitution ou en parallèle, telles que le *witness* ou *expert conferencing*, qui peut également être virtuel¹⁴¹⁴, qui consiste à confronter plusieurs personnes en même temps afin d'identifier des points d'accord ou de désaccord. L'idée est de diriger plus efficacement les questions et l'interrogatoire¹⁴¹⁵, ou encore de faire ressortir « la vérité » de cette confrontation collégiale même si le résultat peut parfois s'avérer mitigé.

Encart 43

La preuve « expertale » : du rapport d'expert à son contre-interrogatoire

1241. – Fondements. La mission principale du témoin expert est d'approfondir certaines questions techniques ou juridiques sous la forme d'un rapport ou d'un avis écrit. Les experts peuvent être appelés à donner leur expertise dans divers domaines, tels que les (bio)technologies, l'ingénierie, la nature d'un produit ou d'un service litigieux, *etc.*, qui peuvent être essentiels à l'appréciation technique des faits de l'affaire, mais surtout s'agissant de l'approche quantitative et d'un marché sectoriel ou de dommages réclamés par les parties, en particulier s'ils sont complexes ou difficilement appréhendables pour un profane ou un juriste. Les parties et le tribunal arbitral sont libres de décider si des témoins experts doivent être entendus et, le cas échéant, selon quelle procédure. Les règles institutionnelles peuvent également guider le rôle que vont jouer les témoins dans l'arbitrage¹⁴¹⁶.

1242. – Sélection des experts et considérations pratiques. Les témoins experts peuvent être désignés par les parties ou par le tribunal. Dans ce dernier cas, un expert peut être proposé par l'institution arbitrale ou choisi en consultation avec les parties, par exemple sur une liste soumise conjointement. Pour choisir entre les experts nommés par les parties, les experts nommés par le tribunal et les experts internes, les parties peuvent tenir compte du temps et du coût correspondants, en plus d'autres considérations stratégiques. Par exemple, alors qu'un expert nommé par une partie ou un expert interne (de l'entreprise) peut permettre à la partie d'exercer un certain contrôle sur le contenu de l'avis de l'expert, cet expert peut être perçu comme manquant d'indépendance et d'impartialité en

¹⁴¹⁴Il convient à cet effet de souligner les efforts pour encadrer des procédures virtuelles, dans un souci d'efficacité et d'économie, et notamment ceux du *Korean Commercial Arbitration Board* qui a publié en novembre 2018 son *Draft Seoul Protocol on Video Conferencing in International Arbitration*.

¹⁴¹⁵V. sur le sujet du *conferencing*, K. Sachs et N. Schmidt-Arendts, *Protocol on Expert Teaming : A New Approach to Expert Teaming*, in A. J. Van den Berg, *Arbitration Advocacy in Changing Times*, ICCA Congress Series, n° 15, Kluwer Law International, 2011, p. 135 et s.

¹⁴¹⁶V. Règl. d'arbitrage CCI (2021), art. 25 ; Règl. d'arbitrage LCIA (2020), art. 21 ; Règl. d'arbitrage HKIAC (2018), art. 22 et 25 ; Règl. d'arbitrage CNUDCI (2010), art. 27-29 ; Règl. IBA (2020), art. 5, sur l'administration de la preuve en arbitrage international (*on taking evidence*).

comparaison avec un expert nommé par le tribunal¹⁴¹⁷. Inversement, la désignation d'un expert unique comme en matière judiciaire peut permettre d'économiser des coûts, mais peut conduire le tribunal à trop lourdement s'y appuyer.

1243. – Préparation de rapports d'experts et la recherche d'un terrain circonscrit. Lorsque les experts sont nommés par les parties, chaque expert soumet généralement un rapport d'expertise distinct, soit en même temps que les mémoires des parties, soit après la production des déclarations des témoins, que ce soit simultanément ou successivement. Le principal obstacle rencontré lors de la préparation isolée des rapports d'experts est qu'ils peuvent adopter des approches très différentes sur les mêmes questions, voire même ne pas du tout aborder les mêmes questions. Pour éviter ou limiter ce risque, et pour des raisons de temps et de coût, les parties peuvent convenir de réunir les experts, au début ou après la production des premiers rapports d'expertise, pour identifier les points de désaccord et limiter leurs rapports d'expertise à ces seuls points¹⁴¹⁸. Les experts peuvent également être invités à limiter l'étendue de leurs questions avant une audience ou même à produire un rapport commun plutôt que des rapports séparés. Enfin, la conférence des témoins (*hot-tubbing* ou *expert conferencing*) peut également être utilisée pendant l'audience elle-même, au cours de laquelle les membres du tribunal interrogent plusieurs experts en même temps. Toutefois, pour que ce format soit réellement utile, le tribunal doit avoir une maîtrise suffisante et bien en amont des questions techniques litigieuses, ce qui n'est pas toujours le cas¹⁴¹⁹. En outre, le fait d'inciter les experts à circonscrire les questions, en l'absence des avocats, n'est pas sans risque pour la stratégie argumentative que ces derniers peuvent vouloir déployer¹⁴²⁰. De même, un rapport conjoint peut ne pas atteindre l'objectif final qui est de résoudre les différences fondamentales entre les positions des experts. Quelle que soit la méthode choisie, et dans l'intérêt de l'indépendance et de l'impartialité, les experts doivent veiller à éviter de présenter des arguments et opinions qui ne relèvent pas de leur compétence ou d'utiliser un langage qui pourrait être perçu comme biaisé.

1244. – Contre-interrogatoire. En comparaison à celui des témoins de fait, le contre-interrogatoire des témoins experts pose des défis uniques aux avocats, notamment parce qu'il peut les obliger à débattre sur des concepts peu familiers et très techniques. Si on laisse de côté le dispositif de la conférence des témoins, mentionné ci-dessus, les conseils peuvent utiliser le contre-interrogatoire pour mettre en doute la crédibilité d'un témoin. Les

¹⁴¹⁷V. K. Sachs, *Protocol on Expert Teaming : A New Approach to Expert Evidence*, présenté lors de la conférence ICCA 2020 à Rio de Janeiro.

¹⁴¹⁸Dans le cas d'un expert nommé par un tribunal dans un arbitrage CCI, une autre façon de limiter l'étendue des questions est de convenir d'un accord de référence sur la base duquel l'expert préparera un rapport écrit.

¹⁴¹⁹LCIA, *Experts in International Arbitration*, 17 janv. 2018 ; V. aussi K. Sachs, *Protocol on Expert Teaming : A New Approach to Expert Evidence*, presented at the 2020 ICCA Conference à Rio de Janeiro.

¹⁴²⁰Ceci peut se produire si l'expert accepte de ne pas discuter de certains points que l'avocat souhaite faire valoir. V. H. Rosen, *How Useful Are Party-Appointed Experts in International Arbitration?*, in A. Jan Van den Berg (éd.), *Legitimacy : Myths, Realities, Challenges*, ICCA Congress Series, vol. 18, ICCA & Kluwer Law International, 2015, p. 379-430.

techniques retenues pour le contre-interrogatoire des témoins de fait peuvent généralement être appliquées au contre-interrogatoire des experts notamment pour critiquer le caractère éventuellement biaisé des hypothèses et de la méthode retenue par l'expert.

1245. – Le pouvoir de contrainte de l'arbitre et la sanction d'un faux témoignage. En l'absence de prestation de serment et d'*imperium* de l'arbitre, un faux témoignage devant un tribunal arbitral ne pourra être directement sanctionné sur le terrain pénal¹⁴²¹. À défaut de sanction, il conviendra, comme indiqué¹⁴²², pour l'arbitre d'en tirer les conséquences dans l'administration de la preuve, en rejetant le témoignage ou en n'en tenant pas compte. De la même façon, l'article 1467 du Code de procédure civile n'autorise pas les arbitres à contraindre un témoin à comparaître¹⁴²³, même si certaines règles ou règlements permettent à l'arbitre d'ordonner une telle comparution¹⁴²⁴ et que l'aide des juridictions étatiques peut être sollicitée¹⁴²⁵. Les pouvoirs des arbitres dans l'administration de la preuve testimoniale peuvent également se retrouver en contradiction avec des intérêts étatiques, qui devraient vraisemblablement primer¹⁴²⁶. Concernant les experts, le tribunal peut toujours, pour pallier les défauts éventuels des parties, et s'il estime devoir être mieux informé, en désigner un par lui-même¹⁴²⁷, ce qui reste peu fréquent en pratique.

¹⁴²¹V. A. Dimolitsa, *Giving Evidence : Some Reflections on Oral Evidence v. Documentary Evidence and on the Obligations and Rights of the Witnesses*, in L. Lévy et V. V. Veeder, préc., p. 11 et s., spéc. p. 19 et s. Ce qui n'empêche pas une partie lésée par un faux témoignage d'engager des poursuites pénales contre ledit témoin, éventuellement, mais pas seulement, devant les tribunaux répressifs du pays du siège. Cela ne sera cependant pas sans poser des difficultés au regard de la confidentialité de l'arbitrage ; V. plus gén. sur la gestion de ces incidents, *infra*, n^{os} [1307](#) et s.

¹⁴²²V. Paris, 28 févr. 2017 : *Gaz. Pal.* 2017, n^o 27, p. 29, obs. D. Bensaude ; et *supra*, n^{os} [1210](#) et s.

¹⁴²³À l'inverse, on peut citer le droit néerlandais qui permet à l'arbitre d'ordonner la comparution de témoins avec le concours du juge d'appui, V. CPC néerlandais, art. 1041a ou *Arbitration Act* anglais de 1996, art. 43. Sur le fondement de l'article 44 de l'*Arbitration Act*, les juridictions anglaises permettent également à des parties à un arbitrage à l'étranger de forcer des témoins situés en Angleterre et au Pays de Galles à apparaître, V. par ex. *A and B v. C, D and E*, 19 mars 2020, [2020] EWCA Civ 409. V. plus généralement en droit anglais, M. Esly, *Last will and testimony: the powers of the court to compel witness attendance in arbitration: The Arbitrator*, Printemps 2020, p. 16 et s. L'article 184(2) de la loi suisse sur le droit international privé semble également pouvoir permettre le recours au juge d'appui pour contraindre un témoin à comparaître. L'article 1708 du Code judiciaire belge pourrait également être lu comme permettant au juge étatique d'ordonner la comparution d'un témoin.

¹⁴²⁴V. par ex., Règles IBA (2020), art. 4(11) ou Règl. CCI (2021), art. 25(2).

¹⁴²⁵On peut ainsi citer un exemple récent, devant les juridictions australiennes, d'ordonnance du juge pour contraindre des tiers à comparaître à un arbitrage ; Cour suprême de Victoria, *UDP Holdings Pty Ltd c/ Esposito Holdings Pty Ltd et a.*, [2018] VSC 316, jugement du 15 juin 2018.

¹⁴²⁶C'est le cas par exemple dans la procédure CIRDI opposant Nova Group à la Roumanie (Arb. CIRDI n^o ARB/16/19) : malgré une ordonnance du tribunal arbitral enjoignant la Roumanie à suspendre une demande d'extradition d'un témoin du demandeur à l'arbitrage, les juridictions anglaises ont considéré qu'une telle ordonnance ne pouvait avoir pour effet de supplanter une procédure d'extradition, V. A. Krishnan et S. Perry, *ICSID measures fail to halt extradition of witnesses* : *GAR* 11 avr. 2019.

¹⁴²⁷L'article 1467 du Code de procédure civile l'autorisant à procéder à toute mesure d'instruction qu'il estime nécessaire. Les règlements permettent également aux arbitres de désigner des experts, V. par ex. Règl. CCI (2021), art. 25(3) ou Règles IBA (2020), art. 6.

Section 3

La procédure électronique et/ou virtuelle

1246. – La tendance générale à la numérisation du monde juridique. Le secteur juridique, comme tous les autres, a vu son fonctionnement modifié ces dernières décennies au gré de l'essor et du développement des technologies de l'information. Cela se manifeste notamment dans la résolution des litiges, dans la sphère publique en France¹⁴²⁸, mais plus encore dans le secteur privé, avec la multiplication des plateformes de résolutions des litiges en ligne dites *Online dispute resolution (ODR)* ou tribunaux virtuels¹⁴²⁹. Certains outils permettent également d'assister à la prise de décision¹⁴³⁰. Outre ces conséquences sur le déroulement de la procédure, les nouvelles technologies tendent à modifier la pratique du conseil juridique, du fait de l'émergence de *LegalTech* à même de fournir des produits permettant de remplacer les juristes et des prestations juridiques nouvelles¹⁴³¹. L'arbitrage n'est naturellement pas immunisé contre les évolutions de fond traversant le monde des affaires et du droit¹⁴³². À bien des égards, l'arbitrage est devenu aujourd'hui une procédure « virtuelle »¹⁴³³, ce que la crise sanitaire a sans doute accéléré¹⁴³⁴. La présente section n'a pas pour but d'offrir une analyse exhaustive de l'usage de toutes les nouvelles technologies et de la manière avec laquelle elles refaçonnent en profondeur l'arbitrage aujourd'hui, mais plutôt de se concentrer sur certains outils clés pour l'évolution récente et future de la matière. Il s'agit davantage

¹⁴²⁸V. L. n° 2019-222, 23 mars 2019, de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice ou encore l'ordonnance n° 2020-1401 du 18 novembre 2020 portant adaptation des règles applicables aux juridictions de l'ordre judiciaire statuant en matière pénale. On note cependant une résistance à l'intégration des outils technologiques dans le processus judiciaire, V. à ce titre, la décision n° 2020-836 QPC du 30 avril 2020, censurant les dispositions de l'article 706-71 du Code de procédure pénale permettant la possibilité d'utiliser des moyens de télécommunication audiovisuels dans le cadre de la procédure pénale, notamment en matière de la détention provisoire, V. aussi : Cons. const., 15 janv. 2021, n° 2020-872 QPC, jugeant contraire à la Constitution la possibilité de recourir à la visioconférence sans l'accord des parties en matière pénale. Le Conseil d'État, en référé, a également suspendu la disposition de l'ordonnance n° 2020-1401 qui permettait la comparution d'un accusé en visioconférence avec ou sans son accord devant la cour d'assises, au motif que cela porte une atteinte grave et manifestement inéquitable aux droits de la défense et au droit à un procès équitable, V. CE, 27 nov. 2020, n°s 446712, 446724, 446728, 446736, 446816, *ADAP et a.*

¹⁴²⁹M. S. Abdel Wahab, E. Katsch et D. Rainey, *Online Dispute Resolution : Theory and Practice : Eleven international* 2012.

¹⁴³⁰V. par ex. N. Aletras, D. Tsarapatsanis, D. Preotiuc-Pietro et V. Lampos, *Predicting judicial decisions of the European Court of Human Rights : a Natural Language Processing perspective*, *PeerJ Computer Science*, 24 oct. 2016, concernant un algorithme de prédiction des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme. V. aussi : Commission d'experts sur les intermédiaires internet, *Algorithms and Human Rights : Study on the human rights dimensions of automated data processing techniques and possible regulatory implications*, Conseil de l'Europe, mars 2018.

¹⁴³¹C. Fleuriot, *L'intelligence artificielle va provoquer une mutation profonde de la profession d'avocat : Dalloz actualité*, 15 mars 2017.

¹⁴³²G. Decocq, *L'influence d'internet sur la pratique de l'arbitrage* : *Rev. arb.* 2012, p. 769.

¹⁴³³I. Amro, *Online Arbitration in Theory and in Practice : A Comparative Study of Cross-Border Commercial Transactions in Common Law and Civil Law Countries*, Cambridge Scholars Publishing, 2019.

¹⁴³⁴Pour les enseignements de la crise de la Covid-19 sur l'arbitrage, v. J. Fellas, *International Arbitration in the Midst of Covid-19 – One Year Later* : *New York Law Journal*, 19 mars 2021.

de discuter de la modification qu'apportent ces outils sur la pratique procédurale (§ 1) ainsi que des défis nouveaux qui en résultent (§ 2).

§ 1. – La modification de la procédure arbitrale par les nouvelles technologies

1247. – Le moindre formalisme du droit de l'arbitrage : terreau pour l'utilisation des nouvelles technologies. Le moindre formalisme de l'arbitrage par rapport aux procédures civiles, une de ces caractéristiques, et la primauté donnée à l'accord des parties ainsi qu'à la discrétion du tribunal arbitral, permettent une souplesse procédurale favorable à l'utilisation de toutes les formes de technologie¹⁴³⁵. Ainsi, rien n'empêche la conclusion de la convention d'arbitrage¹⁴³⁶ ou la reddition de la sentence sous forme électronique¹⁴³⁷. Entre les deux, les procédures sont introduites à distance¹⁴³⁸, les conférences sur la gestion de la procédure se déroulent souvent par télé ou visioconférences, les parties échangent leurs écritures en version électronique et les documents sont accessibles *via* des plateformes en ligne. Cette perméabilité de l'arbitrage aux nouvelles technologies s'est révélée clé dans l'adaptation à la crise sanitaire de la Covid-19 qui a montré que l'intégration technologique des intervenants permettait de poursuivre les procédures sans interruption ou impact conséquent, ce qui a mis en lumière l'avantage compétitif de l'arbitrage par rapport à bon nombre d'autres types de règlements des litiges, notamment les systèmes judiciaires et étatiques, qui peinent encore à trouver le cadre légal et pratique nécessaire à leur flexibilité. Quelques aspects de la révolution technologique de l'arbitrage sont à souligner : l'utilisation de documents électroniques (A), la pratique accrue des audiences virtuelles (B) et le recours à l'intelligence artificielle, encore à ses prémices (C).

A. – Les documents électroniques

1248. – La dématérialisation de la procédure¹⁴³⁹. Une des principales révolutions technologiques de la société, du commerce et donc de l'arbitrage a trait à la dématérialisation. L'arbitrage accepte depuis un certain temps maintenant le « tout électronique », notamment en matière de preuve. Si la dématérialisation semble poser peu de problématiques juridiques particulières, dans la mesure où seul le support

¹⁴³⁵V. Rapport de la Commission CCI, *Information Technology in International Arbitration*, Publ. n° 882-1, mars 2017 ; à noter que la Commission CCI travaille sur un nouveau rapport sur l'usage des technologies de l'information, prenant en compte la réalité post-COVID19 et notamment le risque lié à la cybersécurité.

¹⁴³⁶V. resp. *supra*, nos [427](#) et [469](#) ; et *infra*, n° [1432](#).

¹⁴³⁷V. par ex. en droit néerlandais, l'article 1072(b)(3) du Code de procédure civile qui dispose qu'une sentence peut être rendue et signée électroniquement. V. aussi : E. Schäfer, *E-Signature of Arbitral Awards*, in M. Scherer, N. Bassiri et M. S. Abdel Wahab, *International Arbitration and the Covid-19 Revolution*, Kluwer Law International, 2020. La signature électronique de la sentence peut toutefois être problématique pour la validité de celles-ci dans certaines juridictions, V. F. Volio, *Signing the Arbitral Award in Wet Ink : Resistance to Technological Change or A Reasonable Precaution ?* : *Kluwer Arbitration Blog* 5 nov. 2020.

¹⁴³⁸Les institutions sont d'ailleurs elles-mêmes actrices de ce changement. Le CIRDI impose ainsi la soumission électronique, V. Communiqué de presse du CIRDI, *ICSID Makes Electronic Filing its Default Procedure*, 13 mars 2020 ; de même que le TAS avec son service « e-filing » (www.tas-cas.org/en/e-filing/e-filing-depot-en-ligne.html).

¹⁴³⁹V. plus généré. *supra*, nos [1175](#) et s. et not. n° [1183](#).

change, sa gestion peut poser question. Le volume des documents électroniques existants et accessibles – notamment des échanges de tout type : e-mails, messagerie instantanée, SMS, réseaux sociaux, *etc.*¹⁴⁴⁰ – se ressent dans l’administration de la preuve, dans l’identification des documents pertinents, mais également dans les interactions entre les participants à la procédure¹⁴⁴¹. Les nouvelles technologies permettent toutefois un traitement de plus en plus efficace de ces documents et données, par exemple à travers le développement de plateformes dédiées permettant de partager, de traiter, de consulter, voire de travailler simultanément sur des documents électroniques.

B. – L’audience virtuelle

1249. – Accélération d’une tendance. La possibilité de tenir une audience virtuelle, à distance¹⁴⁴², existe depuis la généralisation des technologies adaptées, c’est-à-dire qui permettent de connecter plusieurs participants simultanément¹⁴⁴³. Le cadre juridique ou réglementaire s’adapte également à cette possibilité en prévoyant spécifiquement la possibilité de recourir à une visioconférence pour l’audience ou l’audition de témoins¹⁴⁴⁴ ou en laissant cette possibilité ouverte, notamment sur le fondement de la liberté formelle de la procédure¹⁴⁴⁵. Bien que les outils existent depuis un certain temps, on note une tendance accrue ces dernières années, surtout depuis 2020, au recours aux audiences virtuelles. Cela peut être justifié par l’éloignement des intervenants à l’arbitrage et un souci de gestion des coûts¹⁴⁴⁶ ou en raison de restrictions de déplacements ou de limitation des réunions dans un contexte

¹⁴⁴⁰Les SMS sont ainsi un mode de preuve recevable en droit français, V. Cass. soc., 23 mai 2007, n° 06-43.209 : *Bull. civ.* 2007, V, n° 85 ; V. aussi : M. de La Rochefoucauld et O. Levannier-Gouël, *Les réseaux sociaux d’entreprise : approches croisées droit social et GRH* : JCP S, 17 nov. 2020, n° 46, 3075.

¹⁴⁴¹V. Rapport de la Commission CCI, *Managing E-document Production*, 2016, § 5.30 et s.

¹⁴⁴²On peut s’interroger sur le qualificatif correct à utiliser : virtuel, qui renvoie à une simulation de la réalité par des moyens électroniques, qui renvoie à un espace ou à un écart. Il semble en l’espèce que le terme virtuel permet de mieux appréhender la pratique, qui consiste à simuler une audience physique *via* des moyens électroniques. V. à ce sujet, M. S. Abdel Wahab, *Exculpating the Fear to Virtually Hear : A Proposed Pathway to Virtual Hearing Considerations in International Arbitrations : New York Dispute Resolution Lawyer* 2020, vol. 13, p. 18 et s.

¹⁴⁴³G. Kaufmann-Kohler et T. Schultz, *The Use of Information Technology in Arbitration* : *Jusletter* 5 déc. 2005.

¹⁴⁴⁴V. par ex. en droit néerlandais, Code de procédure, art. 1072b. V. aussi, par ex. Règl. AAA, art. 32(c) et Règl. AAA-ICDR (2021), art. 23(5) qui permettent expressément le recours à une audience virtuelle.

¹⁴⁴⁵M. Scherer, *The Legal Framework of Remote Hearings*, in M. Scherer, N. Bassiri et M. S. Abdel Wahab (éds), *International Arbitration and the Covid-19 Revolution*, Kluwer Law International, 2020, p. 65-104. La liberté accordée aux parties et aux arbitres concernant le déroulement de la procédure est vue comme laissant toute liberté d’organiser une audience virtuelle, V. M. Scherer, *Remote Hearings in International Arbitration : An Analytical Framework* : *JIA* 2020, vol. 37, p. 407-448. V. à ce sujet, les rapports nationaux ICCA, co-édités par J. Hosking, Y. Lahlou, G. R. Elgueta, « *Does a Right to a Physical Hearing Exist in International Arbitration ?* », mars 2021. V. aussi Règl. CCI (2021), art. 5 qui prévoit que la conférence sur la gestion de la procédure peut se dérouler par tous moyens. Jusqu’en 2021, rien n’était prévu spécifiquement concernant les audiences sur le fond, mais la CCI a admis que les audiences virtuelles n’étaient pas prohibées, V. Note CCI, *Guidance Note on Possible Measures Aimed at Mitigating the Effects of the Covid-19 Pandemic*, avr. 2020. L’article 26 du règlement CCI (2021) permet officiellement la tenue d’audiences virtuelles. Certains tribunaux ont également consacré la discrétion des tribunaux arbitraux pour tenir une audience virtuellement, et ce parfois malgré les objections d’une partie, V. aux États-Unis : *Legaspy v. Fin. Indus. Regulatory Auth., Inc.*, n° 20 C 4700, 2020 WL 4696818 (N.D. Ill. Aug. 13, 2020), en Autriche : Cour suprême, aff. n° 18 ONc 3/20s, 23 juill. 2020.

¹⁴⁴⁶Ainsi, en 2019, 60 % des audiences et sessions organisées par le CIRDI se faisaient par visioconférence, V. CIRDI, communiqué de presse, *A Brief Guide to Online Hearings at ICSID*, 24 mars 2020.

sanitaire difficile. La crise récente a ainsi vraisemblablement fait croître considérablement le recours aux audiences virtuelles¹⁴⁴⁷. L'utilisation plus fréquente entraîne de manière cyclique un encadrement plus précis : de nombreux protocoles et lignes directrices ont été mis en place pour guider les parties, leurs conseils et les arbitres¹⁴⁴⁸. Certaines institutions offrent même leurs propres plateformes pour faciliter le recours aux audiences virtuelles¹⁴⁴⁹ et tentent de moderniser ou consolider leurs services pour répondre aux nouveaux besoins¹⁴⁵⁰. La question reste de savoir si cette évolution est conjoncturelle ou plus profonde, même s'il n'est pas déraisonnable de tabler sur un changement plus profond dans le secteur.

1250. – La préparation de l'audience virtuelle¹⁴⁵¹. Si cette possibilité est rendue aujourd'hui aisée et présente de nombreux avantages, par exemple en termes de temps et de coûts¹⁴⁵² ou encore d'efficacité¹⁴⁵³, la tenue d'une audience virtuelle entraîne certaines difficultés techniques qui ne peuvent être exclues, organisationnelles (gestion des prises de parole, du décalage horaire, *etc.*), voire procédurales¹⁴⁵⁴. Pour ces raisons, la réussite d'une audience virtuelle exige une préparation, une coordination et une collaboration importantes entre les intervenants¹⁴⁵⁵. En effet, au-delà des aspects traditionnels (retranscription, liste de présence, *etc.*), il est nécessaire de prévoir d'autres problématiques technico-procédurales : la plateforme à utiliser, l'administration de la visioconférence, en principe par le tribunal arbitral pour éviter un risque d'inégalité entre les parties ou l'imputabilité d'un incident à une partie plutôt qu'une autre, l'organisation de tests préalables, les procédures en cas de pannes techniques, les modalités de présentation et de partage des preuves, la transcription et l'interprétariat des débats, et les problématiques de confidentialité et de sécurité informatique. Il est conseillé, pour éviter une improvisation préjudiciable, de préparer en amont des protocoles (voire de

¹⁴⁴⁷V. par ex., F. Poloni, *La pandémie va accélérer le développement des audiences virtuelles d'arbitrage* : LJA 27 avr. 2020, n° 1442. – A. Connerty, *The Future of International Arbitration following the Pandemic : The Hybrid Hearing?*, CI Arb Features, 9 oct. 2020. Selon une étude récente menée par le SCC, avant la crise de la Covid-19, moins de 10 % des arbitrages passaient par une audience virtuelle contre près de 35 % après la crise, V. SCC *Virtual Hearing Surey*, oct. 2020, p. 3. – S. Rodriguez Sr, *Virtual Hearings in International Arbitration : the Way of the Future?* : TDM 2021, vol. 18, n° 2.

¹⁴⁴⁸V. Note CCI, *Guidance Note on Possible Measures Aimed at Mitigating the Effects of the COVID-19 Pandemic*, avr. 2020. – AAA-ICDR, *Virtual Hearing Guide for Arbitrators and Parties et Model Order and Procedures for a Virtual Hearing via Videoconference*. – K. Kim, Y.-J. Tay, I. L. Yang et S. M. Lee, *Seoul Protocol on Video Conferencing in International Arbitration*, 18 mars 2020. – CI Arb, *Guidance Note on Remote Dispute Resolution Proceedings*, 2020. – International Council for Online Dispute Resolution, *Guidelines for Video Arbitration*, avr. 2020. – Africa Arbitration Academy, *Protocole on Virtual Hearings in Africa*, avr. 2020.

¹⁴⁴⁹Par ex., le CIRDI ; l'International Arbitration Centre Alliance, composée de Maxwell Chambers, Arbitration Place et de l'IDRC ; le *Virtual ADR service* de Maxwell Chambers ; JAMS pour la médiation ; et l'IDRC en collaboration avec Opus 2.

¹⁴⁵⁰V. Communiqué conjoint de douze institutions arbitrales, *Arbitration and Covid-19*, 17 avr. 2020.

¹⁴⁵¹V. *supra*, nos 1157 et s. et not. 1165.

¹⁴⁵²J. DiBlasi, *Embracing Technology in the Face of the Coronavirus : Virtual Reality in Arbitrations and Mediations* : JDSupra 24 mars 2020.

¹⁴⁵³Le recours à une audience virtuelle, qui nécessite une concentration plus importante, peut encourager la limitation de la durée de l'audience elle-même, des débats qui s'y tiennent, l'organisation de plages d'audience plus courtes et avec plus de pauses, ce qui peut permettre une concentration du litige.

¹⁴⁵⁴Il peut être plus délicat pour les arbitres de juger la crédibilité d'un témoin, le contre-interrogatoire est également plus hasardeux, V. J. Fellas, *International Arbitration In the Midst of Covid-19* : *New York Law Journal* 25 mars 2020, vol. 263, n° 57.

¹⁴⁵⁵Pour une revue des aspects à garder à l'esprit en préparation d'une audience virtuelle, V. T. Cooke, N. Sharratt et N. Pollemans, *Virtual Arbitration Hearings : Top 10 Tips* : *Lexology* 30 oct. 2020.

prévoir des développements spécifiques à cet effet dans les règles de procédure), le cas échéant établis conjointement entre les parties, afin de baliser les problématiques¹⁴⁵⁶. Ainsi, si une économie réelle peut être induite par un tel format électronique, on ne peut occulter le temps supplémentaire de préparation logistique que cela implique, ni le temps qui peut être perdu, en cours d'audience, du fait d'un tel format et des aléas qui lui sont inhérents¹⁴⁵⁷.

1251. – L'audition d'un témoin à distance. Les inconvénients de l'audience virtuelle en termes de qualité des débats semblent les plus aigus lors des auditions des témoins. En effet, le fait que l'audition se déroule à distance pose des questions pour l'intégrité de la procédure (est-ce qu'il bénéficie d'assistance ? Est-il seul dans la pièce ?) et certaines précautions additionnelles doivent ainsi être prises par le tribunal au préalable, comme par exemple la vérification de la pièce ou de la table à laquelle le témoin est assis. D'autres aspects plus futiles mais néanmoins importants, tenant à la façon de se comporter en vidéo, doivent également être gardés à l'esprit¹⁴⁵⁸.

1252. – Les principes procéduraux et l'audience virtuelle. Outre les aspects pratiques, techniques et logistiques, qui ne doivent pas être négligés, la question peut se poser de la légitimité de la procédure qui aboutirait à une audience virtuelle et notamment la préservation des principes procéduraux tels que le principe de la contradiction et l'égalité des parties. Un traitement négligent de la procédure lors de l'audience peut en effet remettre en question la validité de la sentence. Les différences techniques peuvent causer des risques qu'une partie soit limitée dans la présentation de ses arguments ou causer des situations d'inégalité dans le déroulement des débats¹⁴⁵⁹. Pour ces raisons, il est préférable, si ce n'est indispensable, que les parties et le tribunal s'accordent sur toutes les modalités de déroulement de l'audience

¹⁴⁵⁶V. Rapport de la Commission CCI, *Information Technology in International Arbitration*, mars 2017, p. 18-24. – R. F. Ziegler, *Draft Procedural Order to Govern Virtual Arbitration Proceedings* : TDM 5 avr. 2020.

¹⁴⁵⁷On ne compte ainsi plus les interpellations, répétées tout au long d'une audience virtuelle, afin de s'assurer que son interlocuteur nous voit ou nous entend correctement.

¹⁴⁵⁸Par ex., regarder la caméra et non l'écran, éviter les contre-jours, vérifier la qualité du son, faire attention au langage corporel télévisuel plus évident sur un grand écran, facilité à manier l'outil, etc. V. de manière générale, W. Miles, *Remote Advocacy, Witness Preparation & Cross-Examination : Practical Tips & Challenges*, in M. Scherer, N. Bassiri et M. S. Abdel Wahab, *International Arbitration and the Covid-19 Revolution*, Kluwer Arbitration Law, 2020, p. 121-136, spéc. p. 124 et s.

¹⁴⁵⁹V. G. Kaufmann-Kohler et T. Schultz, *The Use of Information Technology in Arbitration* : Jusletter 5 déc. 2005, p. 38 ; À noter que les tribunaux américains ont pu juger que l'audition d'un témoin par visioconférence n'était pas une violation du droit à un procès équitable, V. *Eaton Partners LLC v. Azimuth Capital Mgmt. IV Ltd.*, n° 1 :18-cv-11112, 2019 WL 5294934, *3 (S.D.N.Y. 18 oct. 2019). V. aussi : en Angleterre, *Hanaro Shipping v. Cofftea Trading* [2015] EWHC 4293 (Comm), sur la question des conséquences du différentiel technique entre les parties : en l'espèce, les tribunaux anglais n'ont pas considéré que le fait pour une partie d'interroger les témoins de l'autre par visioconférence, alors que l'autre partie pouvait le faire en présentiel, était de nature à causer un déséquilibre procédural ; en Australie, *Capic v. Ford Motor Company of Australia Ltd (Adjournment)* [2020] FCA 486, traitant des avantages et inconvénients d'une audience virtuelle par rapport à un report : « public institutions such as the Court must do all they can to facilitate the continuation of the economy and essential services of government, including the administration of justice (...) The combination of those two considerations would suggest a mode of trial conducted over virtual platforms from participants' homes. (...) The question then is whether s 37M and considerations of fairness to the parties mean that a virtual solution – which is the only viable solution – is not feasible and that the trial must be postponed. Similar considerations may be seen at play in s 47C (3) of the Act. It is clear that not every case can be heard in the fashion I have suggested in the previous paragraph » ; en Autriche, Cour suprême, aff. n° 18 ONc 3/20s, 23 juill. 2020, autorisant formellement le recours à des audiences virtuelles ; en Égypte, Cour de cassation, n° 18309/89, 27 oct. 2020, qui souligne la différenciation entre la notion de siège et de localisation de l'audience au regard notamment de la pratique accrue des audiences virtuelles.

virtuelle, voire renoncent à d'éventuelles objections procédurales liées au format de l'audience¹⁴⁶⁰.

C. – L'intelligence artificielle dans l'arbitrage

1253. – L'intelligence artificielle et la robotisation de l'arbitrage.

L'intelligence artificielle peut être communément définie comme un programme informatique visant à effectuer des tâches typiquement humaines nécessitant un certain niveau d'intelligence, telles que l'apprentissage ou le raisonnement¹⁴⁶¹. En droit et en arbitrage, comme dans d'autres domaines, l'intelligence artificielle est vraisemblablement amenée à jouer un rôle de plus en plus important que ce soit pour les conseils, afin de les assister dans la préparation et l'analyse des dossiers¹⁴⁶², dans la recherche juridique, dans la gestion procédurale ou la sélection d'arbitres, *etc.* ; mais également pour les arbitres eux-mêmes, l'intelligence artificielle pouvant être utilisée à terme comme outil d'assistance dans la rédaction de la sentence, voire dans la prise de décision, notamment s'agissant des questions de *quantum* pour lesquelles les arbitres n'excellent pas toujours. Il n'est en effet pas exclu, à terme, que des logiciels puissent remplacer les arbitres¹⁴⁶³, aboutissant à l'ère de « l'arbitre robot »¹⁴⁶⁴. Les procédures en elles-mêmes ont également pu évoluer, de façon encore marginale à ce jour, grâce à l'intelligence artificielle – ainsi que d'autres technologies de pointe comme la *blockchain*¹⁴⁶⁵ : on a ainsi vu apparaître des plateformes de règlement des différends fonctionnant grâce aux mécanismes de *blockchain* et de *crowdsourcing*¹⁴⁶⁶, même si la validité de ces procédures a pu être contestée¹⁴⁶⁷. Bien

¹⁴⁶⁰V. Note CCI, *Guidance Note on Possible Measures Aimed at Mitigating the Effects of the Covid-19 Pandemic*, avr. 2020, § 22. Un risque d'annulation de la sentence pour ce fait semble peu élevé toutefois, notamment dans la mesure où il est communément accepté que les auditions de témoins puissent se dérouler à distance, V. par ex., *Terna Bahrain Holding Co. v. Ali Marzook Ali Bin Kamil Al Shamsi et al.* [2012] EWHC 3283 (Comm) [85].

¹⁴⁶¹V. J. El Ahdab et M. Mako, *Arbitrage International versus Intelligence Artificielle* : *RD aff. int.* déc. 2018, n° 15, p. 49 et s.

¹⁴⁶²V. en Angleterre, *Brown v. BCA Trading Ltd* [2016] EWHC 1464 (Ch), qui autorise l'utilisation d'un code prédictif (*predictive coding*) dans une phase de production de documents (*e-disclosure*). V. aussi : aux États-Unis, *Moore v. Publicis Groupe*, 11 Civ 1279 (ALC) (AJP) II Civ 1279 (ALC) (AJP) (US District Court SDNY, 24 févr. 2012).

¹⁴⁶³M. Scherer, *Artificial Intelligence and Legal Decision-Making : The Wide Open?* : *JIA* 2019, vol. 36, p. 539-574.

¹⁴⁶⁴I. Ng et V. Benedetti del Rio, *When the Tribunal Is an Algorithm : Complexities of Enforcing Orders Determined by a Software under the New York Convention*, in K. Fach Gomez et A. M. Lopez-Rodriguez (éds), *60 years of the New York Convention : Key Issues and Future Challenges*, Kluwer Law Arbitration, 2019, p. 121-134 ; V. aussi : J.-B. Racine, *Arbitrage et Intelligence Artificielle* : *Rev. arb.* 2019, p. 1025-1067, spéc. p. 1046 et s. ; H. Snijders, *Arbitration and AI, from Arbitration to 'Robotration' and from Human Arbitrator to Robot : Arbitration : The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management*, Vol. 87, 2021, pp. 223-242.

¹⁴⁶⁵La *blockchain* est une technologie sans intermédiaire et sans organe central de contrôle qui permet la création, le suivi et la préservation de l'information qui existait jusqu'à présent dans des lieux centralisés. Une chaîne de blocs est une liste croissante d'enregistrements, de données et d'informations (les blocs) qui sont répliqués de manière identique sur différents ordinateurs, reliés entre eux par cryptographie.

¹⁴⁶⁶V. O. Rabinovich-Einy et E. Katsch, *Blockchain and the Inevitability of Disputes : The Role for Online Dispute Resolution* : *Journal of Dispute Resolution*, vol. 2019, n° 2, p. 47 et s., spéc. p. 59-61, à propos de la plateforme Kleros. Sur cette plateforme, des jurés sélectionnés automatiquement et anonymes résolvent des différends relatifs à des contrats intelligents par des « votes ». – P. Ortolani, *The impact of blockchain technologies and smart contracts on dispute resolution : arbitration and court litigation at the crossroads* : *Rev. dr. uniforme* 2019, vol. 24, p. 430.

¹⁴⁶⁷V. par ex., Cour d'appel d'Amsterdam, X. V. Y., aff. n° 200.234.175/01, 29 janv. 2019 : *Yearbook of Commercial Arbitration*, vol. 44, 2019, p. 1 : dans cette affaire, la cour d'appel a refusé l'*exequatur* à trois sentences car la

que ce type de plateforme ne tranche à ce jour que des litiges simples et binaires, rien ne semble empêcher un développement sur des litiges plus complexes.

1254. – Le régime juridique des procédures arbitrales « robotisées ». Malgré les avancées technologiques, le cadre juridique semble restreindre les possibilités d'une procédure robotisée¹⁴⁶⁸. Ainsi, en droit français de l'arbitrage interne, l'article 1450 du Code de procédure civile ne permet qu'aux personnes physiques d'exercer en tant qu'arbitre, que l'on attribue ou non, dans un futur proche, la personnalité morale aux robots¹⁴⁶⁹. Toutefois, de récentes réformes ont créé un cadre pour le développement de services d'arbitrage et de médiation en ligne, par le biais de plateformes certifiées par des institutions agréées¹⁴⁷⁰. Cette autorisation ne s'étend pas, à ce jour, à des plateformes qui ne s'appuieraient que sur l'intelligence artificielle dans la prise de décision (sur la base d'algorithmes ou d'un traitement automatique de données).

1255. – La conformité de procédures « robotisées » avec les principes procéduraux. Le recours à des arbitres robots ne devrait pas aboutir pour autant à des procédures sans risques. En effet, celles-ci devraient tout de même respecter les principes procéduraux applicables afin d'éviter tout risque de censure, d'annulation ou d'obstacle à son exécution. Ainsi, même si l'arbitre devait être une machine, son impartialité ou son manque d'indépendance pourrait toujours être remis en cause et des précautions devraient être nécessaires¹⁴⁷¹.

§ 2. – Les nouveaux défis résultant de l'utilisation d'outils électroniques

1256. – L'utilisation accrue des nouvelles technologies dans l'arbitrage, outre les problématiques procédurales et logistiques précitées, peut également apporter son lot de complications supplémentaires qu'il convient de garder à l'esprit, notamment en matière de cybersécurité (A) et de protection des données personnelles (B).

A. – La cybersécurité

1257. – Un risque accru d'atteinte à l'intégrité de la procédure. Le risque de failles de sécurité va de pair avec la démocratisation des outils technologiques, d'autant plus lorsque les utilisateurs ne maîtrisent pas parfaitement les outils¹⁴⁷². En effet, si l'ensemble des intervenants à l'arbitrage savent généralement utiliser les

procédure arbitrale, relative à des transactions en bitcoins, était automatique, ce qui était contraire à l'ordre public néerlandais dans la mesure où le défendeur n'avait pas été informé de l'instance. V. aussi, en Chine : Cour intermédiaire de Shenzhen, *Yun SilkRoad et M. Li c/ M. Gao*, 26 avr. 2020.

¹⁴⁶⁸V. de manière générale, sur le cadre juridique de l'intelligence artificielle, A. Bensamoun et G. Loiseau (éds), *Droit de l'intelligence artificielle*, LGDJ, 2019.

¹⁴⁶⁹A.-C. Choné-Grimaldi et P. Glaser, *Responsabilité civile du fait du robot doué d'intelligence artificielle : faut-il créer une personnalité robotique ?* : *Contrats, conc. consom.* janv. 2018, n° 1. – H. de Vauplane, *La personnalité juridique des robots*, in *Autour du droit bancaire et financier et au-delà : Mélanges en l'honneur de J.-J. Daigre*, Joly éd., 2017, p. 79-84.

¹⁴⁷⁰V. L. 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice et D. n° 2019-1089, 25 oct. 2019, relatif à la certification des services en ligne de conciliation, de médiation et d'arbitrage.

¹⁴⁷¹V. N. Byrnes, *Why We Should Expect Algorithm to Be Biased* : *MIT Technology Review* 24 juin 2016. – J. El Ahdab et M. Mako, *Intelligence artificielle vs arbitrage international* : *RD aff. int.* déc. 2018, n° 15, p. 49 et s.

¹⁴⁷²« Working from home creates cybersecurity headache » : *Global Arbitration Review*, 25 mars 2021.

outils technologiques communs (e-mails, services de partage de documents, plateformes de visioconférence), ils ne sont pas toujours sensibles aux enjeux de cybersécurité. Ainsi, il n'est pas rare que soient utilisés des systèmes de stockage et de communication non sécurisés, par exemple à travers l'envoi de clés USB non protégées ou cryptées, de liens de téléchargements largement accessibles, le dépôt de documents sur des espaces de stockage *cloud*, l'envoi de courriers électroniques à partir de boîtes à usage public et non protégées (hotmail, Gmail, *etc.*) ou l'utilisation de plateformes de visioconférences « publiques » et non sécurisées¹⁴⁷³. Ces risques sont bien réels aussi bien dans le monde des affaires qu'en arbitrage : on peut ainsi citer la cyberattaque subie par la Cour permanente d'arbitrage en 2015, au cours d'une audience arbitrale dans un différend frontalier entre la Chine et les Philippines¹⁴⁷⁴. Ce n'est pas que la confidentialité de l'arbitrage qui est ici en jeu, mais l'intégrité même de la procédure, pouvant même mettre en cause les arbitres eux-mêmes¹⁴⁷⁵.

1258. – La sensibilisation à ces risques semble donc indispensable afin d'allier efficacité technologique et protection de l'intégrité de la procédure, étant entendu que cette dernière considération devrait toujours prévaloir¹⁴⁷⁶. On peut même considérer que l'arbitre, garant de cette intégrité, a un devoir de mettre en place les mécanismes pour éviter tout risque d'intrusion numérique¹⁴⁷⁷. Sans mettre cette responsabilité sur les seules épaules des arbitres¹⁴⁷⁸, il est important de reconnaître que l'arbitrage en lui-même peut être une cible potentielle de cyberattaques : en effet, le contenu de la procédure et des débats contient bien souvent des informations à caractère commercial, industriel, voire politique sensibles ou des informations couvertes par le secret des affaires¹⁴⁷⁹, ce qui en fait une cible¹⁴⁸⁰. Signe de la réalité de la situation et de ses enjeux, certains protocoles commencent à être mis en place afin de garantir la cybersécurité de l'arbitrage¹⁴⁸¹. Cette préoccupation, bien que grandissante, ne semble pourtant pas constituer (encore) un élément essentiel de discussion entre le tribunal et les parties lors du démarrage de la procédure.

¹⁴⁷³V. à ce titre, Prot. Séoul, art. 2.1c, 2.2, 3.1 et 8.

¹⁴⁷⁴C. Morel de Westgaver, *Cybersecurity In International Arbitration – A Necessity and Opportunity for Arbitral Institutions* : *Kluwer Arbitration Blog* 6 oct. 2017.

¹⁴⁷⁵V. à ce sujet : C. Sanderson, "Tribunal challenged over alleged cyber-attack in Brazilian pulp case": *Global Arbitration Review*, 29 avr. 2021.

¹⁴⁷⁶Il est ainsi préconisé que l'utilisation des nouvelles technologies doit être évitée s'il existe un risque d'interception, V. Rapport de la Commission CCI, *Information Technology in International Arbitration*, mars 2017, p. 9.

¹⁴⁷⁷S. Cohen et M. Morril, *A call to cyberarms : the international arbitrator's duty to avoid digital intrusion* : *Fordham International Law Journal* 2017, vol. 40, n° 3, p. 981 et s.

¹⁴⁷⁸La plus-value des institutions est ici encore à noter, V. D. Sulamzra Abdul Rahman, *The Role Of Arbitration Institutions in Cybersecurity and Data Protection in International Arbitration* : *Kluwer Arbitration Blog* 24 nov. 2020.

¹⁴⁷⁹C. Morel de Westgaver, *A systemic approach to cybersecurity in international arbitration – imperative and implementation* : *TDM* 2019, n° 3.

¹⁴⁸⁰11 % des participants à une étude récente ont ainsi déclaré que la procédure arbitrale à laquelle ils participaient avait fait l'objet d'une cyberattaque, V. C. Sanderson, *Cybersecurity concerns highlighted in new survey* : *GAR* 4 févr. 2019.

¹⁴⁸¹ICCA, New York City Bar, CPR Institute, *Protocole on Cybersecurity in International Arbitration*, Rapports ICCA n° 6, 2020.

B. – La protection des données personnelles

1259. – La protection des données de l'arbitrage à l'ère du RGPD. Avec l'entrée en vigueur du règlement n° 2016/679 du 27 avril 2016 sur la protection des données (RGPD), s'est posée la question de son impact sur l'arbitrage. Si les autorités chargées de la protection des données n'ont pas émis de directives particulières pour l'arbitrage, son application est possible dans la mesure où n'importe quel participant (parties, conseils, arbitres, institutions, experts, ou encore sténographes, traducteurs et interprètes) peut y être soumis¹⁴⁸². On note peu d'exemples d'application concrète de ce règlement, mais on peut citer l'affaire *Tennant Energy c/ Canada*, dans laquelle le tribunal a jugé, de façon controversée, que le RGPD n'était pas applicable dans ce litige malgré la présence d'arbitres résidents du Royaume-Uni au motif que l'UE n'était pas partie à l'ALENA, au fondement de la procédure¹⁴⁸³. Or, le RGPD s'attache à tout traitement de données à caractère personnel automatisé en tout ou partie lorsque la personne (physique ou morale) qui effectue ce traitement ou lorsque la personne dont les données sont traitées réside dans un État membre de l'UE ou de l'Espace économique européen¹⁴⁸⁴. Si les risques d'atteinte à la vie privée et aux données personnelles n'existent pas que dans un contexte électronique, l'utilisation toujours plus importante des nouvelles technologies en accroît la fréquence¹⁴⁸⁵.

1260. – Les conséquences pratiques du RGPD. Le traitement des données personnelles recueillies dans le cadre d'une procédure arbitrale devra donc vraisemblablement être conforme au règlement et en premier lieu être effectué sur l'une des bases légales de l'article 6 du RGPD (Le règlement général sur la protection des données), par exemple l'intérêt légitime à traiter ces données. Dans la mesure où le traitement de ces données est légitime, les données doivent être correctement sécurisées et protégées de tout traitement non autorisé ou illicite, voire de perte, destruction ou détérioration¹⁴⁸⁶. Le transfert de données, possible lorsque nécessaire à l'exercice d'actions en justice, doit en tout état de cause être réduit dans sa portée (seulement les données pertinentes et nécessaires) et protégé¹⁴⁸⁷. En outre les données sensibles, telles que les données financières et économiques, doivent être spécifiquement protégées¹⁴⁸⁸. Le responsable du traitement est également tenu d'un devoir d'information et doit accorder aux personnes concernées un accès absolu¹⁴⁸⁹. Enfin, les données ne peuvent être conservées que durant une certaine période prévue à l'avance¹⁴⁹⁰.

¹⁴⁸²La CCI préconise ainsi que toutes les personnes impliquées dans l'arbitrage consentent expressément à l'utilisation de leurs données personnelles, V. CCI, *Note aux Parties et aux Tribunaux Arbitraux sur la conduite de l'arbitrage selon le règlement d'arbitrage CCI*, 1^{er} janv. 2021 ; V. aussi le Rapport conjoint ICCA-IBA sur la « Data Protection in International Arbitration », *Roadmap to Data Protection in International Arbitration*, Rapport ICCA n° 7, 2020 (projet).

¹⁴⁸³*Tennant Energy, LLC c/ Canada*, aff. CPA n° 2018-54, Correspondance du tribunal aux parties, 24 juin 2019.

¹⁴⁸⁴RGPD, art. 2, § 1.

¹⁴⁸⁵V. par ex. T. Suros, *The Increasing Threats to Data Privacy and Security During the Pandemic : Law.com* 9 juin 2020.

¹⁴⁸⁶RGPD, art. 32.

¹⁴⁸⁷RGPD, art. 2, § 1(f).

¹⁴⁸⁸RGPD, art. 35.

¹⁴⁸⁹RGPD, art. 13 et 14.

¹⁴⁹⁰RGPD, art. 2, § 2(a).

Section 4

Le prononcé de mesures provisoires ou conservatoires

1261. – Contexte. « La demande d'une mesure provisoire à l'arbitre perturbe l'ordonnement normal du procès arbitral en ce qu'elle est une manière de ne pas attendre la fin du litige pour obtenir quelque chose – que cette demande soit légitime ou non »¹⁴⁹¹. On dit parfois que le temps c'est de l'argent, et même la mesure de toute chose : si l'arbitrage reste perçu comme une justice de luxe, c'est non seulement en raison de son relatif coût, mais parce qu'il saurait, dit-on, concilier le temps (parfois long) pris à examiner le fond du litige et le temps de l'efficacité, celui d'une justice rapide, d'une plus grande célérité que la justice étatique. Mais, parfois et justement, les parties à l'arbitrage n'ont pas le luxe du temps, ni celui d'attendre une sentence qui pourrait être rendue deux ou trois ans après la naissance du litige, surtout lorsque sa source, souvent avant que le tribunal ne soit constitué ou en cours de constitution, appelle la prise d'une mesure provisoire mais urgente : que faire, alors que le juge arbitral n'est pas un juge des référés ? Ainsi, dans un litige portant sur une prise de participation dans une société de crédit à la consommation, où le contrat de cession d'actions contenait une clause arbitrale et alors que le tribunal arbitral n'était pas encore constitué, une banque avait saisi le juge étatique pour ordonner à son cocontractant, une enseigne de grands magasins, d'accomplir les formalités nécessaires à la réalisation de la cession d'actions¹⁴⁹², ce qui illustre bien l'importance des mesures d'urgence, y compris devant le juge judiciaire et dans des affaires très médiatisées¹⁴⁹³. Dans une autre affaire, tout aussi médiatique, portée devant un arbitre d'urgence, opposant une célèbre multinationale américaine, membre du cercle fermé des GAFAs et spécialiste de la vente au détail, et un conglomérat pétrochimique indien, des mesures provisoires ont pu être décidées visant à bloquer une vente de titres de plus de 3 milliards USD, jusqu'à ce que l'affaire puisse être entendue au fond par un tribunal arbitral¹⁴⁹⁴.

1262. – Définition. Une mesure provisoire et/ou conservatoire se définit comme « toute mesure destinée à maintenir une situation de fait ou de droit, afin de sauvegarder des droits dont la reconnaissance est par ailleurs demandée au juge du fond »¹⁴⁹⁵. Les mesures provisoires et conservatoires, très variées dans leur nature, qui

¹⁴⁹¹Th. Clay, *Les mesures provisoires demandées à l'arbitre*, in J.-M. Jacquet et E. Jolivet (éds), *Les mesures provisoires dans l'arbitrage commercial international – évolutions et innovations*, Litec, 2008, § 15.

¹⁴⁹²T. com. Paris, ord. réf., 23 juin 2014, n° 2014034832 ; conf. par Paris, 11 juill. 2014, n° 14/13405, assortissant l'injonction de faire d'une astreinte de 200 000 € par jour de retard.

¹⁴⁹³V. not. TJ Paris, 9 oct. 2020, n° 20/56077, *Comité social et économique de l'UES Suez et a. c/ SA Suez et a.*, conf. par Paris, 19 nov. 2020, n° 438/2020 ; V. G. Auzero, *Affaire Veolia-Suez : l'employeur au soutien des représentants du personnel !* : *Bull. Joly Sociétés* déc. 2020, p. 7.

¹⁴⁹⁴*Amazon wins emergency relief in Singapore* : *GAR* 26 oct. 2020.

¹⁴⁹⁵Cass. 1^{re} civ., 30 janv. 2019, n° 17-28.992 ; sur la notion, V. : S. Besson, *Arbitrage international et mesures provisoires – Étude de droit comparé*, Schulthess, 1998 ; V. aussi CJCE, 26 mars 1992, aff. C-261/90, *Reichert II* : *Rec. CJCE* 1992, I, p. 2175, ch. 34.

sont par définition rendues avant que le litige ait été tranché au fond et sans préjudice de son issue, restent d'une importance considérable dans certaines procédures arbitrales, lesquelles peuvent durer plusieurs années et touchent directement à l'efficacité de l'arbitrage, en amont et en aval de l'instance arbitrale, en permettant aux parties de préserver des éléments de preuve, s'assurer que des biens en la possession de parties ne disparaissent, garantir une exécution efficace des sentences et le paiement des frais de procédure. Outre les textes eux-mêmes, le juge français consacre et sanctionne le rôle crucial de ces mesures dans l'ordre juridique en affirmant que leur prononcé, en particulier le prononcé d'astreintes ou d'injonctions, « constitue un prolongement inhérent et nécessaire à la fonction de juger pour assurer une meilleure efficacité au pouvoir juridictionnel »¹⁴⁹⁶. Elles demeurent cependant des mesures exceptionnelles qui sont accordées dans des circonstances limitées¹⁴⁹⁷.

1263. – La compétence pour rendre des mesures provisoires et conservatoires est partagée et complémentaire entre le tribunal arbitral et le juge étatique (§ 1). Les mesures rendues par le tribunal arbitral sont empreintes de libéralité (§ 2), mais le choix du critère pour rendre une telle mesure est délicat et incertain (§ 3).

§ 1. – Une compétence partagée et complémentaire

A. – Compétence du tribunal arbitral

1264. – Une compétence désormais consacrée dans les textes. L'article 1468 du Code de procédure civile énonce que « [l]e tribunal arbitral peut ordonner aux parties, dans les conditions qu'il détermine et au besoin à peine d'astreinte, toute mesure conservatoire ou provisoire qu'il juge opportune ». Cet article, prévu pour l'arbitrage interne, est applicable en matière internationale (*via* l'article 1506 du même code). Ainsi, en droit français, depuis la réforme du 13 janvier 2011, un tribunal arbitral dispose d'une compétence pour octroyer des mesures provisoires ou conservatoires en présence d'une convention d'arbitrage. À noter aussi le silence de la Convention de New York du 10 juin 1958 au sujet des mesures provisoires rendues par un tribunal arbitral. Selon certains auteurs, la convention ne concerne que les décisions définitives, à l'exclusion des sentences partielles ordonnant des mesures à effet provisoire¹⁴⁹⁸, et l'exécution des mesures provisoires étrangères relève du droit de chaque État¹⁴⁹⁹. Le problème de l'*exequatur* se pose également pour la « décision » de l'arbitre d'urgence quand cette dernière n'est pas rendue sous la forme d'une sentence¹⁵⁰⁰.

Les règlements d'arbitrage reconnaissent, expressément pour la plupart, la compétence de principe du tribunal arbitral pour accorder des mesures provisoires¹⁵⁰¹.

¹⁴⁹⁶Paris, 1^{er} ch., 7 oct. 2004 : *Rev. arb.* 2004, n° 4, p. 982.

¹⁴⁹⁷V. Sent. prov. CCI, n° 12361 (2003), in *Interim, Conservatory and Emergency Measures in ICC Arbitration* : *Bull. CCI* 2011, suppl. spécial, vol. 22, p. 60, § 42 : le tribunal arbitral relève que, malgré l'augmentation du nombre de procédures arbitrales dans lesquelles des mesures provisoires sont ordonnées, ce nombre reste relativement limité par rapport au nombre de sentences CCI rendues plus généralement.

¹⁴⁹⁸M. Paulsson, *The 1958 New York Convention in Action*, Kluwer Law International, 2016, p. 119.

¹⁴⁹⁹H. Gaudemet-Tallon, *Bibliographie – Arbitrage international et mesures provisoires, Études de droit comparé* : *Rev. arb.* 1999, n° 2, p. 403.

¹⁵⁰⁰V. *infra*, n°s [1268](#) et s. (Encart 44) et n° [1405](#).

¹⁵⁰¹Règl. CCI (2021), art. 28 ; Règl. AFA (2017), art. 14 ; Règl. CMAP (2012), art. 10 ; Règl. LCIA (2020), art. 25 ;

1265. – La compétence *prima facie* du tribunal arbitral. Compte tenu de l'urgence à parfois agir et de la nature des mesures provisoires et conservatoires, il est admis que seule la démonstration de la compétence *prima facie* du tribunal arbitral est nécessaire et suffisante pour connaître des prétentions au fond dont la protection doit être assurée par les mesures provisoires. C'est d'abord la position prise par la jurisprudence arbitrale selon laquelle, à un stade peu avancé de la procédure, le tribunal arbitral doit se contenter de constater qu'il n'est pas manifestement incompétent, à la fois *ratione materiae* et *ratione personae*, pour octroyer de telles mesures. Ici, on peut dire qu'il existe une convergence dans les critères de la recherche de la compétence *prima facie* par les arbitres et du contrôle de l'incompétence manifeste des arbitres (clause manifestement nulle ou inapplicable selon l'article 1448 du Code de procédure civile) par le juge étatique¹⁵⁰².

Une illustration de cette difficulté s'est retrouvée dans un arbitrage CCI concernant un litige relatif à un ensemble de contrats d'importation et de distribution de produits pharmaceutiques à Taïwan. Le défendeur avait l'obligation, à la fin du contrat, de restituer ou de détruire tous les éléments d'information relatifs aux produits et d'annuler les autorisations de fabrication et d'importation, ce que le défendeur ne respecta pas. Une procédure d'arbitrage fut initiée, ainsi qu'une demande d'octroi de mesures provisoires dès le départ. Malgré la demande du défendeur au tribunal arbitral de se déclarer incompétent ou de surseoir à statuer en attendant la décision des juridictions taïwanaises, le tribunal arbitral se déclara compétent estimant qu'il existait *prima facie* une convention d'arbitrage entre les parties et décida donc qu'il avait compétence pour résoudre les différends opposant les parties¹⁵⁰³.

Par ailleurs, pour rester sur le plan institutionnel et comprendre ce que recouvre cette notion de compétence *prima facie* en matière de mesures provisoires, il est également possible de se référer en méconnaissance du contrôle *prima facie* par les centres d'arbitrage de la compétence arbitrale en général¹⁵⁰⁴. On retrouve également cet indice de faible seuil dans le cadre de procédures d'arbitrage d'urgence visant l'octroi de mesures provisoires ou conservatoires avant la mise en place du tribunal arbitral. Ainsi, à titre d'illustration, dans une affaire administrée sous l'égide de la Chambre de commerce de Stockholm (SCC), une demande de mesure provisoire par le biais d'un arbitre d'urgence avait été introduite pour laquelle le défendeur prétendait que l'arbitre n'avait pas compétence. L'arbitre d'urgence indiqua qu'à ce stade de la procédure, il ne pouvait effectuer qu'un contrôle *prima facie* de la compétence arbitrale (existence d'une clause arbitrale SCC)¹⁵⁰⁵.

Règl. SCC (2017), art. 37 ; Règl. AAA (2014), art. 24 ; Règl. SCAI (2012), art. 26 ; Règl. CIETAC (2015), art. 17.

¹⁵⁰²CPC, art. 1448 ; V. Cass. 1^{re} civ., 24 juin 2020, n° 19-12.701 : « Le caractère manifestement nul ou inapplicable de la clause doit être évident, incontestable, décelable à première vue (*prima facie*) ».

¹⁵⁰³Sent. int. CCI n° 8894 (extraits) : *Bull. CCI* 2000, vol. 11, n° 1, p. 96.

¹⁵⁰⁴Règl. CCI (2021), art. 6(4) : « Dans tous les cas soumis à la Cour conformément à l'article 6, paragraphe 3, la Cour décide si, et dans quelle mesure, l'arbitrage aura lieu. L'arbitrage aura lieu si et dans la mesure où, *prima facie*, la Cour estime possible qu'il existe une convention d'arbitrage visant le Règlement. (...) » ; V. J. Fry, S. Greenberg et F. Mazza, *The Secretariat's Guide to ICC Arbitration*, ICC Publ., 2012, § 3.209-3.256 ; V. *supra*, n°s 149 et s.

¹⁵⁰⁵Sent. SCC n° 139/2010, citée in J. Lundstedt, *SCC Practice : Emergency Arbitrator Decisions*, 2010/2013, p. 6, publié par la SSC en ligne (https://sccinstitute.com/media/29995/scc-practice-2010-2013-emergency-arbitrator_final.pdf).

1266. – Limites à la compétence du tribunal arbitral. Le pouvoir du tribunal arbitral reste toutefois limité au champ de compétence conféré par la convention d'arbitrage. Le tribunal arbitral n'est donc pas compétent en ce qui concerne les mesures qui dépassent l'objet du litige et donc de la convention¹⁵⁰⁶ et les mesures à l'encontre des tiers¹⁵⁰⁷. En effet, le juge étatique peut être sollicité pour assister le tribunal arbitral dans l'obtention d'éléments détenus par un tiers à l'arbitrage (CPC, art. 1469, al. 1), les tiers ne pouvant être valablement tenus de se soumettre au pouvoir de l'arbitre¹⁵⁰⁸. Par ailleurs, même si le tribunal arbitral peut *prononcer* aux parties toute mesure conservatoire ou provisoire, la juridiction de l'État est seule compétente pour ordonner, de force, des saisies conservatoires et sûretés judiciaires¹⁵⁰⁹. Cette solution s'explique par « l'impossibilité de disposer d'un pouvoir de contrainte qui, parce qu'il est ici question d'une mesure provisoire, relève nécessairement du monopole de l'État », puisque « l'arbitre ne dispose pas d'un véritable *imperium* »¹⁵¹⁰. La clé de répartition est donc le moment où la demande de mesures provisoires ou conservatoires est faite : avant la constitution du tribunal arbitral la compétence revient au juge ou à l'arbitre d'urgence et dès la constitution du tribunal c'est ce dernier qui a la compétence exclusive.

1267. – Compétence de l'arbitre d'urgence. Lorsque le tribunal arbitral n'est pas encore constitué, il est par ailleurs possible pour les parties de nommer un arbitre d'urgence pour solliciter de telles mesures¹⁵¹¹. L'obtention de la mesure souhaitée est conditionnée par l'existence d'une urgence. Les arbitres d'urgence nommés par les centres et notamment la CCI, ont fait référence à l'urgence dans la plupart des décisions rendues à ce jour¹⁵¹² et son absence a motivé le plus fréquemment le refus d'une telle mesure dans certaines procédures, notamment SCC¹⁵¹³.

¹⁵⁰⁶Paris, 7 oct. 2004 : *Rev. arb.* 2005, n° 3, p. 737, note Jeuland : le prononcé d'astreintes ou d'injonctions constitue un prolongement inhérent et nécessaire à la fonction de juger et ne caractérise pas un dépassement de la mission de l'arbitre ; Sent. part. CCI n° 8113 (extraits) : *Bull. CCI* 2000, vol. 11, n° 1, p. 67 : dans cette affaire, le tribunal arbitral refusa d'octroyer la mesure conservatoire sollicitée et releva que sa compétence « cannot extend to the prevention of a possible misuse by a party of a document which remains outside the scope of the arbitration ».

¹⁵⁰⁷Sent. finale CCI n° 10062 (2000) (extraits), in *Bull. CCI* 2011, spéc. suppl. : *Interim, Conservatory and Emergency Measures in ICC Arbitration*, p. 30, § 13.3 : « Any award made by an arbitral tribunal, be it final or interim, may only address the parties of the arbitration agreement and any award involving third persons is a domain strictly reserved to state courts and may, consequently, not be awarded by this arbitral tribunal. This seems to be all the more essential for provisional measures which are ordered upon *prima facie* evidence ».

¹⁵⁰⁸S. Bollée, *Les effets des sentences arbitrales à l'égard des tiers* : *Rev. arb.* 2015, n° 3, p. 701.

¹⁵⁰⁹CPC, art. 1468, al. 1 ; le président du tribunal judiciaire (COJ, art. L. 213-5), qui exerce les fonctions de juge de l'exécution du lieu de situation du domicile du débiteur, statuera en cas d'urgence sur les mesures conservatoires ordonnées sur les biens de ce dernier (COJ, art. L. 213-6).

¹⁵¹⁰V. Égée, *La jurisdictio de l'arbitre face à l'urgence* : *Procédures* févr. 2020, § 23.

¹⁵¹¹Règl. CCI (2021), Appx. V, art. 29 et 6(1) ; Règl. CIRDI (2006), art. 6(4) ; Règl. CIETAC, Appx. III, art. 6 ; Règl. HKIAC (2018), Schedule 4, art. 16 ; Règl. LCIA (2020), art. 9.8 ; Règl. SCC (2017), Appx. II, art. 37(3) et 9 ; Règl. SIAC (2016), Schedule 1, art. 8.

¹⁵¹²CCI, Rapport de la Commission Arbitrage et ADR, *Emergency Arbitrator Proceedings*, avr. 2019, § 145.

¹⁵¹³Rapport CCI, *Emergency Arbitrator Proceedings*, préc., § 150.

Encart 44

L'arbitre d'urgence : de l'urgence de son recours et de ses mesures

1268. – « L'arbitre d'urgence est officiellement un adolescent »¹⁵¹⁴. L'objectif de l'arbitrage d'urgence est qu'une partie puisse rapidement obtenir une mesure provisoire ou conservatoire avant la constitution du tribunal arbitral – laquelle peut prendre du temps – qui devra trancher le fond du litige. On peut faire remonter l'origine de ce mécanisme à 1990, lorsque la CCI a mis en place une procédure (*opt-in*) de référé pré-arbitral, peu connue et peu appliquée (car en mode *opt-in*), qui facilitait l'obtention d'une ordonnance provisoire dans un délai de trente jours¹⁵¹⁵. La procédure d'arbitrage d'urgence, telle qu'on la connaît aujourd'hui, a d'abord été adoptée par l'*International Centre for Dispute Resolution (ICDR/AAA)* en 2006¹⁵¹⁶ puis successivement par d'autres institutions d'arbitrage telles que la SCC et le SIAC en 2010 et la CCI en 2012¹⁵¹⁷. Les années 2010 ont donc marqué le décollage de cette procédure, désormais applicable par défaut (en *opt-out*)¹⁵¹⁸, avec plus de soixante institutions arbitrales qui proposent désormais cet outil¹⁵¹⁹.

1269. – **Avantages : célérité et stratégie.** D'un côté, le processus de nomination des arbitres d'urgence est très rapide, les institutions procédant à leur nomination dans les 24/48 heures à compter de la réception de la requête par le centre¹⁵²⁰. De l'autre côté, l'arbitre nommé est contraint de rendre sa décision dans un délai de quatorze¹⁵²¹ à quinze jours¹⁵²² pour la plupart des institutions, et de cinq jours dans le cadre d'une procédure SCC¹⁵²³. Il semble aussi que les parties recherchent la confidentialité de leurs demandes de mesures provisoires¹⁵²⁴. Dans la pratique, certaines parties font appel à

¹⁵¹⁴V. Clark et N. Hubback, *The emergency arbitrator is officially a teenager* (<http://arbitrationblog.practicallaw.com/the-emergency-arbitrator-is-officially-a-teenager/>), 15 avr. 2020.

¹⁵¹⁵P. Tercier, *Le référé pré-arbitral* : Bull. ASA 2004, p. 464-478, spéc. p. 464 ; CCI, Règl. de référé pré-arbitral, 1990, art. 6.2.

¹⁵¹⁶Règl. ICDR (2006), art. 6 ; V. Règl. ICDR (2014), art. 6 ; V. aussi G. Lemenez et P. Quigley, *Emergency arbitrator – Part I : a look at the empirical data* : *Dispute Resolution Journal* oct. 2008, p. 61-69, spéc. p. 69.

¹⁵¹⁷Règl. CCI (2012), art. 29 ; V. Règl. CCI (2021), art. 29.

¹⁵¹⁸E. Castineira, *The emergency arbitrator in the 2012 ICC rules of arbitration* : *Cah. arb.* 2012, p. 65, spéc. § 18.

¹⁵¹⁹Appendice II, Règl. SCC (2017) ; Schedule 1, Règl. SIAC (2016) ; Règl. LCIA (2020), art. 9B. – V. R. Alnaber, *Emergency Arbitration : Mere Innovation or Vast Improvement* : *Arb. Int.* 2019, vol. 35, p. 441.

¹⁵²⁰Le président de la CCI doit nommer un arbitre unique dans un délai de deux jours (Règl. CCI (2021), Appendice V, art. 2[1]) ; les délais de nomination de la SCC sont plus courts (de 24 heures) et, dans la pratique, le centre de Stockholm a pu nommer des arbitres d'urgence après seulement six heures (Aff. SCC, n° 187/2010 citée in J. Lundstedt, *SCC practice : emergency arbitrator decisions rendered 2010, 2010*, <https://sccinstitute.com/>).

¹⁵²¹Règl. HKIAC (2018), annexe 4, § 12.

¹⁵²²ICC Commission Report on Emergency Arbitrator Proceedings, avr. 2019, § 97.

¹⁵²³Règl. SCC (2017), Appendice II, art. 8(1).

¹⁵²⁴V. A. Carlevaris et J. R. Feris, *Running in the ICC emergency arbitrator rules : the first ten cases* : Bull. CCI 2014,

l'arbitrage d'urgence pour tester le bien-fondé de leur affaire et pour ensuite envisager de transiger¹⁵²⁵. Parmi les quatre-vingts dossiers d'arbitrage d'urgence analysés dans le rapport de la CCI, vingt-cinq affaires ont fait objet de transactions avant la reddition d'une sentence finale¹⁵²⁶.

1270. – Conditions financières et juridiques. Le coût à supporter par le requérant diffère d'une institution à l'autre, généralement dans une fourchette de quelques dizaines de milliers d'euros, selon les institutions¹⁵²⁷. En règle générale, les institutions se réservent le droit d'augmenter les frais de procédure en fonction de la nature de l'affaire et de sa complexité, mais aussi du travail fourni par l'arbitre d'urgence ou par le centre¹⁵²⁸. Par ailleurs, une partie des frais versés est généralement non remboursable (5 000 \$ pour la CCI, 4 500 F suisses pour la SCAI)¹⁵²⁹.

1271. – En règle générale, la demande d'arbitre d'urgence, pour être admissible, doit satisfaire une condition temporelle et concerner des mesures provisoires ou conservatoires urgentes qui ne peuvent attendre la constitution d'un tribunal arbitral¹⁵³⁰. Certains règlements encadrent davantage la procédure. Ainsi, s'agissant du règlement CCI, il doit être procédé à un contrôle *prima facie*¹⁵³¹ de la demande d'arbitrage d'urgence, en appliquant un test d'applicabilité qui requiert que (i) les parties soient signataires d'une convention d'arbitrage régie par le règlement CCI ; (ii) la clause d'arbitrage ait été conclue après le 1^{er} janvier 2012 ; (iii) les parties n'aient pas exclu les dispositions portant sur l'arbitre d'urgence (*opt-out*) ; (iv) les parties n'aient pas opté pour une autre procédure pré-arbitrale pour obtenir des mesures provisoires et conservatoires et encore, depuis 2021, (v) il ne s'agisse pas d'une demande fondée sur un traité d'investissement¹⁵³². En sus de ces conditions, le président de la CCI n'acceptera pas la requête si le dossier a déjà été transmis au tribunal arbitral déjà constitué¹⁵³³. L'arbitre d'urgence nommé devra alors statuer, dans l'ordonnance, (i) sur la recevabilité de la requête qui correspond à l'existence d'une condition temporelle imminente (urgence implicite mais certaine, car fondée sur l'impossibilité d'attendre la constitution d'un

p. 27-38, spéc. p. 27.

¹⁵²⁵ICC Commission Report on Emergency Arbitrator Proceedings, avr. 2019, § 58.

¹⁵²⁶ICC Commission Report on Emergency Arbitrator Proceedings, préc., § 59.

¹⁵²⁷20 000 € pour une procédure devant la SCC : Règl. SCC (2010), Appendice II, art. 10.2, dont 5 000 € pour les frais administratifs de la SCC et 15 000 € pour les honoraires et frais de l'arbitre d'urgence ; 40 000 \$ pour une procédure administrée par la CCI : Règl. CCI (2021), Appendice V, art. 7.1, dont 10 000 \$ pour les frais administratifs de la CCI et 30 000 \$ pour les honoraires et frais de l'arbitre d'urgence.

¹⁵²⁸Règl. HKIAC (2018), ann. 4, § 5 ; Règl. CIETAC (2015), Appendice III, art. 7.1 ; Règl. NAI (2015), art. 53.2.

¹⁵²⁹Règl. SCAI, ann. B, sect. 1.6 (Règlement suisse d'arbitrage international) (2012).

¹⁵³⁰Règl. CCI (2021), art. 29(1) ; Règl. AFA (2017), art. 13.

¹⁵³¹N. Voser et Ch. Boog, *ICC emergency arbitrator proceedings : an overview* : Bull. CCI 2011, p. 81-92, spéc. p. 91.

¹⁵³²Règl. CCI (2021), art. 29(5) et 29(6) ; ICC Commission Report on Emergency Arbitrator Proceedings, avr. 2019, § 66.

¹⁵³³Règl. CCI (2021), art. 29(1) ; ICC Commission Report on Emergency Arbitrator Proceedings, avr. 2019, § 68.

tribunal)¹⁵³⁴ et (ii) sur sa propre compétence pour ordonner les mesures d'urgence¹⁵³⁵.

1272. – Types de mesures et critères d'obtention. Comme pour les mesures provisoires demandées devant le tribunal arbitral ou les cours étatiques¹⁵³⁶, les parties demandent que l'arbitre d'urgence ordonne la préservation du *status quo*, des mesures financières (astreintes), des mesures liées à la preuve ou encore des *anti-suit injunctions*¹⁵³⁷. Dans une affaire médiatique opposant une célèbre multinationale américaine et spécialiste de la vente en ligne, et un conglomérat pétrochimique indien, la mesure demandée visait le blocage d'une vente de titres de plus de 3 milliards USD¹⁵³⁸. Pour décider d'ordonner ou rejeter les demandes provisoires requises par une requérante, l'arbitre d'urgence applique généralement les mêmes critères, cumulativement ou alternativement, que le tribunal arbitral, à savoir : l'existence d'une urgence, les chances de succès au fond, l'absence de préjugement sur le fond, le risque de préjudice irréparable, ou encore la proportionnalité des intérêts¹⁵³⁹. Même si les règlements d'arbitrage n'imposent pas aux arbitres des critères à appliquer pour considérer la requête, le centre de Hong Kong (HKIAC) a fait le choix d'intégrer les critères à prendre en compte directement dans le règlement d'arbitrage, sans les imposer aux arbitres toutefois¹⁵⁴⁰. Dans une affaire rendue sous l'égide d'un autre règlement (SCC), l'arbitre a appliqué les critères de l'urgence, les chances de succès au fond et le risque de préjudice irréparable¹⁵⁴¹. Dans une affaire CCI récente¹⁵⁴², opposant une société minière (la requérante) et le gouvernement de Sierra Leone dans le cadre d'une *dispute* liée au stockage de minerai de fer qui n'avait pas pu être exporté en raison de l'ordre de suspension des exportations des ressources pris par le gouvernement de Sierra Leone, pour donner raison à la requérante et ordonner la levée de l'ordre de suspension des exportations, l'arbitre d'urgence a appliqué les critères l'urgence, de sérosité de la demande, du risque de préjudice irréparable et de proportionnalité.

1273. – Selon les règlements qui régissent la procédure d'arbitrage d'urgence, l'arbitre peut rendre sa décision sous forme

¹⁵³⁴Règl. CCI (2021), art. 29(1).

¹⁵³⁵Règl. CCI (2021), Appendice V, art. 6(2); *ICC Commission Report on Emergency Arbitrator Proceedings*, avr. 2019, § 8.

¹⁵³⁶V. *infra*, nos [1275](#) et s. – Ph. Cavalieros et J. Kim, *Emergency Arbitrators versus the Courts : From Concurrent Jurisdiction to Practical Considerations : JIA 2018*, p. 275.

¹⁵³⁷*ICC Commission Report on Emergency Arbitrator Proceedings*, avr. 2019, § 179.

¹⁵³⁸V. Aff. SIAC (ord.), *Amazon v. Future Coupons and Future Retail*, 25 oct. 2020 ; V. *supra*, n° [1261](#).

¹⁵³⁹*ICC Commission Report on Emergency Arbitrator Proceedings*, avr. 2019, § 142-169 ; V. aussi : G. Hanessian et E. A. Dosman, *Songs of innocence and experience : ten years of emergency arbitrator : American Review of International Arbitration 2018*, p. 215-237, spéc. p. 229.

¹⁵⁴⁰Règl. HKIAC (2018), art. 23(1).

¹⁵⁴¹Aff. SCC n° 064/2010 citée in J. Lundstedt, *SCC practice : emergency arbitrator decisions rendered 2010, 2010* (<https://sccinstitute.com/>).

¹⁵⁴²Ord. CCI n° 24708/TO (EA), *SL Mining Ltd v. The Government of Sierra Leone*, 8 sept. 2019 (<https://jusmundi.com>).

d'ordonnance (CCI)¹⁵⁴³, sentence ou ordonnance (SCC, CEPANI)¹⁵⁴⁴. La Convention de New York du 10 juin 1958 s'applique, par définition, à la reconnaissance et à l'exécution des sentences arbitrales étrangères et reste silencieuse au sujet des mesures provisoires rendues par un tribunal arbitral et donc par un arbitre d'urgence. Selon certains auteurs, la convention ne concernerait donc que les décisions définitives, à l'exclusion des sentences partielles ordonnant des mesures à effet provisoire¹⁵⁴⁵. Dans la plupart des juridictions, et en application du principe de la « primauté du fond sur la forme », la dénomination donnée à la décision de l'arbitre d'urgence n'aura que peu d'intérêt dans la pratique¹⁵⁴⁶. En France, la doctrine¹⁵⁴⁷ tend majoritairement à rejeter la qualification de sentence arbitrale pour ces décisions, de sorte qu'elles ne sauraient pas recevoir d'*exequatur*¹⁵⁴⁸. À titre comparatif, Singapour a spécifiquement modifié sa loi sur l'arbitrage pour permettre l'exécution des décisions rendues par des arbitres d'urgence, les ordonnances ou décisions étant exécutoires de la même manière que les jugements des tribunaux étatiques¹⁵⁴⁹, tandis que Hong Kong, l'Inde¹⁵⁵⁰ et la Suède reconnaissent également ces décisions.

B. – Compétence subsidiaire du juge étatique

1274. – Compétence subsidiaire, parfois nécessaire, du juge. Il est courant d'évoquer la complémentarité ou subsidiarité entre l'arbitre et le juge étatique¹⁵⁵¹, ou encore que « l'arbitrage a besoin du juge public pour fonctionner convenablement »¹⁵⁵². Ici aussi, comme en matière de clause « manifestement applicable » (ou inapplicable) ou de difficultés de constitution du tribunal arbitral, le juge étatique, véritable juge « d'appui »¹⁵⁵³ est donc considéré comme étant un « véritable auxiliaire de l'arbitrage »¹⁵⁵⁴. C'est ainsi que les parties signataires d'une convention d'arbitrage peuvent être amenées à saisir le juge français à tout moment de

¹⁵⁴³Règl. CCI (2021), Appendice V, art. 6.

¹⁵⁴⁴Règl. CEPANI (2020), art. 27(10).

¹⁵⁴⁵M. Paulsson, *The 1958 New York Convention in Action*, Kluwer Law International, 2016, p. 119.

¹⁵⁴⁶N. Voser et C. Boog, *ICC Emergency Arbitrator Proceedings : An Overview : Bull. CCI 2011*, p. 86 ; *ICC Commission Report on Emergency Arbitrator Proceedings*, avr. 2019, § 194.

¹⁵⁴⁷À l'image de la pratique, puisque le règlement CCI dit expressément que la décision rendue par l'arbitre d'urgence est une « ordonnance » et non une sentence (Règl. CCI (2021), Appendice V, art. 6[1]).

¹⁵⁴⁸V. Égée, *La jurisdictio de l'arbitre face à l'urgence : Procédures* févr. 2020, p. 22-26, spéc. p. 26.

¹⁵⁴⁹Article 12(6) de l'*International Arbitration Act* singapourien (chap. 143A), de 2002, et article 2(1) de la même loi, modifié en 2012 pour inclure l'« arbitre d'urgence » dans la définition du « tribunal arbitral ». Cette loi singapourienne a été modifiée en 2020 sur d'autres points.

¹⁵⁵⁰*High Court de Delhi*, ord., 2 févr. 2021, *Amazon.com NV Investment Holdings LLC c/ Future Coupons Private Ltd & Ors*, O.M.P.(ENF)(COMM) 17/2021.

¹⁵⁵¹V. Égée, *La jurisdictio de l'arbitre face à l'urgence : Procédures* févr. 2020, n° 2, n° 11.

¹⁵⁵²E. Loquin, *Le juge et l'arbitre*, in S. Bostanji, F. Horchani et S. Manciaux (éds), *Le juge et l'arbitrage*, Pedone, 2014, p. 20.

¹⁵⁵³CPC, art. 1459 : « Le juge d'appui compétent est le président du tribunal judiciaire ».

¹⁵⁵⁴Th. Clay, *L'appui du juge à l'arbitrage : Cah. arb.* 2011, n° 2, p. 331.

l'arbitrage, soit avant la constitution du tribunal arbitral, pendant le déroulement de la procédure arbitrale ou après que la sentence a été rendue.

En effet, malgré l'existence d'une convention d'arbitrage applicable, le juge étatique est compétent, avant la constitution du tribunal arbitral, pour ordonner toute mesure provisoire ou conservatoire s'avérant nécessaire. C'est ce qui ressort de la lecture *a contrario* de l'article 1449, alinéa 1 du Code de procédure civile qui dispose que « [l]'existence d'une convention d'arbitrage ne fait pas obstacle, tant que le tribunal arbitral n'est pas constitué, à ce qu'une partie saisisse une juridiction de l'État aux fins d'obtenir une mesure d'instruction ou une mesure provisoire ou conservatoire ». L'alinéa 2 de l'article 1449 du Code de procédure civile ajoute que la demande est portée devant le président du tribunal judiciaire ou de commerce.

Lorsqu'elles formulent une telle demande, les parties doivent généralement démontrer que la condition de l'urgence est satisfaite, mais aussi que la mesure sollicitée ne se heurte à aucune contestation sérieuse ou que justifie l'existence d'un différend¹⁵⁵⁵. Par ailleurs, même en présence d'une contestation sérieuse, le juge des référés peut prescrire « toutes les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent » pour prévenir un dommage imminent ou pour faire cesser un trouble manifestement illicite¹⁵⁵⁶. Exceptionnellement, par requête et sans besoin de caractériser une urgence, une partie peut également saisir le juge des référés avant la constitution du tribunal arbitral sur la base de l'article 145 du Code de procédure civile pour conserver ou établir une preuve, avant tout procès¹⁵⁵⁷. Il faut noter que certains règlements envisagent le recours au juge étatique pour ce type de mesures, et ce même après la constitution du tribunal arbitral, mais toujours à titre exceptionnel : que « si les circonstances s'y prêtent » ou « qu'en cas de circonstances exceptionnelles et avec l'autorisation du tribunal arbitral jusqu'à ce que la sentence finale soit rendue »¹⁵⁵⁸.

§ 2. – Des mesures empreintes de libéralité

1275. – Choix de la forme : sentence ou ordonnance. Certains droits nationaux, comme les droits espagnol ou néerlandais, qualifient les mesures provisoires et conservatoires de sentences¹⁵⁵⁹. En France, la définition de la sentence arbitrale retenue par le décret du 13 janvier 2011 est généralement présentée comme permettant d'englober la mesure provisoire arbitrale¹⁵⁶⁰. Si la jurisprudence en France

¹⁵⁵⁵CPC, art. 834 : « Dans tous les cas d'urgence, le président du tribunal judiciaire ou le juge du contentieux de la protection dans les limites de sa compétence, peuvent ordonner en référé toutes les mesures qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse ou que justifie l'existence d'un différend ».

¹⁵⁵⁶CPC, art. 835, al. 1 : « Le président du tribunal judiciaire ou le juge du contentieux de la protection dans les limites de sa compétence peuvent toujours, même en présence d'une contestation sérieuse, prescrire en référé les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite ».

¹⁵⁵⁷CPC, art. 835, al. 1.

¹⁵⁵⁸Règl. CCI (2021), art. 28 et Règl. LCIA (2020), art. 25.3.

¹⁵⁵⁹A. Reiner, *L'urgence après la constitution du tribunal arbitral*, in *L'arbitrage international et l'urgence*, Bruylant, 2014, p. 107.

¹⁵⁶⁰Est aussi une sentence la décision qui statue sur des mesures provisoires ou conservatoires : Paris, 7 oct. 2004, n° 2004/13909 : *Rev. arb.* 2005, n° 3, p. 741, note Jeuland. – Paris, 26 janv. 2021, *Ureco et alii c. consorts Sahaoui*, n° 19/18582 : Dans un arbitrage CCI, opposant des investisseurs et des actionnaires des sociétés pétrolières dans lesquelles ces investisseurs avaient investi, le tribunal arbitral a rendu une sentence partielle

ne semble pas s'être prononcée à ce sujet, la question de la forme que doit ou peut présenter ce type de mesures est parfois abordée sur le plan institutionnel, par les usages et règlements arbitraux. Ainsi, l'article 28 du règlement CCI (2021) prévoit que les arbitres sont libres d'octroyer les mesures provisoires sous forme de sentence partielle ou d'ordonnance selon ce que le tribunal arbitral estime adéquat. Il est de même pour la loi-type de la CNUDCI (2006) qui prévoit que la mesure « prenne la forme d'une sentence ou une autre forme »¹⁵⁶¹.

1276. – Liberté dans le principe et le choix des mesures. L'arbitrage étant marqué par une grande liberté procédurale, il est assez normal que l'arbitre dispose d'une grande liberté dans le fait d'accorder, ou non, des mesures¹⁵⁶², dans le type de mesure, et même dans les critères à prendre en compte pour décider ou non d'accorder des mesures, ce qui n'est pas sans poser quelques difficultés.

1277. – Types de mesures. Concernant les types de mesures pouvant être octroyées, il est généralement admis que les arbitres disposent d'une grande marge d'appréciation. C'est d'ailleurs bien la formulation de l'article 1468 du Code de procédure civile qui vise expressément « toute mesure » que pourrait prendre un arbitre. En effet, « les mesures provisoires prennent des formes variées, sont entendues et appliquées différemment et peuvent englober divers concepts selon les différents systèmes juridiques »¹⁵⁶³.

La majorité des règlements d'arbitrage prévoient que les arbitres peuvent ordonner toute mesure conservatoire ou provisoire qu'ils considèrent « appropriée » ou « nécessaire »¹⁵⁶⁴. Il existe une large gamme de mesures. Le règlement CNUDCI (2010) en donne certains exemples :

« Une mesure provisoire est toute mesure temporaire par laquelle, à tout moment avant le prononcé de la sentence qui tranchera définitivement le litige, le tribunal arbitral ordonne à une partie par exemple, mais non exclusivement :

- a) De préserver ou de rétablir le statu quo en attendant que le litige ait été tranché ;
- b) De prendre des mesures de nature à empêcher, ou de s'abstenir de prendre des mesures susceptibles de causer un préjudice immédiat ou imminent ou une atteinte au processus arbitral lui-même ;
- c) De fournir un moyen de sauvegarder des biens qui pourront servir à l'exécution d'une sentence ultérieure ; ou

(non publiée) par laquelle il a été ordonné aux actionnaires, sous peine d'astreinte de 40 000 dollars américains par jour de retard, de réaliser les démarches nécessaires à l'exécution d'un protocole d'accord et notamment de prendre rendez-vous avec le notaire sous dix jours pour la signature des contrats de cession.

¹⁵⁶¹Loi-type CNUDCI (2006), art. 17(2).

¹⁵⁶²« Si l'arbitre doit scrupuleusement faire respecter le contradictoire tout au long de la procédure, il n'en demeure pas moins qu'il dispose d'une liberté plus importante concernant son raisonnement » in J. Jourdan-Marques, *Droit de l'arbitrage interne et international : panorama 2019 : Dalloz actualité*, 28 janv. 2020 ; V. aussi P. Mayer, *La liberté de l'arbitre* : *Rev. arb.* 2013, n° 2, p. 339, spéc. p. 346 (« Mais les parties sont peu exigeantes, et les règlements d'arbitrage laissent aux arbitres une très grande liberté. Cela résulte non seulement de l'idée de confiance dans l'arbitre, déjà mentionnée, mais aussi, spécialement dans l'arbitrage international, de l'idée qu'il faut conserver la souplesse qui permet de s'adapter à des configurations différentes. La liberté de l'arbitre reste donc grande »).

¹⁵⁶³Kröll, Lew et Mistelis, *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2013, p. 585.

¹⁵⁶⁴L'article 24 du règlement AAA utilise l'adjectif « nécessaire » ; les articles 28 du règlement CCI (2021), 25(1), du règlement LCIA et 37 du règlement SCC (2017) parlent d'« appropriés ». L'article 23 du règlement de la *Swiss Chambers' Arbitration Institution* (SCAI) vise quant à lui des mesures « nécessaires ou appropriées ».

d) De sauvegarder les éléments de preuve qui peuvent être pertinents et importants pour le règlement du litige »¹⁵⁶⁵.

Des exemples de types de mesures provisoires portant la sauvegarde des éléments de preuve comprennent une ordonnance enjoignant aux parties de conserver toutes les copies électroniques des documents lorsque la question était de savoir si certains documents avaient été perdus ou modifiés¹⁵⁶⁶ ou encore une ordonnance interdisant la divulgation de documents dans le cadre d'une procédure parallèle sans le consentement du tribunal arbitral¹⁵⁶⁷. Par ailleurs, des mesures provisoires ont pu être ordonnées pour préserver le *statu quo* entre les parties lorsqu'une partie a reçu l'ordre de s'abstenir de vendre les produits de l'autre partie¹⁵⁶⁸, lorsqu'une partie a reçu l'ordre de ne pas vendre ses parts à une société tierce¹⁵⁶⁹, ou encore lorsqu'une partie a reçu l'ordre de rembourser le montant d'une lettre de crédit si cette lettre de crédit allait être utilisée¹⁵⁷⁰.

Cette liste n'étant pas exhaustive, il est toujours possible d'ajouter des mesures qui dépassent les catégories classiques, telles que des mesures pour la préservation de la compétence du tribunal (les *anti-suit injunctions*)¹⁵⁷¹, des mesures pour garantir la bonne exécution de la sentence, des mesures pour le cautionnement des frais de procédure, des injonctions de paiement partiel à titre provisoire, des mesures prohibitives telles que l'interdiction d'une fusion, l'interdiction de mettre en séquestre, mais aussi des mesures telles que les *security for costs* lorsqu'une partie souhaite s'assurer que l'autre partie sera en mesure de payer les frais d'arbitrage au cas où cette dernière succomberait au fond¹⁵⁷².

Encart 45

Une mesure provisoire très particulière : la garantie pour frais arbitraux

1278. – Qu'est-ce que la *security for costs* ? La « garantie des frais d'arbitrage » au sens large (honoraires d'arbitres, frais administratifs, honoraires d'avocats, autres frais procéduraux) connue sous la dénomination

¹⁵⁶⁵Règl. CNUDCI (2010), art. 26.

¹⁵⁶⁶Aff. LCIA n° 142820 (non publiée) citée in Th. Webster et M. Buhler : *Handbook of ICC Arbitration*, Sweet & Maxwell, 4^e éd., 2018, p. 454, § 28.30.

¹⁵⁶⁷Aff. CCI n° 21535 (non publiée) citée in Th. Webster et M. Buhler : *Handbook of ICC Arbitration, op. cit., loc. cit.*

¹⁵⁶⁸Sent. finale CCI n° 7895 (1994) citée in G. B. Born, *op. cit.*, p. 2485.

¹⁵⁶⁹V. *supra*, n° [1261](#).

¹⁵⁷⁰Sent. finale CCI n° 9324 (1998) citée in G. B. Born, *op. cit.*, p. 2485.

¹⁵⁷¹Une telle mesure permet à l'une des parties à l'arbitrage de solliciter du juge le prononcé d'une *anti-suit injunction* interdisant à l'autre partie, qui n'entend pas se soumettre à l'arbitrage ou qui a saisi un juge étranger, de commencer ou de poursuivre la procédure initiée devant le juge étranger. V. S. Clavel, *Anti-suit injunctions et arbitrage* : *Rev. arb.* 2001, p. 669 ; V. Cass. 1^{re} civ., 14 oct. 2009 : *D.* 2010, pan. 2323, obs. d'Avout. – Cass. 1^{re} civ., 12 oct. 2011 : *D.* 2011, pan. 3023, obs. Clay.

¹⁵⁷²Ordonnance de procédure rendue en juillet 2008 dans une affaire CCI n° 15218 (extrait), in *Special Supplement 2014 : Procedural Decisions in ICC Arbitration* : *Bull. CCI* 2014, p. 79.

anglaise de *security for costs* en raison de son origine¹⁵⁷³, n'est rien d'autre qu'une forme de mesure provisoire particulière, en ce qu'elle ne touche pas au fond du litige, mais cherche à sécuriser la tenue de l'arbitrage lui-même. Elle est demandée pendant la procédure, en général au départ, par une partie, le plus souvent défenderesse, souhaitant s'assurer que l'autre partie, la demanderesse, sera en mesure de payer les frais d'arbitrage au cas où elle succomberait au fond. En effet, une défenderesse à l'arbitrage est dans une position différente d'un créancier dont le débiteur n'a peut-être pas d'argent. Si le débiteur a peu d'actifs, le créancier peut choisir de ne pas le poursuivre, mais la défenderesse poursuivie en arbitrage par un demandeur qui n'a pas d'argent risque de toute manière de perdre¹⁵⁷⁴. Si le tribunal arbitral fait droit à la demande, l'autre partie doit alors verser un montant correspondant aux frais adverses potentiels qui pourront même comprendre les frais d'avocats, déterminé par le tribunal, sur un compte séquestre (ou administré par l'institution)¹⁵⁷⁵.

1279. – En arbitrage commercial international, les demandes de *security for costs* sont habituelles mais les arbitres sont généralement réticents à les octroyer¹⁵⁷⁶ et un nombre limité aboutit¹⁵⁷⁷. En arbitrage d'investissement, en revanche, de telles demandes étaient peu fréquentes jusqu'à très récemment. Entre 1984 et 2015, seules trente demandes de ce type ont été soumises dans le cadre des procédures CIRDI et CNUDCI¹⁵⁷⁸. La première fois qu'une demande de *security for costs* a abouti dans un arbitrage d'investissement CIRDI l'a été en 2014, dans l'affaire *RSM Production Corp. c/ Sainte-Lucie*¹⁵⁷⁹. Dans cette affaire, le tribunal arbitral a décidé de l'accorder au motif que l'investisseur demandeur avait des antécédents avérés de non-respect des sentences de frais du CIRDI, avait admis qu'il ne disposait pas de ressources financières suffisantes pour financer son affaire et était financé par un tiers inconnu.

1280. – **L'octroi de *security for costs*.** Comme cette demande de garantie est une forme de mesure provisoire, son éventuel octroi ne pose, en droit français (CPC, art. 1468) aucune difficulté. Cette faculté est par ailleurs reconnue par l'ensemble des règlements d'arbitrage, parfois de manière spécifique¹⁵⁸⁰. Comme pour les mesures provisoires, il n'existe pas de critère uniforme pour décider de l'octroi de telles garanties, lequel reste donc à la discrétion du

¹⁵⁷³L'*Arbitration Act* de 1996 (s.38) confie expressément aux tribunaux arbitraux la mission d'octroyer une décision de *security for costs*.

¹⁵⁷⁴P. A. Karrer et M. Desax, *Security for Costs in International Arbitration – Why, when, and what if...*, in *Liber Amicorum Karl-Heinz Bockstiegel*, Carl Heymanns Verlag KG, 2001, p. 340 ; V. plus généralement W. Gu, *Security for costs in international commercial arbitration* : *JIA* 2005, p. 167-206, spéc. p. 168. – Ch. Sim, *Security for Costs in Investor-State Arbitration* : *Arb. Int.* sept. 2017, vol. 33, p. 427-495, spéc. p. 467.

¹⁵⁷⁵*RSM Production Corp. v. Sainte-Lucie*, Aff. CIRDI, n° ARB/12/10, décision sur la demande de Saint Lucia de *Security for Costs*, 13 août 2014, p. 90.

¹⁵⁷⁶E. Silva Romero, *Chronique des sentences arbitrales de la CCI* : *JDI* 2014, p. 181, spéc. p. 227.

¹⁵⁷⁷Rapport LCIA 2018, p. 18.

¹⁵⁷⁸J. Commission et C. Arnott, *Reexamining the role of security for costs*.

¹⁵⁷⁹*RSM Production Corp. v. Sainte-Lucie*, Aff. CIRDI n° ARB/12/10, préc.

¹⁵⁸⁰V. égal. Règl. LCIA (2020), art. 25.2 ; Règl. SIAC (2016), art. 24 ; Règl. SCC (2017), art. 38 ; Règl. VIAC (2018), art. 33(6) et 33(7), qui font directement référence au *security for costs*.

tribunal¹⁵⁸¹. Le *Chartered Institute of Arbitrators* a établi une liste non exhaustive de critères, à savoir (i) les chances de succès de la (ou des) demande(s) et des défenses ; (ii) la capacité du demandeur à faire face à une condamnation aux dépens et la disponibilité des biens du demandeur pour l'exécution d'une condamnation aux dépens et (iii) s'il est équitable, compte tenu de toutes les circonstances, d'exiger d'une partie qu'elle fournisse une garantie pour les frais de l'autre partie¹⁵⁸². La pratique montre que les tribunaux arbitraux font également usage du principe de proportionnalité pour savoir si le préjudice probable empêché l'emporte sur le préjudice probable causé par l'accueil de la demande¹⁵⁸³.

1281. – Un seuil exigeant. Il ressort de la pratique que, pour l'octroi de *security for costs*, le tribunal est limité à des circonstances exceptionnelles¹⁵⁸⁴. En effet, le seuil exigé en pratique est très élevé. Il reste limité aux cas évidents où il existe un risque important qu'une partie ne soit pas en mesure de couvrir les frais d'arbitrage de l'autre partie¹⁵⁸⁵. À cet égard, une source autorisée note qu'« en pratique, les tribunaux arbitraux n'accorderont de telles mesures que lorsqu'elles sont réellement nécessaires » et cite les *security for costs* pour illustrer les mesures qu'un arbitre peut prendre en vertu de l'article 28(1) du règlement de la CCI (2021)¹⁵⁸⁶. Un tribunal arbitral « sera réticent à accorder des mesures provisoires et exigera une preuve solide d'un besoin immédiat et impérieux »¹⁵⁸⁷. En 2018, plus de la moitié des demandes de mesures provisoires dans les arbitrages LCIA concernaient des *securities for costs*, mais moins d'un tiers ont été accordées¹⁵⁸⁸. En matière d'investissement (CIRDI et CNUDCI), seulement 4 % des demandes ont été accordées (de 1984 à 2020), ce qui pourrait s'expliquer par le fait que la plupart des sentences en faveur des États ont été généralement acquittées¹⁵⁸⁹.

1282. – Security for costs et tiers financeurs (TPF). Parmi les éléments nouveaux pris en compte pour l'octroi, ou non, d'une telle garantie, la partie défenderesse qui la sollicite du tribunal demande parfois à ce qu'il soit tenu

¹⁵⁸¹V. *supra*, nos 1275 et s.

¹⁵⁸²Chartered Institute of Arbitrators' International Arbitration Practice, *Guideline on Applications for Security for Costs*, 2016, art. 2, 3 et 4.

¹⁵⁸³C. Parker, E. Wong, G. Satryani et E. Kantor, *A Global perspective on availability of security for costs and claim in international arbitration – Mirage or Oasis?*, in *Inside Arbitration*, Herbert Smith Freehills, 1^{er} févr. 2017, p. 20.

¹⁵⁸⁴V. *XXX INC., incorporée dans une île des Caraïbes v. YYY S.A., incorporée dans un pays d'Amérique latine* (ICC Case n° 15951/FM), Procedural Order n° 2 (29 mai 2009) : *Bull. ASA* 2010, Issue 1, p. 75, § 2.2 ; *EuroGas Inc and Belmont Resources Inc v. Slovak Republic*, ICSID Case n° ARB/14/14, Procedural Order n° 3 (23 juin 2015), § 121 : « As regularly held by ICSID arbitral tribunals, security for costs may only be granted in exceptional circumstances, "for example where abuse or serious misconduct has been evidenced" » ; V. aussi *RSM Production Corp. v. Saint Lucia*, préc., p. 10, § 48.

¹⁵⁸⁵J. Fry, S. Greenberg et F. Mazza, *The Secretariat's Guide to ICC Arbitration*, ICC Publ., 2012, § 3-1032 et 3-1036.

¹⁵⁸⁶J. Fry, S. Greenberg et F. Mazza, préc., § 3-1036.

¹⁵⁸⁷R. J. Werbicki, *Arbitral Interim Measures : Fact or Fiction?*, AAA Handbook on International Arbitration and ADR, chap. 8, 2^e éd., 2010, p. 158.

¹⁵⁸⁸LCIA, *2018 Casework Report*, p. 18.

¹⁵⁸⁹J. Commission et C. Arnott, *Reexamining the role of security for costs* (www.burfordcapital.com/, 4 août 2018).

compte du recours de l'autre partie à un tiers financeur (ou TPF), car cette information est parfois présentée comme un indice, rarement à lui seul, de nature à renseigner sur la solidité financière de la partie à qui est demandée la garantie. La pertinence de cet élément, qui n'est toutefois pas un critère *per se*, est d'autant plus à relativiser à l'heure où le recours au TPF se généralise, y compris auprès de grands groupes de sociétés. En effet, les entreprises constatent de plus en plus les avantages financiers liés au financement par des tiers, quelle que soit leur situation de trésorerie¹⁵⁹⁰. Mais l'information peut s'avérer utile lorsque le contrat passé entre la partie financée et le TPF exclura expressément la couverture des coûts d'arbitrage en cas d'échec¹⁵⁹¹, même s'il est vrai que les financeurs sont rarement d'accord pour fournir une garantie, qui augmente de manière conséquente leur exposition au risque¹⁵⁹². Cette prise en considération se justifie par le fait qu'en présence d'une partie financée par TPF, mais dont le TPF ne couvre pas les frais de procédure en cas d'échec, la partie financée pourrait en cas d'insuccès s'abriter derrière son impécuniosité pour refuser de payer les frais, tout en ayant pu tenter ses réclamations grâce aux fonds du tiers financeur¹⁵⁹³.

§ 3. – Le délicat et incertain choix du critère

1283. – Il existe une pluralité de critères d'octroi des mesures, ce qui crée une incertitude. Cette incertitude est d'ailleurs renforcée par le silence de la loi qui se contente de prévoir que les arbitres prennent « toute mesure conservatoire ou provisoire qu'il juge opportune »¹⁵⁹⁴, sans en fournir une liste et sans expliquer les conditions au prononcé de ces mesures.

1284. – **Les critères principaux.** Du point de vue de la pratique arbitrale¹⁵⁹⁵, il est possible de dégager les conditions les plus souvent exigées par les arbitres pour obtenir le prononcé de mesures conservatoires ou provisoires, qui sont l'urgence de la situation ou le danger imminent menaçant les droits du requérant, le risque de dommage important en cas d'absence de protection et la démonstration des chances de succès probable de la requête au fond. La seule condition absolue est l'interdiction de préjuger du fond.

1285. – **L'urgence.** Ce critère n'est pas toujours requis, mais il est cependant retenu par certains règlements. C'est le cas du règlement de la CCI (2021), et il ressort

¹⁵⁹⁰V. *infra*, n° 1362. J. Commission et C. Arnott, *Reexamining the role of security for costs*, préc.

¹⁵⁹¹*Dirk Herzig as Insolvency Administrator over the Assets of Unionmatex Industrieanlagen GmbH v. Turkmenistan* (ICSID Case n° ARB/18/35), Decision on the Respondent's Request for Security for Costs and the Claimant's Requests for Security for Claim (27 janv. 2020), p. 14.

¹⁵⁹²N. Darwazeh et A. Leleu, *Disclosure and Security for Costs or How to Address Imbalances Created by Third-Party Funding* : JIA 2016, p. 125, spéc. p. 140.

¹⁵⁹³Ph. Pinsolle, *Third Party Funding and Security for Costs* : Cah. arb. 2013, p. 399, spéc. p. 400.

¹⁵⁹⁴CPC, art. 1468 : « Le tribunal arbitral peut ordonner aux parties, dans les conditions qu'il détermine et au besoin à peine d'astreinte, toute mesure conservatoire ou provisoire qu'il juge opportune ».

¹⁵⁹⁵Th. H. Webster et M.W. Bühler, *Handbook of ICC Arbitration*, Sweet & Maxwell, 4^e éd., 2018, p. 453, n° 28-27 ; V. aussi : G. B. Born, *International Commercial Arbitration volume II*, Kluwer Law International, 2014, p. 2468.

de la majorité des sentences CCI que l'urgence est nécessaire pour l'octroi de mesures provisoires¹⁵⁹⁶. Dans une sentence CCI, le tribunal arbitral a défini l'urgence comme le risque pour une partie, en l'absence de mesure provisoire, de voir ses pertes potentielles augmenter au fil du temps, de telle sorte qu'il ne serait pas raisonnable pour cette partie d'attendre la sentence finale¹⁵⁹⁷. Dans une autre affaire, le tribunal a également retenu ce critère de l'urgence, définie comme une situation qui exige qu'une mesure soit prise afin d'éviter que les droits légitimes d'une partie ne soient mis en péril¹⁵⁹⁸. Dans l'affaire CCI n° 8894¹⁵⁹⁹ portant sur un ensemble de contrats relatifs à l'importation et à la distribution de produits pharmaceutiques, ainsi qu'à l'utilisation de la marque y afférente, les demandeurs exigeaient une mesure provisoire pour l'arrêt de l'utilisation de leur marque, ainsi que la fabrication et la vente de produits de remplacement. Le tribunal arbitral a ordonné que « le défendeur demande immédiatement à l'administration de la santé et aux organisations gouvernementales concernées d'annuler la licence de fabrication et licence d'importation (...) ». En effet, il ressort de ces sentences que cette condition d'urgence est très proche et se confond avec celle du risque d'un préjudice irréparable en l'absence de mesure provisoire.

1286. – Le risque de préjudice irréparable ou substantiel. Comme précédemment évoqué, un autre critère, tiré du risque de préjudice irréparable, est repris dans d'autres sources institutionnelles, notamment le règlement CNUDCI (2010) qui énonce à l'article 26, § 3 : « La partie demandant une mesure provisoire (...) convainc le tribunal arbitral : qu'un préjudice ne pouvant être réparé de façon adéquate par l'octroi de dommages-intérêts sera probablement causé si la mesure n'est pas ordonnée, et qu'un tel préjudice l'emporte largement sur celui que subira probablement la partie contre laquelle la mesure est dirigée si celle-ci est accordée ».

Ainsi, des mesures provisoires peuvent par exemple être octroyées lorsque la partie requérante a prouvé la menace d'un préjudice difficilement réparable¹⁶⁰⁰. Dans une affaire CCI¹⁶⁰¹ portant sur un litige lié à la distribution de produits pharmaceutiques, le tribunal a accepté la demande de mesures provisoires, consistant en la délivrance d'une licence de distribution par la partie défenderesse au profit de la partie requérante, puisque sans la licence de distribution la requérante aurait subi une perte financière susceptible d'aggraver la dispute. Ainsi, dans une autre affaire arbitrale où le litige résultait de l'annulation par le défendeur de commandes de vêtements en prêt-à-porter passées auprès du demandeur, celui-ci formula une demande de garantie financière (*security for costs*) en alléguant que « les chances

¹⁵⁹⁶Par ex., les sentences CCI citées in A. Yesilirmak, *Interim and Conservatory Measures in ICC Arbitral Practice, 1999-2008*, in *Special Supplement 2011 : Interim, Conservatory and Emergency Measures in ICC Arbitration : Bull. CCI 2011*, p. 5 : Sent. part. CCI n° 12553 (2004) ; Sent. prov. CCI n° 13194 (2005) ; Sent. prov. CCI n° 8307 (2001) ; Sent. prov. CCI n° 11740 (2002) ; Sent. part. CCI n° 12361 (2003).

¹⁵⁹⁷Sent. inter. CCI n° 10596 (2000), publié in J.-J. Arnaldez, Y. Derains et D. Hascher, *Collection of ICC Arbitral Awards 2001-2007*, 2009, p. 315.

¹⁵⁹⁸Sent. part. CCI (non identifiée), citée in E. Schwartz, *The Practices and Experience of the ICC Court*, in suppl. spécial, *Conservatory and Provisional Measures in International Arbitration : Bull. CCI 1993*, p. 60 : « a situation has an urgent character when it requires that measures be taken in order to avoid that the legitimate rights of a party are not placed in peril » ?

¹⁵⁹⁹Sent. inter. CCI, n° 8894 (extraits) : *Bull. CCI 2000*, vol. 11, n° 1, p. 96.

¹⁶⁰⁰Sent. inter. CCI, n° 8786 (extraits) : *Bull. CCI 2000*, vol. 11, n° 1, p. 83.

¹⁶⁰¹Sent. inter. CCI, n° 10596 (2000) citée in Th. Webster et M. Buhler, *Handbook of ICC Arbitration*, Sweet & Maxwell, 4^e éd., 2018, p. 460, § 28.58.

d'une partie étrangère de faire reconnaître une sentence arbitrale en Turquie sont moins que faibles »¹⁶⁰². Cependant, dans ce cas, le tribunal a considéré que l'importance du risque qu'une sentence arbitrale rendue en sa faveur ne serait pas exécutoire en Turquie n'était pas établie. Le critère retenu par les tribunaux arbitraux varie toutefois entre « préjudice irréparable », préjudice « irréparable ou substantiel » ou même préjudice « substantiel ». Dans une autre affaire, il a été affirmé que « les arbitres doivent établir un équilibre entre le préjudice que subirait chaque partie si les mesures provisoires étaient ou non octroyées »¹⁶⁰³. Le caractère « irréparable » du préjudice à subir ressort également dans certaines sentences arbitrales par le biais de la « nécessité de maintenir les droits » de la partie requérante¹⁶⁰⁴.

1287. – Les chances de succès sur le fond. Dans la pratique, il est aussi parfois demandé à la partie qui requiert la prise de telles mesures d'établir la (forte) probabilité de chances de succès des demandes au fond, sans pour autant amener les arbitres à préjuger sur le fond. Le règlement CNUDCI (2010) reprend cette condition dans son article 26 (b) qui énonce que la partie sollicitant l'octroi de telles mesures doit démontrer les « chances raisonnables d'obtenir gain de cause sur le fond du litige ».

Il s'agit pour le tribunal de constater si, « à première vue », *prima facie*, ou encore *a priori*¹⁶⁰⁵, la partie qui sollicite les mesures provisoires a des chances raisonnables de succès au fond. Les arguments du requérant, sur le caractère évidemment bien fondé, ne devront pas être exposés de manière trop approfondie, afin de trouver le juste équilibre entre la démonstration du caractère sérieux des arguments et l'écueil d'une démonstration poussée, que le défendeur exploitera justement pour dire que, si les mesures sont accordées, c'est bien que le tribunal aura préjugé au fond la solution du litige (avant d'avoir entendu les arguments et lu les mémoires au fond des parties). Il faut reconnaître d'ailleurs que ce critère n'est pas toujours pris en compte en raison du risque que les arbitres se voient reprocher d'avoir préjugé le fond du litige et des recours potentiels, pour manque d'impartialité, qui risquent de s'ensuivre¹⁶⁰⁶.

1288. – L'absence de préjugement au fond. Au-delà de ces critères, il demeure une condition constante : la décision d'octroyer une mesure provisoire ne doit pas amener l'arbitre à préjuger le fond du litige. À l'occasion d'une affaire CCI, le tribunal arbitral a indiqué qu'une des raisons pour refuser la mesure provisoire sollicitée était qu'en l'espèce, une telle mesure aurait anticipé « manifestement la décision finale sur le montant des dommages et intérêts, le montant de la compensation du préjudice causé étant l'une des questions clés que doit adresser le tribunal arbitral au cours de cette procédure »¹⁶⁰⁷. Le refus était donc fondé sur l'impossibilité d'éviter le préjugement sur le fond.

Toutes ces conditions ne sont toutefois pas toujours mentionnées, analysées ou cumulativement requises par les arbitres lorsque de telles mesures provisoires sont en jeu¹⁶⁰⁸. Par ailleurs, ces conditions ne sont pas exhaustives et d'autres éléments, tels

¹⁶⁰²Sent. inter. CCI, n° 8786 (extraits), préc., p. 85-86.

¹⁶⁰³Sent. part. CCI n° 12361 (2003), suppl. spéc. : *Interim, Conservatory and Emergency Measures in ICC Arbitration*, vol. 22 : *Bull. CCI* 2011, § 42.

¹⁶⁰⁴Chapter 17 : *Provisional relief in international arbitration*, in G. B. Born, *op. cit.*, 2014, p. 2474.

¹⁶⁰⁵J. Fry, S. Greenberg et F. Mazza, préc., § 3-1037.

¹⁶⁰⁶Sent. inter. CCI n° 8894 (extraits) : *Bull. CCI* 2000, vol. 11, n° 1, p. 96 ; Sent. part. CCI n° 3896 : *JDI* 1983, p. 914.

¹⁶⁰⁷Sent. finale CCI n° 14287 (Extract), in *Special Supplement : Interim, Conservatory and Emergency Measures in ICC Arbitration* : *Bull. CCI* 2011, vol. 22, p. 74.

¹⁶⁰⁸Chapter 17 : *Provisional relief in international arbitration*, in G. B. Born, *op. cit.*, 2014, p. 2468 : « Stated

que la tardiveté de la requête ou l'impossibilité de s'assurer de l'effectivité de la mesure prise, peuvent être pris en compte. Le caractère raisonnable de la demande peut également avoir une incidence non négligeable¹⁶⁰⁹. Ainsi, dans le cadre d'un arbitrage CIRDI, un tribunal a, suite à une requête de mesure provisoire, retenu que le critère applicable n'était pas celui de la nécessité absolue d'une mesure mais plutôt celui de son caractère raisonnable¹⁶¹⁰.

Les critères retenus pour prononcer ou non des mesures provisoires ou conservatoires ne sont donc pas clairement établis. Il s'agit pour le tribunal de décider, à partir de l'examen de l'ensemble des circonstances de l'espèce, au cas par cas. En effet, en l'absence de critères obligatoires et en présence d'un silence de la loi et de la majorité des règlements d'arbitrage, un niveau de discrétion avancé est laissé à l'arbitre : c'est là aussi une sphère de liberté laissée à l'arbitrage, mais qui n'est pas pour autant source de critique pour son imprévisibilité.

Section 5

Les incidents susceptibles d'affecter la progression de l'instance arbitrale : les procédures parallèles

1289. – La notion de « procédure parallèle »¹⁶¹¹ recouvre ici un ensemble de situations dans lesquelles plusieurs organes juridictionnels se trouvent saisis simultanément du même litige ou de litige lié à celui qu'un tribunal arbitral donné doit trancher. Elles sont globalement définies comme étant « toute autre procédure pendante devant un tribunal étatique ou un autre tribunal arbitral où les parties ou une ou plusieurs problématiques sont identiques ou similaires à celles devant le tribunal arbitral dans l'arbitrage en cours »¹⁶¹².

Malgré la priorité parfois donnée (ou voulue) à la procédure arbitrale¹⁶¹³, le développement de l'arbitrage et la complexification des procédures peuvent donner lieu à une multiplication de procédures accessoires ou concurrentes, devant d'autres

generally, most international arbitral tribunals require showings of (a) a risk of serious or irreparable harm to the claimant ; (b) urgency ; and (c) no prejudice of the merits, while some tribunals also require the claimant to establish a *prima facie* case on the merits, a *prima facie* case on jurisdiction, and to establish that the balance of hardships weighs in its favor ».

¹⁶⁰⁹Ord. CIRDI, 15 oct. 2008, *Railroad Development Corporation c/ République du Guatemala*, note E. Savarese in *Chronique de jurisprudence arbitrale en droit international public* : *Rev. arb.* 2008, p. 777-827, spéc. p. 808.

¹⁶¹⁰Ord. CIRDI, 15 oct. 2008, *Railroad Development Corporation c/ République du Guatemala*, in E. Savarese, *op. cit.*, *loc. cit.*

¹⁶¹¹V. not. D. Mouralis, *L'arbitrage face aux procédures conduites en parallèle*, thèse dactyl., Université Aix-Marseille 3, 2008.

¹⁶¹²Recommandations de l'Association de droit international sur la litispendance et l'arbitrage, 2006. Pour une analyse complète des procédures parallèles, V. D. Mouralis, *L'arbitrage face aux procédures conduites en parallèle*, thèse dactyl., Université Aix-Marseille 3, 2008.

¹⁶¹³V. *supra*, n° 531.

juridictions arbitrales ou, le plus souvent, devant les juridictions étatiques¹⁶¹⁴. L'ouverture de procédures parallèles peut tout aussi bien être une question de stratégie procédurale, de circonstances du litige, ou d'une incertitude quant à la voie de résolution du litige.

1290. – En droit judiciaire, les incidents relatifs aux procédures parallèles se résolvent le plus souvent à travers des exceptions de connexité et de litispendance¹⁶¹⁵. Toutefois, en raison des différents ordres juridiques compétents en droit de l'arbitrage, les possibilités de concurrence semblent plus nombreuses et les solutions moins prévisibles. Pour ce qui concerne uniquement l'arbitrage, les procédures parallèles peuvent être caractérisées lorsque deux ou plusieurs tribunaux arbitraux sont saisis du même litige ou de litiges similaires (§ 1) ou lorsque les juridictions étatiques sont saisies en parallèle ou concomitamment à un tribunal arbitral – que ce dernier siège dans le même pays que la juridiction étatique saisie ou non (§ 2).

§ 1. – Les arbitrages parallèles

1291. – Après avoir présenté les différents types d'arbitrages parallèles (A), il conviendra de mettre en évidence les conséquences procédurales de ce type de procédures concurrentes (B) et les solutions pouvant être mises en œuvre par les intervenants à la procédure pour garantir la poursuite effective de la (ou des) procédure(s) (C).

A. – Typologie des arbitrages parallèles

1292. – Il est possible de distinguer schématiquement deux situations : la première concerne des arbitrages parallèles concernant les mêmes parties ou le même objet (voire les deux) (1°) ; la seconde concerne des arbitrages qui, s'ils peuvent être entre les mêmes parties ou sur le même objet, se distinguent surtout par leurs fondements différents (2°).

1° Cas d'arbitrages entre les mêmes parties ou sur le même objet

1293. – Les arbitrages parallèles qui résultent de clauses d'arbitrage pathologiques. Une première cause d'arbitrages parallèles est due à l'existence de clauses pathologiques, qui sont des clauses défectueuses et qui peuvent heurter le bon déroulement de l'arbitrage¹⁶¹⁶. Il peut en être ainsi lorsque le centre d'arbitrage n'est pas clairement désigné et que deux arbitrages sont donc introduits devant deux centres différents. Cette situation a pu être illustrée, bien que de façon légèrement différente, dans une affaire *UOP NV c/ Société BP France*¹⁶¹⁷. Dans cette affaire, la clause compromissoire signée entre les parties faisait référence à l'Association française d'arbitrage, d'une part, et à la CCI, d'autre part. Si aucune des parties n'a initié un

¹⁶¹⁴Pour une revue des aspects pratiques de la gestion des procédures parallèles, V. G. Kaufmann-Kohler, *How to Handle Parallel Proceedings : A Practical Approach to Issues such as Competence-Competence and Anti-Suit Injunctions : Dispute Resolution International* 2008, vol. 2, n° 1, p. 110 et s.

¹⁶¹⁵V. CPC, art. 100 et s. ; au sujet desquels, V. L. Cadiet et E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, LexisNexis, 2016, n°s 291 et s.

¹⁶¹⁶V. *supra*, n°s 495 et s.

¹⁶¹⁷Cass. 1^{re} civ., 20 févr. 2007 : *Bull. civ.* 2007, I, n° 62 ; *JCP G* 2007, I, 168, p. 21, obs. J. Beguin.

arbitrage, mais plutôt une procédure devant le tribunal de commerce, la Cour de cassation a jugé que toute problématique de ce fait devait être résolue par le juge d'appui. On peut également citer le cas, devant les juridictions singapouriennes, d'une clause hybride, dont la validité a été reconnue par la Cour d'appel de Singapour, prévoyant que l'arbitrage soit administré par le centre SIAC mais suivant le règlement CCI¹⁶¹⁸. On peut encore citer une affaire qui, en raison de l'existence d'une clause pathologique, a engendré un arbitrage soumis à la CCI, des procédures judiciaires en France en référé, l'intervention du juge d'appui (la PCA) et un arbitrage soumis au MARC-MCCI et un recours en annulation devant les juridictions mauriciennes¹⁶¹⁹.

1294. – Les arbitrages connexes. Dans le cas d'arbitrages connexes, les litiges sont réputés présenter un lien entre eux sans nécessairement qu'il existe une identité de parties. Il peut exister une connexité par exemple en cas de transmission de la clause compromissoire dans des chaînes de contrats¹⁶²⁰. Ainsi, dans le cas d'une chaîne de contrats translatifs de propriété, il est possible d'envisager des actions connexes entre les sous-acquéreurs, les fournisseurs, les vendeurs intermédiaires et le vendeur originaire¹⁶²¹. On peut également citer une célèbre affaire transeuropéenne (impliquant des parties française, allemande, néerlandaise et polonaise) ayant donné lieu à plusieurs procédures arbitrales, dont une à Londres administrée par la LCIA et une autre à Genève administrée par la CCI dans un contexte de faillite d'une des parties à l'arbitrage : la multiplicité de ces procédures a bien mis en évidence les « risques » relatifs aux arbitrages parallèles, les juges de l'annulation anglais et suisse ayant eu deux visions opposées sur les conséquences de la procédure de faillite sur l'arbitrage¹⁶²². Le risque de décisions incohérentes peut également résulter de la déloyauté des parties qui pourraient en profiter pour soulever des positions différentes dans les litiges parallèles¹⁶²³.

1295. – Enfin, certains arbitrages peuvent également être introduits par des demandeurs différents juridiquement, mais intimement liés, contre un même défendeur. En matière d'arbitrage d'investissement, l'affaire *Lauder* en donne un bon exemple. Dans cette affaire, deux arbitrages d'investissement parallèles portant sur les mêmes faits ont été initiés l'un par M. Lauder personnellement, sous l'égide du règlement CNUDCI (2010) et sur le fondement du traité bilatéral

¹⁶¹⁸*Insigma Technology Co Ltd v. Alstom Technology Ltd*, [2009] SGCA 24, 2 juin 2009.

¹⁶¹⁹Cour suprême de Maurice, 30 nov. 2018, *Flashbird Limited v Cie de Sécurité Privée et Industrielle SARL*, 2018 SCJ 402.

¹⁶²⁰*V. supra*, n^{os} 561 et s.

¹⁶²¹*V. à ce sujet*, Cass. 1^{re} civ., 27 mars 2007 : *Rev. arb.* 2007, p. 785, note J. El Ahdab. Sans qu'il semble que cette situation se soit effectivement présentée dans le cas d'espèce, l'affaire dite *ABS* illustre bien les problématiques d'arbitrages parallèles dans des chaînes de contrats. En effet, dans cette affaire, la société ABS, française, collaborait avec une société belge du même groupe pour la fabrication d'une nouvelle puce électronique. Ladite société belge avait alors conclu un contrat de vente de composants électroniques avec une société américaine ayant deux filiales en France et qui comportait une clause compromissoire désignant l'AAA de Philadelphie. La société américaine était, elle, liée par un contrat de fonderie contenant une clause compromissoire visant l'AAA de Santa Clara à une société coréenne. En raison de la défectuosité des produits fournis, la société ABS a intenté une action en justice devant les tribunaux français, ne tenant pas compte des clauses compromissoires contenus dans les différents contrats.

¹⁶²²*V. D. Baizeau, Compétence de l'arbitre et faillite à la lumière des arrêts anglais et suisse dans l'affaire Vivendi c/ Elektrim : Gaz. Pal.* 25-27 oct. 2009, p. 5 et s., spéc. p. 5-6.

¹⁶²³*V. à ce titre* : CA Singapour, *BWG c/ BWF*, [2020] SGCA 36, qui traite de cette question.

d'investissement (TBI) signé entre les États-Unis et la République tchèque¹⁶²⁴, et l'autre par la société CME, détenue par M. Lauder, sur le fondement du TBI signé entre les Pays-Bas et la République tchèque¹⁶²⁵. D'autres arbitrages d'investissement peuvent aussi mettre en jeu des faits similaires, sans rentrer dans une connexité absolue, comme c'est le cas pour la multitude d'arbitrages d'investissement initiés contre certains pays (Venezuela, Argentine, Égypte, *etc.*) et découlant d'un fait générateur similaire : vague de nationalisations, faillite, crise économique ou politique, *etc.*

2° Cas d'arbitrages parallèles sur des fondements différents

1296. – Arbitrage commercial contre arbitrage d'investissement, « *treaty claim versus contract claim* »¹⁶²⁶. Certains conflits peuvent naître, au sujet de mêmes faits litigieux, en raison de l'existence concurrente de plusieurs fondements de recours à l'arbitrage, par exemple un dans un contrat signé entre un investisseur et un État, et un autre dans un traité de protection des investissements¹⁶²⁷. Dans ce cas, l'introduction d'arbitrages parallèles, loin d'être un choix stratégique, est une simple obligation procédurale : un tribunal constitué pour juger de la violation de standards de protections des investissements, en droit international public, ne pourrait être compétent pour sanctionner des seules problématiques d'inexécutions contractuelles.

La résolution de ces conflits entre fondements concurrents peut cependant se faire par l'insertion d'une clause d'option irrévocable (dite *fork in the road*) qui oblige les investisseurs à choisir leur procédure et le fondement ou la clause dite « parapluie » qui donne compétence au tribunal arbitral constitué sur le fondement d'un traité bilatéral d'investissement pour trancher les litiges contractuels¹⁶²⁸. Toutes ces solutions permettent d'éviter la multiplication des procédures, mais elles ne répondent pas toujours à la volonté, stratégique ou non des parties, qui veulent parfois augmenter leurs chances d'obtenir une juste indemnisation en saisissant plusieurs tribunaux arbitraux.

B. – Conséquences procédurales

1297. – Les conséquences de procédures parallèles sur le contradictoire et l'instruction du litige. Le principe de la contradiction, consacré par l'article 1510 du Code de procédure civile et qui impose que les parties aient été en mesure de débattre contradictoirement des moyens invoqués et des pièces produites¹⁶²⁹, doit être pris en compte en cas d'arbitrages parallèles. En effet, dans le cas où des éléments auraient été recueillis dans une procédure et utilisés dans une autre, par exemple lorsqu'un ou

¹⁶²⁴Ronald S. Lauder c/ République Tchèque, Sent. finale (CNUDCI), 3 sept. 2001.

¹⁶²⁵CME Czech Republic B.V. c/ République Tchèque, Sent. finale (CNUDCI), 14 mars 2003.

¹⁶²⁶V. *supra*, n^{os} 156 et s.

¹⁶²⁷V. à ce sujet, 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 ; V. aussi : S. Alexandrov, *Breaches of Contract and Breaches of Treaty. The Jurisdiction of Treaty-based Arbitration Tribunals to Decide Breach of Contract Claims in SGS v. Pakistan and SGS v. Philippines* : *The Journal of World Investment and Trade* 2004, p. 555.

¹⁶²⁸V. J. Cazala, *Investissements Internationaux – Principes de traitement et de protection* : *JCI. Droit international*, Fasc. 572-60, 2017, spéc. n^{os} 57 et s. ; V. *supra*, n^{os} 50 et s., 157 et s.

¹⁶²⁹V. par ex., Paris, 18 nov. 2014 : *Rev. arb.* 2014, p. 1040 ; V. *supra*, n^{os} 945 et s.

plusieurs arbitres siègent dans les deux tribunaux, ceux-ci devraient en principe être soumis à la discussion contradictoire des parties¹⁶³⁰.

1298. – L'autorité de chose jugée des décisions rendues dans des arbitrages parallèles. La sentence arbitrale a, telle que formulée par l'article 1484 du Code de procédure civile, autorité de chose jugée relativement à la contestation qu'elle tranche¹⁶³¹. L'autorité de chose jugée est bien encadrée par la règle de l'identité d'objet, de parties et de cause que l'on retrouve à l'article 1355 du Code civil. On peut toutefois s'interroger sur la force de chose jugée – et donc l'obligation faite à l'arbitre d'en tenir compte – de faits, de motivation juridique ou des décisions prises dans un arbitrage parallèle sur un arbitrage concomitant ou postérieur¹⁶³². Le principe de concentration des moyens, applicable à l'arbitrage¹⁶³³, est également de nature à lier le tribunal se prononçant dans un arbitrage parallèle. Au-delà de la question de l'autorité de chose jugée, qui ne vaut qu'entre les parties, la sentence arbitrale serait, en tout ou partie, et au moins dans ses constatations factuelles, opposable aux tiers – opposabilité parfois confondue avec l'autorité de chose jugée ou se voyant accorder les mêmes effets – et pourrait donc être invoquée par ceux-ci dans d'autres procédures¹⁶³⁴.

C. – Solutions

1299. – L'opportunité de surseoir à statuer. Aux termes de l'article 1472 du Code de procédure civile, l'arbitre conserve la faculté de surseoir à statuer¹⁶³⁵, ce qui a pour effet de suspendre l'instance en subordonnant la reprise, voire la fin de l'arbitrage à l'issue d'une autre procédure parallèle. Sans que l'arbitre soit contraint de le prononcer, le sursis à statuer, qui peut être une solution pour aplanir les incidents soulevés par des procédures parallèles, peut également en être une conséquence qui s'impose à lui dans l'optique d'une résolution efficace du litige, comme préconisé par

¹⁶³⁰Paris, 2 juin 1989 : *Rev. arb.* 1991, p. 87, note C. Reymond. – Paris, 14 oct. 1993 : *JDI* 1994, p. 447, note E. Loquin. Pourtant, dans cette seconde jurisprudence, la cour n'a pas jugé qu'il y avait violation du contradictoire, au prétexte que les parties n'avaient pas objecté à la présence du président dans les deux procédures et qu'il n'y avait pas eu rupture de l'égalité entre les parties, la sentence n'ayant pas encore été notifiée, ce qui semble pourtant inopérant pour juger d'une violation du contradictoire, V. E. Loquin, *note ss Paris, 14 oct. 1993*, préc. ; V. aussi C. Kessedjian, *Principe de la contradiction et arbitrage* : *Rev. arb.* 1995, p. 381, spéc. p. 402-403.

¹⁶³¹V. *infra*, n^{os} 1465 et s. ; V. aussi A. Sheppard, *Res Judicata and Estoppel*, in B. Cremades et J. Lew (éds), *Parallel State and Arbitral Procedures in International Arbitration*, Dossier of the ICC Institute of World Business Law, 2005, p. 219. Sur les contrariétés de décision dans l'arbitrage, V. D. Cohen, *Procédures parallèles et contrariété de décisions dans l'arbitrage international*, in B. Darrois et E. Glucksmann (éd.), *Procédures parallèles et décisions contradictoires*, Bruylant, 2015, p. 155.

¹⁶³²V. à ce sujet, Ch. Jarrosson, *L'autorité de la chose jugée des sentences arbitrales : Procédures 2007*, n^o 8-9, étude 17, spéc. n^o 18.

¹⁶³³V. Cass. 1^{re} civ., 28 mai 2008 : *D.* 2008, obs. X. Delpech. – Cass. 1^{re} civ., 12 avr. 2012 : *Procédures* juin 2012, n^o 6, comm. 180, note L. Weiller. – E. Loquin, *De l'obligation de concentrer les moyens à celle de concentrer les demandes dans l'arbitrage* : *Rev. arb.* 2010, p. 201.

¹⁶³⁴V. Cass. com., 23 janv. 2007, *Prodim et a. c/ Sté Distribution Casino France* : *Rev. arb.* 2007, p. 771, note P. Mayer. – Cass. com., 2 déc. 2008, *Sté ITM Entreprises et a. c/ Sté Prodim et a.* : *Rev. arb.* 2009, p. 330, note P. Mayer ; V. *infra*, n^{os} 1472 et s. (Encart 47).

¹⁶³⁵Le droit comparé semble également privilégier la préservation d'une faculté pour l'arbitre plutôt que d'une obligation, V. en Inde, Cour suprême, 27 nov. 2019, *Hindustan Construction Company v. UOI*, n^o 1074 ; Debevoise & Plimpton, *Indian Supreme Court Takes Another Step to Strengthen Arbitration*, 17 déc. 2019 (www.debevoise.com/insights/publications/2019/12/indian-supreme-court-takes-another-step-to).

l'Association de droit international¹⁶³⁶. En pratique, de tels sursis semblent rarement prononcés par les arbitres¹⁶³⁷, ou par les tribunaux étatiques en cours d'arbitrage¹⁶³⁸.

1300. – La jonction de procédures et l'intervention de parties. Afin d'éviter un éparpillement du contentieux et l'introduction de plusieurs procédures liées, sur des fondements proches et entre certaines des mêmes parties, la jonction de procédures et l'intervention de parties peuvent être privilégiées¹⁶³⁹. Si le droit français – à l'image de la plupart des droits étrangers¹⁶⁴⁰ – n'encadre pas ces mesures d'organisation de l'instance, un certain nombre de règlements d'arbitrages les prévoient¹⁶⁴¹, bien que timidement ou selon des conditions assez strictes.

Ainsi, le règlement CCI (2021) prévoit qu'une partie peut faire intervenir un tiers avant la confirmation ou la nomination des arbitres, sous réserve de l'existence d'une convention d'arbitrage avec ce tiers¹⁶⁴². En ce qui concerne la jonction de procédures, l'article 10 du règlement CCI (2021)¹⁶⁴³ prévoit cette possibilité soit sur accord des parties, soit lorsque les procédures portent sur la même convention d'arbitrage ou lorsque les conventions d'arbitrage sont compatibles, que les arbitrages impliquent les mêmes parties et que le différend porte sur le même rapport juridique¹⁶⁴⁴. La jonction de procédures permet donc d'éviter le déroulement de plusieurs procédures parallèles, qui auraient un certain degré de connexité, et ce dans l'intérêt d'une gestion efficace du litige. Mais, on le voit, les conditions (consensuelles) de sa mise en œuvre demeurent nombreuses et strictes et n'offrent donc pas une solution aisément admissible.

1301. – L'extension de la clause compromissoire. L'extension de la clause compromissoire à des tiers non signataires est également un moyen d'éviter l'éparpillement du contentieux et donc la conduite de procédures parallèles. C'est

¹⁶³⁶Association de droit international sur la litispendance et l'arbitrage, *Recomm.* n°s 5 et 6, 2006.

¹⁶³⁷V. cependant, sur le prononcé d'un sursis à statuer sur le fondement de la règle « le criminel tient le civil en l'état » (Paris, 7 sept. 1999 et 20 avr. 2000 : *Rev. arb.* 2001, p. 559, obs. J.-B. Racine). E. Jolivet, *Chronique de jurisprudence arbitrale de la CCI – Le sursis à statuer* : *Cah. arb.* 2009, n° 1, p. 40 et n° 2, p. 36. On peut également citer, dans un autre contexte, un sursis ordonné par un tribunal CCI opposant deux sociétés pétrolières étatiques vénézuélienne (PDVSA) et paraguayenne (PETROPAR), afin de permettre au second gouvernement vénézuélien de Juan Guaido (parallèle à celui de M. Nicolas Maduro) d'intervenir à l'arbitrage au profit de PDVSA, le demandeur vénézuélien, V. R. Pereira de Souza Fleury, *ICC Tribunal Recognizes Guaido's Intervention and Stays Proceedings in PDVSA v. Petropar* : *Kluwer Arbitration Blog* 25 mai 2019.

¹⁶³⁸Paris, 26 févr. 2013, n° 11/17961. – Paris, 22 févr. 2007, n° 04/16337. – Paris, 7 oct. 2014, n° 13/10870. – Paris, 23 sept. 2014, n°s 13/17187, 13/09296 et 12/21810.

¹⁶³⁹V. à ce sujet, S. Greenberg, J. R. Feris et C. Albanesi, *Consolidation, Joinder, Cross-Claims, Multiparty and Multicontract Arbitration : Recent ICC Experience*, in B. Hanotiau et E. Schwartz (éds), *Multiparty Arbitration*, Dossier of the ICC Institute of World Business Law, 2010, p. 161.

¹⁶⁴⁰On peut noter quelques exceptions notables comme le droit néerlandais, dont l'article 1046 du Code de procédure civile prévoit la consolidation ou le droit anglais, dont l'article 35(1) de l'*Arbitration Act* prévoit que les parties sont libres de s'accorder entre elles sur la consolidation de procédures.

¹⁶⁴¹G. Smith, *Comparative Analysis of Joinder and Consolidation Provisions Under Leading Arbitral Rules* : *JIA* 2018, p. 173.

¹⁶⁴²Règl. CCI (2021), art. 7 ; V. aussi Règl. SCC (2017), art. 13 ; Règl. LCIA (2020), art. 22.1(x), qui le conditionne à l'accord des parties ; Règl. HKIAC (2018), art. 27 ; Règl. CNUDCI (2010), art. 17(5).

¹⁶⁴³V. aussi Règl. LCIA (2020), art. 22.1(x), qui le conditionne à l'accord des parties ; Règl. SCC (2017), art. 15 ; Règl. HKIAC (2018), art. 28.

¹⁶⁴⁴Une telle situation peut toutefois s'avérer problématique pour la constitution du tribunal arbitral, bien que l'article 12(9) du règlement CCI (2021) permette à la Cour internationale d'arbitrage de désigner les arbitres lorsqu'il y a un risque d'inégalité entre les parties.

d'ailleurs spécifiquement sur l'idée d'unité procédurale que certaines décisions ont pu s'appuyer, parfois indirectement, pour ainsi étendre la clause¹⁶⁴⁵.

§ 2. – Les procédures extra-arbitrales parallèles

1302. – Outre les arbitrages parallèles, certaines procédures judiciaires peuvent se dérouler en parallèle d'un arbitrage, soit que ces procédures soient liées au déroulement de l'arbitrage lui-même (A), soit qu'elles portent sur le fond du litige et se déroulent de manière concomitante (B).

A. – Les procédures parallèles liées au déroulement de la procédure arbitrale

1° Les procédures parallèles relatives à la constitution du tribunal arbitral

1303. – **Le cadre juridique de la modification de la constitution du tribunal.** Les incidents relatifs à la récusation d'un arbitre¹⁶⁴⁶ sont par principe régis par la personne chargée d'organiser l'arbitrage – à savoir l'institution d'arbitrage – ou, si l'arbitrage est *ad hoc*, par le juge d'appui¹⁶⁴⁷. C'est donc en principe les règles de procédure particulières de l'arbitrage qui verront à s'appliquer. À défaut, l'article 1473, alinéa 1 du Code de procédure civile dispose que « [s]auf stipulation contraire, l'instance arbitrale est également suspendue en cas de décès, d'empêchement, d'abstention, de démission, de récusation ou de révocation d'un arbitre jusqu'à l'acceptation de sa mission par l'arbitre désigné en remplacement ».

1304. – **La gestion des incidents en droit français.** Parmi ces différents incidents, il convient de s'attarder particulièrement sur la récusation, qui met en œuvre une procédure particulière. En droit procédural, la récusation est définie comme étant « l'incident soulevé par une partie qui, sans s'opposer à la saisine de la juridiction, prétend faire écarter un juge qu'elle suspecte de partialité envers l'un des plaideurs »¹⁶⁴⁸. En droit de l'arbitrage, la récusation, qui peut être demandée à tout moment de la procédure, met en jeu une question de défaut d'indépendance ou d'impartialité de l'arbitre, ou des doutes quant à ces qualités¹⁶⁴⁹.

Afin de limiter les conséquences sur la procédure au fond, la récusation est encadrée par des délais courts et par une exigence forte de réactivité imposée aux parties (V. *supra*, n° 767). Ainsi, tout différend relatif à la constitution du tribunal doit être soumis, lorsque le juge d'appui est compétent, dans un délai d'un mois à compter de la révélation de l'arbitre ou de la découverte d'un fait litigieux (CPC, art. 1456, al. 3), ou dans le mois qui suit l'empêchement, l'abstention ou la démission de l'arbitre (CPC, art. 1457, al. 2). La procédure devant le juge d'appui est celle d'une

¹⁶⁴⁵V. not. Paris, 30 nov. 1988, *Korsnas et Paris*, 14 févr. 1989, *Ofer* : *Rev.arb.* 1989, p. 691, note P.-Y. Tschanz. – Paris, 7 déc. 1994, *Jaguar* : *Rev.arb.* 1996, p. 245, note Ch. Jarrosson. – Paris, 23 nov. 1999 : *Rev.arb.* 2000, p. 501, note X.-Y. Li-Kotovtchikine ; V. *infra*, n° 600 et s.

¹⁶⁴⁶V. *supra*, n° 793 et s.

¹⁶⁴⁷V. CPC, art. 1453, 1454, 1456 et 1457.

¹⁶⁴⁸L. Cadiet et E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, LexisNexis, 2016, p. 566.

¹⁶⁴⁹V. *supra*, n° 712 et s.

procédure de référé et la décision rendue est une ordonnance non susceptible de recours, sauf cas où la convention est manifestement nulle ou inapplicable (CPC, art. 1460). En droit interne, l'article 1473 du Code de procédure civile dispose que la procédure est seulement suspendue et non « finie » (comme le prévoyait l'article 1464 ancien du Code de procédure civile, abrogé par le décret de 2011), le lien d'instance est donc préservé. La procédure arbitrale est suspendue à compter du décès, de l'empêchement, de l'abstention, de la démission, de la récusation ou de la révocation de l'arbitre, c'est-à-dire le moment où il n'est plus arbitre et non le moment de l'événement causant son retrait. La procédure reprend naturellement son cours, en l'état où elle se trouvait au moment où elle a été suspendue conformément à l'article 1475 du Code de procédure civile, ce qui n'entraîne pas de conséquence sur la validité des actes pris antérieurement¹⁶⁵⁰, à la désignation d'un nouvel arbitre, selon les modalités convenues entre les parties. En droit de l'arbitrage international, l'article 1472 du Code de procédure civile accorde une plus grande liberté au tribunal arbitral pour surseoir à statuer et révoquer le sursis, faculté qui semble rarement usitée en pratique¹⁶⁵¹.

1305. – La gestion des incidents par les institutions d'arbitrage. Comme le prévoit le Code de procédure civile, le juge d'appui n'est compétent que s'il n'existe pas d'institution d'arbitrage. Dans un certain nombre de situations, les incidents relatifs à la constitution du tribunal arbitral sont directement gérés et tranchés par l'institution. Ainsi, les centres ou règlements d'arbitrage imposent généralement aux parties de soumettre une demande de récusation dans un délai limité¹⁶⁵². Si les conséquences sur le déroulement de la procédure ne sont généralement pas envisagées par les règlements, une récusation devrait vraisemblablement en suspendre le cours, en ce qu'elle remet en cause la constitution du tribunal, mais il semble que la pratique refuse toute forme d'automatisme. En cas de remplacement, la procédure reprend son cours normal, bien que, là aussi, le tribunal conserve une certaine discrétion dans les modalités de la reprise de l'instance¹⁶⁵³. Le défaut de paiement des frais d'arbitrage peut également avoir des conséquences sur le bon déroulement de la procédure¹⁶⁵⁴.

2° Les procédures d'administration du litige

1306. – Les mesures conservatoires et provisoires. De telles mesures judiciaires interviennent souvent avant tout litige ou à son entame¹⁶⁵⁵, ce qui en atténue la portée par rapport à la procédure au fond. Reste toutefois que la mise en place d'une procédure relative aux mesures conservatoires et/ou provisoires peut entraver l'avancée de la procédure arbitrale au fond. Toutefois, aucune règle précise n'est indiquée : la gestion de cette procédure parallèle semble donc relever de la discrétion du tribunal.

¹⁶⁵⁰Paris, 12 nov. 1998 : *Rev. arb.* 1999, p. 374, note Ch. Jarrosson.

¹⁶⁵¹V. par ex. CA Versailles, 16 janv. 2020, n° 19/04609.

¹⁶⁵²Trente jours pour la CCI, V. Règl. CCI (2021), art. 14(2) ; quinze jours pour le règlement CNUDCI (2010), V. art. 13(1) ; quatorze jours pour la LCIA, V. Règl. LCIA (2020), art. 10.3 ; « dans les plus brefs délais » pour le CIRDI, V. Règl. CIRDI (2006), art. 9.

¹⁶⁵³Règl. CCI (2021), art. 15(4) ; Règl. CNUDCI (2010), art. 15 ; Règl. CIRDI (2006), art. 12.

¹⁶⁵⁴V. *infra*, nos [1349](#) et s.

¹⁶⁵⁵V. not. V. égal., *La juridiction de l'arbitre face à l'urgence : Procédures* févr. 2020, n° 2, dossier 4 ; V. aussi *supra*, nos [1261](#) et s et not. l'Encart 44, n° [1268](#).

1307. – L’instruction du litige et l’obtention de preuves. En vertu des pouvoirs accordés aux arbitres dans l’administration et l’instruction du litige¹⁶⁵⁶, ces derniers peuvent en toute discrétion prendre des décisions incidentes, bien que déterminantes, ayant des conséquences sur la procédure au fond. L’arbitre peut ainsi ordonner la production forcée d’une pièce en vertu de l’article 1467, alinéa 3 du Code de procédure civile et peut en appeler au juge étatique pour solliciter la production d’une pièce par un tiers (CPC, art. 1469). Toutefois, là encore, l’arbitre reste libre de suspendre ou interrompre la procédure au fond. Dans tous les cas, ne disposant pas de l’*imperium*, il n’est pas en droit et n’a pas le pouvoir, du moins en droit français¹⁶⁵⁷, de contraindre un tiers à témoigner dans au procès arbitral (CPC, art. 1467)¹⁶⁵⁸.

Encart 46

28 USC 1782 : un goût de *discovery* et un risque d’importation

1308. – Généralités. La *discovery* américaine est la pierre angulaire de tout procès civil aux États-Unis, et notamment de la phase appelée *pre-trial*, pendant laquelle la collecte des preuves représente un enjeu de temps, d’énergie, de stratégie et de coûts considérables, obligeant les parties, souvent les défendeurs, à tout dévoiler avant d’arriver au procès. La *discovery* permet aussi à un demandeur à une action en justice – ou une procédure arbitrale – de faire appel à un juge américain pour obtenir la production forcée de documents et de preuves détenus par le défendeur à l’action. Selon la section 1782 du 28 U.S. Code (USC), cette procédure de *discovery* peut aussi être utilisée en soutien à une action en justice en dehors des États-Unis.

1309. – Conditions d’application. Pour qu’une demande en vertu de la section 1782(a) du 28 USC soit acceptée, trois critères doivent être remplis. Un juge américain peut ordonner la *discovery* seulement si (i) la personne visée se trouve ou réside dans le district où siège le juge américain ; (ii) les éléments de preuve sont destinés à être utilisés dans la « procédure devant un tribunal étranger ou international » et (iii) la personne intéressée a un intérêt à agir. Bien que les tribunaux américains disposent d’un pouvoir discrétionnaire lorsqu’ils examinent une demande de *discovery* en vertu de la

¹⁶⁵⁶V. *supra*, nos 1205 et s.

¹⁶⁵⁷V. en droit fédéral américain (FAA) : 9 U.S. Code § 7 qui donne pouvoir aux arbitres de « summon in writing any person to attend before them... as a witness and in a proper case to bring with him or them any book, record, document, or paper which may be deemed material as evidence in the case. » (v. par ex. : *Washington National Insurance Company v. OBEX Group LLC*, n° 19-225-CV, 2020 WL 2092597 (2d Cir. May 1, 2020). Le droit anglais, s’il n’est pas aussi permissif, ne l’interdit pas en vertu de l’Arbitration Act de 1996 (sect. 40) ; v. toutefois *Brandeis Brokers v Herbert Black*, QB Div. (Comm. Ct), [2001] 2 *Lloyd’s Rep.* 359 (para. 74), qui n’autorise pas à faire appel à des témoins-tiers, de façon spéculative ou simplement pour causer de l’embarras.

¹⁶⁵⁸V. pour une illustration proche, Paris, 5-16, 6 avr. 2021, n° 20/13048, *GBO*, *Dalloz Actualité*, 30 avr. 2021, obs. J. Jourdan-Marques : devant le refus d’un « tiers », cité par une partie à comparaître dans un arbitrage, celle-ci a saisi le juge d’appui pour l’enjoindre à participer, demande jugée irrecevable.

section 1782(a), dans un arrêt fondateur *Intel Corp v. Advanced Micro Devices, Inc.*¹⁶⁵⁹, la Cour suprême américaine a identifié plusieurs facteurs à prendre en considération. Outre l'examen de la réceptivité du tribunal étranger, il s'agit notamment d'examiner si les documents ou témoignages peuvent être obtenus sans recours à la section 1782(a) ; si la demande est faite pour contourner les restrictions étrangères en matière de collecte de preuves ou d'autres politiques des États-Unis ou d'un pays étranger ; ou si la demande est indûment intrusive ou contraignante.

1310. – L'interprétation du terme « tribunal étranger ou international ». Le tout premier critère a été de déterminer si les tribunaux arbitraux constituent des « tribunaux étrangers ou internationaux » aux fins d'une demande fondée sur la section 1782(a). Ce débat rejoint celui de la Cour européenne des droits de l'homme au sujet de ce que recouvre le terme « tribunal » à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme¹⁶⁶⁰. La jurisprudence de la Cour européenne retient cette qualification selon la capacité de l'organe décisionnaire à trancher des questions relevant de sa compétence sur la base de règles de droit et à l'issue d'une procédure dûment conduite¹⁶⁶¹, ce qui impose des exigences d'indépendance, d'impartialité et de garanties accordées par sa procédure¹⁶⁶². On retrouve la même dynamique s'agissant de la jurisprudence fédérale américaine.

1311. – La section 1782 appliquée à l'arbitrage commercial et d'investissement. En matière d'arbitrage d'investissement, les tribunaux américains ont pu considérer qu'un tribunal arbitral constitué dans un tel cadre pouvait être considéré comme un « tribunal étranger ou international » au sens de la section 1782. Le raisonnement semble cependant parfois incorrect ou incomplet¹⁶⁶³. L'application de la section 1782 se fait de façon moins certaine en arbitrage commercial. En effet, avant l'arrêt *Intel*, les tribunaux refusaient strictement l'application de la section 1782 à l'arbitrage commercial international¹⁶⁶⁴, celui-ci étant encore trop récent¹⁶⁶⁵. Aujourd'hui, la jurisprudence américaine est divisée¹⁶⁶⁶ : certains tribunaux américains considèrent que la section 1782 ne peut pas s'appliquer aux arbitrages commerciaux internationaux, les tribunaux arbitraux ne pouvant être

¹⁶⁵⁹*Intel Corp v. Advanced Micro Devices, Inc* 542 U.S. 241 (2004), p. 20-21.

¹⁶⁶⁰Guide sur l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, *Droit à un procès équitable*, 31 août 2020.

¹⁶⁶¹Guide sur l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, *Droit à un procès équitable*, 31 août 2020.

¹⁶⁶²29 avr. 1988, n° 10328/83, *Belilos c/ Suisse*, § 64 ; 22 juin 2000, n° 32492/96, *Coëme et autres c/ Belgique*, § 99 ; 25 oct. 2011, n° 54809/07, *Richert c/ Pologne*, § 43.

¹⁶⁶³*V. In re Oxus Gold PLC*, n° Misc. 06-82, 2006 WL 2927615 (D.N.J. 2006, arrêt qui a considéré que l'arbitrage, mené sur la base d'un TBI en vertu des règles de la CNUDCI, avait été mené par la CNUDCI, un organe établi par l'ONU et fonctionnant sous son égide). V. égal. les décisions rendues dans le cadre de la procédure Chevron, qui a généré une jurisprudence importante en ce qui concerne l'article 1782 et les arbitrages entre investisseurs et États.

¹⁶⁶⁴*V. Nat'l Broadcasting Co. v. Bear Stearns & Co.*, 165 F.3d 184, 185 (2^d Cir. 1999).

¹⁶⁶⁵*V. Republic of Kazakhstan v. Biedermann Int'l*, 168 F.3d 880, 881 (5th Cir. 1999).

¹⁶⁶⁶Cette divergence d'interprétation devrait bientôt être tranchée, V. : *Servotronics, Inc. v. Rolls-Royce PLC*, 975 F.3d 689, 695 (7th Cir. 2020), n° 20-794, 2021 WL 1072280 (U.S. 22 March 22, 2021)

considérés comme des « tribunaux » au sens de la loi américaine¹⁶⁶⁷. Un autre courant jurisprudentiel considère que la section 1782 devait être interprétée au sens large pour inclure tous les tribunaux arbitraux étrangers¹⁶⁶⁸. En effet, bien que la Cour suprême dans l'affaire *Intel* ne fasse qu'une référence aux tribunaux arbitraux sans explicitement régler la question de l'inclusion des tribunaux arbitraux dans l'article 1782(a)¹⁶⁶⁹, de nombreux tribunaux fédéraux appliquent une interprétation large en considérant qu'un organe arbitral relève de la définition d'un tribunal, si celui-ci : 1) se prononce en première instance ; 2) permet la réunion et production de preuves ; 3) a le pouvoir de se prononcer sur la responsabilité et d'imposer des sanctions, et 4) rend des décisions susceptibles d'un contrôle juridictionnel¹⁶⁷⁰.

1312. – Applications récentes. Bien que la loi autorise seulement un tribunal américain à ordonner la production de preuves détenues par une personne se trouvant ou résidant dans le district où siège le juge concerné, les documents eux-mêmes ne sont pas forcément situés aux États-Unis. On peut dès lors s'interroger sur le fait de savoir si la section 1782 peut être étendue aux preuves/documents situés en dehors des États-Unis, par exemple en France. Bien que la majorité des tribunaux américains ont considéré que la procédure de *Discovery* était limitée aux preuves situées aux États-Unis, cette position a récemment été contestée¹⁶⁷¹. Cela démontre la portée et la souplesse de la communication préalable en vertu de la section 1782¹⁶⁷².

¹⁶⁶⁷*Rep. of Kazakhstan v. Biederman Int'l*, 168 F.3d 880 (5th Cir. 1999) ; *El Paso Corp. v. La Comision Ejecutiva Hidroelectrica Del Rio Lempa*, 341 F. App'x 31 (5th Cir. 2009) ; *Nat'l Broadcasting Co. Inc. v. Bear Stearns & Co.*, 165 F.3d 184 (2^d Cir. 1999).

¹⁶⁶⁸*In Re Children's Inv. Fund Foundation (UK)*, 363 F. Supp. 3d 361 – Dist. Court, SD New York 2019 ; *Abdul Latif Jameel Transportation Co. Ltd. v. FedEx Corp.*, Case n° 19-5315, (6th Cir. 2019) ; *Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A. v. JAS Forwarding (USA), Inc.*, n° 11-12897, 2012 WL 2369166, at *1 (11th Cir. June 25, 2012) ; *In re Roz Trading Ltd.*, 469 F. Supp. 2d 1221 (N.D. Ga. 2006).

¹⁶⁶⁹La Cour cite un article de Hans Smit, qui a participé à la rédaction des révisions de 1964 de la section 1782, dans lequel il déclare que le terme « tribunal » comprend « les magistrats instructeurs, les tribunaux administratifs et les tribunaux arbitraux et organismes quasi judiciaires, ainsi que les tribunaux civils, commerciaux, pénaux et administratifs conventionnels » (*Intel*, 542 U.S., p. 14).

¹⁶⁷⁰*V. In re Application of Mesa Power Group, LLC*, 878 F. Supp. 2d 1296 (S.D. Fla. 2012) ; *V. In re Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A.*, 685 F.3d 987 (11th Cir. 2012) à 994-95, cette dernière étant maintenant annulée, bien que l'acceptation de la demande au titre de l'article 1782 ait été confirmée.

¹⁶⁷¹*V. Sergeeva v. Tripleton Int'l Ltd.*, 834 F.3d 1194, 1200 (11th Cir. 2016) and *Fuhr v. Credit Suisse AG*, 687 F. App'x 810, 816, note 8 (11th Cir. 2017). More recently, *V. In Re : Application of Hulley Enterprises, Ltd., Yukos Universal Ltd., and Veteran Petroleum Ltd., for an Order Pursuant to 28 U.S.C. § 1782 to Conduct Discovery For Use In a Foreign Proceeding* (2019) et *In re Application of Antonio Del Valle Ruiz et al.*, n° 18-3226, 2019 WL 4924395, at *8 (2^d Cir. Oct. 7, 2019), § 8 et 41. Dans ce dernier cas, le tribunal a estimé qu'il n'y avait « aucun obstacle en soi » à la communication préalable extraterritoriale de documents, « tant que les documents à produire sont en possession, sous la garde ou sous le contrôle de la partie citée à comparaître », conformément aux règles fédérales de procédure civile. Dans cette affaire, il s'agissait plus particulièrement d'un groupe d'investisseurs mexicains et de sociétés de gestion d'actifs américaines qui avaient déposé deux demandes en vertu de l'article 1782 dans le district sud de New York, demandant des documents à la banque espagnole Banco Santander SA. **et à sa filiale basée à New York, Santander Investment Securities** et le Second Circuit a **confirmé la décision d'un tribunal de district de faire droit** à une demande de communication de la section 1782 faite par des plaideurs étrangers cherchant **des preuves auprès d'une filiale bancaire de New York**.

¹⁶⁷²*V. In re Application of The Islamic Republic of Pakistan v. Arnold & Porter Kaye Scholer, LLP*, qui portait sur l'obtention de preuves en rapport avec des allégations de corruption. Dans cette affaire, le Pakistan s'est appuyé sur l'article 1782 pour demander des bandes de sauvegarde de documents électroniques, prétendument en possession du cabinet d'avocats Arnold & Porter Kaye Scholer, afin de les utiliser dans le

1313. – Point de vue français. Le droit français dispose aussi d'un mécanisme procédural permettant aux praticiens de l'arbitrage d'accéder et de rassembler des moyens de preuve. Les articles 145 et 1449 du Code de procédure civile permettent à la partie souhaitant recevoir la production de preuves, avant l'arbitrage, d'obtenir des mesures d'instruction relativement coercitives et/ou *in futurum* en France. L'appareil juridique français s'oppose toutefois à la logique de la *discovery* américaine en ce que la recherche de la preuve incombe essentiellement aux parties sans obligation de révélation, avec une intervention *a minima* du juge¹⁶⁷³. Finalement, aussi bien la procédure de *discovery* américaine, que l'instrument judiciaire français, constituent des moyens efficaces permettant de compléter les pouvoirs des arbitres en matière de production de preuves.

1314. – Les incidents de vérification d'écriture ou de faux. L'article 1470 du Code de procédure civile accorde aux arbitres le pouvoir de trancher les incidents de vérification d'écriture ou de faux, par application et renvoi aux règles procédurales françaises¹⁶⁷⁴. De tels incidents semblent extrêmement rares et ne paraissent pas faire l'objet d'illustration jurisprudentielle notoire. Les conséquences procédurales sont également peu encadrées, seul l'article 313 du Code de procédure civile prévoyant, en ce qui concerne les inscriptions de faux, que la « juridiction » sursoie à statuer.

3° Les recours contre une sentence partielle

1315. – Recours en annulation et poursuite de l'arbitrage. En cas de bifurcation de la procédure¹⁶⁷⁵ et lorsqu'un tribunal arbitral prononce une première sentence partielle¹⁶⁷⁶, retenant sa compétence et permettant de passer à la phase relative au fond, il n'est pas rare que, en parallèle de la poursuite de l'arbitrage, un des litigants forme un recours en annulation contre ladite première sentence partielle.

L'article 1526 du Code de procédure civile, qui n'envisage pas directement cette situation, dispose cependant que « le recours en annulation formé contre la sentence et l'appel de l'ordonnance ayant accordé l'exequatur ne sont pas suspensifs ». Par analogie, on pourrait estimer que le recours en annulation ne doit avoir aucune incidence – du moins obligatoire – sur la poursuite de l'arbitrage d'autant que la jurisprudence rendue sous l'empire du droit antérieur, qui prévoyait que le recours en annulation avait un effet suspensif, précisait bien que cet effet valait seulement pour

cadre d'une demande d'annulation d'un montant de 850 millions de dollars US accordé par le CIRDI à son client dans cette affaire. Bien que la demande du Pakistan ait été rejetée dans ce cas particulier, le tribunal de district du district de Columbia a autorisé une communication « limitée » de ces preuves, à la lumière d'une enquête anticorruption en cours des autorités pakistanaises, par laquelle le Pakistan serait autorisé à recevoir des réponses à des questions fondamentales sur les preuves.

¹⁶⁷³C. Duperyron et M. Valentini, *Legal Instruments Used in the Search for Evidence in Support of Arbitration : Comparative Study of Art. 145 of the French Code of Civil Procedure and S.28 USC Sec. 1782 in the United States : Int'l Bus. L.J.*, 533 (2013).

¹⁶⁷⁴V. *supra*, nos 1205 et s.

¹⁶⁷⁵V. *supra*, nos 1006 et s. Encart 33.

¹⁶⁷⁶V. *infra*, nos 1399 et s.

l'exécution de la sentence et non la poursuite de l'arbitrage¹⁶⁷⁷. En l'absence de règles spécifiques, il revient donc aux parties et au tribunal arbitral de décider de la poursuite ou non de l'arbitrage, en tenant compte notamment des principes d'efficacité et de célérité. Le cas d'un recours contre une sentence partielle retenant la compétence et ayant abouti à l'annulation de celle-ci alors que le tribunal arbitral examine encore le fond ne change pas fondamentalement cette donne : tout dépendra du caractère interne ou international de l'arbitrage et des motifs, plus ou moins sérieux, de l'annulation prononcée par les tribunaux du siège. Cette absence de règle générale ou automatique explique peut-être, qu'en matière d'*exequatur* comme en matière d'annulation, l'existence de deux sentences arbitrales rendues dans le même arbitrage et de procédures judiciaires en reconnaissance concurrentes, comme dans la célèbre affaire *Putrabali*¹⁶⁷⁸, aboutit à un ordre juridique arbitral à part, dans lequel c'est la première sentence exécutée qui primera.

B. – Les procédures judiciaires concomitantes

1316. – On entend par là des procédures judiciaires sur le fond, qui sans nécessairement présenter une « triple identité » peuvent être qualifiées de concurrentes. C'est le cas des procédures sur le fond portant sur le même objet (1°), des procédures pénales liées aux faits débattus à l'arbitrage (2°) ou encore de l'ouverture de procédures collectives concernant l'une des parties à l'arbitrage (3°). On peut également évoquer le cas de questions préjudicielles et autres renvois à des juridictions supérieures (4°).

1° Les procédures parallèles sur le même litige

1317. – Un risque atténué par le principe compétence-compétence. Le principe compétence-compétence posé à l'article 1448 du Code de procédure civile qui prévoit que la juridiction étatique doit se déclarer incompétente lorsque le litige relève d'une convention d'arbitrage¹⁶⁷⁹ permet d'éviter sensiblement le risque d'introduction de procédures parallèles sur le même litige.

Le risque n'est toutefois pas nul, ce principe ne jouant pas dans le cas où le tribunal ne serait pas encore saisi ou si la convention d'arbitrage est manifestement nulle ou inapplicable. Certains droits étrangers accordent en outre une certaine latitude aux juridictions étatiques pour juger de la compétence du tribunal arbitral. Ainsi, en droit allemand, le juge étatique saisi avant la constitution du tribunal arbitral peut statuer sur la recevabilité ou l'irrecevabilité de l'ouverture d'une procédure arbitrale¹⁶⁸⁰. De façon similaire, le droit anglais permet au juge étatique de se prononcer sur la compétence du tribunal arbitral avec l'accord des parties ou l'autorisation du tribunal arbitral¹⁶⁸¹, tandis que le droit fédéral des États-Unis permet aux parties de saisir les juridictions étatiques, dès l'origine du litige, pour forcer le recours à l'arbitrage¹⁶⁸².

¹⁶⁷⁷Paris, 7 déc. 1991 : *Rev. arb.* 1993, p. 281, note H. Synvet. – Paris, 9 juill. 1992 : *Rev. arb.* 1993, p. 303, note Ch. Jarrosson ; pour une illustration, sous l'empire du décret de 2011, V. Paris, 26 févr. 2013 : *Rev. arb.* 2014, p. 90, note P. Duprey et C. Fouchard.

¹⁶⁷⁸Cass. 1^{re} civ., 29 juin 2007 : *Rev. arb.* 2007, p. 507, note E. Gaillard.

¹⁶⁷⁹V. pour un exemple en droit comparé, *High Court* anglaise, *Helice Leasing SAS v. PT Garuda Indonesia (Persero) TBK* [2021] EWHC 99 (Comm) ; v. plus gén. *supra*, nos 531 et s.

¹⁶⁸⁰CPC allemand, art. 1032.

¹⁶⁸¹*Arbitration Act*, art. 32.

¹⁶⁸²*Federal Arbitration Act*, ch. 2 ; 9. U.S. Code § 4 et 206.

1318. – L'application possible (et adaptée) des règles relatives à la litispendance et à la connexité. La litispendance est, en procédure civile, un incident de compétence ayant lieu lorsque « deux juridictions également compétentes sont saisies d'un même litige, ce qui suppose un litige portant sur le même objet, reposant sur la même cause et opposant les mêmes parties »¹⁶⁸³. La connexité couvre, elle, une situation où il existe entre des affaires pendantes devant deux juridictions distinctes un lien qui justifie de les joindre¹⁶⁸⁴. Aussi bien la litispendance que la connexité ont été admises en matière internationale¹⁶⁸⁵.

Ces règles n'ont naturellement pas vocation à s'appliquer *stricto sensu* aux tribunaux arbitraux¹⁶⁸⁶, toutefois elles peuvent éclairer les arbitres lorsqu'il s'agit de déterminer s'il convient de surseoir à statuer, dans des situations où le principe compétence-compétence ne peut pas jouer¹⁶⁸⁷. Par mimétisme des règles de procédure relatives à la litispendance et la connexité, on pourrait envisager une poursuite de l'arbitrage ou un sursis à statuer en fonction du risque d'annulation encouru sur la sentence¹⁶⁸⁸. Toutefois, cette logique judiciaire ne saurait prévaloir, l'ordre juridictionnel arbitral étant bien distinct de la justice étatique. La liberté laissée à l'arbitre reste en effet grande, celui-ci pouvant se prononcer sur sa compétence, décider de surseoir à statuer¹⁶⁸⁹, constater que le litige présenté devant la justice étatique porte sur un autre objet ou cause ou implique des parties différentes ou encore constater que le fait pour l'une des parties d'avoir saisi la juridiction étatique s'interprète comme une renonciation à la clause compromissoire¹⁶⁹⁰.

1319. – Les *anti-suit injunctions*. L'*anti-suit injunction*¹⁶⁹¹, mécanisme de garantie de la force obligatoire de la convention d'arbitrage et de son exécution forcée¹⁶⁹², permet à un litigant de solliciter auprès d'un juge étatique qu'il enjoigne une autre partie à mettre fin à une procédure judiciaire introduite en violation d'une convention d'arbitrage. Le mécanisme similaire d'*anti-arbitration injunction* permet, quant à lui, de solliciter des tribunaux étatiques une injonction interdisant la poursuite d'arbitrages¹⁶⁹³. Les juridictions françaises, si elles ne prononcent pas ce type de mesures¹⁶⁹⁴, plus souvent utilisées par les tribunaux anglo-saxons¹⁶⁹⁵, peuvent

¹⁶⁸³L. Cadiet et E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, LexisNexis, 2016, n° 293 ; V. CPC, art. 100.

¹⁶⁸⁴CPC, art. 101.

¹⁶⁸⁵Pour la litispendance, V. Cass. 1^{re} civ., 17 juin 1997 : *Rev. crit. DIP* 1998, p. 452, note B. Ancel ; pour la connexité, V. Cass. 1^{re} civ., 4 juill. 2018, n° 17-19.384 : *Banque et droit* 2019, n° 183, p. 53, note J. Morel-Maroger.

¹⁶⁸⁶Cass. 1^{re} 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).

¹⁶⁸⁷V. à ce sujet, P. Mayer, *Litispendance, connexité et chose jugée dans l'arbitrage international*, in *Liber Amicorum C. Reymond*, Litec, 2004, p. 185.

¹⁶⁸⁸Association de droit international sur la litispendance et l'arbitrage, 2006, Recomm. n°s 3 et 4.

¹⁶⁸⁹Ce qui est rarement conseillé, V Association de droit international sur la litispendance et l'arbitrage, 2006, Recomm. n° 1.

¹⁶⁹⁰V. *supra*, n°s 669 et s.

¹⁶⁹¹V. de manière générale, S. Clavel, *Anti-suit injunctions et arbitrage* : *Rev. arb.* 2001, p. 669. – O. Vishnevskaya, *Anti-Suit Injunctions from Arbitral Tribunals in International Commercial Arbitration : A Necessary Evil? : JIA* 2015, p. 173.

¹⁶⁹²V. *supra*, n° 675.

¹⁶⁹³V. *Sana Hassib c/ Wael Said Houry et autres*, [2019] EWCA Civ 1219 : *IJAA* 2019/2, p. 241, note N. Hart.

¹⁶⁹⁴Ce que d'aucuns ont pu regretter, V. 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.

¹⁶⁹⁵V. par ex. *Ust-Kamenogorsk Hydropower Plant JSC v. AES Hydropower Plant LLP* [2013] UKSC 35 ; ou encore

toutefois y donner effet¹⁶⁹⁶. La Cour de justice de l'Union européenne s'est prononcée sur la (non-)validité de telles injonctions (anglaises) en droit communautaire, jugeant qu'elles étaient incompatibles avec le règlement Bruxelles I¹⁶⁹⁷, en réduisant leur portée, du moins géographique. Il n'est pas certain que la sortie du Royaume-Uni de l'Union européenne remette en cause cet état du droit positif européen, malgré la fin de l'applicabilité, à terme, des règlements pertinents.

2° Procédure arbitrale et procédure pénale

1320. – La procédure pénale et le déclenchement de la procédure arbitrale.

Au-delà de la mise en œuvre de l'action publique, qui vise à la condamnation et à l'application des peines et qui pose des questions d'inarbitrabilité¹⁶⁹⁸, on peut s'interroger sur la conséquence en matière arbitrale de l'introduction d'une action civile, laquelle a pour objet la réparation civile du dommage causé par une infraction pénale, en vertu de l'article 2, alinéa 1 du Code de procédure pénale, et s'apparente à une action en réparation en matière privée. En se constituant partie civile préalablement à l'action arbitrale, renonce-t-on au bénéfice d'une clause compromissoire ? La cour d'appel de Paris, dans l'affaire des frégates de Taïwan, a jugé que non, dès lors que l'action civile peut n'être assortie d'aucune demande indemnitaire concurrente à celle qui pourrait être soumise à l'arbitrage¹⁶⁹⁹. La jurisprudence ne traite pas des cas où une demande indemnitaire a été portée devant les juridictions répressives. Toutefois, par parallélisme avec la jurisprudence en procédure civile, l'hypothèse a été émise que la partie civile pourrait valablement se désister au profit d'une action devant l'arbitre¹⁷⁰⁰.

1321. – L'applicabilité limitée de la règle « le criminel tient le civil en l'état ».

L'article 4 du Code de procédure pénale prévoit en son alinéa 2 qu'il « est sursis au jugement de [l'action civile] tant qu'il n'a pas été prononcé définitivement sur l'action publique lorsque celle-ci a été mise en mouvement ». Cette règle, résumé par l'adage « le criminel tient le civil en l'état » s'applique aux arbitrages internes¹⁷⁰¹ mais pas aux arbitrages internationaux¹⁷⁰².

Outre cette première limitation, il convient de préciser celle induite par le Code de procédure pénale lui-même qui précise, en son article 4, alinéa 3, que « [l]a mise en mouvement de l'action publique n'impose pas la suspension du jugement des autres actions exercées devant la juridiction civile, de quelque nature qu'elles soient, même si la décision à intervenir au pénal est susceptible d'exercer, directement ou indirectement, une influence sur la solution du procès civil ». En ce cas, le tribunal arbitral n'est pas tenu de surseoir à statuer, une solution qui ne se retrouve pas

Enka v. Chubb [2020] EWCA Civ 574, qui précise que les juridictions anglaises sont compétentes en tout état de cause, même dans l'éventualité où d'autres juridictions seraient plus pertinentes (*forum conveniens*).

¹⁶⁹⁶Cass. 1^{re} civ., 14 oct. 2009 : *Rev. arb.* 2009, p. 407, note S. Bollée. À noter toutefois que les *anti-arbitration injunctions* sont considérées par la jurisprudence française comme étant contraires à l'ordre public international, V. Paris, 4 oct. 2016 : *Rev. arb.* 2016, somm. p. 1210.

¹⁶⁹⁷CJCE, 10 févr. 2009, aff. C-185/07, *Allianz SpA et a. c/ West Tankers Inc.* : *Rev. arb.* 2009, p. 407, note S. Bollée.

¹⁶⁹⁸V. *supra*, nos 259 et s.

¹⁶⁹⁹Paris, 11 mai 2010 : *Cah. arb.* 2011, p. 772.

¹⁷⁰⁰Sur ces questions, V. P. Mayer, *L'office de l'arbitre en arbitrage commercial* : *Rev. arb.* 2019, p. 105.

¹⁷⁰¹Paris, 23 févr. 1996 : *Rev. arb.* 2000, p. 471, note J.-B. Racine. – Paris, 13 févr. 2003 : *Rev. arb.* 2004, p. 311, note J.-B. Racine, tout en précisant que l'arbitre apprécie souverainement si la décision au pénal peut avoir un intérêt sur la décision au civil.

¹⁷⁰²Cass. 1^{re} civ., 25 oct. 2005 : *JCP G* 2005, n° 45, p. 617.

toujours en droit comparé¹⁷⁰³. Cette modification, issue de la loi n° 2007-291 du 5 mars 2007, tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale, a également pour conséquence de rendre caduque la jurisprudence antérieure selon laquelle la règle « le criminel tient le civil en l'état » s'appliquait au contrôle de la sentence¹⁷⁰⁴. Malgré ces atténuations, la doctrine préconise une certaine déférence de l'arbitre pour les procédures pénales parallèles, voire un principe de prudence¹⁷⁰⁵. À l'inverse, on peut noter une tendance, en arbitrage d'investissement, à traiter séparément les enquêtes ou procédures internes, notamment pour corruption, de la procédure arbitrale¹⁷⁰⁶.

1322. – La procédure pénale et l'instruction du litige. La concomitance entre procédure pénale et procédure arbitrale soulève la question de l'instruction du litige, et notamment la production de pièces issues du dossier d'instruction au litige arbitral¹⁷⁰⁷. L'article 11 du Code de procédure pénale dispose que l'enquête et l'instruction sont secrètes, et la transmission des pièces est strictement encadrée. Toutefois, ce secret ne s'applique pas à la partie civile, qui peut librement produire devant le juge civil, au soutien de sa demande de sursis à statuer, des pièces pénales¹⁷⁰⁸. La solution est similaire devant l'arbitre¹⁷⁰⁹.

1323. – Les infractions pénales commises dans le cadre d'une procédure arbitrale. Un certain nombre d'infractions peuvent être commises au cours de la procédure arbitrale, avec des conséquences diverses sur l'arbitrage¹⁷¹⁰. On peut ainsi citer la menace contre un arbitre en vue d'influencer son comportement prévu à l'article 434-8 du Code pénal, la corruption prévue aux articles 434-9 et 435-7 du Code pénal, qui couvrent directement les arbitres. D'autres infractions, qui ne visent pas directement une procédure d'arbitrage peuvent également affecter l'instance : il en va ainsi du faux et usage de faux, de l'abus de confiance, du blanchiment ou de l'escroquerie au jugement¹⁷¹¹. L'affaire *Tapie* offre un bon exemple d'infractions commises dans le cadre d'un arbitrage¹⁷¹², et le recours en révision prévu à l'article 1502 du Code de procédure civile vise expressément les cas de fraude. Ces infractions peuvent en outre être prises en compte par le juge du contrôle de la sentence sous l'angle de grief de contrariété à l'ordre public¹⁷¹³.

3° Procédure arbitrale et procédures collectives

1324. – L'interaction délicate entre procédures collectives et procédure arbitrale. Le droit des procédures collectives, qui a pour but de préserver les entreprises en difficultés économiques et d'organiser le règlement des créances d'une

¹⁷⁰³V. par ex. en droit algérien de l'arbitrage interne, Code algérien de procédures civile et administrative, art. 1021, al. 2.

¹⁷⁰⁴V. Paris, 2 avr. 2013 : *Rev. arb.* 2014, p. 106, note L. Jaeger.

¹⁷⁰⁵D. Chilstein, *Droit pénal et arbitrage* : *Rev. arb.* 2009, p. 1, préc., p. 50-51.

¹⁷⁰⁶V. S. Hart-Armstrong, A. Slade et R. Landicho, *How Do Tribunals in Investment Arbitrations Treat Parallel Domestic Investigations and Proceedings?* : *Kluwer Arbitration Blog* 14 juin 2020.

¹⁷⁰⁷P. Beauvais, *Le régime de la communication des éléments de la procédure pénale dans une procédure judiciaire et dans un arbitrage* : *Rev. arb.* 2019, p. 47.

¹⁷⁰⁸Cass. crim., 14 oct. 2008, n° 07-88.459.

¹⁷⁰⁹Paris, 10 sept. 1998 : *Rev. arb.* 2001, p. 583, note J.-B. Racine.

¹⁷¹⁰D. Chilstein, *Les infractions pénales affectant la régularité de l'arbitrage* : *Rev. arb.* 2019, p. 21.

¹⁷¹¹A. de Fontmichel, *Procédure pénale et arbitrage commercial international : quelques points d'impact* : *Cah. arb.* 2012, p. 309 ; V. aussi : Cass. crim., 12 mars 2002, n° 01-88.608, qui retient la qualification de délit de tentative d'escroquerie au jugement en raison de la présentation d'éléments de preuve mensongers.

¹⁷¹²V. *supra*, n°s [171](#) et s.

¹⁷¹³V. *infra*, n°s [1586](#) et s.

entreprise en faillite, et dont certains aspects relèvent de l'ordre public français¹⁷¹⁴, s'impose parfois aux procédures arbitrales. À noter toutefois que les difficultés majeures se présentent en principe dans le cas où le débiteur est défendeur à la procédure : en effet lorsqu'il est demandeur, l'autonomie de l'arbitrage lui offre une plus grande latitude¹⁷¹⁵.

1325. – Les conflits de compétence en matière de procédure collective. Le juge-commissaire et les tribunaux saisis de procédures collectives ont compétence exclusive pour en connaître¹⁷¹⁶. Ces matières sont donc par essence inarbitrables¹⁷¹⁷. Les arbitres restent toutefois compétents pour trancher des litiges non directement liés à des procédures collectives relativement à des contrats conclus avant l'ouverture d'une telle procédure et la clause compromissoire peut même être opposable aux acteurs d'une procédure collective¹⁷¹⁸.

1326. – L'ouverture d'une procédure arbitrale et le principe de suspension des poursuites¹⁷¹⁹. En vertu de l'article L. 621-40 du Code de commerce, toutes les actions en justice relatives à des créances antérieures au jugement d'ouverture d'une procédure collective et tendant à la condamnation du débiteur au paiement d'une somme d'argent ou à la résolution d'un contrat pour défaut de paiement d'une somme d'argent sont suspendues ou interdites. Deux situations doivent toutefois être distinguées : celle où la procédure est ouverte en cours d'instance arbitrale et celle où la procédure arbitrale est pendante avant l'ouverture de la procédure collective.

Dans le premier cas, et malgré le principe de suspension précité, la déclaration des créances permet au tribunal arbitral de conserver sa compétence pour statuer sur l'existence et le montant de la créance, à l'exclusion du juge-commissaire¹⁷²⁰. Ce faisant, l'égalité entre créanciers est assurée dans le cadre de la procédure collective et la volonté des parties de recourir à l'arbitrage est préservée¹⁷²¹. Dans le second cas où l'instance arbitrale est antérieure à l'ouverture, elle est en principe interrompue en application de l'article 369 du Code de procédure civile¹⁷²². Toutefois, l'arbitrage pourra reprendre son cours normal après déclaration de la créance, étant entendu que l'arbitre sera limité à constater la créance et ne pourra pas prononcer de condamnation à l'encontre du débiteur¹⁷²³. À noter toutefois que l'ouverture d'une procédure collective après le prononcé de la sentence peut avoir des effets sur son *exequatur*¹⁷²⁴.

¹⁷¹⁴Notamment le principe de l'arrêt des poursuites individuelles du débiteur, V. *infra*, n^{os} 1746 et s.

¹⁷¹⁵H. Croze et Y. Reinhard, *Procédures collectives et arbitrage : Conseils pratiques aux parties et aux arbitres* : JCP E 2005, n^o 14, comm. 567, § 11.

¹⁷¹⁶C. com., art. R. 662-3.

¹⁷¹⁷V. *supra*, n^{os} 262 et s.

¹⁷¹⁸V. par ex. Cass. 1^{re} civ., 1^{er} avr. 2015 : *Rev. arb.* 2015, p. 1171, obs. L. Weiller.

¹⁷¹⁹V. généralement H. Croze et Y. Reinhard, *Procédures collectives et arbitrage : Conseils pratiques aux parties et aux arbitres* : JCP E 2005, n^o 14, comm. 567.

¹⁷²⁰Cass. com., 2 juin 2004, n^o 02-18.700 : JCP E 2004, 1816, obs. J. Béguin. En effet, le juge-commissaire statue dans les limites de sa compétence matérielle en vertu de l'article L. 624-2 du Code de commerce.

¹⁷²¹Th. Clay, *L'articulation harmonieuse de l'arbitrage et des procédures collectives* : D. 2004, p. 3184.

¹⁷²²Pour une illustration, V. Cass. 1^{re} civ., 30 mars 2004, n^o 01-11.951 : JCP E 2004, p. 1425. On a pu voir, à l'inverse, certains tribunaux étrangers protéger l'arbitrage, en enjoignant des parties de ne pas procéder à la liquidation, V. en Afrique du Sud, *Vedanta Resources Holdings Limited v. ZCCM Investment Holdings PLC and Lungu, Milino N O (in his official representative capacity as the provisional liquidator of Konkola Copper Mines PLC)*, High Court d'Afrique du Sud, 2019/23462, 23 juill. 2019.

¹⁷²³Cass. 1^{re} civ., 6 mai 2009 : *Rev. arb.* 2010, p. 299, note D. Cohen.

¹⁷²⁴V. Paris, 14 mai 2019, n^o 17/09133 : *Dalloz actualités*, 3 juill. 2019, note B. Zajdelale.

4° Questions préjudicielles et question prioritaire de constitutionnalité

1327. – Tribunal arbitral et question préjudicielle. Le mécanisme de la question préjudicielle, prévu à l'article 267 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, permet aux juridictions étatiques de solliciter de la Cour de justice de l'Union européenne de statuer sur un point d'interprétation des traités européens ou des actes ou de validité de ces derniers dont dépend la solution du litige pendant devant ladite juridiction¹⁷²⁵. Ce type de questions peut naturellement se poser à un tribunal arbitral qui peut être amené à appliquer le droit de l'Union européenne. Celui-ci permet-il toutefois de saisir la Cour de justice de l'Union européenne ?

L'article 267 vise simplement une « juridiction d'un des États membres ». La Cour de justice a traditionnellement rejeté l'assimilation d'un tribunal arbitral à une juridiction d'un État membre¹⁷²⁶ avant de l'admettre, sous certaines conditions restrictives, tenant à « l'origine légale de l'organisme, sa permanence, le caractère obligatoire de sa juridiction, la nature contradictoire de la procédure, l'application, par l'organisme, de règles de droit ainsi que son indépendance » tout en rappelant qu'un tribunal arbitral dit « conventionnel » ne peut constituer une telle juridiction¹⁷²⁷. On peut également envisager les conséquences sur un arbitrage en cours et relatif, même de manière incidente, à une fusion entre deux sociétés de l'espace européen, d'une procédure d'une notification de concentration auprès de la Commission européenne, en vertu du règlement (CE) n° 139/2004¹⁷²⁸.

1328. – Tribunal arbitral et question prioritaire de constitutionnalité. Dans l'ordre interne, et depuis la réforme constitutionnelle de 2008 (L. const. n° 2008-724, de modernisation des institutions de la V^e République), le Conseil constitutionnel peut être saisi *a posteriori* d'une question relative à l'inconstitutionnalité d'une loi sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation, en vertu de l'article 61-1 de la Constitution. Cette question, prioritaire, doit être examinée avant toute autre et impose, pour la juridiction saisie au fond, de surseoir à statuer¹⁷²⁹.

Cette question prioritaire de constitutionnalité (QPC) ne peut être soulevée que devant une juridiction relevant du Conseil d'État ou de la Cour de cassation, ce qui semble exclure de fait la possibilité pour un tribunal arbitral de soulever une QPC¹⁷³⁰. C'est d'ailleurs ce que la Cour de cassation a jugé, en considérant que l'arbitre, dans ce cas désigné par le bâtonnier de Paris, « investi de son pouvoir juridictionnel par la volonté commune des parties ne constitue pas une juridiction relevant de la Cour de cassation au sens de l'article 23-1 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958

¹⁷²⁵De tels renvois préjudiciels sont également fréquents pour des questions relatives à la validité des arbitrages d'investissements dans l'espace européen, V. l'affaire *République de Moldavie c/ Komstroy* qui a récemment fait l'objet par la cour d'appel de Paris d'un renvoi préjudiciel auprès de la Cour de justice de l'Union européenne concernant la qualification d'investissement par rapport au TCE, V. C. Fouchard, *CJEU to Seal the Fate of US\$50 Million ECT Award Against Moldova ? : Kluwer Arbitration Blog* 27 avr. 2020.

¹⁷²⁶CJCE, 23 mars 1982, aff. 102/81, *Nordsee* : *Rev. arb.* 1982, p. 473.

¹⁷²⁷Dans le cas du *tribunal arbitral necessario* portugais constitué par la loi et ayant compétence obligatoire pour trancher les litiges portant sur des droits de propriété industrielle, V. CJUE, 13 févr. 2014, aff. C-555/13 : *Procédures* mai 2014, n° 5, comm. 142, note C. Nourissat.

¹⁷²⁸Au sujet de laquelle, V. M. Menjuca, *Droit international et européen des sociétés*, LGDJ, Précis Domas, 5^e éd., 2018, n°s 433 et s.

¹⁷²⁹L. org. n° 2009-1523, 10 déc. 2009, relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution.

¹⁷³⁰À noter que cette limitation n'est pas adoptée partout. Ainsi, en Égypte, les tribunaux arbitraux sont considérés comme des organes judiciaires, et pourraient ainsi soumettre des questions de constitutionnalité à la Cour suprême, V. M. Elwan, M. Samy et K. A. El Wafa, *Consequences of the Judicial Nature of Arbitration : An Egyptian Perspective : Kluwer Arbitration Blog* 5 sept. 2019.

portant loi organique sur le Conseil constitutionnel »¹⁷³¹. Toutefois, et dans la lignée de la distinction opérée par la Cour de justice de l'Union européenne, la chambre sociale a estimé qu'un tribunal arbitral d'origine légale était bien une juridiction relevant de la Cour de cassation au sens de la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009¹⁷³².

1329. – L'influence d'une décision nécessaire d'autorités administratives ?

Ici encore, des conséquences pourraient se faire ressentir en cas de saisine de certaines autorités de régulation, sur le modèle de litiges fiscaux¹⁷³³, le plus souvent des autorités administratives indépendantes, parallèlement à un arbitrage dans lequel la décision à rendre par ces autorités pourrait avoir une influence déterminante. Compte tenu de la place en droit français de ces autorités, aux compétences souvent juridictionnelles¹⁷³⁴, la probabilité de frottement, aujourd'hui théorique, mais demain probable, entre un tribunal arbitral et ces dernières ne peut être ignorée. Cela pourrait être le cas par exemple de l'Autorité de la concurrence – au sujet d'une plainte déposée devant elle pour entente, alors qu'un litige arbitral oppose les deux entités soupçonnées d'entente ou l'une d'entre elles et une troisième entité concurrente – ; l'Autorité des marchés financiers – alors qu'un traité de fusion entre deux entreprises cotées en France a donné lieu à litige arbitral post-acquisition et que la fusion dépend toujours d'une autorisation de fusionner – ; la CNIL – sachant qu'un nombre croissant d'opérations mettent en jeu des transferts de données personnelles, le traitement desquelles relève de la mission de cette autorité – ; ou le CSA – compétent pour l'accès au marché des services de médias audiovisuels et qui est amené à délivrer des autorisations de diffusion, alors que deux opérateurs seraient par exemple en arbitrage au sujet des droits relatifs à un contrat de retransmission d'un événement sportif majeur...

Section 6

La fin de l'instance arbitrale

1330. – Distinction entre causes d'extinction et causes de suspension/interruption de l'instance arbitrale. L'extinction de l'instance arbitrale se distingue de sa suspension ou de son interruption puisque, dans le premier cas, il est mis fin à la procédure alors que, dans le second, l'arbitre se borne à surseoir à statuer. Ainsi, ne seront pas abordées ici les causes de suspension ou d'interruption de l'instance, notamment en raison de procédures parallèles¹⁷³⁵.

¹⁷³¹Cass. com., 28 juin 2011, n° 11-40.030 : D. 2012, p. 159, obs. A. Bénabent.

¹⁷³²Cass. soc., 9 mars 2012, n° 11-40.109 : Bull. civ. 2012, V, n° 95.

¹⁷³³V. *supra*, nos 292 et s.

¹⁷³⁴V. sur la compétence des autorités administratives indépendantes, V. G. et I. Parleani, *L'étrange légitimité des autorités administratives indépendantes*, in *Mél. J. Mestre*, LGDJ, 2019, p. 777 ; plus généralement : M. Hervieu, *Les autorités administratives indépendantes et le renouvellement du droit commun des contrats*, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibl. de thèses », 2012, spéc. nos 719 et s.

¹⁷³⁵Sur cette question, V. *supra*, nos 1299 et s. À noter que la dissolution d'une société n'est pas une cause d'interruption, et encore moins d'extinction, de l'instance, v. Civ. 2^e, 20 mai 2021, n° 20-15.098.

1331. – Défaillance de l'arbitre, cause d'extinction ? Depuis la réforme de 2011, la défaillance d'un arbitre (par décès, révocation, récusation, démission, empêchement, abstention) n'est plus une cause d'extinction¹⁷³⁶. En vertu du nouvel article 1473 du Code de procédure civile¹⁷³⁷, une telle défaillance a pour seul effet de suspendre le déroulement de l'instance, qui ne reprendra qu'une fois un nouvel arbitre désigné. Les parties sont donc désormais dispensées de reconstituer un nouveau tribunal arbitral, ce qui permet une économie de temps et d'argent. Bien que l'article 1473 du Code de procédure civile ne figure pas parmi les textes applicables à l'arbitrage international énumérés à l'article 1506 du même code, cette solution semblerait lui être transposable¹⁷³⁸. Le refus d'une partie de participer à la procédure arbitrale n'est pas non plus une cause d'extinction de l'instance arbitrale à condition que la partie défaillante ait été régulièrement notifiée¹⁷³⁹. Outre les cas dans lesquels l'instance arbitrale prend fin (§ 1) les conséquences qui en découlent seront abordées (§ 2).

§ 1. – Les cas dans lesquels l'instance arbitrale prend fin

A. – Les fins classiques de l'instance arbitrale

1332. – Le prononcé de la sentence finale. L'instance arbitrale prend indirectement mais naturellement fin, suite au prononcé de la sentence par le tribunal arbitral tranchant l'ensemble des points litigieux dessaisissant ce dernier du litige tranché¹⁷⁴⁰. D'ailleurs, la définition de la sentence telle qu'adoptée par la jurisprudence indique que prononcé de la sentence et fin de l'instance vont de pair, la sentence étant « l'acte des arbitres qui tranche de manière définitive, en tout ou en partie, le litige qui leur est soumis, que ce soit sur le fond, la compétence, ou sur un moyen de procédure qui les conduit à mettre fin à l'instance »¹⁷⁴¹. Concrètement, l'instance arbitrale prendra fin lorsque l'arbitre aura rendu une sentence qui tranche le fond du litige ou encore une sentence déclinant la compétence du tribunal arbitral.

1333. – L'expiration du délai. En vertu de l'article 1477 du Code de procédure civile, l'expiration du délai d'arbitrage¹⁷⁴² met fin à l'instance arbitrale¹⁷⁴³. Ainsi, la sentence rendue après l'expiration du délai d'arbitrage¹⁷⁴⁴ peut, d'une part, être

¹⁷³⁶Avant la réforme du 13 janvier 2011, l'ancien article 1464 du Code de procédure civile prévoyait que ces cas mettaient fin à l'instance arbitrale.

¹⁷³⁷CPC, art. 1473 tel qu'issu du décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011.

¹⁷³⁸J. Ortscheidt et Ch. Seraglini, *Droit de l'arbitrage interne et international*, préc., n° 849.

¹⁷³⁹Cass. 1^{re} civ., 5 mars 2008 : *Rev. arb.* 2008, p. 339. – Paris, 7 févr. 1991 : *Rev. arb.* 1992, p. 634, note J. Pellerin.

¹⁷⁴⁰CPC, art. 1485 : « La sentence dessaisit le tribunal arbitral de la contestation qu'elle tranche ».

¹⁷⁴¹Paris, 25 mars 1994 : *Rev. arb.* 1994, p. 391, note Ch. Jarrosson. – Paris, 11 avr. 2002 : *Rev. arb.* 2003, p. 143, note D. Bensaude. – Paris, 12 oct. 2011 : *Rev. arb.* 2012, p. 86, note F.-X. Train. – Paris, 24 févr. 2015 : *Rev. arb.* 2015, p. 1149, note P. Giraud ; sur la notion de sentence et son prononcé, V. *infra*, n^{os} 1378 et s.

¹⁷⁴²Sur la question du délai d'arbitrage, V. *supra*, n^{os} 864, 995 et 1101 et s.

¹⁷⁴³CPC, art. 1477 : « L'expiration du délai d'arbitrage entraîne la fin de l'instance arbitrale ». Bien que non visée par l'article 1506 du Code de procédure civile, la solution pourrait être transposable en matière d'arbitrage international lorsque l'instance est encadrée par un délai (V. J.-B. Racine, *Droit de l'arbitrage*, préc., n° 717).

¹⁷⁴⁴Lorsque la sentence est soumise, dans le cadre d'un arbitrage institutionnel, à l'approbation du centre d'arbitrage, il faut que la sentence soit approuvée avant l'expiration du délai : V. Cass. 2^e civ., 27 avr. 1981, n° 79-16.217 : *Rev. arb.* 1981, p. 106, note Th. Bernard.

annulée pour violation par les arbitres de la mission qui leur est confiée ou pour s'être déclarés à tort compétents¹⁷⁴⁵ et, d'autre part, entraîner la responsabilité des arbitres. Néanmoins, la sentence n'encourt pas d'annulation lorsque les parties ont confié au centre d'arbitrage la mission de proroger le délai¹⁷⁴⁶ ou encore ont accepté que la sentence soit rendue hors délai¹⁷⁴⁷. Tel est le cas lorsque la partie continue à participer à la procédure arbitrale postérieurement à l'expiration du délai sans émettre de réserves¹⁷⁴⁸. Cette solution, qui se veut pragmatique mais qui n'est pas toujours réaliste en pratique, repose sur l'idée que la partie qui n'a pas invoqué les irrégularités de procédure devant le tribunal arbitral est réputée avoir renoncé à s'en prévaloir et ne peut l'invoquer pour la première fois au stade du recours en annulation de la sentence¹⁷⁴⁹. Cependant, il suffit que la partie ait invoqué l'expiration du délai et émis des réserves sur ce point devant le tribunal arbitral pour qu'elle soit considérée comme s'étant opposée à ce que la procédure continue et que la sentence soit rendue hors délai¹⁷⁵⁰. En ce qui concerne la responsabilité des arbitres, elle ne peut être engagée ici, du seul fait qu'ils n'ont pas rendu la sentence dans le délai imparti, leur obligation n'étant que de moyens¹⁷⁵¹. En revanche, elle peut l'être du seul fait de n'avoir pas demandé au juge d'appui une prorogation en cas de défaillance des parties et de l'institution d'arbitrage, cette obligation étant de résultat¹⁷⁵².

B. – Les autres hypothèses

1334. – Désistement des parties et initiative du tribunal. Les parties peuvent décider d'un commun accord d'abandonner l'instance arbitrale en cours. Tel est le cas lorsque les parties conviennent en cours d'instance que la clause arbitrale est caduque et se désistent du lien d'instance¹⁷⁵³ ou encore lorsque les parties concluent une transaction mettant ainsi fin au litige, de la même façon qu'en procédure civile. Toutefois, le lien d'instance ne se dénoue pas *ipso facto* en ce sens qu'il appartiendra au tribunal arbitral de constater l'extinction de l'instance¹⁷⁵⁴. Depuis la réforme de 2011, le tribunal arbitral est doté du pouvoir d'ordonner l'extinction de l'instance

¹⁷⁴⁵Cass. 1^{re} civ., 6 oct. 1998 : *Bull. civ.* 1998, I, n° 268. Dans ce cas, l'annulation concerne uniquement les actes accomplis par le tribunal arbitral postérieurement à l'expiration du délai et non ceux accomplis antérieurement : Cass. 2^e civ., 18 mai 1989 : *Rev. arb.* 1990, p. 903.

¹⁷⁴⁶En faisant référence à un règlement d'arbitrage qui prévoit la possibilité au centre d'arbitrage de proroger le délai, les parties sont considérées avoir consenti à la possibilité de proroger le délai *via* l'intervention de l'institution d'arbitrage (Cass. 2^e civ., 17 nov. 1976 : *Rev. arb.* 1977, p. 268, note Mezger. – Cass. 1^{re} civ., 16 juin 1979 : *Bull. civ.* 1979, I, n° 217 ; *Rev. arb.* 1979, p. 272).

¹⁷⁴⁷Cass. 2^e civ., 8 mars 2001 : *Rev. arb.* 2002, p. 899 et s., note J.-G. Betto. – Cass. 1^{re} civ., 6 juill. 2005, n° 03-15.223 : *RTD com.* 2006, p. 310, note E. Loquin. – Cass. 1^{re} civ., 28 mai 2008 : *Rev. arb.* 2008, p. 691, note D. Bureau. – Paris, 25 sept. 2008 : *Rev. arb.* 2009, p. 746, note C. Chanais. – Paris, 10 déc. 2008 : *Rev. arb.* 2010, p. 329, note P. Duprey. – Cass. 1^{re} civ., 11 sept. 2013, n° 12-26.180 : *JCP G* 2013, p. 982, obs. B. Le Bars, *ibid.* p. 1098, note Mouralis.

¹⁷⁴⁸Cass. 1^{re} civ., 6 juill. 2005, préc. – Cass. 1^{re} civ., 11 sept. 2013, préc.

¹⁷⁴⁹L. Cadiet, *La renonciation à se prévaloir des irrégularités de la procédure arbitrale* : *Rev. arb.* 1996, p. 3 ; sur cette question, V. *supra*, n°s [1048](#) et s. Encart 36.

¹⁷⁵⁰Cass. 2^e civ., 22 sept. 2010 : *Rev. arb.* 2011, p. 152, note J.-G. Betto et A. Reynaud.

¹⁷⁵¹Cass. 1^{re} civ., 17 nov. 2010 : *Rev. arb.* 2011, p. 943, note Ch. Jarrosson.

¹⁷⁵²Cass. 1^{re} civ., 6 déc. 2005 : *Rev. arb.* 2006, p. 126, note Ch. Jarrosson.

¹⁷⁵³Versailles, 12 déc. 2006, n° 05/05738, inédit. La dissolution d'une société n'interrompt pas l'instance, v. : Cass. 2^e civ., 20 mai 2021, n° 20-15.098.

¹⁷⁵⁴J. Ortscheidt et Ch. Seraglini, *Droit de l'arbitrage interne et international*, préc., n°s 368 et s. et 848.

arbitrale dans le cas où les parties font preuve d'inertie¹⁷⁵⁵ suite à une interruption ou suspension de l'instance arbitrale. En effet, dans le cas où le tribunal invite les parties à reprendre l'instance ou mettre fin aux causes qui l'ont interrompue ou suspendue mais que ces dernières restent inactives, il peut alors décider de mettre fin à l'instance arbitrale.

§ 2. – Les conséquences de la fin de l'instance

1335. – Le dessaisissement du tribunal arbitral. De même que la réciproque est vraie, la fin de l'instance arbitrale implique cessation de plein droit des fonctions des arbitres, sans que les arbitres aient à le constater¹⁷⁵⁶. Dans l'hypothèse où l'instance prend fin suite au prononcé de la sentence¹⁷⁵⁷, le dessaisissement du tribunal empêche ce dernier de rendre une seconde sentence à propos du même litige ou encore de rectifier la sentence qu'il a rendue afin de dissiper la cause de nullité. Ainsi, le tribunal arbitral ne saurait rectifier la sentence rendue *ultra petita* qui demeure annulable nonobstant la rectification¹⁷⁵⁸. Néanmoins, le dessaisissement du tribunal arbitral connaît des exceptions en vertu de l'article 1485, alinéa 2 du Code de procédure civile, solution communément admise¹⁷⁵⁹. En effet, le tribunal arbitral n'est pas dessaisi, sauf impossibilité de se réunir à nouveau¹⁷⁶⁰, de l'interprétation de la sentence, la rectification d'une erreur ou omission matérielle ou encore pour compléter une précédente sentence en cas d'omission de statuer. Cette dernière exception permet de « sauver » la sentence rendue *infra petita* qui, contrairement à la sentence rendue *ultra petita*, n'est pas annulable puisque le tribunal arbitral demeure compétent pour la compléter. Plus encore, nonobstant son dessaisissement, le tribunal arbitral demeure compétent, en vertu de l'article 1502 du Code de procédure civile, pour connaître du recours en révision exercé à l'encontre de la sentence arbitrale sauf impossibilité de se réunir à nouveau¹⁷⁶¹.

1336. – Survie de la clause compromissoire mais non du compromis. La clause compromissoire survit en principe contrairement au compromis¹⁷⁶². Ainsi, en cas d'extinction de l'instance arbitrale du fait de l'expiration du délai sans qu'une sentence soit rendue ou du fait de la reddition d'une sentence, le compromis s'éteint et

¹⁷⁵⁵CPC, art. 1474, al. 2.

¹⁷⁵⁶Rouen, 5 juin 1889 : *D.* 1891, 2, p. 98.

¹⁷⁵⁷CPC, art. 1485 : « La sentence dessaisit le tribunal arbitral de la contestation qu'elle tranche ». L'article 1485 du Code de procédure civile est applicable en matière d'arbitrage international par renvoi de l'article 1506 à l'exception de l'alinéa 3.

¹⁷⁵⁸Cass. 2^e civ., 14 juin 1984 : *Rev. arb.* 1985, p. 427, note B. Moreau.

¹⁷⁵⁹Loi-type CNUDCI (2006), art. 33. Cette solution est également prévue par la plupart des règlements d'arbitrage. V. par ex. Règl. d'arbitrage CCI (2021), art. 36 ; Règl. d'arbitrage LCIA (2020), art. 27 ; Règl. d'arbitrage commercial de la AAA (2013), art. R. 50 ; Règl. d'arbitrage CMAP (2012), art. 28 ; Règl. d'arbitrage de l'AFA (2017), art. 19.

¹⁷⁶⁰CPC, art. 1485, al. 3. Cet alinéa n'étant pas applicable en matière internationale, si le tribunal arbitral ne peut être à nouveau réuni, il appartiendra aux parties de constituer un nouveau tribunal arbitral et non de recourir « à la juridiction qui eût été compétente à défaut d'arbitrage » comme c'est le cas pour l'arbitrage interne.

¹⁷⁶¹L'article 1502, alinéa 3 prévoit qu'en cas d'impossibilité de se réunir à nouveau, le recours en révision est soumis au juge étatique. Néanmoins, l'alinéa 3 n'est pas applicable en matière d'arbitrage international, ce qui pose la question de l'organe compétent en cas d'impossibilité au tribunal arbitral de se réunir à nouveau.

¹⁷⁶²Cass. 2^e civ., 18 févr. 1999 : *Rev. arb.* 1999, p. 299, note Ph. Pinsolle. – Cass. com., 18 janv. 1983 : *Rev. arb.* 1984, p. 132.

les parties ne sont pas tenues de reconstituer un tribunal arbitral pour trancher le litige et peuvent recourir au juge étatique.

1337. – Survie de la procédure d'arbitrage. Dans un arbitrage institutionnel, la procédure arbitrale ne se confond pas toujours avec l'instance arbitrale et peut couvrir une période plus large que cette dernière. Si l'instance arbitrale ne commence qu'à compter de la constitution du tribunal arbitral, la procédure d'arbitrage est quant à elle déclenchée dès l'introduction de la requête d'arbitrage. Parallèlement, si l'instance arbitrale prend fin par le prononcé de la sentence ou pour les autres causes susmentionnées, la procédure arbitrale ne prend pas fin *ipso facto*. En effet, le centre d'arbitrage reste compétent pour décider de questions administratives telle la liquidation des frais d'arbitrage ou la notification de la sentence aux parties¹⁷⁶³.

¹⁷⁶³V. par ex., Règl. CCI (2021), art. 35.

Les coûts

1338. – L'arbitrage est bien souvent ramené, négativement, à son coût. Le coût est en effet présenté comme le principal inconvénient de cette pratique¹⁷⁶⁴ et c'est la critique majeure qui lui est opposée¹⁷⁶⁵. En tant que procédure privée, voulue par les parties, il revient également aux parties de la financer. L'arbitrage traite également souvent de litiges importants et complexes dont le traitement nécessite du temps et des moyens, ce qui peut entraîner des coûts importants¹⁷⁶⁶. Ce poids important pesant sur les parties peut parfois avoir des conséquences procédurales, l'impécuniosité d'une partie pouvant entraver le bon déroulement de la procédure¹⁷⁶⁷.

Bien qu'il soit l'un des moteurs de la procédure arbitrale, en ce qu'il assure son bon déroulement et la rémunération de tous ses acteurs, le coût de l'arbitrage reste une préoccupation accessoire, peu étudiée et peu régulée¹⁷⁶⁸, comme en témoigne le peu de cas fait à cette question dans la plupart des sentences qui l'expédient souvent, à tort ou à raison, en quelques paragraphes. En outre, il n'existe pas véritablement de régime uniforme des coûts de l'arbitrage qui permettrait de dégager des lignes directrices claires, et ce malgré des tentatives d'uniformisation¹⁷⁶⁹. Même les parties (ou leurs conseils) semblent y accorder une importance toute relative, en n'abordant ce sujet qu'en toute fin de procédure, parfois une rigueur relative¹⁷⁷⁰. C'est pourtant un aspect stratégique clé dans les prises de décision des parties lorsqu'il s'agit d'introduire un arbitrage ou d'y participer¹⁷⁷¹ : combien cela coûte, qui va payer et quand, comment va-t-on pouvoir se faire rembourser¹⁷⁷², sont autant de questions, aussi légitimes qu'essentielles dans l'arbitrage, mais hélas négligées¹⁷⁷³.

¹⁷⁶⁴Selon un sondage réalisé par l'Université Queen Mary, le coût de l'arbitrage a été présenté comme la pire caractéristique de l'arbitrage par 67 % des sondés, V. University Queen Mary et White & Case, *2018 International Arbitration Survey : The Evolution of International Arbitration*, p. 10 ; V. *supra*, n^{os} 88 et s.

¹⁷⁶⁵La Cour suprême canadienne a ainsi récemment écarté l'application d'une clause compromissoire entre Uber et un chauffeur au motif notamment que le montant des frais d'arbitrage CCI empêchait ce dernier d'introduire une procédure, V. *Uber Technologies Inc. c/ Heller*, 2020 SCC 16, 26 juin 2020.

¹⁷⁶⁶Ainsi, récemment, dans l'affaire *Youkos Universal Ltd. c/ Fédération russe* (Aff. CPA n° AA-227), la Russie a été condamnée à rembourser au demandeur plus de 60 millions de dollars au titre des frais d'arbitrage.

¹⁷⁶⁷Ainsi, certains centres peuvent mettre fin à la procédure en cas de défaut de paiement des frais d'arbitrage, V. Règl. CCI (2021), art. 37(6).

¹⁷⁶⁸La jurisprudence traitant de l'arbitrage évacue d'ailleurs cette problématique, considérant qu'elle relève au mieux d'un caractère contractuel. Le juge du recours n'est donc pas compétent pour statuer sur ces questions, V. Paris, 21 nov. 2002 : *Rev. arb.* 2008, p. 701, note A. Pinna.

¹⁷⁶⁹V. à ce titre, les efforts faits par la CCI pour dégager des bonnes pratiques à travers des publications ou des guides.

¹⁷⁷⁰V. Th. Clay et W. Ben Hamida (éd.), *L'argent dans l'arbitrage*, Lextenso, 2013, p. 7. L'enjeu n'est pourtant pas mince et présente parfois la seule possibilité de « réparation » en cas de demandes abusives.

¹⁷⁷¹S. D. Franck, *Rationalizing Costs in Investment Treaty Arbitration* : *Wash U. L. Rev.* 2011, n° 88, p. 769, spéc. p. 787-788.

¹⁷⁷²Les parties ont pu parfois tenter de voir engager la responsabilité de l'arbitre ayant manqué à ses obligations et le condamner au remboursement des frais d'arbitrage, V. Paris, 2 avr. 2019 : *RTD com.* 2020, p. 302, note

1339. – Plan. L'arbitrage entraîne plusieurs coûts distincts dont il convient de faire la typologie (Chapitre 1). Ces coûts sont ensuite traditionnellement évalués et alloués par le tribunal arbitral en fin de procédure (Chapitre 2). En raison de l'augmentation importante du coût de l'arbitrage, on note un recours plus fréquent au financement externe des procédures (Chapitre 3).

E. Loquin.

¹⁷⁷³On peut toutefois citer quelques ouvrages de référence s'étant penchés sur la question, not. C. Ong et M. P. O'Reilly, *Costs in International Arbitration*, LexisNexis, 2013. – S. D. Franck, *Arbitration Costs : Myths and Realities in Investment Treaty Arbitration*, Oxford University Press, 2019.

La typologie des coûts de l'arbitrage

1340. – Il convient tout d'abord de distinguer les frais relatifs à la procédure arbitrale, qu'on intitulera « frais de l'arbitrage » (Section 1), traditionnellement dus par les deux parties à concurrence des autres frais encourus par chaque partie pour la défense de ses intérêts – similaires à ceux encourus dans d'autres procédures contentieuses (Section 2).

Section 1

Les frais de l'arbitrage

1341. – Les frais de l'arbitrage, spécifiques à cette procédure, représentent pourtant une portion minimale du coût total de la procédure – évalués à moins de 20 % du coût total de la procédure¹⁷⁷⁴. Ils comprennent les honoraires et frais des arbitres (§ 1) et les frais administratifs de l'institution arbitrale, le cas échéant (§ 2). Bien que ces frais soient d'une nature différente, leur traitement est bien souvent global et indistinct, ce qui justifie de les traiter ensemble (§ 3).

§ 1. – Les honoraires et frais des arbitres

1342. – **La détermination des honoraires des arbitres.** En compensation de leurs services, les arbitres sont fondés à réclamer le paiement d'honoraires¹⁷⁷⁵. Ces honoraires peuvent être fixés librement, notamment dans le cadre d'arbitrage *ad hoc*. Dans ce cas, il est fréquent que les arbitres indiquent un taux horaire ou un taux journalier, multiplié par le temps passé. Il est certain que dans ce type de procédure, les parties sont dans une position de faiblesse face aux arbitres, même non encore désignés, lesquels ont plus tendance à imposer le montant des honoraires pratiqués. Il faut également reconnaître ici que l'apport du centre, dans l'arbitrage institutionnel,

¹⁷⁷⁴Rapport de la Commission CCI, *Decisions on Costs in International Arbitration* : Bull. CCI 2015, n° 2, p. 3.

¹⁷⁷⁵Th. Clay, *L'arbitre*, Dalloz, 2001, § 874 et s. Si la mission n'est pas par nature rémunérée, il est tout de même rarissime que l'arbitre ne perçoive pas d'honoraires pour ce qui est aujourd'hui considéré comme une prestation juridique (bien que d'une autre nature que celle que rend le conseil). La jurisprudence française a ainsi très tôt reconnu que la fixation du montant des honoraires par les arbitres relevait du contrat d'arbitrage, V. Paris, 23 sept. 1994 : *Rev. arb.* 1996, p. 393, note Ph. Fouchard.

est précisément de faire l'interface administrative entre les parties et les arbitres justement sur une question pécuniaire qu'il est parfois délicat, dans un cadre *ad hoc*, d'aborder, et *a fortiori* de « négociier ».

L'arbitrage institutionnel permet donc d'éviter cet écueil¹⁷⁷⁶, les centres d'arbitrage prévoyant souvent un cadre à la fixation par les arbitres de leurs honoraires. Certains centres imposent ainsi leurs honoraires aux arbitres en fonction du montant du litige¹⁷⁷⁷, d'autres laissent aux arbitres la liberté de fixer un taux horaire mais en contrôlent le montant¹⁷⁷⁸, tandis que d'autres encore appliquent un taux journalier fixe¹⁷⁷⁹. Outre ce cadre fixé en amont, certaines institutions peuvent également contrôler le travail effectué par les arbitres, en tenant compte, à travers des déclarations et relevés détaillés¹⁷⁸⁰, du temps passé par les arbitres sur le dossier, mais également de leur « efficacité »¹⁷⁸¹. Ce contrôle peut permettre de limiter les « frais cachés », en posant un cadre clair aux arbitres dès le début de la procédure. Aux honoraires bruts des arbitres, peut également s'appliquer la TVA qui relève en principe des arbitres et des parties uniquement, sans que l'institution n'intervienne¹⁷⁸². L'incertitude autour de cette question peut aisément se comprendre au regard des nombreux paramètres de son exigibilité – lieux de domiciliation des parties et des arbitres, lieu d'exercice de la prestation, *etc.*, qui relèvent intégralement du droit fiscal et non de l'arbitrage – mais il reste qu'elle est trop souvent négligée et peut conduire à des problématiques parfois inextricables¹⁷⁸³.

1343. – Les frais encourus par les arbitres. Outre leurs honoraires, les arbitres se voient également remboursés de leurs frais divers encourus dans le cadre de l'arbitrage (notamment les frais de déplacement ou logistiques, amenés à être drastiquement réduits sous l'effet et pendant la période de pandémie). Le traitement

¹⁷⁷⁶La CCI interdit d'ailleurs aux parties et aux arbitres de convenir d'un niveau d'honoraires, V. CCI, *Note aux parties et aux tribunaux arbitraux sur la conduite de l'arbitrage*, 1^{er} janv. 2021, § 182.

¹⁷⁷⁷La Cour de la CCI est ainsi seule compétente pour fixer les honoraires des arbitres, en fonction d'un barème préétabli, V. Règl. CCI, Appendice III, art. 2 et 3. C'est également le cas de la SCC, dont le *Board* fixe les honoraires en fonction du montant en litige et d'un barème, V. Règl. SCC (2017), Appendice IV, art. 2.

¹⁷⁷⁸La LCIA laisse ainsi aux arbitres la possibilité de fixer leur taux horaire, mais celui-ci doit être approuvé par l'autorité compétente du centre avant la nomination de l'arbitre, V. *Schedule of Costs* de la LCIA (2020), art. 2.

¹⁷⁷⁹C'est le cas du CIRDI qui fixe pour les arbitres un honoraire journalier, V. Règl. administratif et financier du CIRDI (2006), art. 14.

¹⁷⁸⁰La CCI impose ainsi aux arbitres de soumettre des rapports périodiques de leurs activités dans lesquels ils doivent détailler les tâches effectuées et le temps passé, V. CCI, *Note aux parties et aux tribunaux arbitraux sur la conduite de l'arbitrage*, 1^{er} janv. 2021, § 87.

¹⁷⁸¹Par ex., la CCI tient compte, lors de la fixation des honoraires en fin de procédure, de la diligence et de l'efficacité de l'arbitre, du temps passé, de la rapidité de la procédure, de la complexité du litige et surtout du respect du délai imparti pour soumettre le projet de sentence (V. Règl. CCI (2021), Appendice III, art. 2). De la même façon, la LCIA a le pouvoir de fixer les honoraires des arbitres en fonction principalement du temps passé mais également des circonstances particulières du dossier, V. Règl. LCIA (2020), art. 28 et *Schedule of Costs* de la LCIA (2020), art. 2(i) et 2(vi). La SCC peut également tenir compte dans la fixation des honoraires de la complexité du dossier, de l'efficacité des arbitres et toutes autres circonstances, V. Règl. SCC (2017), art. 49(3).

¹⁷⁸²Si la CCI facture et verse des paiements hors taxes (V. Appendice III, art. 2(13)), elle peut agir en tant que séquestre pour le versement par les parties redevables, du montant de la TVA sur les honoraires des arbitres, V. CCI, *Note aux Parties et aux Tribunaux Arbitraux sur la conduite de l'arbitrage selon le règlement d'arbitrage CCI*, 1^{er} janv. 2021, § 253 et s. V. aussi : en arbitrage LCIA, *Schedule of Costs* de la LCIA, art. 2(vii).

¹⁷⁸³V. not. J. Thygesen, *VAT on Arbitration : Intertax* 2016, vol. 44, p. 701-711. – D. Krishan, *Tax Issues for International Arbitrators : TDM* 2005, vol. 2, n° 3. V. en France : G. Blanluet, *Le nouveau régime de la TVA applicable aux honoraires d'arbitrage : Rev. arb.* 2010, p. 683-688. – G. Blanluet, *La fiscalité des rémunérations des arbitres : Rev. arb.* 2001, p. 345-360. – J.-P. Le Gall, *Colloque Arbitrage et fiscalité : Rapport de synthèse : Rev. arb.* 2001, p. 371-388.

de ces frais est variable. Ils sont parfois compris dans une enveloppe globale couvrant les honoraires et les frais¹⁷⁸⁴ ou parfois traités de façon distincte¹⁷⁸⁵. Les institutions semblent toutefois s'arroger un pouvoir de contrôle moindre sur les frais¹⁷⁸⁶. À mi-chemin entre frais et honoraires, le coût des secrétaires administratifs est généralement intégré dans les honoraires et frais des arbitres, mais peut avoir pour conséquence l'augmentation du budget global de l'arbitrage¹⁷⁸⁷.

§ 2. – Les frais administratifs de l'institution d'arbitrage

1344. – Outre les honoraires des arbitres, les frais de l'arbitrage incluent les frais administratifs facturés par les institutions pour leurs services, qui prennent une part plus importante du coût total de la procédure¹⁷⁸⁸. Le montant de ces frais peut grandement varier en fonction de l'institution, notamment selon les services qu'elle rend (gestion et contrôle de la procédure, revue des sentences, désignation d'arbitres, gestion des demandes de récusation, *etc.*)¹⁷⁸⁹. Il est regrettable, dans un marché aussi concurrentiel que celui des centres d'arbitrage, que les utilisateurs ne puissent pas toujours (i) distinguer clairement, au-delà des montants payés, ce que recouvrent exactement les prestations de l'institution et en quoi elles sont séparables de la mission de l'arbitre et (ii) se voir offrir un véritable outil de comparaison entre le coût de ces prestations institutionnelles pour mesurer la valeur ajoutée de chacun des centres.

1345. – Le contenu des frais administratifs est généralement peu détaillé tandis que le mode de calcul est généralement similaire à celui des honoraires des arbitres. Ainsi, les frais administratifs peuvent dépendre du montant en litige par application d'un barème¹⁷⁹⁰, de la prestation demandée¹⁷⁹¹ ou du travail effectué, par exemple par

¹⁷⁸⁴La CCI ne prévoit ainsi pas de traitement particulier pour les frais, précisant que les honoraires et dépenses de l'arbitre sont fixés par la Cour internationale d'arbitrage, V. Règl. CCI, Appendice III, art. 2(4).

¹⁷⁸⁵Dans les arbitrages LCIA, il est prévu que les frais puissent être remboursés sous réserve qu'ils soient raisonnables et justifiés, V. *Schedule of Costs* de la LCIA, art. 2(iv). La SCC prévoit également un remboursement des frais raisonnables, V. *Schedule of Costs* de la SCC (2017), art. 4.

¹⁷⁸⁶Le règlement CCI précise que seuls les honoraires sont fixés, tandis que d'autres institutions ne contrôlent que la réalité ou le caractère raisonnable de ceux-ci, V. *Schedule of Costs* de la LCIA, art. 2(iv) et *Schedule of Costs* de la SCC (2017), art. 4.

¹⁷⁸⁷La LCIA prévoit une prise en compte distincte des honoraires des secrétaires administratifs, V. *Schedule of Costs* de la LCIA, art. 6. À l'inverse, la CCI prévoit que la rémunération des secrétaires administratifs est prélevée sur la somme allouée au titre des honoraires des arbitres, V. CCI, *Note aux Parties et aux Tribunaux Arbitraux sur la conduite de l'arbitrage selon le règlement d'arbitrage CCI*, 1^{er} janv. 2021, section XX. V. de manière générale, J. Ole Jensen, *Tribunal Secretaries in International Arbitration*, Oxford University Press, 2019, spéc. p. 278 et s.

¹⁷⁸⁸Ils sont évalués à environ 15 % de la totalité du coût de l'arbitrage, V. CCI, *Decisions on Costs in International Arbitration* : Bull. CCI 2015, n° 2, p. 3. On a pu s'interroger sur l'économie ou le poids de l'arbitrage institutionnel (par rapport au coût de l'arbitrage), V. *L'économie de l'arbitrage* : La Lettre de l'AFA déc. 2014, n° 14.

¹⁷⁸⁹V. *supra*, nos 149 et s.

¹⁷⁹⁰Règl. CCI (2021), Appendice III, art. 2(5) ; HKIAC (2018), *Schedule of Fees* ; V. aussi SCC (2017), *Schedule of Costs*, art. 3.

¹⁷⁹¹La Cour permanente d'arbitrage facture ainsi un montant forfaitaire de 3 000 € lorsqu'elle intervient en tant qu'autorité de nomination ou lorsqu'elle est appelée à désigner une autorité de nomination, V. Barème des tarifs de la CPA (<https://pca-cpa.org/fr/fees-and-costs/>). De la même façon, le HKIAC facture un montant forfaitaire lorsqu'il intervient dans des arbitrages *ad hoc* pour la désignation d'arbitres ou pour trancher des demandes de récusation, V. ainsi les frais du HKIAC (www.hkiac.org/arbitration/fees).

application d'un taux horaire¹⁷⁹². Il est également souvent fait référence, dans la détermination des frais administratifs, qu'il peut être tenu compte, à titre subsidiaire, de l'ensemble des circonstances de l'espèce ou de circonstances exceptionnelles, rarement explicitées mais qui peuvent inclure : les montants en litige (ce qui peut rendre la tâche délicate lorsqu'est en jeu une « simple » demande de sentence déclaratoire et non de dommages-intérêts), la nature des demandes, la complexité du litige et/ou de la procédure, les difficultés et incidents que soulèvent les parties ou le travail à effectuer¹⁷⁹³.

§ 3. – Des frais distincts mais un traitement commun

1346. – Les honoraires et frais des arbitres et les frais administratifs forment à bien des égards une catégorie commune, par opposition aux frais encourus par les parties. Cela se reflète largement dans leur traitement, rarement différencié.

1347. – **Un montant global correspondant aux frais de l'arbitrage.** Le paiement des frais de l'arbitrage se fait bien souvent de manière globale, par le versement d'une provision en début de procédure afin de couvrir le travail à effectuer¹⁷⁹⁴. Cette provision, si elle peut distinguer ce qui relève des frais administratifs et ce qui relève des honoraires, est due dans sa globalité. Cette provision s'ajoute généralement à des frais d'enregistrement, d'un montant forfaitaire et généralement réduit¹⁷⁹⁵. Une avance sur la provision est parfois exigée, qui permet de couvrir les étapes préliminaires de la procédure avant que le cadre du litige se soit intégralement formé et que les positions et montants réclamés soient clarifiés¹⁷⁹⁶. Les institutions tentent de rationaliser et d'apporter plus de clarté sur le montant des frais en mettant à disposition des parties des calculateurs¹⁷⁹⁷.

1348. – **Les modalités de versement des frais d'arbitrage.** En principe, les parties doivent s'acquitter des frais d'arbitrage conjointement, soit par parts égales¹⁷⁹⁸, soit, lorsque l'arbitrage est institutionnel, à la discrétion de l'institution¹⁷⁹⁹. Afin d'éviter des procédures non financées, il est généralement prévu que l'une ou l'autre des parties se substitue à celle qui refuse (en raison de son impécuniosité ou par stratégie) de payer sa part¹⁸⁰⁰. En raison des sanctions prises en cas d'absence de paiement, le demandeur est bien souvent contraint, dans le cas où le défendeur refuse de participer, de financer l'intégralité de la procédure¹⁸⁰¹.

¹⁷⁹²C'est le cas par exemple de la LCIA, V. LCIA, *Schedule of Costs*, art. 1.1(ii). Lorsqu'elle intervient en tant qu'institution d'arbitrage, la CPA applique un taux horaire pour ses employés, V. Barème des tarifs de la CPA (<https://pca-cpa.org/fr/fees-and-costs/>).

¹⁷⁹³V. not. Règl. CCI (2021), Appendice III, art. 2(5) ; SCC (2017), *Schedule of Costs*, art. 3.

¹⁷⁹⁴Règl. CCI (2021), art. 37 ; V. aussi Règl. AAA-ICDR (2021), art. 36 ; Règl. LCIA, art. 24. Cela peut également être le cas dans des procédures *ad hoc*, V. Règl. CNUDCI (2010), art. 43.

¹⁷⁹⁵Règl. CCI (2021, art. 4(4) ; LCIA, *Schedule of Costs*, art. 1.1(i) ; HKIAC (2018), *Schedule 1*, art. 1.

¹⁷⁹⁶Règl. CCI (2021), Appendice III, art. 37(1) et 1(2).

¹⁷⁹⁷C'est le cas notamment de la CCI, du HKIAC ou encore de la SCC.

¹⁷⁹⁸Règl. CCI (2021), art. 37(2) ; Règl. SCC (2017), art. 51(3) ; Règl. HKIAC (2018), art. 41.1.

¹⁷⁹⁹Règl. LCIA (2020), art. 24.1.

¹⁸⁰⁰Règl. CCI (2021), art. 37(5) ; Règl. LCIA (2020), art. 24.6 ; Règl. HKIAC (2018), art. 41.4.

¹⁸⁰¹Des demandeurs ont toutefois pu se retourner contre le défendeur en vertu de l'obligation contractuelle de ce dernier à s'acquitter de sa part de la provision, V. J. Rouche, *Le paiement par le défendeur de sa part de provision sur les frais d'arbitrage : simple faculté ou obligation contractuelle ?* : *Rev. arb.* 2002, p. 841-855. Une sentence a même pu considérer que le refus d'une partie de s'acquitter de la provision, qui constituait un

La provision étant évaluée sur la base, notamment, du montant en litige, il peut être parfois préconisé de scinder celle-ci en deux, la première indexée sur le montant des demandes et la seconde indexée sur le montant des demandes reconventionnelles¹⁸⁰², ce qui peut avoir pour conséquence une augmentation du coût global de la procédure. La fixation de provisions distinctes est également nécessaire en cas de pluralité de parties¹⁸⁰³.

Le paiement des frais de l'arbitrage à travers une provision permet d'assurer le bon déroulement de la procédure, notamment le fait qu'elle reste financée à tout moment. En pratique, les montants devant être prélevés par l'institution, ou versés aux arbitres, sont pris directement de la provision¹⁸⁰⁴ – ce qui permet également d'éviter de solliciter les parties dès que nécessaire. Les institutions communiquent peu sur l'utilisation qui est faite de la provision. On peut toutefois prendre pour exemple la CCI qui évalue le montant utilisé en fonction de l'avancée de la procédure¹⁸⁰⁵.

1349. – Les conséquences procédurales en cas de défaut de paiement des frais de l'arbitrage. La nature privée de l'arbitrage a comme corollaire l'imposition de lourdes sanctions en cas de défaut de paiement de la provision par les parties. Les arbitres peuvent ainsi valablement prononcer le désistement d'instance dans ce cas¹⁸⁰⁶. En effet, si aucune des parties ne s'acquitte du montant réclamé, les institutions n'hésitent pas à inviter les arbitres à suspendre leur travail et, en cas de défaut de paiement persistant, à mettre fin à la procédure¹⁸⁰⁷. Certaines institutions laissent toutefois la responsabilité aux arbitres de poursuivre ou non la procédure¹⁸⁰⁸. Ces considérations pécuniaires peuvent avoir des conséquences procédurales non négligeables, notamment en termes de droit d'accès au juge.

1350. – Les conséquences de l'impécuniosité d'une partie. La jurisprudence française a eu l'occasion de se prononcer sur le pouvoir d'un tribunal de prononcer l'irrecevabilité de demandes qui n'auraient pas été financées (et ce en application du règlement CCI)¹⁸⁰⁹. Dans son arrêt *Pirelli*, la Cour de cassation s'est ainsi penchée sur le refus d'un arbitre de se prononcer sur des demandes reconventionnelles, lorsque la partie qui les a présentées, en liquidation judiciaire, ne s'était pas acquittée de la part de la provision qui lui incombait. Selon la Haute Cour, un tel refus porte atteinte au droit d'accès à la justice et au principe d'égalité entre les parties et constitue un déni de justice dans la mesure où les demandes reconventionnelles sont indissociables des demandes principales¹⁸¹⁰. On ne conditionne donc la nécessité d'écarter les

engagement pris par la signature de la clause compromissoire, pouvait justifier la résolution de cette clause, V. Aff. CCI n° 9667, Sent. 10 août 1998 : *Rev. arb.* 2002, p. 1009. La question semble moins tranchée dans la pratique internationale, V. O. Cojo et S. Shelepina, *Reimbursement of Advance on Costs Paid in Substitution for Defaulting Party : a Case Study Under the ICC Rules : Kluwer Arbitration Blog* 1^{er} juin 2020.

¹⁸⁰²Règl. CCI (2021), art. 37(3) ; Règl. HKIAC (2018), art. 41.2 ; Règl. SCC (2017), art. 51(3).

¹⁸⁰³Règl. CCI (2021), art. 37(4).

¹⁸⁰⁴V. LCIA, *Schedule of Costs*, art. 3 ; HKIAC (2018), *Schedule 2*, art. 2.

¹⁸⁰⁵Dans sa Note aux Parties et aux Tribunaux Arbitraux, la CCI précise ainsi que les honoraires de arbitres et les frais administratifs sont libérés par paliers, notamment le moment de la conférence sur la gestion de la procédure, l'établissement de l'acte de mission, la reddition de sentences partielles et la reddition de la sentence finale, V. CCI, *Notes aux Parties et aux Tribunaux Arbitraux sur la conduite de l'arbitrage*, 1^{er} janv. 2021, § 190.

¹⁸⁰⁶Cass. 2^e civ., 26 janv. 1994 : *Rev. arb.* 1995, p. 443.

¹⁸⁰⁷Règl. CCI (2021), art. 37(6) ; Règl. CNUDCI (2010), art. 43 ; Règl. LCIA (2020), art. 24.

¹⁸⁰⁸Règl. HKIAC (2018), art. 41.4.

¹⁸⁰⁹V. sur cette question, J. Clavel-Thoraval, *De la conciliation du droit de l'arbitrage avec le droit au juge du plaideur impécunieux : un équilibre à trouver*, note ss Paris, 11 sept. 2018 : *Rev. Lamy dr. aff.* 2019, n° 145.

¹⁸¹⁰Cass. 1^{re} civ., 28 mars 2013 : *Rev. arb.* 2013, p. 746, note F.-X. Train. Si la cour d'appel avait bien annulé la

dispositions du règlement d'arbitrage que lorsque l'ordre public procédural est susceptible d'être violé, c'est-à-dire lorsqu'une partie ne peut répondre aux demandes principales en soulevant des demandes reconventionnelles liées. Ce critère d'indissociabilité, s'il n'a pas été défini, ne semble pas devoir se confondre avec le critère de « lien suffisant » issu de la procédure civile¹⁸¹¹. La doctrine a toutefois estimé que des demandes reconventionnelles, dites « hybrides », c'est-à-dire qui ont pour objet le rejet de la demande initiale, pouvaient respecter ce critère¹⁸¹². En tout état de cause, il reste encore à définir un système institutionnel, commun aux principaux centres, permettant de répondre aux besoins de justice arbitrale de parties aux ressources financières limitées¹⁸¹³.

Section 2

Les frais encourus par les parties

1351. – Les frais encourus par les parties – qui ne sont pour l'essentiel pas propres à l'arbitrage – représentent traditionnellement la plus grande part du coût total de la procédure¹⁸¹⁴. Dans la mesure où ils ne sont pas à proprement obligatoire et sont fonction des choix de chaque partie, leur traitement est plus délicat et problématique lorsqu'il s'agit d'allouer les frais d'arbitrage en fin de procédure. Ces frais couvrent schématiquement les frais d'avocats (honoraires et dépens), d'autres frais externes et les frais internes des parties. Outre ces coûts traditionnels, la spécificité de l'arbitrage fait porter le poids logistique (organisationnel aussi bien que financier) sur les parties.

§ 1. – Les frais d'avocats

1352. – Les frais d'avocats représentent généralement la partie la plus importante des frais des parties. Les honoraires sont régis par les règles de la profession et n'appellent pas de commentaires particuliers ici¹⁸¹⁵. Si l'intervention des avocats se fait souvent en amont (parfois au stade de la négociation) et en aval de la procédure (dans le cadre du contentieux post-arbitral ou dans l'exécution de la sentence), la prise

sentence en raison d'une violation du droit d'accès à la justice et du principe d'égalité des parties, elle a été censurée par la Cour de cassation pour ne pas avoir recherché si les demandes reconventionnelles étaient indissociables des demandes principales, V. Paris, 17 nov. 2011 : *Rev. arb.* 2012, p. 267, note F.-X. Train.

¹⁸¹¹V. F.-X. Train, note ss Cass. 1^{re} civ., 28 mars 2013 : *Rev. arb.* 2013, p. 746, spéc. p. 758 et s. – A. Pinna, *La confirmation de la jurisprudence Pirelli par la Cour de cassation et les difficultés pratiques de garantir au plaideur impécunieux l'accès à la justice arbitrale* : *Cah. arb.* 2013, p. 479, spéc. p. 482-483.

¹⁸¹²L. Weiller, note ss Cass. 1^{re} civ., 28 mars 2013 : *Procédures* 2013, comm. 189.

¹⁸¹³Comme le fait par exemple, le TAS pour les athlètes aux moyens insuffisants : V. *supra*, nos [305](#) et [380](#).

¹⁸¹⁴Selon une étude la CCI, ils représenteraient près de 85 % de l'ensemble des frais d'arbitrage, V. Rapport CCI, *Decisions on Costs in International Arbitration* : *Bull. CCI* 2015, n° 2, p. 13 et s., spéc. p. 15.

¹⁸¹⁵V. l'article 10 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 qui pose le principe de la liberté des honoraires et la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 qui impose de conclure une convention d'honoraires. On peut également mentionner la limitation de la portée des honoraires de résultat, qui ne peuvent consister qu'en un complément d'honoraires.

en compte des frais d'avocats comme « frais d'arbitrage » se limite en principe aux frais relatifs à la procédure arbitrale en elle-même¹⁸¹⁶.

§ 2. – Les autres frais encourus pour la défense

A. – Les frais externes (experts, consultants, etc.)

1353. – Les frais externes encourus par les parties sont également souvent pris en compte dans la mesure où ils participent à l'instruction de l'affaire. C'est ainsi le cas des honoraires et frais des experts ou consultants techniques, qui prennent une part importante des frais externes des parties et qui sont bien souvent nécessaires afin d'éclairer le tribunal. La question, délicate, de leur montant parfois significatif, se pose souvent, non seulement dans l'absolu – car un éclairage technique peut être tout simplement indispensable pour permettre aux arbitres de trancher le litige – mais aussi en termes relatifs, car ce coût devrait rester, en principe, proportionnel aux enjeux financiers du litige.

B. – Les frais internes

1354. – Des coûts incidents sont également plus récemment mis en avant, correspondant aux frais internes des parties, et qui peuvent parfois être légitimement intégrés en tant que frais d'arbitrage et être remboursés. C'est ainsi le cas du coût des employés ou de la direction, qu'ils soient juristes, comptables, opérationnels ou autre. En effet, le temps passé par les employés peut être considéré comme des dépenses en soutien du travail des avocats et des experts, et à ce titre compensable. Dans le même temps, il peut être considéré que cela fait partie des coûts opérationnels d'une entreprise et ne nécessite pas une prise en compte procédurale¹⁸¹⁷. Ces coûts sont parfois entremêlés avec les coûts relatifs aux témoignages de certains employés.

La question de l'intégration de frais annexes, encourus pour la négociation, des procédures parallèles ou des procédures pré-arbitrales, peut également se poser. Comme pour les frais d'avocats, il semble nécessaire de déterminer dans quelle mesure ils ont été encourus pour la procédure arbitrale en tant que telle.

§ 3. – Les frais logistiques

1355. – Les frais logistiques correspondent à l'ensemble des frais non obligatoires (par opposition aux honoraires des arbitres et frais administratifs) mais nécessaires au bon déroulement de la procédure. Ces frais logistiques sont du ressort des parties, qui gèrent en principe cet aspect de la procédure. Sont ainsi compris les frais de location de salles d'audience, les honoraires de sténographes et d'interprètes mais également d'autres frais individuels tels que les frais de reprographie, les frais de déplacement ou les frais d'outils utilisés dans la présentation des dossiers (par ex. des logiciels informatiques). La prise en compte de ces frais en tant que « frais

¹⁸¹⁶M. Bühler, *Costs*, in J. A. Trenor (3^e éd.), *The Guide to Damages in International Arbitration*, 2018, p. 313.

¹⁸¹⁷M. Bühler, *Costs*, in J. A. Trenor (3^e éd.), *op. cit.*, 2018, p. 313.

d'arbitrage » est généralement et pleinement acceptée. Il faut reconnaître toutefois que la crise sanitaire ayant imposé un format virtuel plus systématique¹⁸¹⁸, les parties ont pris conscience que ce poste, et notamment les frais spécifiquement liés à une audience « en présentiel », pouvait faire l'objet d'économies substantielles. Même après un retour à la « normale », l'appréciation de ce coût spécifique pourrait se faire de manière plus exigeante.

¹⁸¹⁸V. *supra*, n^{os} [1246](#) et s.

Le régime des coûts de l'arbitrage

1356. – Il est important de catégoriser et de définir ce que sont les frais de l'arbitrage, car c'est un prérequis pour en évaluer le caractère et en déterminer l'allocation en fin de procédure.

Section 1

Le pouvoir et les critères d'allocation des coûts

1357. – **Un pouvoir accordé à l'arbitre.** Il est reconnu de façon quasiment unanime que le tribunal arbitral a le pouvoir d'allouer les coûts aux parties, c'est-à-dire d'en ordonner le remboursement à l'une ou l'autre ou de juger que chacune assumera le coût de ses propres frais, ce qui constitue un accessoire du litige¹⁸¹⁹. Cela relève d'ailleurs de l'une de ses missions plutôt que d'une simple faculté. Le règlement CCI (2021) impose ainsi aux arbitres de liquider les frais de l'arbitrage dans sa sentence finale¹⁸²⁰. De son côté, la LCIA semble opérer une distinction entre les frais d'arbitrage et les frais encourus par les parties : il est requis des arbitres de se prononcer sur les premiers tandis que, pour les seconds, le tribunal semble avoir une simple faculté de décision¹⁸²¹. Les arbitres disposent également du pouvoir de fixer certains frais d'arbitrage, notamment ceux encourus par les parties (les frais administratifs et honoraires des arbitres sont généralement fixés par l'institution elle-même)¹⁸²².

¹⁸¹⁹Paris, 23 sept. 1994 : *Rev. arb.* 1996, p. 393, note Ph. Fouchard. – Paris, 19 déc. 1996 : *Rev. arb.* 1998, p. 121, note Ch. Jarrosson. Pour un panorama de décisions d'arbitres sur les frais, v. E. Jolivet, *Chronique de jurisprudence arbitrale de la CCI – Les frais de l'arbitrage* ; *Cah. arb.* 2009, n° 4, p. 15.

¹⁸²⁰Règl. CCI (2021), art. 38(3) et (4). Le règlement UNCITRAL impose également aux arbitres de déterminer l'allocation à tout moment, ou dans sa sentence finale au plus tard, V. art. 42.2. Le règlement HKIAC impose aux arbitres de prendre des décisions sur les coûts mais leur laisse toute latitude sur le moment pertinent, V. art. 34.

¹⁸²¹Règl. LCIA (2020), art. 28.2 et 28.3. De la même façon, le règlement SCC (2017) impose aux arbitres d'allouer les frais de l'arbitrage, sauf accord contraire des parties, tandis qu'il ne pose qu'une faculté d'allouer les frais encourus par les parties, V. art. 49(6) et 50.

¹⁸²²Règl. CCI, art. 38(1) ; Règl. LCIA, art. 28.1 ; Règl. SCC (2017), art. 49(2). L'exemple du Règlement UNCITRAL – qui s'applique aux arbitrages *ad hoc* – est à ce titre intéressant : les arbitrages sont responsables de la fixation des frais d'arbitrage mais leur montant et les modalités de calcul peuvent être encadrés ou définis à l'avance, V. art. 40 et 41.

1358. – L'accord des parties quant à l'allocation des coûts. L'accord des parties qui prédomine souvent en arbitrage semble ici moins important. Certains règlements prévoient que l'allocation de coûts se fait sous réserve, et dans les conditions, de l'accord des parties¹⁸²³, tandis que d'autres ne prévoient simplement pas une telle possibilité. On semble également noter une certaine réticence législative pour la réglementation de ce sujet. À ce titre, l'*Arbitration Act* anglais fait figure d'exception en détaillant le régime applicable aux frais d'arbitrage et à leur allocation¹⁸²⁴. Cependant, les accords entre les parties sur l'allocation ne sont valables que si formés après l'introduction de la procédure arbitrale¹⁸²⁵. Il semble rare en pratique que les parties s'accordent sur ce point, que ce soit avant ou après l'introduction de la procédure. L'interrogation demeure quant à la validité de la sentence rendue, sur ce point, en vertu du pouvoir discrétionnaire des arbitres, le cas échéant confirmé par le règlement d'arbitrage, mais qui contreviendrait à la volonté des parties¹⁸²⁶.

1359. – La réglementation de l'allocation des coûts par le droit du siège. Les droits de l'arbitrage se préoccupent peu de la question des coûts. Ainsi, en France, le Code de procédure civile reste silencieux quant aux principes d'allocation. La jurisprudence reconnaît toutefois que les arbitres, dans le cadre de leur mission juridictionnelle, peuvent fixer et répartir les dépens du litige ainsi que des frais de l'arbitrage (mais pas leur montant)¹⁸²⁷. À noter que, sur ce point, la décision des arbitres n'a pas autorité de la chose jugée¹⁸²⁸. Si rien n'est prévu en droit de l'arbitrage, les arbitres peuvent tout de même se référer aux règles de procédure civile, qui restent non obligatoires¹⁸²⁹. Bien que cela semble rare en pratique, on rappellera qu'en droit français de la procédure civile, la partie succombante est en principe condamnée aux frais et dépens, sauf décision contraire du juge¹⁸³⁰.

Le droit anglais, à l'inverse, définit ce que sont les frais de l'arbitrage (les honoraires et dépens des arbitres, les frais administratifs le cas échéant et les frais de défense des parties)¹⁸³¹ et quels sont les frais dont il peut être demandé le remboursement¹⁸³², ou encore permet aux arbitres d'allouer les frais d'arbitrage (sous réserve de l'accord des parties) en vertu du principe selon lequel la partie qui succombe doit en porter la charge¹⁸³³. On peut également citer le droit suédois qui donne pouvoir aux arbitres d'ordonner aux parties le paiement de leurs honoraires¹⁸³⁴ et d'allouer les frais d'arbitrage sous réserve de l'accord des parties et d'une demande expresse de celles-ci¹⁸³⁵. On peut enfin citer le droit émirati qui, s'il permet

¹⁸²³V. à ce titre, Règl. CCI (2021), art. 38(6) ; Règl. SCC (2017), art. 49 et 50.

¹⁸²⁴*Arbitration Act* anglais, art. 59 à 65.

¹⁸²⁵V. *Arbitration Act* anglais, art. 60 ; V. aussi Règl. LCIA (2020), art. 28.5.

¹⁸²⁶V. *infra*, n° [1408](#).

¹⁸²⁷Paris, 19 déc. 1996 : *Rev. arb.* 1998, p. 121, note Ch. Jarrosson ; V. aussi Paris, 25 nov. 1997 : *Rev. arb.* 1998, p. 684, note G. Bollard.

¹⁸²⁸Cass. 2^e civ., 28 oct. 1987 : *Rev. arb.* 1988, p. 149, note Ch. Jarrosson.

¹⁸²⁹V. CPC, art. 1464, al. 1.

¹⁸³⁰CPC, art. 696 et 700.

¹⁸³¹*Arbitration Act* anglais, art. 59.

¹⁸³²*Arbitration Act* anglais, art. 63 et 64.

¹⁸³³*Arbitration Act* anglais, art. 61.

¹⁸³⁴Loi suédoise sur l'arbitrage, art. 37.

¹⁸³⁵Loi suédoise sur l'arbitrage, art. 42.

l'allocation des honoraires et frais des arbitres, ne dit rien concernant l'allocation des frais d'avocats¹⁸³⁶.

1360. – Les critères d'allocations des coûts. La pratique arbitrale s'accorde de manière générale à laisser l'allocation des coûts à la discrétion de l'arbitre¹⁸³⁷. Une autre école pose le principe d'allocation des coûts à la partie qui succombe¹⁸³⁸. Cette solution a pu être érigée, si ce n'est comme principe, au moins comme règle de base¹⁸³⁹ – même si l'*American Rule*, qui postule que chaque partie doit assumer ses frais, reste fréquente¹⁸⁴⁰ – et parfois être utilisée par segmentation, c'est-à-dire en tenant compte du succès sur différents aspects du litige¹⁸⁴¹. Il faut également reconnaître que faire un départ entre des demandes pour lesquelles telle ou telle partie aurait succombé et celles pour lesquelles elle l'aurait emporté, distinguer entre les demandes de principe (reconnaissance d'une responsabilité) et celles financières (sur le *quantum* réclamé), et les pondérer entre elles, ne sont pas des exercices, même s'ils sont nécessaires, aisés à mettre en œuvre pour les arbitres. Toutefois, même dans les cas où le critère du succès n'est pas délicat à appliquer en pratique, d'autres critères sont laissés à l'appréciation de l'arbitre, en fonction des circonstances spécifiques de l'affaire, notamment de la conduite efficace de la procédure par telle ou telle partie¹⁸⁴², de plus en plus érigée comme un paramètre dans l'allocation des coûts¹⁸⁴³. On peut également citer le cas, rare, du règlement HKIAC (2018) qui prévoit que l'arbitre peut tenir compte, dans sa décision sur l'allocation, du financement de l'arbitrage par un tiers¹⁸⁴⁴. Les arbitres peuvent également tenir compte de l'attitude des parties dans les étapes précontentieuses, par exemple si l'une ou l'autre a refusé une offre raisonnable¹⁸⁴⁵.

¹⁸³⁶V. loi fédérale n° 6 sur l'arbitrage de 2018, art. 46. Si l'accord des parties peut tout de même permettre au tribunal de se prononcer sur l'allocation des frais d'avocats, celui-ci doit vraisemblablement émaner directement des parties (et non de leurs conseils), V. N. Boghossian, *Is an Award on Attorneys' Fees Enforceable in The UAE ? : Kluwer Arbitration Blog* 28 oct. 2020.

¹⁸³⁷V. Règl. CCI (2021), art. 38(5) ; Règl. HKIAC (2018), art. 34.3 ; Règl. SCC (2017), art. 49(3) ; Règl. AAA-ICDR (2021), art. 34.

¹⁸³⁸Règl. LCIA (2020), art. 28.4 ; Règl. CNUDCI (2010), art. 42(1).

¹⁸³⁹M. Bühler, *Costs*, in J. A. Trenor (éd.), *The Guide to Damages in International Arbitration*, 2018, p. 319-321.

¹⁸⁴⁰V. par ex. C. Koch, *Is There a Default Principle of Cost Allocation in International Arbitration? – The Importance of the Applicable Provisions and Legal Traditions : JIA* 2014, p. 485-497, spéc. p. 490 et s.

¹⁸⁴¹J. Fry, S. Greenberg et F. Mazza, *The Secretariat's Guide to ICC Arbitration*, Publ. CCI n° 729E, 2012, § 3-1488.

¹⁸⁴²V. not. Règl. CCI (2021), art. 38(5) ; Règl. LCIA (2020) art. 28.6 ; Règl. SCC (2017), art. 49(4).

¹⁸⁴³Rapport CCI, *Decisions on Costs in International Arbitration : Bull. CCI* 2015, n° 2, p. 14 et s. Les arbitres sont d'ailleurs encouragés à prévenir les parties que tout comportement procédural déloyal pourra être sanctionné lors de l'allocation des coûts, V. CCI, *Techniques for Controlling Time and Costs in Arbitration*, Publ. CCI n° 861-2, 2018, § 82.

¹⁸⁴⁴Règl. HKIAC (2018), art. 34.4.

¹⁸⁴⁵Th. Webster et M. Bühler, *Handbook of ICC Arbitration*, Sweet & Maxwell, 4^e éd., 2018, § 38-110 et s. ; Rapport CCI, *Decisions on Costs in International Arbitration*, préc., p. 17.

Section 2

Le contrôle de la réalité et du caractère raisonnable des frais engagés

1361. – Outre l'application de critères d'allocations, la pratique n'admet le remboursement que des frais « raisonnables » encourus par les parties¹⁸⁴⁶. Tous les frais encourus par les parties ne sont donc pas remboursables : cela dépend des catégories de frais¹⁸⁴⁷ mais aussi de leur réalité. Il est donc nécessaire, avant toute décision sur les coûts, de déterminer si les frais ont été réellement encourus et si leur montant est approprié et raisonnable au regard du litige. Cette détermination est là encore laissée à la discrétion de l'arbitre.

La pratique ne l'exige pas toujours mais la réalité des frais encourus peut être démontrée à travers un simple état des frais, qui récapitule les catégories et montants déboursés. Cet état des frais peut être accompagné de preuves à l'appui (factures, relevés de temps, *etc.*). La preuve du caractère raisonnable et de la proportionnalité des frais est plus complexe : ces considérations sont en effet relatives et peuvent toucher à la liberté des parties d'organiser leur défense comme elles le souhaitent. Les bonnes pratiques dégagées, essentiellement par la CCI, mettent en avant la pondération par rapport au montant en litige et sa complexité, les effectifs impliqués d'un côté comme de l'autre, les opportunités prises pour limiter les coûts, la disparité entre les frais encourus par chaque partie¹⁸⁴⁸.

¹⁸⁴⁶Les frais de l'arbitrage sont *ipso facto* exclus dans la mesure où ils ne dépendent pas des parties.

¹⁸⁴⁷V. *supra*, nos [1340](#) et s.

¹⁸⁴⁸V. à ce titre, Rapport CCI, *Decisions on Costs in International Arbitration* préc., p. 11-14.

Le financement externe de l'arbitrage

1362. – L'importance du coût de l'arbitrage – et son aspect central pour la poursuite de la procédure – pose parfois la question de son financement. Ces dernières années ont ainsi vu apparaître l'émergence d'un phénomène relativement nouveau de financement d'une action par des tiers, en l'espèce des fonds d'investissement (également connu sous sa dénomination anglaise, *Third Party Funding* [TPF])¹⁸⁴⁹. Ce système encore méconnu¹⁸⁵⁰ et dont le régime n'est pas toujours intégralement défini – bien qu'il existe dans certaines juridictions depuis un certain temps notamment pour des actions devant les tribunaux étatiques¹⁸⁵¹ – a pu faire émerger une nouvelle offre, de nouveaux acteurs et de nouvelles perspectives pour les parties¹⁸⁵².

Section 1

La notion de financement de l'arbitrage par des tiers

§ 1. – La définition du financement par des tiers

1363. – **Notion et marché.** Le financement par des tiers est un mécanisme par lequel un tiers investit dans une action en justice (qu'elle soit étatique ou arbitrale) et assure tout ou partie des frais relatifs à cette action contre rémunération, constituée généralement d'une part des dommages-intérêts obtenus ou recouvrés ou d'un

¹⁸⁴⁹V. pour une présentation complète des problématiques de ce mécanisme : Ph. Pinsolle, *Le financement de l'arbitrage par les tiers* : *Rev. arb.* 2011, p. 385. – M. de Fontmichel, *Les sociétés de financement de procès dans le paysage juridique français* : *Rev. sociétés* 2012, p. 279. – J. El Ahdab, *La gestion du risque arbitral par les parties* : *RGDA* 2012, n° 1, p. 234.

¹⁸⁵⁰Selon un sondage réalisé en 2018, 16 % des personnes interrogées y avaient eu recours ; V. Queen Mary University and White & Case, *2018 International Arbitration Survey : The Evolution of International Arbitration*, p. 24.

¹⁸⁵¹Rapports ICCA n° 4, *Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration* : *ICCA Reports Series* 2018, vol. 4, spéc. p. 17 et s.

¹⁸⁵²Sans compter les litiges ayant pour objet ce financement, susceptible de créer un nouveau marché, V. D. G. Henriques, *Arbitrating Disputes 'in' Third-Party Funding* : *Arbitration* 2019, n° 2, p. 169 et s.

multiple de l'investissement mis¹⁸⁵³. En 2018, le marché mondial du financement par des tiers était estimé à plus de 10 milliards de dollars US et était en forte croissance¹⁸⁵⁴. Le déploiement des acteurs – encore peu nombreux – était également en plein déploiement et réorganisation mais reste encore compétitif, fermé et sélectif. Économiquement, il faut également relativiser la nouveauté de ce mode de financement dit « externe », puisqu'il ressemble aussi, à certains égards, au rôle qu'ont certains assureurs (notamment quand il prend, avant ou après indemnisation, le contrôle du procès de l'assuré), mais aussi à des situations, dans certains pays, où les cabinets d'avocats acceptent de prendre le risque du client (comme c'est le cas aux États-Unis où certaines firmes jouent parfois un rôle décisif dans le déclenchement et le financement de *class actions*)¹⁸⁵⁵.

1364. – Les avantages perçus du financement par des tiers. Ce mécanisme a pu être vu comme permettant de favoriser l'accès à l'arbitrage (où la justice rendue n'est pas gratuite et recèle un coût, tandis que certains tickets d'entrée peuvent être élevés), et ce aussi bien pour des parties impécunieuses que pour d'autres, qui souhaitent gérer leur trésorerie. Cet avantage semble toutefois peu réel dans la mesure où les financeurs ne s'occupent que peu des « petits » arbitrages et se concentrent, en raison de leur modèle économique, vers les arbitrages aux enjeux relativement conséquents. Il permet en tout cas d'opérer un transfert du risque financier relatif à l'arbitrage des parties aux financeurs¹⁸⁵⁶, aucun honoraire n'étant en principe dû en cas de rejet des demandes. Du côté du financeur, l'avantage est clair : par le biais d'un fonds abondé par des investisseurs institutionnels ou privés, il finance, selon un risque étudié et évalué en amont, une procédure dans l'unique objectif de réaliser un profit. En ce qui concerne les avocats et autres professionnels impliqués dans la direction d'une procédure, le financement par un tiers peut représenter une opportunité d'accroître le volume de travail, voire sa qualité car potentiellement effectué dans de meilleures conditions, ainsi qu'une stabilité et une garantie dans le paiement des honoraires.

1365. – Les critiques adressées au régime. Le financement par les tiers semble encore avoir mauvaise presse, notamment car il rappelle que l'arbitrage implique aussi une logique de marché. Cela fait plus généralement de l'action en justice – et pas seulement arbitrale – un objet d'investissement capitalistique, certains diront spéculatif, parmi d'autres¹⁸⁵⁷. Ce mécanisme a donc pu être critiqué pour trop mettre

¹⁸⁵³J. von Goeler, *Third-Party Funding in International Arbitration and its Impact on Procedure*, Kluwer Law International, 2016, spéc. p. 30. V. aussi de manière générale : N. Pitkowitz, *The TPF Handbook*, in N. Pitkowitz (éd.), *Handbook on Third-Party Funding in International Arbitration*, Juris, 2018, p. 3-21. – N. Rowles-Davies et J. Cousins, *Third Party Litigation Funding*, Oxford University Press 2014. – G. M. Solas, *Third Party Funding : Law, Economics and Policy*, CUP, 2019. – S. Ramesh, *Third-Party Funding in International Arbitration : Ownership of the Claim, Consequences for Costs Orders, and Regulation : Arb. Int.* 2020, vol. 36, p. 275-295.

¹⁸⁵⁴Rapports ICCA n° 4, *Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration : ICCA Reports Series* 2018, vol. 4, p. 17.

¹⁸⁵⁵T. W. Hill, *Financing the Class : Strengthening the Class Action Through Third-Party Investment : The Yale Law Journal* 2018, p. 484 et s.

¹⁸⁵⁶J. El Ahdab, *La gestion du risque arbitral par les parties*, préc., spéc. n°s 31 et s.

¹⁸⁵⁷C. J. Hendel, *op. cit.*, p. 68 ; V. aussi : B. Guven et L. Johnson, *The Policy Implications of Third-Party Funding in Investor-State Dispute Settlement : Columbia Center on Sustainable Investment Working Paper* mai 2019. Un certain nombre de procédures arbitrales d'investissement financées rejetées ont pu donner cette apparence, V. not. S. Perry, *Funder's role in failed ICSDI claim comes to light : GAR* 7 mai 2019. V. aussi : *Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. et Autobuses Urbanos del Sur S.A. c/ Argentine*, Aff. CIRDI n° ARB/09/1, décision sur l'annulation du 29 mai 2019, dans laquelle la question d'un abus de droit s'est posée.

en évidence la dimension mercantile du droit et pour participer d'une certaine inflation du contentieux, notamment dans le cadre d'arbitrages d'investissement¹⁸⁵⁸, alors que sont en jeu des intérêts publics. C'est sans doute ne poser le problème que sous son versant négatif, car l'autre face de la pièce « TPF » est qu'il permet à de nombreux acteurs de financer l'accès à la justice, là où autrement ils y renonceraient, sans parler du fait que très peu de financeurs, qui sont des entreprises qui cherchent à être profitables, ne s'aventureraient dans une entreprise contentieuse sans l'assurance que le dossier sous-jacent est fondé juridiquement et repose sur des demandes légitimes et auxquelles un tribunal pourrait donner droit, loin donc de l'image de fonds vautours qui seraient prêts à lancer des actions abusives tous azimuts.

§ 2. – La distinction avec d'autres mécanismes de gestion des coûts

1366. – La nature du contrat de financement. La nature juridique du contrat de financement est incertaine¹⁸⁵⁹. À ce jour, il semble que seul un arrêt de la cour d'appel de Versailles se soit penché sur la question, considérant qu'il constituait un contrat *sui generis*, inconnu en droit français¹⁸⁶⁰. Il a pu être assimilé à un contrat de société, même s'il semble que cette qualification soit contestable¹⁸⁶¹.

1367. – La distinction du contrat de financement avec d'autres mécanismes de gestion des coûts. Le contrat de financement a également pu être assimilé au contrat d'assurance de protection juridique, défini à l'article 127-1 du Code des assurances. Les différences sont toutefois importantes, l'assureur étant financé par le versement de primes ou de cotisations préalablement à l'activation de l'assistance. L'assurance est d'ailleurs souvent limitée dans son montant. Le contrat de financement est également distinct du contrat de prêt dans la mesure où les financeurs ne sont rémunérés qu'en cas de succès.

Section 2

Le régime du financement par des tiers

¹⁸⁵⁸Un financement a ainsi encore récemment été utilisé par une entreprise en difficulté dans un arbitrage contre le Turkmenistan, V. *Herzig c/ Turkmenistan*, Aff. CIRDI n° ARB/18/35, décision sur une demande de garantie sur les frais d'arbitrage, 27 janv. 2020.

¹⁸⁵⁹C. Dupeyron et M. Valentini, *Maîtriser les conséquences de la présence du tiers financeur sur la procédure à travers le contrat de financement* : *Rev. arb.* 2014, p. 909-936.

¹⁸⁶⁰CA Versailles, 1^{er} juin 2006, n° 05/01038.

¹⁸⁶¹M. de Fontmichel, *Les sociétés de financement de procès dans le paysage juridique français*, préc., § 6.

§ 1. – La réglementation du financement par des tiers

1368. – Un régime encore incertain en France. Le droit français n'encadre pas spécifiquement le régime du financement de procès par un tiers¹⁸⁶². *A contrario*, il n'est pas non plus prohibé¹⁸⁶³. En l'absence de cadre précis, certaines organisations professionnelles se sont emparées du phénomène. Les centres et institutions d'arbitrage ont, les premiers, tentés d'établir un cadre fonctionnel, éthique et méthodologique pour l'utilisation de mécanismes de financement. Des guides de bonnes pratiques ont ainsi été publiés pour répertorier les divers acteurs, mieux appréhender les enjeux économiques et juridiques et permettre un recours à un financement par un tiers dans le respect des règles déontologiques¹⁸⁶⁴. Certains règlements tiennent également compte de ce phénomène¹⁸⁶⁵. Les autorités professionnelles se sont également saisies de cette problématique. En 2017, le Conseil national des barreaux a pris une résolution appelant à l'organisation d'une pratique de financement par des tiers¹⁸⁶⁶. L'Ordre des avocats du Barreau de Paris a également publié un rapport complet sur le financement par des tiers dans l'arbitrage¹⁸⁶⁷, avant de rendre une résolution dans le but de faire reconnaître le principe de validité du recours au TPF, tout en apportant des précisions concernant les obligations déontologiques des avocats impliqués dans le mécanisme de financement par des tiers¹⁸⁶⁸.

1369. – Le régime du financement en droit comparé et en arbitrage d'investissements. À rebours de la pratique libérale du droit français, certaines juridictions ont pris le parti d'encadrer plus strictement le TPF. On doit évidemment citer le droit australien, un des pionniers en matière de financement de procès par des tiers¹⁸⁶⁹. En droit anglais, après avoir longtemps interdit le financement par un tiers à travers les délits de *maintenance* et *champerty* qui punissaient l'encouragement d'une partie à agir en justice, les tribunaux anglais acceptent désormais le recours au financement¹⁸⁷⁰. On peut également noter, en Angleterre, des tentatives d'organisation de la profession¹⁸⁷¹. D'autres juridictions ont fini par consacrer ce mécanisme légalement. C'est ainsi le cas à Hong Kong¹⁸⁷² et à Singapour¹⁸⁷³. Aux Émirats arabes unis, certaines juridictions « offshore » se sont saisies de la question, pour la

¹⁸⁶²Le financement de l'arbitrage par les tiers (« Third party funding »), 23 nov. 2016.

¹⁸⁶³La jurisprudence ne semble pas non plus invalider des contrats de financement : V. CA Versailles, 1^{er} juin 2006, n° 05/01038.

¹⁸⁶⁴Rapport d'ICC-France, *Guide pratique sur le financement de l'arbitre par les tiers*, mars 2014 ; Rapport du Club des juristes, *Financement du procès par les tiers*, juin 2014 ; Fédération des Centres d'arbitrage, *Charte éthique de l'arbitrage*, 2014, qui traite entre autres du financement par des tiers.

¹⁸⁶⁵Le règlement HKIAC (2018) impose ainsi aux parties d'indiquer si elles sont financées par un tiers (art. 4.3 et 5.1), un fait qui peut être pris en compte dans l'allocation des coûts (art. 34.4). V. aussi Règl. MARC-MCCI, art. 41.

¹⁸⁶⁶Résolution du CNB, *Financement du procès par les tiers*, 21 nov. 2015.

¹⁸⁶⁷Ordre des avocats du barreau de Paris, *Rapport sur le financement de l'arbitrage par les tiers*, 21 févr. 2017.

¹⁸⁶⁸Résolution du Barreau de Paris, 21 févr. 2017.

¹⁸⁶⁹*Campbells Cash and Carry Pty Ltd v. Fostif Pty Ltd* [2006] 229 CLR 386 ; V. aussi : L. Bench Nieuwveld et V. S. Sahani, *Third-Party Funding in International Arbitration*, Kluwer Law International, 2017, spéc. p. 75-100.

¹⁸⁷⁰*Arkin v. Borchard Lines Ltd & Ors* [2005] 2 Lloyd's Rep 187.

¹⁸⁷¹Association of Litigation Funders, *Code of Conduct*, janv. 2018 ; V. aussi, à Hong Kong : *Code of Practice for Third Party Funding of Arbitration*, 7 déc. 2018, édicté par le ministère de la Justice.

¹⁸⁷²*Arbitration and Mediation Legislation (Third Party Funding) (Amendment) Bill* 2016, adopté le 14 juin 2017.

¹⁸⁷³*Civil Law (Amendment) Act* 2017.

consacrer et l'encadrer¹⁸⁷⁴. On peut enfin citer la jurisprudence arbitrale en matière d'investissement qui commence à se prononcer sur les conséquences procédurales en cas de recours à un financement¹⁸⁷⁵.

§ 2. – Les problématiques induites par le financement par des tiers

1370. – Les problématiques déontologiques dans les relations entre les financeurs et les avocats. Si ce n'est pas la problématique qui pose le plus de conséquences sur la procédure, la participation d'un financeur à la procédure a pu causer des préoccupations importantes sur le rôle des avocats. En effet, l'implication d'un nouvel acteur peut ne pas être neutre dans la poursuite de l'arbitrage. Il est ainsi possible qu'au cours de la procédure les intérêts de la partie financée et du tiers financeurs divergent, notamment face à une opportunité transactionnelle. L'avocat de la partie pourrait être placé dans une situation inconfortable et pris entre deux feux : les instructions de son client et la volonté de celui qui le paye¹⁸⁷⁶. Il est donc primordial pour le conseil d'être vigilant quant aux risques de conflits d'intérêts¹⁸⁷⁷ et de conserver sa loyauté pour la partie financée qui reste à tout moment son client. Cette délimitation du rôle de l'avocat est également imposée par son obligation de loyauté qui rappelle que les obligations de l'avocat sont dues à son client. Dès lors, l'avocat ne peut conseiller le financeur, ne peut fournir des informations confidentielles à celui-ci et il ne peut en principe s'entretenir avec le financeur en l'absence de son client¹⁸⁷⁸. L'avocat reste indépendant et doit se prémunir de toute influence du tiers financeur sur lui ou sur l'affaire. Cela passe, à toutes les étapes, par une délimitation du périmètre des relations entre chacun. Au stade de la rédaction et de la conclusion du contrat de financement, qui doit régir les droits et obligations des parties à la relation de financement, il est nécessaire pour chacun la partie financée et le financeur d'être représentés par des avocats différents. Au cours de l'exécution, il convient également de délimiter clairement les différentes relations bilatérales entre avocat/client et financeur/financé. De la même façon, l'audit préalable à l'investissement et les activités de *due diligence* se font bien souvent en coopération

¹⁸⁷⁴Les tribunaux de la zone franche de l'*Abu Dhabi Global Market* (ADGM) ont, en avril 2019, adopté des règles relatives au financement encadrant plus spécifiquement les relations entre avocats et financeurs. Deux ans plus tôt, le *Dubai International Financial Center* (DIFC), autre zone franche des EAU, avait édicté des règles imposant notamment à la partie de révéler toute relation de financement par un TPF (*Practice Direction n° 2 of 2017 on Third Party Funding in the DIFC Courts*, 14 mars 2017).

¹⁸⁷⁵V. *RMS Production Corporation c/ Sainte Lucie*, Aff. CIRDI n° ARB/12/10, décision sur la demande de garantie sur les frais d'arbitrage, 13 août 2014 ; *Herzig c/ Turkmenistan*, Aff. CIRDI n° ARB/18/35, décision sur une demande de garantie sur les frais d'arbitrage, 27 janv. 2020, accordée par le tribunal en raison notamment du financement par un tiers ; *Bacilio Amorrortu c/ Pérou*, CNUDCI, Ordonnance de procédure n° 2, 19 oct. 2020, par laquelle le tribunal a ordonné que l'identité du financeur du demandeur soit révélée ; *Tennant Energy, LLC c/ Canada*, Aff. CPA n° 2018-54, Ordonnance de procédure n° 4, 27 févr. 2020, qui rejette la demande de garantie sur les frais d'arbitrage mais ordonne que l'identité du financeur soit révélée.

¹⁸⁷⁶Cela ne doit en principe pas poser de problème, les obligations de l'avocat étant clairement distinctes du paiement de ses honoraires, le client n'étant pas défini comme étant la partie qui paye les honoraires, V. Règl. intérieur du Barreau de Paris, art. P11.6.01.

¹⁸⁷⁷RIN, art. 4.1.

¹⁸⁷⁸Résolution du barreau de Paris, 21 févr. 2017, § 3.

avec des avocats dont le rôle spécifique est de conseiller le financeur dans ses investissements.

1371. – La divulgation du financement en cours de procédure. La question de la révélation du financement est parfois perçue comme nécessaire pour la préservation de la procédure¹⁸⁷⁹. En effet, l'intervention d'un nouvel acteur est susceptible de remettre en question l'indépendance de l'arbitre en cas de lien avec le financeur. Étant donné le nombre croissant d'arbitrages impliquant un financeur, le marché restreint des sociétés de financement, les liens étroits entre le financeur et la partie financée et les liens entre les arbitres et les grands cabinets d'avocats qui recourent au financement par un tiers, le risque de conflit d'intérêts est loin d'être négligeable¹⁸⁸⁰. Ce risque et les méthodes pour s'en prémunir sont souvent prises en compte dans les actes de mission et ordonnances de procédure.

On peut s'interroger toutefois sur l'obligation pour un conseil de révéler le financement à un tribunal. L'avocat est d'un côté lié par ses obligations de confidentialité et de loyauté. De l'autre, l'obligation de loyauté des parties pourrait contraindre à la révélation. Outre la question de l'indépendance et de l'impartialité des arbitres, la révélation peut être présentée comme nécessaire pour permettre à la partie adverse de prendre ses dispositions afin de préserver ses droits à recouvrer les frais d'arbitrage en cas de condamnation d'une partie au remboursement des frais juridiques par l'autre, ou dans le cas de demande de justification des frais¹⁸⁸¹.

1372. – L'influence générale du financement par un tiers sur la procédure. Les risques liés au financement par un tiers sont encore peu étudiés. On peut toutefois craindre, sans que cela semble s'être matérialisé en pratique, l'influence du financeur sur la stratégie mise en œuvre. Le contrôle financier opéré par le financeur peut également faire craindre les conséquences en cas de retrait abrupt de celui-ci. C'est une des raisons importantes en faveur de la divulgation et l'une des explications pour lesquelles les parties adverses prennent souvent prétexte d'un tel financement pour s'assurer de la poursuite de la procédure. En effet, le financement par un tiers a pu être utilisé comme justification d'une demande de garantie des frais d'arbitrage¹⁸⁸².

¹⁸⁷⁹V. Règl. HKIAC (2018) et Règl. MARC-MCCI ; V. aussi les Lignes directrices de l'IBA sur les conflits d'intérêts dans *l'Arbitrage International*, 2014, art. 7(a).

¹⁸⁸⁰M. K. Harwood et C. Trahanas, *Conflicts of Interest*, in N. Pitkowitz (éd.), *Handbook on Third-Party Funding in International Arbitration : Juris* 2018, p. 43-56.

¹⁸⁸¹S. Ramesh, *Third-Party Funding in International Arbitration : Ownership of the Claim, Consequences for Costs Orders, and Regulation : Arb. Int.* 2020, vol. 36, p. 275-295.

¹⁸⁸²V. *supra*, n^{os} [1278](#) et s. Encart 45 ; V. *RMS Production Corporation c/ Sainte Lucie*, Aff. CIRDI n° ARB/12/10, décision sur la demande de garantie sur les frais d'arbitrage, 13 août 2014 ; *Herzig c/ Turkmenistan*, Aff. CIRDI n° ARB/18/35, décision sur une demande de garantie sur les frais d'arbitrage, 27 janv. 2020.

La sentence arbitrale

1373. – Introduction. La délivrance par les arbitres d'une « sentence »¹⁸⁸³ arbitrale est l'aboutissement normal, ou en tout cas attendu, de la procédure arbitrale, même si d'autres issues à la procédure engagée sont possibles, une transaction ou une autre fin de la procédure souhaitée par les parties, y compris la renonciation à la poursuivre. Il demeure que l'issue ordinaire d'une procédure arbitrale est une sentence. Une sentence arbitrale est en effet l'acte qui constitue l'objectif de l'organisation de l'arbitrage et, en principe, son aboutissement. Elle se présente comme un « acte de justice » et dispose ce faisant d'une valeur juridictionnelle, en ce sens qu'elle est l'acte qui constate le fait que le litige, à l'origine de la procédure d'arbitrage, est tranché et qu'il est mis fin à ce litige ; en ce sens, elle est une « décision de justice ». Elle a en outre une origine et un fondement conventionnels, dans la mesure où la sentence est rendue en vertu des pouvoirs dont les parties ont investi les arbitres par le biais de la convention d'arbitrage et du contrat d'arbitre. Elle est surtout l'aboutissement de la procédure arbitrale et, telle la fin d'un bon roman policier, concentre l'ensemble des solutions aux difficultés qui ont pu y être rencontrées. À cet égard, la sentence est tout à la fois la fin de la procédure arbitrale et le début d'un autre moment processuel, et celui des éventuels recours contre la sentence et celui de son exécution, de manière à révéler les éventuelles difficultés dans son élaboration et sa mise œuvre.

1374. – Plan. C'est donc à partir du rendu de la sentence arbitrale, qui suppose toutefois que soit envisagée la question de son élaboration, essentielle (Titre 1), celle, éventuellement, des voies de recours engagées à son encontre (Titre 2) dans la mesure où elle permettra son exécution (Titre 3).

¹⁸⁸³ Le terme « sentence » arbitrale a été introduit par le décret de 1980 pour se substituer à celui de « jugement » qui prévalait auparavant dans le Code de procédure civile.

1375. – Cette distinction peut se présenter comme chronologique : en effet, le rendu de la sentence permet aux parties d'envisager, le plus souvent et pour des raisons évidentes celle qui a succombé, d'engager des recours, lesquels sont dominés par la figure de l'action en annulation, puis de mettre en œuvre les mécanismes, complexes, de son exécution, à supposer toutefois que la sentence ne soit pas spontanément exécutée. Cette chronologie n'est pas cependant tout à fait exacte dans la mesure où l'exécution de la sentence suppose que celle-ci ait reçu *exequatur*, qui peut être demandé dans le même temps qu'une action en annulation est engagée.

Dès lors, cette chronologie apparente peut être dépassée pour identifier trois séries de situations qui correspondent à trois logiques distinctes. La première, celle présidant à l'élaboration de la sentence, est l'affaire des arbitres. La deuxième, la question des recours contre une sentence, est l'affaire principale des parties et plus spécifiquement de celle qui a succombé et qui peut chercher à contester la validité de la sentence. La troisième, celle de l'exécution de la sentence, est également l'affaire des parties, et parfois des tiers, particulièrement celle qui a triomphé et qui cherche à obtenir son exécution, *via* des juridictions étatiques dans la mesure où la sentence arbitrale dispose de l'autorité de la chose jugée, mais non de la force obligatoire, en l'absence d'exécution spontanée. Cette division pourrait sembler permettre de considérer que chacun, dans l'arbitrage, se voit assigner un rôle particulier, rôle dont l'exercice est encadré par les règles de l'arbitrage applicables au cas particulier.

1376. – Pourtant, chacun est également participant de chacune de ces phases, à commencer par les arbitres. Ceux-ci, en effet, sont chargés d'une mission qui n'est pas seulement de rendre une sentence en tranchant un litige, mais de rendre une sentence *efficace*, c'est-à-dire une sentence susceptible d'être exécutée utilement et de ne pas être annulée ou contestée une fois rendue. Cette préoccupation des arbitres est constante, quel que soit le type d'arbitrage.

Elle est cependant encore plus intense en matière d'arbitrage international. En effet, la sentence arbitrale internationale présente cette particularité d'être internationale, ce qui signifie qu'elle ne relève pas d'un ordre juridique national particulier mais qu'il s'agit d'une « décision de justice internationale » (V. *infra*, n° 1687). Or, sauf sentence acceptée par tous et exécutée spontanément, dès qu'une difficulté surviendra, il conviendra que la sentence intègre un, au moins, ordre juridique national, soit par la voie judiciaire de l'exécution, soit par celle de sa contestation.

Il est donc souhaitable que les arbitres, au moment de l'élaboration de la sentence, tiennent compte des hypothèses des lieux possibles d'exécution de la sentence, ne serait-ce que pour permettre une exécution efficace, en fonction des critères, internationaux ou nationaux, pouvant l'assurer. C'est également la question qui se pose aux arbitres lorsqu'il s'agit d'envisager la validité de leur sentence, eu égard aux cas permettant aux parties de la contester, selon les techniques de recours possible, principalement le recours en annulation de la sentence. En matière internationale, l'article 1520 du Code de procédure civile envisage cinq cas d'annulation (contre six

en matière interne sur le fondement de l'article 1492 du Code de procédure civile) : « le tribunal arbitral s'est déclaré à tort compétent ou incompétent ; le tribunal arbitral a été irrégulièrement constitué ; le tribunal arbitral a statué sans se conformer à la mission qui lui avait été confiée ; le principe de la contradiction n'a pas été respecté ; la reconnaissance ou l'exécution de la sentence est contraire à l'ordre public international ». Il en résulte que le juge de l'annulation, le juge du siège, ne dispose pas de la faculté de *réviser* la sentence au fond, y compris en cas d'erreur de droit commise par les arbitres, mais simplement de celle de l'annuler dans les cas visés, principalement la question de la compétence, celle du contradictoire et celle de la violation de l'ordre public international. À l'inverse donc, les arbitres disposent, dans cette mesure, d'une liberté d'action considérable, et ce sont seulement la ou les violations de ces règles, considérées du point de vue du juge de l'annulation, qui limitent cette liberté. Il en résulte également un rôle considérable pour les parties, et leurs conseils, dans leurs demandes et les fondements juridiques choisis. On perçoit donc en quoi la voie de l'arbitrage, notamment international, n'est en rien une simple alternative à la voie étatique classique : c'est d'ailleurs tout « l'art de l'arbitrage ».

C'est donc en ce sens, ici très résumé, que ces règles, ces trois phases, seront présentées, en tentant, à chaque fois, de mesurer la part d'incidence des autres phases sur celle plus précisément visée, l'élaboration, les recours et l'exécution de la sentence.

L'élaboration de la sentence arbitrale

1377. – La détermination de la notion de sentence arbitrale est au cœur de la « notion d'arbitrage »¹⁸⁸⁴ notamment par comparaison avec d'autres « actes » ou mécanismes relevant de la catégorie des modes alternatifs de règlement des litiges à leur traitement par un juge étatique. Il importe par conséquent d'observer spécifiquement la notion de sentence arbitrale, à la fois pour opérer cette distinction (Chapitre 1) et pour envisager la mécanique de la confection de la sentence arbitrale (Chapitre 2) mais également ses « attributs » (Chapitre 3).

¹⁸⁸⁴ Ch. Jarrosson, *La notion d'arbitrage*, LGDJ, 1987.

La notion de sentence arbitrale

1378. – La notion de sentence arbitrale n'est pas, curieusement, une catégorie juridique particulièrement et spécifiquement définie, pas davantage d'ailleurs que la notion d'arbitrage¹⁸⁸⁵. Pourtant, la notion est essentielle, dans la mesure où des effets particuliers, et importants, sont attachés à l'acte juridique qu'est une sentence, l'autorité de la chose jugée, l'opposabilité, l'existence de recours, etc. C'est ainsi que la jurisprudence et les auteurs ont dégagé le sens de la notion.

La plupart des auteurs considèrent, sur le fondement des décisions de jurisprudence internes ou internationales, que la sentence arbitrale est un acte juridique qui résulte des pouvoirs que les parties ont dévolus aux arbitres pour trancher, définitivement, un litige qui leur est soumis, sur le fond, sur la compétence ou sur un moyen de procédure qui les conduit à mettre fin à l'instance. Cette définition est essentielle dans la mesure où l'on peut en tirer plusieurs conséquences.

1379. – La réforme de 2011, si elle a largement rapproché les deux institutions de l'arbitrage interne et de l'arbitrage international, conserve cependant des dispositions spécifiques s'agissant des règles relatives à la sentence arbitrale. Ainsi, les articles 1478 à 1486 du Code de procédure civile déterminent les caractères et quelques exigences en matière de sentence arbitrale, s'agissant de l'arbitrage interne, tandis que les articles 1511 à 1513 réservent quelques spécificités à l'arbitrage international, dont l'utilité réelle n'est guère évidente. Par conséquent, la définition et la nature de la sentence arbitrale permettent, notamment, de la distinguer d'institutions avec lesquelles on pourrait être conduit à la confondre (Section 1) et d'envisager les types de sentences arbitrales (Section 2).

Section 1

Nature de la sentence arbitrale

¹⁸⁸⁵ Cf. Ch. Jarrosson, *La notion d'arbitrage*, op. cit. et V. supra, n° 3.

1380. – La plupart des références à la notion de « sentence arbitrale » se présentent de manière finalement vague, sans véritable définition, même limitée à un système juridique déterminé, ouvrant alors la voie à plusieurs conceptions (§ 1) dont une détermination permet de développer les éléments de son caractère juridictionnel (§ 2).

§ 1. – Les conceptions de la notion de sentence arbitrale

1381. – Si une définition est donnée par la jurisprudence française, révélant une conception stricte de la notion de sentence (A), cette question n'épuise pas le débat sur l'éventuelle conception large qui pourrait être débattue (B).

A. – Conception stricte de la notion de sentence arbitrale

1382. – **Définition(s).** La sentence arbitrale n'est pas définie par le Code de procédure civile, ni par la loi-type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international. Même la Convention de New York de 1958 qui porte pourtant sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères est assez évasive sur le sujet. Ainsi, l'article 1^{er} de la Convention envisage son application aux « sentences arbitrales qui ne sont pas considérées comme sentences nationales dans l'État où leur reconnaissance et leur exécution sont demandées » et considère comme sentences arbitrales les « sentences rendues par les arbitres nommés pour des cas déterminés mais également celles qui sont rendues par des organes d'arbitrage permanents auxquels les parties se sont soumises », mais aucune définition n'est donnée : c'est donc, clairement, une question relevant des droits internes de l'arbitrage, non unifiée par un outil international quelconque.

1383. – **Conception stricte, conception large.** La définition française, correspondant à la jurisprudence de la cour d'appel de Paris, à savoir qu'une sentence est l'acte d'un arbitre qui tranche de manière définitive, en tout ou partie, le litige qui lui est soumis, que ce soit sur le fond ou sur la compétence ou sur un moyen de procédure qui les conduit à mettre fin à l'instance, telle qu'elle résulte par exemple d'un arrêt de 1994 dont les termes sont peu ou prou repris à l'identique¹⁸⁸⁶, emporte un certain nombre

¹⁸⁸⁶ Paris, 25 mars 1994, *Sardisud* : *Rev. arb.* 1994, p. 391, note Ch. Jarrosson. *Adde* : Paris, 10 nov. 1995 : *Rev. arb.* 1997, p. 596, obs. J.P. – Paris, 11 avr. 2001 : *Rev. arb.* 2003, p. 143, note D. Bensaude. – Paris, 11 mai 2006 : *Rev. arb.* 2006, p. 857. – Paris, 29 nov. 2007 : *Rev. arb.* 2009, p. 741, note C. Chainais. – Paris, 15 juin 2010 : *Rev. arb.* 2010, p. 392. – Cass. 1^{re} civ., 12 oct. 2011 : *Rev. arb.* 2012, p. 86, note F.-X. Train. – Paris, 26 févr. 2013 : *Rev. arb.* 2014, p. 82, note P. Duprey et C. Fouchard. – Paris, 2 juill. 2013 : *Rev. arb.* 2014, p. 130, note E. Loquin. – Paris, ord., 30 juin 2020, n° 19/12440 : *Dalloz actualité*, 29 juill. 2020, obs. J. Jourdan-

de conséquences pratiques et fondamentales : « Seules peuvent faire l'objet du recours en annulation les véritables sentences arbitrales, c'est-à-dire les actes des arbitres qui tranchent de manière définitive, en tout ou en partie, le litige qui leur est soumis, que ce soit sur le fond, sur la compétence ou sur un moyen de procédure mettant fin à l'instance. Les décisions qui ne répondent pas à ces critères, quelle que soit leur dénomination, participent seulement à l'instruction du litige, sans préjuger de son règlement, peuvent être modifiées après débat par les arbitres eux-mêmes et ne peuvent faire l'objet d'un recours distinct de la sentence ». Si la réforme de 2011 n'offre pas de définition de la sentence, la jurisprudence postérieure montre que cette définition demeure d'actualité¹⁸⁸⁷.

1384. – Enjeu. En premier, l'enjeu d'une telle définition est essentiel. En effet, la sentence dispose d'un certain nombre d'attributs, l'autorité de la chose jugée, la possibilité d'obtenir l'*exequatur* ou d'exercer des recours, etc. Seules donc les véritables sentences, au sens de la jurisprudence française, peuvent être revêtues de l'*exequatur* et peuvent faire l'objet d'une exécution forcée. De même, seules ces « véritables sentences »¹⁸⁸⁸ peuvent faire l'objet d'un recours en annulation, à l'exclusion alors de toutes décisions qui ne seront pas considérées comme des sentences, comme des ordonnances de procédure et autres « mesures d'organisation de l'arbitrage ». Ces « décisions », et quand bien même seraient-elles désignées par les arbitres comme des « sentences », ne pourront être éventuellement critiquées que lors du recours contre la sentence définitive, et non pas de façon autonome dès leur prononcé par le tribunal arbitral. Enfin, la conception française, stricte, de la notion de sentence permet de limiter les recours au juge étatique, et ce jusqu'au prononcé de la décision définitive des arbitres qui constituera la « sentence », sur le fond, la compétence ou un moyen de procédure les conduisant à mettre fin à l'instance. Il est donc essentiel de considérer que, dans cette conception, la qualification de « sentence » est soustraite au pouvoir des arbitres ou des parties ; c'est donc une conception objective qui s'impose¹⁸⁸⁹.

Marques ; D. 2020, p. 2484, obs. Th. Clay (n'est pas une sentence l'acte qui rétracte une sentence d'accord-partie). V. cependant Paris, 1^{er} juill. 1999, *Brasol* : *Rev. arb.* 2003, p. 834, obs. Ch. Jarrosson qui retient, pour sentence, une décision d'un arbitre sur une question de procédure qui ne met pas fin à l'instance arbitrale, décision d'ailleurs opportunément citée par les partisans de la conception large de la sentence (cf. G. B. Born, *International Commercial Arbitration*, vol. III *International Awards*, Kluwers, 2^e éd., 2014, § 22.02[B], spéc. p. 2933).

¹⁸⁸⁷ Cf. Par ex. Paris, 2 juill. 2013, préc.

¹⁸⁸⁸ Le terme « véritable sentence » est parfois utilisé par les juges (comp., Cass. 1^{re} civ., 12 oct. 2011, préc. – Paris, ord., 30 juin 2020, préc.), comme s'il existait des « fausses sentences ». Or le problème n'est pas posé en termes de vérité mais davantage de catégories et d'identification de critères permettant une telle qualification de « sentence ».

¹⁸⁸⁹ Paris, 29 nov. 2007 et 3 juill. 2008 : *Rev. arb.* 2009, p. 741, note C. Chainais.

1385. – Conception française, stricte. La conception française, dite stricte, implique qu'une décision rendue par les arbitres qui met fin au litige est une sentence. C'est le cas de « la » sentence qui tranche le litige de manière terminale, au fond, mais aussi d'autres décisions comme une sentence d'incompétence ou d'irrecevabilité, qui mettent fin au litige. Ne sont pas, à l'inverse des sentences, les décisions qui se prononcent sur une mesure d'instruction, une mesure conservatoire ou provisoire, une ordonnance de procédure, même si ces décisions ne sont pas des simples mesures d'organisation de la procédure et mettent en présence deux conceptions différentes du point à trancher, un litige donc. Dans cette situation, aucun des attributs d'une sentence ne leur est reconnu, et un recours n'est possible contre la décision qu'à l'occasion d'un recours contre la sentence elle-même.

1386. – Critiques. On mesure cependant ce que la définition jurisprudentielle laisse en suspens, et donc ce qu'elle offre comme éléments de critique¹⁸⁹⁰, dans la mesure où cette conception objective fait de la distinction entre la nature d'une décision (considérée comme une « sentence ») et son sens (la décision ne met pas fin au litige). En effet, si une sentence est une décision rendue par des arbitres qui « met fin au litige qui est soumis aux arbitres », tout dépend de ce que l'on entend alors par « litige », le litige dans sa globalité, intégrant ainsi tous les éléments discutés, ou au contraire, le litige considéré comme une somme de litiges spécifiques, de telle manière qu'une « sentence » mettant fin à un de ces litiges en serait bien une, dans la mesure où, d'une part, il est possible que ces décisions, non considérées aujourd'hui comme des sentences, soient l'objet d'un débat âpre et argumenté, d'un « litige particulier » et, d'autre part, qu'il est possible que le tribunal arbitral décide de scinder le litige, par une décision dite de « bifurcation » (V. *supra*, Encart 33, n^{os} 1006 et s.). Dans cette situation, le tribunal peut décider de régler par exemple la question du débat sur la loi applicable, puis, de trancher le débat au fond. Assiste-t-on alors à l'identification de deux litiges distincts supposant donc deux sentences ? À bien des égards si les arbitres, avec l'accord des parties ont estimé devoir diviser l'instance, c'est certainement que la solution du premier point dépend de celle du second. La conception stricte de la notion de sentence ne permet pas cette division : est une sentence celle qui met fin *au* litige, uniquement. Au-delà donc du débat autour de la question de ce qu'est une « véritable sentence », c'est moins la fin du litige qui importe que la fin de l'instance arbitrale, laquelle, par hypothèse, est susceptible de voir se dérouler plusieurs « litiges », traités de manière globale ou particulière.

¹⁸⁹⁰ Cf. C. Chainais, note préc., spéc. p. 752.

Ainsi, la sentence qui rétracte une sentence d'accord-parties n'est pas une « sentence », dans la mesure où elle ne met pas fin à l'instance, mais ouvre au contraire une nouvelle instruction du litige¹⁸⁹¹.

La conception de la sentence arbitrale, stricte, pose en effet difficulté au regard de la multiplicité des types de décisions arbitrales (V. *infra*, n° 1395 et s.) : les sentences partielles, les sentences avant dire droit, les sentences intermédiaires, les « ordonnances de procédures », *etc.*, sans que ces désignations soient elles-mêmes parfaitement établies, où l'on retrouve, multipliée, cette difficulté. L'absence de définition légale de la notion de sentence participe d'ailleurs à l'entretien de la controverse, sans compter les « actes » rendus par les arbitres, pas toujours clairement identifiés, ordonnance, de procédure par exemple, voire « conclusion de l'amiable compositeur »¹⁸⁹². Ce travers est d'ailleurs partagé par la plupart des législations, comme par la Convention de New York de 1958 qui se contente de considérer outre « les sentences rendues par des arbitres », c'est-à-dire « celles qui sont rendues par des organes d'arbitrage permanents auxquels les parties se sont soumises » (art. I, § 2), comme, sans doute par imitation, la plupart des règlements d'arbitrage.

Tous les actes et décisions émanant d'un tribunal arbitral qui ne sont pas qualifiés de sentence ne sont pas « rien » mais des actes de procédure, souvent pris sous la forme d'« ordonnances », terme aisé à utiliser pour montrer que les arbitres n'ont pas entendu établir une sentence, à supposer toutefois que l'ordonnance en question ne puisse être considérée comme une sentence véritable (si elle met fin au litige). Ce n'est donc pas une simple considération de vocabulaire : l'ordonnance de désignation d'un expert, l'ordonnance de production de pièces de procédure, de fixation d'un calendrier, de choix de la langue de l'arbitrage, peuvent être de simples actes d'organisation de l'arbitrage, et non des sentences, et ne peuvent alors bénéficier ou subir les effets d'une sentence, du moins dans la conception française. La difficulté alors, notamment pour le juge de l'*exequatur* ou de l'annulation d'une sentence étrangère, se retrouve face à une « sentence » considérée comme telle selon la loi de procédure applicable, notamment si une telle « sentence » se présente formellement comme telle, qu'elle est le résultat d'un débat contradictoire, qu'elle manifeste l'existence d'un litige, alors évidemment partiel, que les arbitres ont alors tranché. Dans la conception française au contraire, un recours ne s'entend qu'à la fin, contre la sentence dans son ensemble¹⁸⁹³.

1387. – Sentence interne, internationale, étrangère. Cette définition n'a aucune influence sur la nationalité de la sentence. Est une sentence interne celle qui est rendue en France sans que des intérêts du commerce international soient en jeu. C'est donc par opposition à une sentence internationale qu'elle est identifiée : est une sentence internationale celle qui met en jeu de tels intérêts aux termes de l'article 1504 du Code de procédure civile. Une sentence arbitrale est « étrangère » lorsqu'elle est rendue à l'étranger, c'est-à-dire lorsque le siège

¹⁸⁹¹ Paris, ord., 30 juin 2020, n° 19/12440 : *Dalloz actualité*, 29 juill. 2020, obs. J. Jourdan-Marques ; *D.* 2020, p. 1584, obs. Th. Clay.

¹⁸⁹² Cf. Paris, 13 janv. 1987, cité par E. Gaillard : *JCl. International*, Fasc. 586-9-2, 1991, n° 4.

¹⁸⁹³ Comp. Cass. 1^{re} civ., 19 juin 2009 : *Rev. arb.* 2009, p. 741, note C. Chainais ; *JCP G* 2009, I, 462, n° 3, obs. J. Ortsheidt, qui ouvrirait un recours pour excès de pouvoir contre une décision arbitrale qui n'est pas une sentence.

de l'arbitrage se situe en dehors du territoire de la République française. Sa reconnaissance et son exécution sont régies, d'une part, par les articles 1514 et suivants du Code de procédure civile (V. *infra*, n° 1695) et, d'autre part, par l'article 1525 qui renvoie, pour ce qui concerne les causes de refus d'*exequatur*, à l'article 1520, lequel énonce les cas d'ouverture du recours en annulation des sentences arbitrales rendues en France en matière internationale. Une telle sentence, « étrangère » en France, peut cependant être « interne » pour l'ordre juridique du siège ou internationale¹⁸⁹⁴ : peu importe pour son traitement dans la conception française, ce qui a une importance particulière au sujet des sentences étrangères ou internationales annulées dans le pays d'origine mais susceptibles d'être revêtues de l'*exequatur* en France (V. *infra*, n° 1683).

B. – Conception large de la notion de sentence arbitrale

1388. – Conception large. Ce débat ouvre la place à une conception plus large de la notion de sentence arbitrale. Une définition large de l'arbitrage, par exemple pour envisager tout type de décisions des arbitres, et non seulement celles qui tranchent définitivement un litige, permettrait à un plus grand nombre de décisions d'accéder à la « notion » de sentence arbitrale et de bénéficier de ces attributs. Bien plus, il pourrait s'agir de considérer qu'est une sentence toute décision d'un arbitre qui tranche un litige (peu importe qu'il lui soit soumis, par exemple la décision du tribunal de « bifurcation », par laquelle il décide de séparer les questions de compétence et de fond, qui n'est pas, dans la conception française, une sentence) ou tranche définitivement un litige, écartant ainsi la particularité des décisions sur les procédures (qui, dans la définition stricte, sont des sentences si elles mettent fin à l'arbitrage, une question de compétence ou de recevabilité par exemple).

1389. – Enjeu. L'enjeu repose essentiellement sur ce que l'on appelle souvent les « sentences » avant dire droit, notamment celles qui décident des mesures provisoires ou conservatoires, les décisions ou ordonnances sur des points de procédure, particulièrement sur des questions de *disclosure*, lorsqu'une règle de droit anglaise ou américaine est applicable à la procédure dans un arbitrage international. Ces décisions, devenues sentences, pourraient alors faire l'objet d'exécution forcée ou de critiques devant le juge de l'annulation¹⁸⁹⁵ ou encore face à une mesure conservatoire ou provisoire, par

¹⁸⁹⁴ V. par ex., Cass. 1^{re} civ., 13 janv. 2021, n° 19-22 ; 932, *Jurisdata* n° 2°21-000457 ; V. plus gén. *supra*, n° 165.

¹⁸⁹⁵ Cf. la décision, considérée comme isolée : Paris, 7 oct. 2004, *Otor : Rev. arb.* 2004, p. 982 ; *D.* 2005, pan. 3062, obs. Th. Clay ; *JCP G* 2005, I, 134, n°s 5 et 7, obs. J. Ortscheidt : « Le tribunal arbitral s'est définitivement prononcé le 4 avril 2002 sur la demande de mesures conservatoires qui lui avaient été présentées par les sociétés Carlyle, la limitation des mesures ordonnées à la durée de l'instance ne remettant pas en cause l'autorité de la chose jugée de sa décision, que les arbitres ont pu exprimer sous forme de sentence, choix de procédure auquel aucune des parties ne s'est opposée, leur pouvoir de juger d'une

exemple ordonnant un paiement par provision, assorti d'une astreinte¹⁸⁹⁶. L'avantage d'une telle solution est de permettre l'*exequatur* de la décision, notamment lorsque le tribunal arbitral suppose que l'exécution spontanée risque d'être difficile ou au contraire d'engager un recours contre la sentence. Les inconvénients sont cependant multiples. Ainsi, le fait que la nature de la décision dépende du choix des parties porte atteinte au principe de l'indisponibilité des voies de recours. En outre, elle heurte le principe selon lequel la nature de la sentence ne dépend pas du choix réalisé par les arbitres. Enfin, le fait qu'il s'agisse d'une sentence multiplie les risques de recours dilatoires ou tout simplement de nature à ralentir la procédure arbitrale, et ce de manière considérable alors que l'évolution des règles du droit de l'arbitrage vise à assurer l'efficacité et la célérité de l'arbitrage et à éviter les manœuvres dilatoires ralentissant ou entravant le déroulement d'un arbitrage. On peut penser que l'efficacité de l'arbitrage ne serait pas accrue du fait de l'élargissement de la notion de sentence, mais plutôt diminué si l'on veut bien admettre que le critère de l'efficacité de l'arbitrage repose sur la confiance dans les arbitres et sur la célérité, relative bien entendu, de la procédure d'arbitrage.

1390. – Mesures conservatoires. Observons d'ailleurs que, pour donner pleine efficacité aux décisions portant sur des mesures conservatoires ou provisoires, une conception américaine¹⁸⁹⁷ de la sentence arbitrale retient une notion plus large que la solution française : une décision qui tranche un litige soumis aux arbitres qui met fin à tout ou partie du litige sur le fond ou sur la compétence, voire sur une question de procédure, notamment pour des questions de *disclosure*, pour autant que les arbitres désignent cette décision comme une sentence¹⁸⁹⁸, serait-elle provisoire, et ne touchant pas définitivement le fond est alors considérée comme une sentence, susceptible donc d'exécution forcée ou de recours¹⁸⁹⁹. C'est effectivement une question capitale : les mesures provisoires ou conservatoires, les mesures sur l'obtention de preuve ou de *disclosure* doivent-elles, en raison de leur particularisme, intégrer la notion de sentence, ou au contraire en être exclues, quitte à ce qu'une règle complémentaire ne règle la question ?

demande d'urgence qui participe à la résolution du litige ».

¹⁸⁹⁶ Comp. Paris 11 mai 2021, n°18/06076, *Aperbras* : *Dalloz actualités*, 18 juin 2021, obs. J. Jourdan-Marques.

¹⁸⁹⁷ Cf. G. B. Born, *International Commercial Arbitration*, vol. III, *International Awards*, Kluwers, 2^e éd., 2014, § 22.02(B), spéc. p. 2934.

¹⁸⁹⁸ Observons que le projet de loi-type de la CNUDCI de 1985 proposait une définition voisine : « 'Award' means a final award which disposes of all issues submitted to the arbitral tribunal and any other decisions of the arbitral tribunal which finally determines any question of substance or the question of its competence or any other question of procedure but, in the latter case, only if the arbitral tribunal terms its decision an award ». Dans le même sens, *New Zealand Arbitration Act*, § 2(1).

¹⁸⁹⁹ CA, 4^e Circ. États-Unis, *Arrowhead Global Solutions v. Datapath Inc*, 166 Fed. Appx. 39, 44 (4th Cir. 2006). – CA, 7^e Circ. États-Unis, *Publicis Communications c/ True North*, 14 mars 2000, 206 F. 3d 725.

L'une des solutions pourrait reposer sur la reconnaissance des décisions présentant des mesures conservatoires ou provisoires « comme » des sentences¹⁹⁰⁰. La solution pourrait d'ailleurs s'autoriser de la formule de l'article 1468 du Code de procédure civile qui considère que les mesures provisoires ou conservatoires sont ordonnées par voie de sentence parce qu'elles peuvent être assorties d'astreinte. La décision présentant de telles mesures met bien fin à un litige, serait-il provisoire et ne touchant pas définitivement au fond¹⁹⁰¹. Dès lors, et pour éviter le risque de recours dilatoires, il conviendrait d'admettre que les recours contre une telle sentence ne pourraient entraver la poursuite de l'instance, ou bien qu'ils devraient être retardés au moment du prononcé de la sentence définitive. Ce serait cependant une modification de la définition, stricte, de la sentence, qui risquerait d'aboutir à un certain nombre d'effets collatéraux : comment, en effet réserver un tel élargissement à ces seules décisions ? C'est en ce sens que la définition stricte retenue en droit français, avec la règle générale du recours au juge d'appui, nécessite d'être appuyée : la clarification mériterait d'être étayée par une règle du type de celle de l'article 17H de la loi-type de la CNUDCI¹⁹⁰².

En second, découlent de la définition de la sentence un certain nombre de caractères : la nature juridictionnelle de la sentence, le fait qu'il s'agisse d'une décision, qui tranche un litige soumis au tribunal arbitral, dont l'objet est déterminé, le fond, la compétence ou, s'il s'agit d'une question de procédure, qu'elle mette fin à l'arbitrage, points sur lesquels on peut alors proposer quelques éléments, de manière à écarter des décisions qui ne sont pas des sentences.

§ 2. – La nature juridictionnelle de la sentence arbitrale

1391. – Acte juridictionnel. La sentence arbitrale est un acte juridictionnel, de nature contentieuse, en ce sens que le tribunal arbitral a vocation à trancher un litige, y mettant fin, après avoir observé contradictoirement et de manière égalitaire, sur une base conventionnelle, les prétentions des parties. Ce caractère juridictionnel a pour conséquence que les arbitres disposent du pouvoir de « dire le droit », la *jurisdictio*, qui leur permet donc de trancher le litige, c'est-à-dire choisir la solution, obligatoire, qui s'imposera entre les positions antagonistes développées par les parties. De ce point de vue, elle ne diffère en rien d'un jugement ou d'une autre décision juridictionnelle, à ceci

¹⁹⁰⁰ Cf. Paris, 7 oct. 2004, préc. (où la Cour avait considéré que les arbitres avaient le choix entre traiter la question comme une sentence ou comme une ordonnance de procédure). V. aussi : Paris 11 mai 2021, n° 18/06076, préc., où la cour d'appel de Paris décide que « le fait que ladite sentence soit qualifiée d'intérimaire et qu'elle ordonne un paiement par provision, assorti d'une astreinte, ne lui ôte pas sa qualité de sentence, même partielle, dès lors qu'elle tranche, même à titre provisoire, une partie du litige et qu'elle est dès lors susceptible de faire l'objet d'un recours en annulation, dans les conditions fixées par le Code de procédure civile » V. aussi : Ch. Seraglini et J. Ortscheidt, *op. cit.* n° 419 ; v. aussi au sujet des décisions rendues par les arbitres dits « d'urgence », *supra*, n° 1268 s.

¹⁹⁰¹ Comp. Paris, 10 nov. 1995 : *Rev. arb.* 1997, p. 596, obs. J. Pellerin.

¹⁹⁰² Loi-type CNUDCI, art. 17H : « 1) Une mesure provisoire prononcée par un tribunal arbitral est reconnue comme ayant force obligatoire et, sauf indication contraire du tribunal arbitral, est exécutée sur demande adressée au tribunal compétent, quel que soit le pays où elle a été prononcée, sous réserve des dispositions de l'article 17 I », étant entendu qu'une mesure provisoire est ordonnée par le tribunal arbitral dans les conditions, longuement exposées, de l'article 17.

près toutefois qu'il manque à la sentence *l'imperium*, la force obligatoire attachée à un jugement étatique. En outre, cette nature juridictionnelle signifie que la décision, la sentence, est définitive : c'est en cela que la sentence tranche le point litigieux, de manière achevée, irrévocable, qui met fin au litige (ce, indépendamment des éventuels recours), à l'inverse des autres décisions du tribunal, non considérées comme des sentences parce que l'instance, donc le litige, se poursuit.

1392. – La sentence, une décision issue du tribunal arbitral. Est une sentence arbitrale, une décision rendue par le tribunal arbitral, ce dont il résulte que les décisions, par exemple d'organisation, externes au tribunal arbitral, comme celles des centres d'arbitrage chargés d'organiser le fonctionnement et le déroulement de l'arbitrage lorsqu'il s'agit de se prononcer sur une demande de désignation d'un arbitre, ou de récusation d'un arbitre¹⁹⁰³, ou encore sur les honoraires des arbitres, ne sont pas des sentences, en ce sens qu'elles ne constituent pas des décisions de type juridictionnel¹⁹⁰⁴. Il faut parfois se méfier des présentations : par exemple les sentences rendues sous le couvert d'un centre d'arbitrage peuvent se présenter comme si elles émanaient exclusivement de celui-ci. Ce peut être le cas, au premier coup d'œil, des sentences rendues sous l'égide du Tribunal arbitral du sport par exemple, alors que la décision, « pour ces motifs » commence ainsi : « Le tribunal arbitral du sport (...) » : ce sont bien, pour autant, derrière cette formule, des sentences arbitrales qui sont rendues par une « formation » (ou un « panel ») d'arbitres désignés conformément à la volonté des parties¹⁹⁰⁵.

1393. – Détermination de la nature des sentences arbitrales : objet et nature du litige. La définition stricte de la notion de sentence en droit français peut être explicitée à travers la question de l'objet ou de la nature du litige. Cela signifie que la notion se présente de manière objective : la qualification de sentence arbitrale ne dépend ni du choix des parties ni de celui des arbitres ni de l'institution arbitrale qui organiserait l'arbitrage ; et subjective : elle se déduit du litige que les parties demandent aux arbitres de trancher. Dans la conception française, on considérera donc que le *litige* est un tout, et non une somme de demandes, qui pourraient artificiellement être considérées comme autant de litiges. Constitue le *litige*, l'acte qui introduit l'arbitrage, la demande formulée par le demandeur à l'arbitrage, accompagnée des demandes reconventionnelles ou additionnelles qui ne font que constituer, dans le temps, le litige, appelé à

¹⁹⁰³ Cass. 2^e civ., 7 oct. 1987 : *Rev. arb.* 1987, p. 479, note E. Mezger. – Cass. 1^{re} civ., 20 févr. 2001 : *Rev. arb.* 2001, p. 511, note Th. Clay.

¹⁹⁰⁴ Paris, 4 et 11 avr. 2002 : *JCP G* 2003, I, n° 105, obs. J. Ortscheidt. Ce, outre le fait que, en toute hypothèse, une sentence, en droit français de l'arbitrage interne, ne peut émaner d'une personne morale (*V. supra*, n° 686).

¹⁹⁰⁵ *V. au sujet de l'arbitrage dans le domaine sportif, supra*, n° 405.

être tranché. Par exemple, une convention d'arbitrage qui considérerait que toutes les décisions des arbitres seront considérées chacune comme autant de sentences n'aurait pas d'effet obligatoire sur la qualification de décisions des arbitres comme sentences¹⁹⁰⁶. Une sentence arbitrale suppose qu'un litige, qu'il s'agisse de l'entière du litige justifiant l'arbitrage, ou une partie seulement de celui-ci, voire un litige subséquent, né après la constitution du tribunal arbitral, soit tranché (sous la réserve qu'il ne s'agisse pas d'une question de procédure, la décision supposant qu'elle mette fin à l'arbitrage pour être considérée comme une sentence). Il convient ainsi qu'un litige soit identifié, qu'il en découle des prétentions et des argumentations juridiques discutées, en conséquence le respect du contradictoire entre les parties et qu'il soit tranché¹⁹⁰⁷. Chaque fois que ces éléments ne sont pas rassemblés, la décision prise n'est pas une sentence. Ne sont donc pas une sentence, et ne peuvent donc faire l'objet d'une voie de recours, la décision ou les mesures prises qui n'auraient pas pour but de trancher un litige¹⁹⁰⁸. Ainsi, les mesures d'instruction, visant par exemple à ordonner une mesure d'expertise ou bien encore visant à la production de pièces ou encore une décision qui refuserait de faire droit à une demande de sursis à statuer¹⁹⁰⁹, ne sont pas des sentences. De même, une ordonnance fixant, dès le début de la procédure, la langue applicable qui était contestée, tranche une question d'administration de la procédure et ne saurait être qualifiée de sentence¹⁹¹⁰. Enfin, n'est pas une sentence, la décision qui ne s'imposerait que pour autant que les parties l'acceptent¹⁹¹¹.

1394. – Rôle du juge étatique. C'est alors au juge étatique, auquel est soumise une décision d'arbitres, par exemple pour l'annuler, de qualifier celle-ci pour, éventuellement, la considérer comme une sentence. Ce contrôle étatique permet de dégager les critères positifs d'une sentence arbitrale et de distinguer celle-ci d'autres types de décisions arbitrales, notamment les ordonnances de procédure, contrôle dont les effets sont d'ailleurs évolutifs. Ainsi, la jurisprudence a pu considérer que la qualification

¹⁹⁰⁶ Cf. Paris, 2 avr. 2009 : *Rev. arb.* 2009, p. 787, note J. Billemont. – Paris, 29 nov. 2007 et 3 juill. 2008 : *Rev. arb.* 2009, p. 747, note C. Chainais.

¹⁹⁰⁷ V. Paris, ord., 12 janv. 2021, n° 19/12417 qui juge qu'une « ordonnance de procédure » par laquelle les arbitres ont déterminé quelles étaient les parties à l'arbitrage met fin à l'instance à l'égard des parties écartées et constitue une sentence.

¹⁹⁰⁸ Notamment les mesures d'administration du litige : Paris, 20 oct. 2020, n° 19/05231 : *Dalloz actualité*, 24 déc. 2020, obs. J. Jourdan-Marques, qui admet en outre la possibilité, contre de telles mesures et en cas d'excès de pouvoir, d'un appel-nullité.

¹⁹⁰⁹ Cf. Paris, 7 juill. 1987 : *Rev. arb.* 1988, p. 649, note E. Metzger : « L'ordonnance de procédure rendue par le tribunal arbitral pour régler l'instruction de l'affaire ne présente aucun caractère juridictionnel et constitue une simple mesure d'administration judiciaire qui ne peut dès lors faire l'objet d'un recours en annulation ».

¹⁹¹⁰ V. Paris, 26 févr. 2013 : *Rev. arb.* 2014, p. 90, note P. Duprey et Ph. Fouchard ; V. sur la question de la langue, *supra*, n° 1140.

¹⁹¹¹ V. Cass. 1^{re} civ., 1^{er} juin 1987, cité par E. Gaillard : *JCI. International*, Fasc. 586-9-2, 1991, n° 10.

de sentence dépendait du caractère juridictionnel des auteurs de la décision¹⁹¹² ou bien du pouvoir juridictionnel de ceux-ci¹⁹¹³ ou bien encore de l'existence d'un litige à trancher¹⁹¹⁴, de la nature définitive de la décision désignée comme sentence ou encore de son objet, notamment le fait qu'elle touche un élément du fond du litige. Or chacun de ces éléments a pu être discuté devant le juge du contrôle et, notamment, le caractère définitif de la sentence ou son objet, spécifiquement à propos des ordonnances dites de procédure, ou des décisions portant des mesures conservatoires ou provisoires. En effet, la nature d'une sentence arbitrale dépend de ses effets : est une sentence arbitrale l'acte qui tranche de manière définitive un litige soumis aux arbitres et qui met fin à l'instance. La notion de sentence arbitrale, et les conséquences qui lui sont associées, ne sont donc pas réservées à l'acte qui trancherait l'intégralité des questions en litige, alors que les arbitres ont rendu des « sentences intermédiaires » (qui ne sont alors pas des sentences). Ainsi, il en résulte que les arbitres ne sont pas tenus, dans la sentence qui met définitivement fin aux questions litigieuses et à l'instance, de rendre une sentence récapitulative afin de conférer la nature de sentence à l'ensemble, à moins toutefois que la règle applicable à l'arbitrage n'exclue une décision de la qualification de sentence¹⁹¹⁵. De même la qualification de sentence n'est pas limitée aux actes qui aboutissent à une condamnation pécuniaire¹⁹¹⁶ de sorte que la décision qui prononce l'incompétence du tribunal est une sentence, comme l'est celle qui ne trancherait qu'une question de principe, comme une sentence en interprétation, à condition toutefois qu'elle met bien fin au litige et à l'instance tel qu'il est présenté aux parties. Ce critère permet notamment d'écarter de la qualification de sentence les décisions des arbitres qui constituent des mesures d'administration judiciaire et notamment les ordonnances de procédure¹⁹¹⁷. En effet, les actes d'administration de l'arbitrage ou les ordonnances de procédure (comme une question de production de documents ou de fixation de la langue)¹⁹¹⁸, qui constituent le type ordinaire de ces actes, ne sont pas des sentences, et ne peuvent donc

¹⁹¹² Cf. Paris, 15 janv. 1985 : *Rev. arb.* 1986, p. 87, note E. Metzger.

¹⁹¹³ Paris, 17 mars 1989 : *Rev. arb.* 1990, p. 727. – Cass. 2^e civ., 7 oct. 1987 : *Rev. arb.* 1987, p. 479, note E. Metzger.

¹⁹¹⁴ Paris, 9 juill. 1992 : *Rev. arb.* 1993, p. 303, note Ch. Jarrosson.

¹⁹¹⁵ Cf. en matière d'arbitrage CIRDI, la décision rendue sur la compétence qui n'est pas considérée comme une sentence (cf. E. Gaillard, obs. in *JDI* 1987, p. 185 et 186).

¹⁹¹⁶ En ce sens, E. Gaillard : *JCI. International*, Fasc. 586-9-2, 1991, n° 11n citant, *contra*, à propos du droit suisse de l'arbitrage international, Lalive, Poudret, Reymond (*Le droit de l'arbitrage interne et international en Suisse*, Lausanne, Payot, 1989, p. 406) qui considèrent au contraire que seules les décisions de ce type sont des sentences, de sorte que les décisions se prononçant sur le droit applicable, la compétence ou le principe de responsabilité, n'en seraient pas.

¹⁹¹⁷ Paris, 25 mars 1994, préc.

¹⁹¹⁸ V. *supra*, n° [1393](#).

faire l'objet (du moins séparément) d'une voie de recours¹⁹¹⁹. L'ordonnance de procédure n° 1 par exemple, presque systématique en matière d'arbitrage international, correspond ainsi à la liberté laissée aux arbitres de fixer les règles de procédures au-delà des précisions conventionnelles ou d'un Règlement d'arbitrage, et ne correspond en rien à la solution d'un litige quelconque. Ils ne pourraient pas non plus faire l'objet d'une procédure d'*exequatur* puisqu'il n'y a rien à « exequaturer », l'*exequatur* ne portant que sur un acte juridictionnel. Par exemple un courrier adressé par le président du tribunal et invitant les parties à communiquer ou discuter une pièce, proposant un délai voire demandant une prorogation du délai de l'arbitrage, des honoraires ou de nouvelles provisions¹⁹²⁰, se prononçant sur la régularité de la représentation d'une partie soumise à une procédure collective¹⁹²¹, etc., ne sont pas des sentences arbitrales dans la mesure où aucun litige n'apparaît qui appellerait à être tranché.

Section 2

Les types de sentences arbitrales

1395. – Indétermination sémantique. Si l'adoption de la conception stricte française ne fait globalement pas de doute, il reste que les arbitres utilisent parfois les termes « sentence » ou « ordonnance » pour distinguer des décisions qui ne correspondent pas nécessairement à la définition d'une sentence du juge du siège. D'ailleurs, sont désignées comme des sentences des décisions qui n'en sont pas réellement, les « sentences » de bifurcation, des « sentences » avant dire droit, des « sentences » conservatoires ou provisoires, etc. Forts donc de la conception française de la notion de sentence, seront envisagées ici des « sentences » qui n'en sont pas toutes, mais sont usuellement désignées comme telles.

1396. – Diversité des types de sentences arbitrales. Au-delà de « la » sentence, celle que les parties attendent et qui tranchera le litige et y mettra fin, la sentence finale, divers types de décisions sont également des sentences, en tant qu'elles tranchent, de manière définitive, un litige. Il n'y a donc pas, pour un litige donné, « une sentence mais des sentences »¹⁹²² ou possiblement des sentences, dans la mesure où le chemin d'un litige arbitral

¹⁹¹⁹ CA Paris, 7 juill. 1987, préc.

¹⁹²⁰ Paris, 11 avr. 2002, préc.

¹⁹²¹ Paris, 4 avr. 2002, préc.

¹⁹²² J.-B. Racine, *Droit de l'arbitrage*, op. cit., n° 813.

est souvent ponctué de décisions diverses dites « sentences », souvent dans une ou des sentences partielles tranchant le départ du litige, compétence, loi applicable, loi de procédure applicable, périmètre de l'arbitrage, etc., quand bien même les arbitres décideraient de régler l'ensemble des points du litige en une sentence unique.

1397. – Diversité et rattachement à la définition de la sentence arbitrale. La notion même de sentence « finale » pose difficulté au regard des critères envisagés plus haut, dans la mesure où est une sentence celle qui correspond à une décision rendue par des arbitres investis de ce pouvoir et qui tranche, définitivement, un litige, serait-il partiel, voire provisoire. Dès lors, on pourrait proposer de distinguer la sentence « finale » et la sentence « définitive », cette dernière expression se présentant alors comme un pléonisme, ou bien au contraire considérer que toute sentence est par nature, « finale », de sorte qu'il n'y aurait plus que des sentences. Rien n'interdit cependant de qualifier ces sentences, ne serait-ce que pour des raisons pédagogiques et de bonne compréhension de la situation pratique, tout en conservant à l'esprit les caractères juridiques d'une sentence. En outre, la convention d'arbitrage peut régler cette question, par exemple en demandant une sentence unique ou au contraire une ou des sentences partielles, le choix devenant alors obligatoire pour les arbitres à supposer toutefois qu'elles résultent de stipulations expresses et clairement posées, comme l'expose la Cour de cassation en matière d'arbitrage international¹⁹²³, de telle manière que le respect de la mission ainsi imposé aux arbitres est de nature à faire l'objet d'un contrôle.

1398. – Présentation. Présenter ces types de « sentences » relève alors d'une forme de paradoxe puisqu'elles sont, en droit français de l'arbitrage, envisagées en un sens strict. On peut s'en tenir cependant à l'usage terminologique qui envisage comme « sentences » des décisions qui n'en sont pas, non pas en les envisageant les unes après les autres, mais en les envisageant de manière chronologique, qu'il s'agisse de sentences anticipées (§ 1) ou de sentences en fin d'instance (§ 2).

§ 1. – Les sentences anticipées

1399. – Sentences partielles, sentences avant dire droit. Certaines sentences sont dites « partielles » ou « intermédiaires ». Ce sont celles dans lesquelles les arbitres sont appelés à trancher un point précis, mais, isolé, du

¹⁹²³ Cf. Cass. 1^{re} civ., 8 mars 1988 : *Rev. arb.* 1989, p. 481, note Ch. Jarrosson.

litige, de telle manière que la « sentence » ne met pas fin au litige et ne dessaisit pas totalement les arbitres, sinon sur le point particulier, objet de la sentence partielle. Il s'agit en général de sentences qui se prononcent sur la compétence du tribunal arbitral¹⁹²⁴, ou bien encore sur la loi applicable au litige, ou encore sur une question de fond, mais par exemple touchant au principe d'un point préalable du litige, comme le principe de la responsabilité d'une partie, ou le principe de la qualité d'exécution d'un contrat, ou encore celui de la validité d'un contrat ou d'une clause, etc. Lorsqu'une telle sentence tranche, définitivement, un point du litige, c'est-à-dire que cette question ne sera pas débattue à nouveau, peu importe qu'elle soit ou non formellement reprise dans la sentence finale, peu importe qu'elle soit ou non qualifiée de « partielle », elle ne dispose pas des qualités juridictionnelles suffisantes pour qu'elle puisse faire l'objet d'une voie de recours dans la mesure où par nature elle ne met pas fin à l'arbitrage¹⁹²⁵. Une telle sentence partielle n'est pas « rien », ou un « accessoire » de la sentence « finale ». La sentence est l'ensemble de décisions, éventuellement multiples, par exemple une sentence dite partielle, sur la compétence et la sentence finale. Or, le contentieux subséquent sur la validité de la sentence peut porter principalement sur les éléments décidés dans la sentence partielle. Il en résulte alors que l'annulation de la sentence partielle emporte celle de la sentence finale¹⁹²⁶. À défaut, il s'agit d'une sentence avant dire droit, dont l'objet est de statuer sur une mesure provisoire ou conservatoire. Ce type de décision, dite pourtant « sentence avant dire droit », n'est pas davantage une sentence (à la différence des règles de droit commun de procédure civile où un jugement avant dire droit est un jugement), en ce sens que le point de droit, de procédure souvent, ne met pas fin à l'arbitrage¹⁹²⁷. La décision ne peut donc être attaquée qu'à l'occasion d'un recours engagé contre la sentence finale¹⁹²⁸ (cf. sur ce débat, *supra*, n^{os} 1382 et s.).

On peut d'ailleurs observer que le choix de procéder par voie de sentence partielle est, en principe, laissé à la discrétion du tribunal arbitral : celui-ci peut ainsi décider de trancher tout le litige en une sentence unique et finale (ce qui induit que les

¹⁹²⁴ CA Paris, 20 juin 2002 : *Rev. arb.* 2002, p. 971, note J.-B. Racine. – TGI Nanterre, 5 sept. 2001 : *Rev. arb.* 2002, p. 455, note D. Bureau.

¹⁹²⁵ Cf. A. Pinna, *L'annulation d'une sentence arbitrale partielle* : *Rev. arb.* 2008, p. 615.

¹⁹²⁶ Cf. Paris, 17 nov. 2020, n^{os} 18/02568 et 19/07347, *Sorelec* : *GAR* 18 nov. 2020, obs. C. Sanderson ; *Dalloz actualité*, 24 déc. 2020, obs. J. Jourdan-Marques ; *D.* 2020, p. 1484, obs. Th. Clay.

¹⁹²⁷ Reims, 6 août 2013, n^o 10-03288, *Batard Villemer c/ Prodim* : *Cah. arb.* oct. 2013, note P. Pedone et J. Fourret.

¹⁹²⁸ V. toutefois : Paris, 26 janv. 2021, *Ureco et alii c. Consorts Sahraoui*, n^o 19/18582, au sujet d'une sentence partielle CCI ayant ordonné à des actionnaires défendeurs, sous peine d'astreinte de 40 000 dollars américains par jour de retard, de réaliser les démarches nécessaires à l'exécution d'un protocole transactionnel qu'ils se refusaient à conclure, et à environ 350 000 dollars, à titre provisionnel, pour les frais d'arbitrage engagés par les actionnaires demandeurs. La sentence était attaquée sur sa conformité à l'ordre public international sur un autre fondement (lois anti-terroriste), mais l'arrêt a validé, indépendamment de la sentence finale à venir, cette sentence partielle et provisoire.

écritures et les débats entre les parties porteront également sur l'entier litige) ou bien choisir de trancher, en premier, tel point, sur la compétence ou sur une question de principe en litige, *via* une sentence partielle. Cela étant, l'arbitrage ayant une origine conventionnelle, les parties peuvent tout aussi bien imposer au tribunal arbitral qu'il se prononce sur certains points par des sentences partielles¹⁹²⁹.

1400. – Sentences sur la compétence. Les sentences par lesquelles un tribunal se prononce sur sa propre compétence, soit pour la valider, soit pour décider sa propre incompétence, sont l'objet de débats qui, notamment, mettent en œuvre le principe « compétence-compétence » et celui de « l'autonomie de la clause compromissoire » par lesquels le tribunal arbitral est compétent pour trancher la question de sa propre compétence. Cette question est un point essentiel de l'efficacité de l'arbitrage. Il suffirait en effet, à une partie de demander l'annulation du contrat ou de la situation juridique soumise à arbitrage, pour que la convention d'arbitrage qu'elle contient et qui impose le traitement arbitral de ce litige lui échappe, du fait de l'annulation possible de la convention qui en est le support. De même, il suffirait de contester la validité de la clause compromissoire ou de la compétence des arbitres devant le juge étatique pour que le mécanisme arbitral soit enrayé. Les arbitres sont donc souvent appelés à se prononcer sur leur propre compétence, par une sentence partielle, lorsque les arbitres retiennent leur compétence, de sorte que le litige peut se poursuivre, ou par une sentence d'incompétence, qui est une véritable sentence puisqu'elle met fin au litige devant les arbitres¹⁹³⁰.

1401. – Sentence d'incompétence. Toutefois, cette règle emporte un autre type d'interrogation sur la question de savoir si une sentence d'incompétence est juridiquement possible. En d'autres termes, comment un tribunal arbitral pourrait-il rendre une décision d'incompétence, alors que, du fait de cette sentence, il est incompétent¹⁹³¹ ? Cette sorte d'impasse logique¹⁹³² est précisément celle qu'évite le principe « compétence-compétence » : c'est précisément parce que l'arbitre est compétent pour trancher la question de sa propre compétence, et donc de son éventuelle incompétence, que le fondement existe, celui-ci ayant vocation à assurer l'efficacité de l'arbitrage (non sans créer de nouveaux effets pervers, limités cependant, par exemple pour la partie qui engagerait un arbitrage alors qu'il sait que le tribunal arbitral est incompétent, de manière dilatoire). D'ailleurs,

¹⁹²⁹ Cf. Cass. 1^{re} civ., 8 mars 1988 : *Rev. arb.* 1989, p. 481, note Ch. Jarrosson.

¹⁹³⁰ La question de la compétence de l'arbitre peut s'entendre de manière plus large et couvrir des questions de recevabilité, que le juge de l'annulation ne peut cependant contrôler, V. Cass. 1^{re} civ., 11 juill. 2019, n° 17-20.423 : *JCP E* 2019, n° 49, 1542, comm. Ph. Casson. – Paris, 2 juin 2020, n° 17/17373.

¹⁹³¹ Cf. J.-B. Racine, *La sentence d'incompétence* : *Rev. arb.* 2010, p. 729. Adde P. Mayer, *L'autonomie de l'arbitre dans l'appréciation de sa propre compétence* : *RCADI* 1989, t. 217, p. 339. – E. Gaillard, *L'effet négatif de la compétence-compétence*, in *Études J.-F. Poudret*, Lausanne, 1999, p. 387.

¹⁹³² Cf. 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.

l'article 1492, 1° du Code de procédure civile ouvre le recours en annulation contre la sentence de l'arbitre qui s'est déclaré incompétent¹⁹³³.

§ 2. – Les sentences en fin d'instance

1402. – Sentences mixtes. Certaines sentences sont dites mixtes. Il s'agit de sentences qui, en un seul *instrumentum*, présentent tout à la fois une décision au fond et une décision avant dire droit, par exemple ordonnant une mesure provisoire. Ainsi, une sentence concerne une question de fond, par exemple une résiliation de contrat, et une question se prononçant sur le principe de la responsabilité d'un contractant et ajoute une mesure provisoire, par exemple le maintien des obligations du contrat, mais en remettant à une autre décision le prononcé exact de la condamnation. Une telle sentence, dans la conception française, ne devrait pas en être une dans la mesure où elle ne met pas fin au litige.

1403. – Sentences interprétatives ou en rectification d'erreur matérielle. Tout comme les jugements étatiques, les sentences arbitrales peuvent contenir des erreurs matérielles, sur un nom ou sur un montant par exemple, ou comprendre des dispositions susceptibles d'interprétation. Dès lors, les parties peuvent demander une rectification des erreurs matérielles ou une interprétation d'un passage de la sentence. De telles sentences demeurent des actes juridictionnels et sont donc susceptibles de faire l'objet d'une voie de recours, par exemple d'un recours en annulation¹⁹³⁴. Il demeure que la sentence ne s'inscrit pas dans la mission de l'arbitre, qui assure alors une mission de jugement, qui doit, d'ailleurs, être assurée par le juge d'appui au cas où le tribunal arbitral ne puisse ou ne veuille pas l'exercer (*cf.* CPC, art. 1485), par la voie d'une action en annulation.

1404. – Sentence par défaut. L'une des difficultés incontournables de l'arbitrage tient à son caractère conventionnel : une convention d'arbitrage est le point de départ du choix, réalisé par les parties, de soumettre leur litige à un tribunal arbitral. Toutefois, il arrive que l'une des parties décide de ne pas comparaître à l'audience (souvent après avoir refusé de désigner un arbitre) en déniant, infructueusement, toute légitimité à la convention d'arbitrage¹⁹³⁵. Les principes compétence-compétence et d'autonomie de l'arbitrage empêchent qu'une telle obstruction puisse prospérer, comme ils empêchent qu'une partie puisse saisir efficacement une juridiction étatique au lieu et à la

¹⁹³³ Paris, 16 juin 1988 : *Rev. arb.* 1989, p. 309, note Ch. Jarrosson. – Paris, 21 juin 1990 : *Rev. arb.* 1991, p. 96. – Paris, 7 juill. 1994 : *RTD com.* 1995, p. 593, obs. E. Loquin. – Cass. 1^{re} civ., 6 oct. 2010, n° 08-20.563 : *Rev. arb.* 2010, p. 813.

¹⁹³⁴ *Cf.* Cass. 1^{re} civ., 16 juin 1976 : *Rev. arb.* 1977, p. 269. – Cass. 1^{re} civ., 11 juill. 2009 : *Rev. arb.* 2009, p. 918.

¹⁹³⁵ A. Dimolitsa, *L'office de l'arbitre dans les procédures par défaut* : *Cah. arb.* 2008/3, p. 9.

place du tribunal arbitral, comme convenu. Dès lors, une sentence sera rendue par le tribunal arbitral, constitué selon les règles prévues par la convention d'arbitrage, le centre d'arbitrage ou la loi de procédure applicable. Il s'agira de ce qu'il est convenu d'appeler une « sentence par défaut » même si, en réalité, il s'agit moins d'un « défaut », que d'une forme d'inexécution de la convention d'arbitrage par l'une des parties¹⁹³⁶. Toutefois, pour qu'une telle sentence soit valable, il convient qu'elle respecte les règles de validité d'une sentence et, notamment, que le principe du contradictoire soit correctement appliqué et, donc, que la partie défaillante soit informée, avertie, que les écritures et pièces lui soient adressées, comme si elle participait volontairement à l'arbitrage, principe devant sans doute être appliqué avec une certaine souplesse, dans la mesure où, par hypothèse, cette partie ne répondrait pas.

1405. – « Sentence » d'urgence. On a pu observer que les procédures d'urgence, en tant qu'elles permettent d'obtenir des mesures conservatoires ou provisoires, ne sont pas considérées, en droit français de l'arbitrage du moins comme dans beaucoup d'autres systèmes, comme de véritables sentences. Toutefois ce n'est pas la seule fonction de l'urgence. Celle-ci peut en effet s'inférer d'une situation d'urgence proprement dite qui justifie une procédure rapide. Les solutions retenues, au-delà de la conception américaine de la notion de sentence qui donne effet à des mesures provisoires ou conservatoires, elle-même discutée, sont diverses. Le règlement de la CCI relatif à l'arbitrage d'urgence (Règl. CCI, art. 29), prend bien soin d'éviter le terme « sentence » pour préférer celui d'« ordonnance » pour l'obtention de mesures conservatoires ou provisoires d'urgence, qui, d'ailleurs, ne lie pas le tribunal arbitral, et alors que les parties conservent la possibilité de saisir toute autorité judiciaire compétente (Règl. CCI, art. 29, 6° et 7°). L'article 27 de la loi-type de la CNUDCI a choisi ce dernier parti : « Le tribunal arbitral, ou une partie avec l'approbation du tribunal arbitral, peut demander à un tribunal compétent du présent État une assistance pour l'obtention de preuve (...) ». En toute hypothèse, le recours à une procédure d'urgence est à comprendre dans le sens du droit de l'arbitrage et non du droit de la procédure civile, en ce sens que, aux termes de l'article 1449 du Code de procédure civile, tant que le tribunal arbitral n'est pas constitué, une partie peut toujours saisir un juge étatique (le président du tribunal

¹⁹³⁶ Comp. *English Arbitration Act*, art. 41 intitulé *Powers of tribunal in case of party's default* : « 1) The parties are free to agree on the powers of the tribunal in case of a party's failure to do something necessary for the proper and expeditious conduct of the arbitration (...) (4) if without showing sufficient cause a party (a) fails to attend or be represented at an oral hearing of which due notice was given or (b) where matters are to be dealt with in writing, fails after due notice to submit written evidence or make written submissions, the tribunal may continue the proceedings in the absence of that party or, as the case may be, without any written evidence or submissions on his behalf, and may make an award on the basis of the evidence before it ».

judiciaire) pour obtenir une mesure d’instruction ou une mesure conservatoire ou provisoire¹⁹³⁷.

1406. – Sentences déclaratoires. Les sentences déclaratoires¹⁹³⁸ sont aux sentences ce que les actions déclaratoires sont aux actions. Les actions déclaratoires ont pour objet d’obtenir la reconnaissance d’un droit. Elles sont en principe irrecevables en droit français en tant qu’elles auraient exclusivement pour objet de demander à un juge de reconnaître l’existence ou l’inexistence d’un droit ou d’une situation juridique ou procédurale, sans demander de condamnation par ailleurs, à la différence de nombreux droits étrangers¹⁹³⁹. On ne confondra donc pas les actions déclaratoires avec celles qui auraient pour objet de reconnaître un droit ou une situation juridique *en vue de* l’obtention d’une condamnation, comme dans le cas d’une action en reconnaissance de paternité ou visant à obtenir la qualification ou la requalification d’un contrat, dont l’objectif est d’obtenir une conséquence juridique. Il est très fréquent en effet qu’une demande présentée à un juge ou un arbitre ait pour objet une telle reconnaissance ; ce n’est que dans l’hypothèse où cette demande ne serait pas associée à une demande de condamnation que l’on serait en présence d’une action véritablement déclaratoire. Le type même de demande suspecte est celle visant à demander au juge ou à l’arbitre de « donner acte » d’une situation particulière, l’existence d’un contrat par exemple (sans doute en vue d’une autre action) ou bien son inexécution, de fixer une valeur.

Une sentence déclaratoire se présenterait donc comme une sentence, partielle ou définitive, répondant à une action déclaratoire portant sur des éléments de fait ou de droit qui, tout en n’étant pas assortie d’une sanction, d’une injonction à l’égard d’une partie, d’une condamnation ou qui anticipe sur une question à venir, par exemple dans une situation de litispendance (entre deux conventions d’arbitrage concurrentes par exemple, ou entre une action judiciaire et un arbitrage, sur une question préjudicielle), de connexité (sur une question incidente, annexe, accessoire, conjointe ou subsidiaire) ou de disjonction avec une instance à venir (sentence prématurée à parfaire)¹⁹⁴⁰.

La difficulté est de mesurer l’existence et la validité d’une telle sentence. Par exemple, une sentence partielle portant sur la validité d’une clause compromissoire ou l’application d’un droit se présente comme déclaratoire en ce qu’elle décide qu’une telle clause est valable ou que tel droit s’applique, mais n’est pas processuellement déclaratoire dans la mesure où, d’une part, la sentence n’est que partielle et qu’elle s’inscrit dans le jeu procédural visant à parvenir à une sentence définitive et où, précisément, la sentence partielle a pour conséquence juridique la poursuite de l’instance

¹⁹³⁷ Cf. Paris, 13 oct. 2019, n° 19/05913, *Litech Management* : *Gaz. Pal.* 10 mars 2020, p. 29, obs. D. Bensaude.

¹⁹³⁸ Cf. G. Decocq, *Les sentences déclaratoires* : *Cah. arb.* 2012-4, p. 821.

¹⁹³⁹ P. Lepaulle, *Le droit français connaît-il des actions en vue d’établir un droit ?* : *RTD civ.* 1934, 773. – L. Ségur, *L’action déclaratoire* : *JCP I* 1965, 1902. Il existe alors tout une série de mesures alternatives comme la pratique des constats d’huissier, les actions *in futurum*, question préjudicielle, QPC, etc., pour parvenir à un résultat déclaratoire.

¹⁹⁴⁰ G. Decocq, *Les sentences déclaratoires*, préc., spéc. p. ???

arbitrale. Par ailleurs, s'agissant de la validité d'une sentence déclaratoire, si la réception judiciaire d'une action déclaratoire est l'irrecevabilité, il en résulterait, de manière radicale, qu'une sentence recevant une demande purement déclaratoire devrait être annulée, ou ne pourrait recevoir *exequatur*. Cette solution est fondée lorsque les arbitres se prononcent, de manière déclaratoire, sur un point alors, d'une part, que ce n'est pas demandé par une partie et, d'autre part, s'agissant d'une question d'ordre public par exemple, qu'elle n'est pas assortie d'une sanction. La généralité d'une telle solution présente peut-être, précisément une radicalité excessive, dans la mesure où, en général, les actions déclaratoires sont considérées comme irrecevables sur le fondement de l'absence d'intérêt à agir ou sur celui d'un intérêt hypothétique, de telle manière qu'une sentence déclaratoire, ou la partie déclaratoire d'une sentence, peut être moins considérée comme annulable que comme « imparfaite »¹⁹⁴¹, et non automatiquement annulable. La difficulté se pose en effet dans plusieurs hypothèses. La première, la plus simple, est celle d'une sentence ou d'une partie de la sentence purement déclaratoire ; l'action doit être considérée comme irrecevable et les arbitres auraient sans doute manqué à leur mission. La deuxième est celle d'une action préventive visant à faciliter le succès d'une autre action, future. La sentence ou la partie de la sentence qui serait alors déclaratoire (validité d'une clause compromissoire utile pour un autre arbitrage) serait irrecevable si le litige n'était pas encore né. La troisième hypothèse est celle d'une action déclaratoire sans lien avec la suite du litige ou avec un autre litige présent ou à venir ; elle est en principe irrecevable. Une deuxième difficulté est celle de la reconnaissance d'une sentence déclaratoire étrangère rendue sur le fondement d'un droit admettant de telles actions et sentences déclaratoires, sauf à ce qu'il soit admis que cette situation est contraire à l'ordre public international français, ce qui semble peu probable¹⁹⁴².

1407. – « Sentences » d'accord-parties. Si toutes les sentences ont pour objet de trancher un litige, les sentences d'accord-parties constituent un cas très particulier¹⁹⁴³. Il est usuel que le développement de l'arbitrage voie parallèlement se négocier et éventuellement se réaliser des transactions entre les parties, en cours d'instance, sur tout ou partie du litige. L'accord transactionnel aboutit alors à mettre fin au litige, en tout ou partie, dans la mesure où cet accord conduit à dessaisir le tribunal arbitral dans les mêmes conditions¹⁹⁴⁴. Toutefois, il est également usuel que les parties souhaitent que l'existence et le contenu de l'accord transactionnel soient constatés par les arbitres, ne serait-ce que pour donner à l'accord une certaine solennité, et surtout lui faire bénéficier, moins de l'autorité de la chose jugée, que de la possibilité d'obtenir la mise en œuvre des procédures assurant l'exécution ou la reconnaissance d'une sentence. Dès lors, les arbitres ne tranchent pas

¹⁹⁴¹ G. Decocq, *Les sentences déclaratoires*, préc.,

¹⁹⁴² Comp. Paris, 27 nov. 1987 : *Rev. arb.* 1989, 62, note G. Couchez. – Paris, 9 sept. 1997 : *Rev. arb.* 1998, 172, note Y.D.

¹⁹⁴³ F. Dessemontet, *L'instance arbitrale et la transaction*, in *Mél. J.-F. Poudret*, Lausanne, 1999, p. 367. – S. Lazareff, *Aux frontières de l'arbitrage et de l'ADR, la sentence d'accord parties* : *Cah. arb.* 2002, vol. 1, p. 8.

¹⁹⁴⁴ À l'inverse, dans la mesure où elle ne met pas fin au litige, la rétractation d'une sentence d'accord-parties ne peut être qualifiée de sentence, V. Paris, ord., 30 juin 2020, n° 19/15440 : *Dalloz actualité*, 29 juill. 2020, obs. J. Jourdan-Marques ; *D.* 2020, p. 2484, obs. Th. Clay.

le litige, lequel est éteint par le fait même de la transaction qui, rappelons-le, est un contrat qui met fin à un litige et possède une forme d'autorité de la chose jugée, mais reprennent le contenu de la transaction dans la sentence.

D'une manière générale donc, les sentences d'accord-parties qui constatent l'accord des parties sur la question litigieuse en cours d'instance se présentent comme de véritables sentences¹⁹⁴⁵. Encore convient-il qu'il s'agisse bien d'une sentence, d'un acte juridictionnel. Ainsi, le fait qu'une sentence arbitrale se contente de constater, dans le dispositif de sa décision, l'existence d'un accord entre les parties, sans aucun motif dans le corps de la sentence, ne peut s'analyser en un acte juridictionnel¹⁹⁴⁶. Toutefois, une véritable « sentence » d'accord-parties est possible, dès lors, à suivre *a contrario* la jurisprudence (française), que les arbitres ne se contentent pas de reprendre la transaction sans aucun motif. Il suffirait donc que la sentence d'accord-parties détermine des motifs, par exemple en considérant la validité du contenu de la transaction, ou bien en écartant un point particulier, ne serait-ce qu'en raison de sa contrariété avec une règle d'ordre public international, le tout discuté entre les parties de manière contradictoire, pour que la sentence en soit véritablement une dans la mesure où elle trancherait, alors, un litige. On mesure la part d'artifice, en ce que la méthode est ici purement conséquentialiste : pour obtenir les effets possibles d'une sentence, les arbitres construiraient un raisonnement ressemblant, formellement, au processus d'élaboration d'une sentence¹⁹⁴⁷. Du reste l'article 30 de la loi-type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international milite en ce sens : « Une telle sentence a le même statut et le même effet que toute autre sentence prononcée sur le fond de l'affaire ». À l'inverse, les arbitres peuvent parfaitement refuser de rendre une telle sentence d'accord-parties dès lors qu'une fraude menace, ou bien une violation de l'ordre public ou du droit des tiers, ou bien s'ils sentent qu'ils sont instrumentalisés¹⁹⁴⁸ ; l'accord des parties dispose alors simplement la valeur d'une transaction.

1408. – « Sentence » sur les coûts de l'arbitrage. De très nombreuses règles, essentiellement efficaces en matière d'arbitrage international, assurent au tribunal arbitral la possibilité de rendre une sentence sur les coûts de l'arbitrage, quand ce n'est pas la convention d'arbitrage, ou le règlement d'arbitrage auquel elle renvoie, qui le prévoit (ou l'exclut au contraire)¹⁹⁴⁹ ou ensuite, par exemple dans l'acte de mission¹⁹⁵⁰. En pratique, cette question peut être traitée dans la « sentence » proprement dite, ce qui est très souvent le cas, ou bien faire l'objet d'une décision distincte, une « sentence » faisant suite à la « sentence finale », avec laquelle elle fait

¹⁹⁴⁵ V. pour un exemple de sentence d'accord-parties valablement homologuée, Paris, 26 janv. 2021, n° 19/18582.

¹⁹⁴⁶ D. Bensaude, *La « sentence d'accord-parties » n'est pas une sentence* : *Gaz. Pal.* 8 janv. 2013. – Cass. 1^{re} civ., 14 nov. 2012 : *JCP G* 2012, 1354, n° 2, note J. Ortscheidt ; *D.* 2012, p. 2995, obs. Th. Clay ; *Rev. arb.* 2013, p. 138, note J. Billemont ; *Procédures* 2013, comm. 44, obs. L. Weiller.

¹⁹⁴⁷ Comp. Paris, 9 avr. 2009 : *Cah. arb.* 2010, p. 889, note E. Loquin.

¹⁹⁴⁸ Paris, 17 nov. 2020, n°s 18/07347 et 18/02568, *Sorelec* : *GAR* 18 nov. 2020, obs. C. Sanderson ; *Dalloz actualité*, 24 déc. 2020, obs. J. Jourdan-Marques ; *D.* 2020, p. 1484, obs. Th. Clay.

¹⁹⁴⁹ Comp. Règl. d'arbitrage CNUDCI, art. 42.

¹⁹⁵⁰ V. *supra*, n° [1338](#).

corps, selon la conception française, ou bien pouvant être considérée comme une « sentence » détachable, si l'on admet qu'il s'agit d'un litige particulier, et séparable du litige principal, auquel la sentence met alors fin¹⁹⁵¹. N'est donc pas une « sentence » la décision prise sur le paiement des frais de l'arbitrage, et notamment des honoraires des arbitres, par exemple pour imposer à une partie le paiement de l'avance des honoraires en cas d'impécuniosité (V. *supra*, n° 866). Dès lors, le tribunal arbitral, lorsque le pouvoir de trancher en ce sens lui est reconnu, peut se prononcer pour fixer les frais de l'arbitrage, et donc, les sérier et éventuellement les cantonner. Au-delà, et notamment en matière d'arbitrage international, la convention d'arbitrage permet de fonder la compétence des arbitres. Il ne fait pas de doute, par exemple, que la question des honoraires des arbitres et des frais afférents relève de la compétence, par le fait même de la convention, des arbitres. Ceux-ci peuvent donc condamner une partie à payer, sur le fondement de la solidarité, les honoraires dus par l'autre, ou répartir, ou ne point le faire, les frais de la procédure entre les parties. En revanche les autres frais, et notamment les frais occasionnés par l'organisation par chaque partie de la défense de ses intérêts, reposent sur un autre fondement, celui, le plus vraisemblable, de la responsabilité d'une partie, dans la mesure où c'est, alors, l'initiative du déclenchement de l'arbitrage, ou la résistance à celui-ci qui justifie une décision d'imputer à une partie le paiement des frais engagés par l'autre. Il convient cependant que la question ait alors été envisagée dans la convention d'arbitrage, ou bien dans le règlement d'arbitrage voire dans la loi applicable à la procédure¹⁹⁵². On peut noter par ailleurs que la Chambre de commerce internationale a proposé des techniques de contrôle du temps et des coûts de l'arbitrage, dans un « guide » édité en 2012 et révisé en 2018¹⁹⁵³. D'une manière générale, l'arbitre dispose en la matière d'un large pouvoir d'appréciation, soit pour répartir les frais d'arbitrage entre les parties de manière égale, sur le principe que chaque partie a ainsi contribué à la participation à l'arbitrage et donc au droit d'y être entendu, ou bien, et il s'agit d'une pratique fréquente, que la répartition des frais et des coûts s'effectue en fonction du résultat de l'arbitrage, et proportionnellement, à celui-ci.

¹⁹⁵¹ Trib. féd. suisse, 16 oct. 2012, cité par G. B. Born, *International Commercial Arbitration*, vol. III, *International Arbitral Award*, *op. cit.*, p. 3087.

¹⁹⁵² P. Tercier, *La répartition des frais de l'arbitrage entre les parties*, in Th. Clay et W. Ben Hamida (ss dir.), *L'argent dans l'arbitrage*, *op. cit.*, p. 141, spéc. p. 149.

¹⁹⁵³ ICC, Commission Report, *Controlling time and costs in arbitration*, 2018.

La préparation de la sentence arbitrale

1409. – Plan. La préparation de la sentence arbitrale permet de distinguer dans le processus de son élaboration plusieurs temps, en premier celui de la détermination du droit applicable au fond du litige, en matière d'arbitrage international (V. *supra*, n^{os} 879 et s.). À bien des égards, il s'agit d'une question qui dépend de l'ensemble des étapes de l'instance arbitrale, et ne survient pas, curieusement, au seul moment de la préparation de la sentence. Toutefois, le tribunal arbitral est très souvent conduit à se prononcer sur le droit applicable au litige, éventuellement sur le fondement d'une sentence partielle, ce qui justifie les développements qui suivent, à ce moment. Vient ensuite l'étape de la délibération du tribunal arbitral (Section 1), celle de la rédaction de la sentence arbitrale (Section 2), et s'ajoutent quelques conseils pratiques pour la rédaction de la sentence arbitrale (Section 3).

1410. – Règles applicables. En droit interne, les articles 1478 et suivants du Code de procédure civile fixent les règles élémentaires organisant la préparation de la sentence arbitrale, même si ces règles pèchent parfois par leur manque de rigueur. Ainsi, les articles 1481 et 1482 du Code de procédure civile relatifs à ces points posent des conditions de forme tandis que, s'agissant de la sanction de ces conditions, les articles 1483 et 1492, 6^o dudit code énumèrent les conditions de forme sanctionnées par la nullité, celles de l'article 1480, 1481 relatives au « nom des arbitres et à la date de la sentence » et celles de l'article 1482 « concernant la motivation de la sentence », tandis que l'article 1492-6^o du Code de procédure civile fixe un cas de recours en annulation lorsque « la sentence n'est pas motivée ou n'indique pas la date à laquelle elle a été rendue ou le nom du ou des arbitres qui l'ont rendue ou ne comporte pas la ou les signatures requises ou n'a pas été rendue à la majorité des voix », les autres n'étant pas sanctionnées ou étant sanctionnées différemment. C'est peu dire que cette présentation est, pour le moins, assez brouillonne.

Section 1

La délibération du tribunal arbitral

1411. – Délibéré. La question de la délibération du tribunal arbitral, dite plus communément « délibéré arbitral »¹⁹⁵⁴, fait l'objet de l'article 1476 du Code de procédure civile, dont l'alinéa 1^{er} prévoit que « le tribunal arbitral fixe la date à laquelle le délibéré sera prononcé », semblant d'ailleurs confondre le « délibéré » qui est un temps de maturation de la décision, et son aboutissement, la sentence. Formellement, le délibéré pourrait être distingué de la sentence, mais il n'est pas certain que ce soit ce que vise l'article 1476 précité. Il se conjugue avec les dispositions de l'article 1479 qui indique que « les délibérations du tribunal arbitral sont secrètes » et de l'article 1480 du Code de procédure civile pour lequel « la sentence arbitrale est rendue à la majorité des voix », et qu'« elle est signée par tous les arbitres »¹⁹⁵⁵.

Les dispositions de l'article 1479 sont par ailleurs d'ordre public quand bien même l'article 1479 n'est pas visé par l'article 1483 du Code de procédure civile, mais la jurisprudence de la cour d'appel de Paris considère que cette règle est de nature à garantir les droits des plaideurs¹⁹⁵⁶ et surtout à témoigner de la collégialité de la décision rendue, mais également de son unité, par le secret du délibéré, maintenu malgré les éventuelles dissensions ou divergences manifestées par les arbitres¹⁹⁵⁷. De ce point de vue, le délibéré arbitral n'est pas très différent du délibéré des juges, en ce sens que le délibéré est la période permettant aux décideurs de prendre une décision, à supposer déterminée cette période : le Code de procédure civile semble la placer chronologiquement après l'instance de plaidoirie, ce qui correspond au moment technique du délibéré proprement dit où les arbitres ne reçoivent plus d'échanges des parties et demeurent entre eux, alors que bien des auteurs considèrent que le délibéré, comme période, commence dès la constitution du tribunal arbitral¹⁹⁵⁸. Dans l'arbitrage, le délibéré doit être compris extensivement, et cela malgré les dispositions du Code de procédure civile qui pourraient laisser penser que le délibéré est chronologiquement situé à la fin de l'instance arbitrale, à partir de l'instant où le tribunal arbitral a fixé sa date. La date visée par l'article 1476 du Code de procédure civile indique seulement le moment où les parties n'ont plus la possibilité d'échanger de nouvelles pièces ou de nouvelles écritures. On peut même observer trois sens au

¹⁹⁵⁴ Pour l'articulation entre la délibération et la mission arbitrale et le contradictoire, V. *supra*, n^{os} 864 et 956.

¹⁹⁵⁵ L.-C. Delanoy, *La Cour de cassation et le principe de collégialité en droit français de l'arbitrage* : *Cah. arb.* 2010, p. 863.

¹⁹⁵⁶ Paris, 5 avr. 1973 : *Rev. arb.* 1974, p. 17, note G. Flécheux (à propos de l'ancien article 1469, devenu 1479 du Code de procédure civile depuis la réforme de 2011). – Paris, 16 janv. 2003 : *D.* 2003, somm. p. 2479, obs. Th. Clay ; *Rev. arb.* 2004, p. 369, note L. Jaeger.

¹⁹⁵⁷ J.-D. Bredin, *Le secret du délibéré arbitral*, in *Études offertes à P. Bellet*, Litec, 1991, p. 71.

¹⁹⁵⁸ Y. Derains, *La pratique du délibéré arbitral*, in *International law, Commerce and dispute Resolution*, in *Mél. Briner*, ICC, 2005, p. 226.

terme « délibéré » : le moment où les arbitres rendent leur décision, le « prononcé du délibéré » de l'article 1476, la période pendant laquelle les arbitres se rassemblent pour décider, et la période du délibéré, qui commence avec l'arbitrage, en un sens très extensif. Parmi les règles posées par le Code de procédure civile, deux émergent, explicitement ou implicitement : celle de l'obligation de délibérer (§ 1) et celle du secret qui l'entoure (§ 2).

§ 1. – L'« obligation » de délibérer

1412. – Absence de dispositif légal. Le Code de procédure civile n'évoque pas explicitement une « obligation » de délibérer, mais l'exigence de la fixation de la date du délibéré, celle-ci peut cependant être déduite. Ainsi, de l'obligation que le tribunal doit fixer la date du délibéré, on peut déduire qu'il doit délibérer. D'une manière générale l'obligation de délibérer est d'essence plus philosophique que juridique : l'existence d'une délibération se présente comme la situation contraire de l'arbitraire ou de la partialité. Le tribunal doit, en premier, fixer la date du délibéré. Elle est essentielle dans la mesure où, à cette date, les parties ne pourront plus adresser d'écritures pour discuter les moyens adverses ou en soulever de nouveaux, de pièces, à moins que ce ne soit à la demande du tribunal arbitral, précise l'article 1476, alinéa 2 du Code de procédure civile. Peu importe la forme dans laquelle cette date est déterminée. Elle peut l'être dans l'acte de mission ou le compromis d'arbitrage, ou bien déterminée par une ordonnance de procédure, voire par lettre simple : aucun formalisme n'étant exigé, la méthode de fixation de la date du délibéré ne constitue pas un cas d'ouverture en nullité de la sentence¹⁹⁵⁹. À cette date, les échanges sont clos. Pourtant, il est fréquent que les parties continuent d'adresser des arguments après la date du délibéré, qui sont irrecevables en principe, sauf si le tribunal décide de les recevoir et de faire respecter le contradictoire. En effet, aucune règle d'ordre public ne considère que la procédure arbitrale est écrite et, de même que les parties peuvent soulever des moyens nouveaux au cours de l'audience, elles peuvent le faire ensuite. Hormis les principes directeurs du procès qui s'imposent dans l'arbitrage interne, c'est le tribunal arbitral qui détermine la procédure applicable (CPC, art. 1464).

Lorsque le tribunal arbitral comporte plus d'un arbitre, l'obligation de délibérer leur impose de décider ensemble, dans la logique de collégialité. L'exigence du délibéré n'est pas expressément visée par l'article 1492 du Code de procédure civile, qui déclenche les cas d'ouverture d'un recours en annulation, mais la jurisprudence considère que cette exigence est d'ordre public¹⁹⁶⁰ en raison de la protection des

¹⁹⁵⁹ Paris, 6 nov. 1997 : *Rev. arb.* 1998, p. 706, obs. Y. Derains. – Cass. 2^e civ., 12 déc. 1990 : *Rev. arb.* 1991, p. 317, note Ph. Théry.

¹⁹⁶⁰ Paris, 5 avr. 1973, préc. : « L'exigence du délibéré est une règle fondamentale de la procédure arbitrale qui

droits de la défense qu'elle assure. Délibérer collégalement, de manière réelle et efficace est donc plus qu'un usage arbitral et implique une concertation entre les arbitres sur les motifs et le contenu de la décision, et en conséquence que chacun puisse disposer de l'intégralité des éléments du dossier, de telle manière que chacun des arbitres puisse présenter ses arguments, son opinion, et éventuellement puisse voter sur l'ensemble ou sur des parties de la sentence. La collégialité, et la majorité qui en résulte, de l'article 1480 du Code de procédure civile, garantissent ainsi, avec les techniques de désignation des arbitres, que les arguments de chacune des parties seront examinés et discutés¹⁹⁶¹. L'exigence de collégialité suppose également une égalité d'accès aux informations du dossier, dans leur intégralité : le fait par exemple que l'un des arbitres dispose de faits inconnus des autres, particulièrement difficile à prouver, est un cas de nullité de la sentence¹⁹⁶².

1413. – Délibéré tronqué. Une autre difficulté peut reposer sur le fait que l'un des arbitres n'a pas délibéré. Il peut s'agir d'une impossibilité, du fait de l'empêchement ou de la démission d'un arbitre. L'article 1457 du Code de procédure civile, en matière interne, prévoit le remplacement de l'arbitre absent, de sorte que le délibéré réalisé en l'absence d'un arbitre justifierait un recours en annulation de la sentence rendue. À défaut, il s'agirait d'un tribunal incomplet, ou d'un « tribunal tronqué »¹⁹⁶³ auquel certains règlements d'arbitrage reconnaissent la possibilité de délibérer (*V. supra*, n° 803), notamment si l'absence d'un arbitre intervient tardivement. La question se pose alors de savoir si une telle sentence, « tronquée » pourrait être exécutée en France. La cour d'appel de Paris a cependant invoqué la contrariété à l'ordre public international qui résulterait d'une telle reconnaissance¹⁹⁶⁴.

Il peut également s'agir de la situation dans laquelle un arbitre, régulièrement invité à participer au délibéré, s'abstient volontairement de participer au délibéré, redoutant une décision défavorable aux intérêts de la partie qui l'a désigné, afin d'entrouvrir la possibilité d'une action en annulation. Cette situation révèle une manœuvre dilatoire, voire une fraude qui justifie, d'une part, l'engagement de sa responsabilité éventuelle et, d'autre part, que la sentence demeure valable¹⁹⁶⁵.

garantit la nature juridictionnelle de la décision à laquelle parvient le tribunal arbitral, le principe de collégialité supposant que chaque arbitre ait la faculté de débattre de toute décision avec ses collègues ». – Paris, 16 janv. 2003, préc.

¹⁹⁶¹ Cf. E. Loquin, *À la recherche du principe d'égalité dans l'arbitrage commercial international* : *Cah. arb.* 2008-2, p. 5.

¹⁹⁶² Paris, 26 avr. 1985 : *Rev. arb.* 1985, p. 311, note L. Jaeger.

¹⁹⁶³ E. Loquin, *La sentence arbitrale* : *JCl. Civil*, Fasc. 1042, spéc. n° 15.

¹⁹⁶⁴ Paris, 1^{er} juill. 1997 : *Rev. arb.* 1998, p. 131 : « Il est constant que l'arbitre a démissionné au cours du délibéré de la sentence de sorte qu'au moment où il a statué le tribunal arbitral n'était plus constitué que du seul arbitre désigné par l'une des parties et du président du tribunal arbitral. Il en résulte, qu'à la différence des hypothèses où la sentence reste valide, parce que prononcée par le tribunal choisi par les parties, même si l'un des arbitres n'a pas participé au délibéré ou s'il a refusé de la signer dès lors qu'en continuant d'assumer sa mission, il a bien été mis à même d'en assumer les prérogatives, la décision présentement contestée a été rendue par un tribunal arbitral amputé de l'un de ses membres et dont la constitution n'était plus conforme à la convention fondant et légitimant son pouvoir juridictionnel ». – Paris, 21 avr. 2005 : *Rev. arb.* 2006, p. 673, note L. Jaeger.

¹⁹⁶⁵ Paris, 1^{er} juill. 1997, préc. *Contra* : E. Loquin, *La sentence arbitrale*, préc., n° 15, pour qui l'arbitre devrait être remplacé.

1414. – Formes du délibéré. Aucune règle particulière ne précise la forme que le délibéré doit revêtir, ou même sa durée, sinon celles qui seraient posées par la convention d'arbitrage. D'ailleurs, l'article 1464 du Code de procédure civile indique que la procédure est libre, en ce sens que ce texte reconnaît aux arbitres la faculté de régler la procédure sans tenir compte des règles établies par les tribunaux, sauf si les parties en ont convenu, solution validée par la Cour de cassation¹⁹⁶⁶. Le délibéré peut donc prendre toute forme choisie par le tribunal arbitral¹⁹⁶⁷. Le plus souvent il s'agit d'une discussion par des échanges écrits ou verbaux à l'occasion d'une ou plusieurs réunions dédiées à cet effet, mais la distance géographique et autres circonstances¹⁹⁶⁸ entre les arbitres peut conduire, surtout avec les moyens modernes de communication, à organiser un délibéré par correspondance, par courriel, ou par téléconférence. Peu importe la forme, donc, à partir du moment où se déroule un délibéré au sein des membres du tribunal arbitral, la conduite de la discussion, l'expression des arguments de chacun et de la prise de décision, qui s'effectue à la majorité des voix.

1415. – Majorité des voix, arbitrage interne. L'article 1480, alinéa 1^{er} du Code de procédure civile impose en effet que « la sentence arbitrale est rendue à la majorité des voix », solution qui repose sur l'exigence, sinon de collégialité, du moins d'imparité des membres d'un tribunal arbitral, à supposer toutefois qu'au moins deux des arbitres soient en mesure de s'entendre sur une formule ou sur une solution. Or, il peut survenir que chacun des arbitres propose une solution différente, rendant la prise de décision impossible, du moins dans l'arbitrage interne. L'hypothèse peut sembler d'école : on peut imaginer un arbitre désigné proposant une solution, l'autre une solution différente, tandis que le président, au lieu de se rallier à l'une d'entre elles, suggère une solution distincte, aucun des autres arbitres ne souhaitant renoncer à sa proposition ou s'y rallier. Dans ce cas, le délibéré est clairement dans une impasse et aucune règle du Code de procédure civile ne permet de régler cette situation, à moins que la clause compromissoire contienne une solution inspirée par exemple des règles de l'arbitrage international. En effet, les règles du Code de procédure civile n'étendent pas à l'arbitrage interne la règle de l'arbitrage international qui

¹⁹⁶⁶ Cass. 2^e civ., 28 janv. 1981 : *Rev. arb.* 1982, p. 425, note Ph. Fouchard. Pourvoi contre Paris, 22 déc. 1978 : *Rev. arb.* 1979, p. 266, note J. Viatte qui décidait que « les délibérations ne prennent pas forcément la forme d'un débat oral ». Adde J.-D. Bredin, *Retour au délibéré arbitral*, in *Liber amicorum C. Reymond, Autour de l'arbitrage*, Litec, 2004, p. 43. – Cl. Reymond, *Le président du tribunal arbitral*, in *Études offertes à P. Bellet*, Litec, 1991, p. 467.

¹⁹⁶⁷ Paris, 10 févr. 1984 : *Rev. arb.* 1985, p. 176 : le tribunal arbitral « maître de la procédure, a toute liberté pour organiser son délibéré ».

¹⁹⁶⁸ Cf. J.-D. Bredin, *Retour au délibéré arbitral*, préc., p. 74 : « la distance, la langue, les occupations, les secousses du monde, parfois la maladie, parfois la brouille, qui peuvent les éloigner (les arbitres), au point qu'il devient impossible de les réunir ».

prévoit que, à défaut de majorité, le président du tribunal arbitral décide seul. On peut regretter que cette règle n'ait été étendue à l'arbitrage interne, mais il demeure, dans un tel arbitrage interne, que le président du tribunal arbitral est, du point de vue de la prise de décision, un arbitre ordinaire. En toute hypothèse, la règle de l'article 1480, alinéa 1^{er} est prévue à peine de nullité de la sentence, du fait du renvoi dans l'article 1483 énonçant les règles posées à peine de nullité, issu de la réforme de 2011 de l'intégralité de l'article 1480. En outre l'article 1492, 6° du Code de procédure civile précise qu'un recours en annulation contre une sentence est ouvert lorsque la sentence n'a pas été prise à la majorité des voix. Il est sinon essentiel, puisque la valeur de la sentence peut être établie, au sens de l'article 1483, alinéa 2 du Code de procédure civile, par d'autres éléments issus de la procédure arbitrale, du moins très prudent pour les arbitres de prendre la précaution de mentionner que la sentence a été adoptée à la majorité des voix, voire à l'unanimité des arbitres.

1416. – Majorité des voix, arbitrage international. En matière internationale, les règles sont différentes : l'article 1513 du Code de procédure civile prévoit en effet que la sentence est en principe rendue à la majorité des voix, mais ajoute qu'« à défaut de majorité, le président du tribunal arbitral statue seul ». Elle a précisément pour fonction d'éviter la situation de blocage que l'on pourrait rencontrer en matière d'arbitrage interne, où les arbitres refuseraient de se démarquer de leurs propositions de sentence et de se rallier à celle du président. La règle de l'article 1513 du Code de procédure civile permet ainsi d'offrir une solution, par une sorte de transformation automatique de l'arbitrage collégial en arbitrage à arbitre unique, permettant au président de décider seul.

1417. – Preuve du délibéré. D'une manière générale, la preuve de l'absence de délibéré, qui repose sur celui qui l'invoque, est particulièrement difficile à rapporter : il suffit en effet que la sentence fasse mention de la délibération, ou la signature de la sentence ou la mention que l'un des arbitres a refusé de signer la sentence, ou encore la mention de l'opinion de l'un des arbitres¹⁹⁶⁹, pour que celle-ci en assure la preuve, jusqu'au succès d'une inscription en faux. À défaut de toute indication dans la sentence, la preuve de l'absence de délibéré doit pouvoir être établie, avec cette difficulté que le secret des délibérations est un obstacle à la démonstration d'une telle preuve, notamment du fait de la signature de la sentence par les arbitres, peu important qu'un arbitre affirme ensuite qu'aucun délibéré ne s'est déroulé¹⁹⁷⁰. Il arrive cependant qu'un arbitre refuse de signer la

¹⁹⁶⁹ Paris, 16 janv. 2003, préc.

¹⁹⁷⁰ Cf. Paris, 24 avr. 1964 : *Rev. arb.* 1965, p. 83.

sentence, ce qui peut aussi bien être le signe que l'arbitre n'adhère pas au contenu de la sentence que celui qu'un délibéré n'a pas eu lieu. Depuis la réforme de 2011, l'absence de signature n'est plus une cause de nullité de la sentence, de sorte que la partie qui entend obtenir l'annulation de la sentence ne peut se fonder sur cette circonstance, mais doit bien démontrer qu'aucun délibéré n'a eu lieu.

§ 2. – Le secret du délibéré

1418. – Principe du secret du délibéré. Le secret du délibéré est imposé par l'article 1479 du Code de procédure civile. La formule présente l'apparence de la fermeté, en raison de la relative imprécision de la notion même de délibéré, constitué de l'ensemble des débats entre arbitres, à compter de la constitution du tribunal arbitral à la phase de prise de décision. Le principe du secret du délibéré implique que les arbitres ne doivent révéler aucune information concernant le déroulement, les propos tenus, les réticences ou dissidences, les arguments, *etc.*, qui se sont manifestés durant le délibéré¹⁹⁷¹. La règle se justifie à plusieurs égards. En premier le secret permet de respecter le principe d'égalité des armes et le principe du contradictoire : il serait contraire à ces règles que l'un des arbitres informe l'un des parties de la manière dont se déroule le délibéré, à toutes les étapes de la procédure arbitrale. Outre le fait que cela révélerait une forme de collusion entre un arbitre et une des parties, qui contredirait le principe de l'indépendance et de l'impartialité de l'arbitre, une telle attitude offrirait à l'une des parties un avantage procédural majeur, rompant avec le principe d'égalité des armes, lequel est considéré comme un principe relevant de l'ordre public procédural¹⁹⁷². En outre, le respect du secret du délibéré est le moyen d'affermir le respect par les parties du principe d'indépendance des arbitres et donc de la liberté de ces derniers de rendre leur sentence, en évitant toute pression ou critique sur ce point.

1419. – Communication aux parties. Cela étant, une fois la sentence rendue, et outre toute demande de rectification ou d'interprétation, la question peut se poser de l'existence de communication entre un ou des arbitres et l'une ou les parties pour expliquer ou justifier une sentence. Afin de ne pas trahir l'obligation de confidentialité qui pèse sur les arbitres, et pour préserver les exigences d'équilibre et d'éthique du comportement de l'arbitre, si l'on peut considérer que le fait de se livrer à des explications

¹⁹⁷¹ E. Loquin, *Les obligations de confidentialité dans l'arbitrage* : *Rev. arb.* 2006, p. 323. – J.-D. Bredin, *le secret du délibéré*, in *Mél. P. Bellet*, Litec, 1991, p. 71.

¹⁹⁷² Paris, 25 mai 1990 : *Rev. arb.* 1990, p. 892, note M. de Boisséson.

d'ordre pédagogique est parfaitement admissible, et non des éventuelles divergences qui pourraient avoir surgi au sein du tribunal arbitral ou des prises de position des arbitres durant le délibéré, il demeure que la bonne pratique consiste à ce que ce soit le tribunal arbitral qui se livre à ce type d'explications, s'il le juge nécessaire. Une considération trop absolue du principe du secret du délibéré pourrait en effet avoir des effets indirects néfastes : ainsi il suffirait à un arbitre de violer cette règle, à supposer qu'elle entre dans la liste des causes d'annulation d'une sentence, pour que la sentence soit annulée, solution qui constituerait un risque considérable d'affaiblissement de l'arbitrage¹⁹⁷³.

1420. – Violation du délibéré. Aussi la jurisprudence considère assez sagement que la violation du secret du délibéré ne constitue pas en soi une cause de nullité de la sentence¹⁹⁷⁴. Par exemple, le fait que la sentence indique qu'elle a été rendue à l'unanimité alors que des dissensions importantes se sont manifestées¹⁹⁷⁵ ou encore que la sentence a été rendue à la majorité des voix¹⁹⁷⁶, n'est évidemment pas une violation du secret du délibéré. Il est évident cependant que ce principe ne vaut que pour un tribunal arbitral collégial, et qu'une formation organisée sur la base d'un arbitre unique emporte le fait que la décision manifeste par nature, le contenu du délibéré.

1421. – Refus de signature de la sentence par un arbitre. La signature de la sentence par les arbitres présume que ceux-ci ont délibéré¹⁹⁷⁷. Par ailleurs, le principe du secret du délibéré connaît une exception à partir du moment où la possibilité pour un arbitre de refuser de signer la sentence arbitrale est reconnue, manifestant ce faisant le contenu de son intention à l'occasion du délibéré. Autre aurait été la règle imposant aux arbitres de signer la sentence, à peine de nullité de celle-ci, comme c'était le cas avant la réforme de 2011. Au contraire, la possibilité donnée à un arbitre de refuser de signer la sentence est reconnue et n'affecte pas la validité de la sentence¹⁹⁷⁸ : seule la mention qu'une sentence n'a pas été obtenue à la majorité doit faire l'objet d'une mention particulière aux termes de l'article 1492, 6° (V. *infra*, n° 1626).

Toutefois le refus de signer n'est pas innocent et il n'est jamais qu'une forme très extériorisée d'une opinion dissidente voire d'une manifestation d'hostilité à l'endroit de la sentence à venir et de ses co-arbitres. L'arbitre qui refuse de signer une sentence pourrait parfaitement se contenter de signer la sentence avec la mention que celle-ci, ou telle partie de la sentence, a été rendue à la majorité. Le fait pour un arbitre qui n'approuve pas la sentence de signer la sentence ne signifie pas qu'il s'y résout

¹⁹⁷³ J. Mestre, *Quelques réflexions sur la pratique du délibéré arbitral* : *Rev. arb.* 2012, p. 779.

¹⁹⁷⁴ Paris, 9 oct. 2008 : *Rev. arb.* 2009, p. 352, obs. J.-B. Betto et A. Canivet.

¹⁹⁷⁵ Bordeaux, 14 janv. 1993 : *Rev. arb.* 1993, p. 682, note D. Cohen.

¹⁹⁷⁶ A. de Fontmichel, *Vue d'ensemble du régime juridique du délibéré arbitral en droit français de l'arbitrage* : *Cah. arb.* juin 2014, p. 207.

¹⁹⁷⁷ Cass. 1^{re} civ., 1^{er} avr. 2015, n° 14-13.202 : *JurisData* n° 2015-007123.

¹⁹⁷⁸ CA Paris, 13 oct. 2005, n° 2004/08.751, *Éd. X c/ M. Y.* : *Gaz. Pal.* 15 déc. 2005, p. 54, note A. Mourre.

finalement comme si elle était adoptée à l'unanimité. Il convient en effet de distinguer signature de la sentence et l'unanimité de la décision : le fait, pour un arbitre, de signer la sentence manifeste simplement qu'il approuve le processus du délibéré de la sentence et le fait d'être minoritaire. Il suffirait donc de demander que la sentence indique qu'elle a été adoptée à la majorité et la signer. L'arbitre qui refuse de signer une sentence ne se contente donc pas d'être minoritaire : il livre alors, par hypothèse, son opinion, de manière très ostensible et, finalement assez agressive, tant à l'égard des autres arbitres que des parties. En effet la règle du jeu en matière de production d'une décision à imparité est la majorité, et non l'unanimité.

1422. – Traitement du refus de signer. Le refus de signer devrait donc être limité à des cas très particuliers et extraordinaires et non parce qu'un arbitre ne partage pas le fond de la décision rendue. Il peut s'agir de circonstances où une difficulté est apparue au cours du délibéré ou au cours de la procédure arbitrale, lorsque le processus de décision a été vicié ou pire, qu'une fraude est apparue à l'arbitre. Dans cette situation, l'arbitre devrait sans doute refuser de signer, indiquant clairement d'une part, qu'il n'est pas d'accord avec le processus de production de la sentence (indépendamment du fond de celle-ci) et ensuite rédiger une opinion dissidente de manière à expliciter son refus de signature.

On rappellera enfin que la question de l'absence de signature est traitée différemment pour l'arbitrage interne et l'arbitrage international. En matière d'arbitrage international, nul besoin de mentionner qu'une sentence a été rendue sans majorité et le président peut signer, seul, la sentence (CPC, art. 1513), mais en matière interne, une telle situation ouvrirait droit à l'annulation.

1423. – Opinion dissidente ou minoritaire, arbitrage international. Longtemps, la doctrine et la jurisprudence ont fait la distinction entre le refus de signer une sentence et le fait de proposer une opinion différente de celle emportant la majorité¹⁹⁷⁹, pour écarter la licéité de l'opinion dissidente. D'ailleurs, ni le Code de procédure civile, ni la loi-type CNUDCI, ni encore le règlement d'arbitrage de la CCI n'évoquent la possibilité d'opinions dissidentes. Pourtant, la règle de la majorité offre, par nature, la possibilité d'opinions séparées, minoritaires ou dissidentes. Le fait pour un arbitre de révéler une opinion, distincte de celle qui ressort de la sentence, correspondrait à une violation du secret du délibéré, quand bien même cette opinion dissidente tairait la position des autres arbitres¹⁹⁸⁰. Toutefois, la cour d'appel de Paris a considéré, à propos d'un arbitrage international, que « s'agissant du secret du délibéré, l'acte de mission prévoit que les règles applicables sont celles qui résultent du règlement d'arbitrage de la CCI en vigueur le 1^{er} janvier 1998 ; qu'en conséquence la violation du principe du

¹⁹⁷⁹ Paris, 15 oct. 1991 : *Rev. arb.* 1991, p. 643, note Ch. Jarrosson.

¹⁹⁸⁰ Cf. J.-F. Poudret, *Légitimité de l'opinion dissidente dans le silence de la loi ? Poursuite d'un débat amical, Liber amicorum C. Reymond autour de l'arbitrage*, Litec, 2004, p. 243.

secret du délibéré devant les juridictions consacré par l'article 448 du Code de procédure civile, dont excipe le requérant, n'est pas applicable en l'espèce ; que le secret du délibéré, qui n'est pas plus une cause d'annulation de la sentence en droit international qu'en droit interne, ne fait d'ailleurs pas par principe obstacle à l'expression d'opinions dissidentes ou séparées ; qu'ainsi le requérant n'identifie pas en quoi l'existence d'une opinion dissidente serait de nature à heurter la conception de l'ordre public international dès lors que le principe de la collégialité et du délibéré a bien été respecté »¹⁹⁸¹. Il est vrai que si le principe même de l'opinion dissidente n'est pas très connu des juristes de tradition romano-germanique¹⁹⁸², il l'est davantage des juristes de *Common law*. Dans le même temps, le refus de signer une sentence correspond, en soi, à une forme d'opinion dissidente, ce qui ne fait pas perdre à la sentence sa qualité ni son efficacité, de même que le fait d'adopter une décision à la majorité, une opinion dissidente implicite plus aimablement formulée se dessinant alors.

1424. – Validation des opinions dissidentes. Le juge de l'annulation valide les sentences contenant une ou des opinions dissidentes sur le raisonnement que l'émission et la mention d'une opinion dissidente, tout comme le refus de signer une sentence, ne créent aucun grief aux parties, tant au regard des règles d'ordre public interne que des règles relevant de l'ordre public international, et ne violent ni le principe du contradictoire, ni les droits de la défense, dès lors que la collégialité du délibéré a été respectée. La pratique est par ailleurs admise par de nombreuses règles étrangères. Toutefois, l'opinion dissidente ne fait alors pas partie de la sentence et ne dispose pas de l'autorité de la chose jugée¹⁹⁸³, comme le reconnaissent en général les jurisprudences étrangères¹⁹⁸⁴.

Il demeure que cette position pose difficulté dans la logique du droit français de l'arbitrage dans la mesure où elle affaiblit l'autorité de la décision du tribunal arbitral et, ce faisant, la crédibilité même de l'arbitrage. La multiplication des opinions dissidentes risquerait en effet de dissoudre l'effet de « solidarité » intellectuelle qui unit les arbitres dans un tribunal arbitral, au profit d'une forme de justification, ostensible, que l'arbitre choisi par une partie a « bien agi », c'est-à-dire dans le sens de cette partie, et non dans celui de la justice arbitrale. Il nous paraît ainsi que, tout comme le refus de signer, l'usage de l'opinion dissidente doit être réservé à des situations exceptionnelles, de fraude ou de difficulté majeure dans l'organisation de l'instance ou du délibéré.

Une forme atténuée d'opinion dissidente peut reposer en l'insertion d'une solution alternative à celle finalement retenue, mais à la majorité : le défaut d'unanimité et

¹⁹⁸¹ Paris, 9 oct. 2008 : *RTD com.* 2009, p. 543, obs. E. Loquin ; *Rev. arb.* 2008, p. 352, note J.-G. Betto et A. Canivet ; *Gaz. Pal.* 16 déc. 2008, p. 56, note A. Mourre.

¹⁹⁸² Comp. Haute cour régionale Francfort, 16 janv. 2020, 26 Sch 14/18, qui a considéré la présence d'une opinion dissidente comme une violation de l'ordre public procédural, par violation du secret du délibéré.

¹⁹⁸³ Paris, 16 janv. 2003 : *D.* 2003, somm. p. 2479, obs. Th. Clay ; *JDI* 2004, p. 161, note C. Kessedjian.

¹⁹⁸⁴ Cf. G. B. Born, *International Commercial Arbitration*, vol. III, *International Arbitral Award*, *op. cit.*, p. 3053.

l'alternative possible finalement écartée illustrent alors une forme « douce » d'opinion dissidente.

Section 2

L'adoption de la sentence arbitrale

1425. – Les règles et techniques d'adoption de la sentence arbitrale se distinguent selon qu'il s'agit d'une sentence rendue en matière interne (§ 1) ou internationale (§ 2). À noter toutefois que le droit français ne prévoit pas, à l'adoption de la sentence, que celle-ci soit délivrée aux parties contrairement à certaines juridictions¹⁹⁸⁵.

§ 1. – L'adoption de la sentence arbitrale interne

1426. – **Formalisme de la sentence arbitrale interne.** Les règles issues de la réforme de 2011 ont repris celles qui prévalaient depuis 1980 ; elles imposent la forme écrite de la sentence (A) et un certain nombre de mentions obligatoires (B) dont on peut isoler la question de la motivation (C).

A. – Exigence d'une sentence écrite

1427. – **Sentence écrite et dispositif.** En premier, l'exigence selon laquelle la sentence arbitrale est un acte écrit n'est pas expressément formulée par les règles du Code de procédure civile¹⁹⁸⁶ ; d'ailleurs, l'article 1492 dudit code ne formule pas le non-respect de cette exigence comme un cas de recours en nullité contre la sentence. Il demeure que la sentence est un acte juridictionnel, supposant donc que celle-ci soit certaine, ne serait-ce que pour justifier la validité de la sentence ou permettre un recours contre celle-ci. Certes, des décisions de justice peuvent être orales, mais il s'agit en général de mesures d'instruction, et non d'un jugement. En outre, divers textes du Code de procédure civile, dont l'article 1472, l'article 1480 ou l'article 1481, imposent que la sentence soit motivée, qu'elle soit signée ou que des mentions obligatoires soient identifiées dans la sentence, ce qui n'est pas équivalent à l'exigence d'un écrit, mais qui conduit très largement à le recommander. L'exécution de la sentence par la voie de l'*exequatur* suppose que « l'original » de la sentence soit produit et donc implique que

¹⁹⁸⁵ V. par ex. loi qatarienne sur l'arbitrage (2017), art. 31(8) ou du CPC marocain, art. 327-27.

¹⁹⁸⁶ Ch. Jarrosson et J. Pellerin, *Le droit français de l'arbitrage après le décret du 13 janvier 2011* : *Rev. arb.* 2011, p. 5-86, n° 52.

celle-ci soit écrite¹⁹⁸⁷. L'exigence d'écrit est par ailleurs une règle de validité et non une simple règle probatoire. Peu importe la forme de l'écrit, manuscrit ou imprimé à partir d'un dossier informatique. Peu importe également de savoir si la sentence est écrite puis son contenu notifié aux parties, ce qui est tout à la fois la pratique ordinaire et relève d'une prudence élémentaire, ou si le contenu du délibéré est communiqué puis la sentence rédigée, comme c'est le cas des décisions en matière de justice pénale. Il est d'usage que les sentences se présentent comme des jugements. Ceux-ci doivent comporter un dispositif auquel est reconnue l'autorité de la chose jugée. Or les sentences arbitrales disposent de l'autorité de la chose jugée dans leur intégralité et non une partie de celle-ci, par exemple le dispositif ou ce qui en tiendrait lieu. La rédaction d'un dispositif est cependant très utile, ne serait-ce que pour que les parties aient bien l'assurance que l'ensemble de leurs demandes font l'objet d'une réponse appropriée facilitant l'exercice d'un éventuel recours.

B. – Exigence de mentions obligatoires

1428. – L'article 1481 du Code de procédure civile impose diverses mentions obligatoires, celles intéressant l'identification des parties ou de leurs représentants et des arbitres, le lieu et la date de la sentence, et la signature de la sentence par les arbitres.

1429. – Identification des parties, de leurs représentants et des arbitres. La sentence doit contenir les indications nécessaires pour identifier le nom des arbitres, les prénoms, noms ou dénomination des parties, de leur domicile et de leurs représentants éventuels dans la procédure arbitrale. Ces mentions s'imposent pour des raisons d'intensité diverse. Le nom des arbitres s'impose afin qu'il soit établi que ce sont bien des personnes physiques (CPC, art. 1450), désignées par les parties. La nullité de la sentence, fondée sur l'article 1480 ou 1481 du Code de procédure civile, n'est pas, pour la Cour de cassation, de la même nature que la nullité des actes de procédure, en raison de la nature juridictionnelle de la sentence arbitrale¹⁹⁸⁸, ce dont il résulte que la nullité s'impose du seul fait de la violation de ces règles, peu importe qu'aucun grief n'ait été causé à l'auteur de l'action en annulation¹⁹⁸⁹, solution que confirme d'ailleurs la lecture de l'article 1492, 6° du Code de procédure civile. En revanche l'annulation ne résulte pas du seul défaut des mentions obligatoires : la preuve que les exigences formelles sont respectées peut être apportée par les pièces de la

¹⁹⁸⁷ Ch. Jarrosson et J. Pellerin, *Le droit français de l'arbitrage après le décret du 13 janvier 2011*, op. cit., n° 61.

¹⁹⁸⁸ Cass. 2^e civ., 9 nov. 2000, n° 98-21.399.

¹⁹⁸⁹ Cass. 1^{er} civ., 3 oct. 2006 : *Rev. arb.* 2008, p. 79, note C. Jarrosson ; *D.* 2006, pan. 3033, obs. Th. Clay.

procédure. L'article 1483, alinéa 2 du Code de procédure civile a, depuis la réforme de 2011, calqué la solution de l'article 459 du Code de procédure civile prévalant pour les jugements : « Toutefois, l'omission ou l'inexactitude d'une mention destinée à établir la régularité de la sentence ne peut entraîner la nullité de celle-ci s'il est établi, par les pièces de la procédure ou par tout autre moyen, que les prescriptions légales ont été, en fait, observées ». Il demeure que la nullité est d'ordre public et que, à défaut de mise en œuvre de l'exception de l'article 1483, elle ne peut être confirmée, par exemple par l'acceptation de la sentence par les parties, même si l'exception de l'article 1483 fera que l'identité des arbitres découlera vraisemblablement des pièces de la procédure. De même, la désignation des parties doit être portée sur la sentence, tout comme la désignation de leur conseil, sans que la nullité sanctionne cette omission. L'article 1483 du Code de procédure civile assure que l'omission de ces mentions est sanctionnée par la nullité de la sentence, sanction que l'article 1492 du même code ne reprend pas cependant, de sorte que les éventuelles omissions ou irrégularités dans la sentence n'emportent pas nécessairement la nullité¹⁹⁹⁰.

1430. – Date de la sentence. Mention obligatoire sanctionnée par la nullité de la sentence (CPC, art. 1481, 5°, art. 1483), la date de la sentence est exigée afin de garantir que la sentence a été rendue dans les délais prévus par la convention d'arbitrage et parce que, à cette date, la sentence bénéficie de l'autorité de la chose jugée. Ainsi, l'omission de la date ne peut pas être établie par des documents extrinsèques pour faire échec à la prescription légale¹⁹⁹¹. Toutefois, ce formalisme n'est pas absolu. En premier une erreur dans la mention de la date peut faire l'objet d'une rectification d'erreur matérielle¹⁹⁹². Par ailleurs, la date de la sentence peut être indiquée à n'importe quel endroit de la sentence¹⁹⁹³ et peut même être apposée à quelque moment que ce soit jusqu'au jour de son dépôt au greffe du tribunal judiciaire¹⁹⁹⁴.

1431. – Signature de la sentence. Les articles 1480 et 1483 du Code de procédure civile imposent également la signature de la sentence, à peine de nullité, par l'ensemble des arbitres¹⁹⁹⁵, de manière à s'assurer que c'est bien l'ensemble des arbitres qui ont délibéré et qui ont pris la décision. En pratique, il en résulte que la sentence doit être signée, mais pas

¹⁹⁹⁰ Paris, 25 mars 1985 : *Rev. arb.* 1987, p. 76, note B. Moreau. – Paris, 28 juin 1991 : *Rev. arb.* 1992, p. 633, obs. J. Pellerin.

¹⁹⁹¹ Cass. 2^e civ., 9 nov. 2000, n° 98-21.476.

¹⁹⁹² Cass. 2^e civ., 30 sept. 1999 : *Rev. arb.* 2000, p. 267, note J.-G. Betto. – Paris, 12 sept. 2002 : *Rev. arb.* 2003, p. 173, note M.-A. Boursier.

¹⁹⁹³ Paris, 12 sept. 2002 : *Rev. arb.* 2002, p. 1045.

¹⁹⁹⁴ Paris, 6 mai 1993 : *Rev. arb.* 1997, p. 274, obs. C. Vergne.

¹⁹⁹⁵ Cass. 3^e civ., 3 oct. 2006 : *Rev. arb.* 2008, p. 79, note Ch. Jarrosson ; *D.* 2006, pan. p. 3033, obs. Th. Clay.

nécessairement que tous les arbitres paraphent toutes les pages de la sentence¹⁹⁹⁶, ni que la signature s'effectue nécessairement au lieu où s'est effectuée la délibération, mais éventuellement par des échanges de courrier¹⁹⁹⁷. Toutefois, la nullité n'est plus promise au cas où la sentence ne serait pas signée par l'un des arbitres en manifestation de désaccord avec le contenu de la sentence (V. *supra*, n° 1421). De la même manière, le lieu de signature de la sentence n'est pas un paramètre pertinent et n'a pas à coïncider avec le siège (V. *infra*, n° 1433).

1432. – Signature électronique. Les progrès de la technique, les contraintes diverses dont les contraintes sanitaires qui impliquent des audiences, voire des délibérés, à distance auraient tendance à favoriser l'apposition d'une signature par voie électronique, et non une « signature encrée ». L'article 31, 1 de la loi-type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international impose ainsi, une signature « écrite »¹⁹⁹⁸. Or, cette question a une incidence sur l'obtention d'une décision de reconnaissance ou d'*exequatur* dans la mesure où il s'agit de transmettre une sentence revêtue de la signature des arbitres. La Convention de New York de 1958 impose cependant un « original » de la sentence et une copie authentifiée, de telle manière que les conditions de formes nécessaires à la qualité « d'original » ou de « copie authentifiée » dépendent de la loi applicable à la procédure ou de la loi du pays dans lequel est demandé l'*exequatur*. Or, l'évolution récente en la matière a grandement fait progresser l'admission des signatures électroniques, comme des audiences à distance, par la force des choses. Même si certains règlements d'arbitrage s'adaptent aux exigences de la signature électronique, comme celui de la LCIA (art. 26.2), le principe demeure toutefois celui de la signature traditionnelle, à l'encre, à la fois dans de nombreuses lois nationales et règlements d'arbitrage, sauf à situer l'arbitrage devant des juges relevant d'États dans lesquels la signature électronique est validée, sans doute en respectant certaines procédures particulières¹⁹⁹⁹. La prudence demeure, donc.

1433. – Lieu du prononcé de la sentence. L'article 1481, 5° du Code de procédure civile indique que la sentence doit indiquer le lieu où la sentence a été rendue quand bien même il n'existe pas, par hypothèse, de règle relative la compétence territoriale arbitrale²⁰⁰⁰. D'ailleurs rien n'impose

¹⁹⁹⁶ Paris, 26 juin 1987 : *Rev. arb.* 1990, p. 905, obs. B. Moreau.

¹⁹⁹⁷ Paris, 22 sept. 1995 : *Rev. arb.* 1996, p. 100, note E. Gaillard. Pour la validation d'une signature d'une sentence par télécopie : Paris, 30 mai 2006 : *Rev. arb.* 2007, p. 837, note Ch. Jarrosson.

¹⁹⁹⁸ Loi-type CNUDCI, art. 31 (1) : « la sentence est rendue par écrit et signée par l'arbitre ou les arbitres ».

¹⁹⁹⁹ V. *supra*, nos 1249 et s.

²⁰⁰⁰ Cf. Cass. 2^e civ., 9 févr. 1994 : *Rev. arb.* 1995, p. 127, note P. Véron.

qu'il y ait un lieu unique dans lequel toutes opérations arbitrales doivent se dérouler. La mention du lieu où a été rendue la sentence présente un grand intérêt dans la mesure où le juge d'appui, et notamment le juge chargé de l'*exequatur* de la sentence est le tribunal judiciaire du lieu où la sentence a été rendue, de même que les recours contre la sentence sont présentés devant la cour d'appel du ressort de ce lieu. En pratique d'ailleurs, cette exigence est purement formelle : le lieu indiqué n'est pas nécessairement le lieu où les audiences ont eu lieu, ou celui dans lequel les arbitres se sont rendus pour délibérer ou celui où ils ont « signé » la sentence et donc le lieu où elle a été effectivement rendue. D'ailleurs, lorsqu'un lieu est désigné comme siège de l'arbitrage dans la convention arbitrale, il n'en résulte pas que tous les actes de procédure doivent être réalisés en ce lieu²⁰⁰¹. À bien des égards donc le choix du lieu de l'arbitrage est stratégique : les parties devraient choisir un lieu propice à assurer l'*exequatur*, les voies de recours ou l'appui du tribunal. Mais, en pratique, du moins en droit français, le choix du siège n'emporte aucune obligation d'y signer, c'est-à-dire localement, la sentence²⁰⁰².

1434. – Régularisation des erreurs ou irrégularités. L'article 1483, alinéa 2 du Code de procédure civile prévoit l'hypothèse d'erreurs ou d'irrégularités : « L'omission ou l'inexactitude d'une mention destinée à établir la régularité de la sentence ne peut entraîner la nullité de celle-ci, s'il est établi, par les pièces de la procédure ou par tout autre moyen, que les prescriptions légales ont été, en fait, observées ». Cette possibilité vaut pour tous les cas de nullité et donc toutes les situations de formalisme imposées, noms des arbitres, date de la sentence, *etc.*, surtout lorsque ceux-ci ressortissent aux éléments du dossier. Plus difficile est la situation dans laquelle il s'agirait de pallier l'absence de signature de la sentence par l'un des arbitres²⁰⁰³, par exemple par la démonstration de la présence de l'arbitre lors du délibéré, ne serait-ce que par des échanges réalisés entre les arbitres, ce qui supposerait toutefois que la preuve du consentement de l'arbitre à la sentence soit possible. En toute hypothèse, le fait que le formalisme n'ait pas été observé ne peut pas faire l'objet d'une forme de « confirmation » par les parties, comme en matière de nullité relative des contrats, par le consentement subséquent par les parties²⁰⁰⁴.

²⁰⁰¹ Cf. Cass. 2^e civ., 9 févr. 1994, préc.

²⁰⁰² V. *supra*, n° [1121](#).

²⁰⁰³ Comp. E. Loquin : *JCI. Procédure civile*, Fasc. 1042, *La sentence arbitrale, op. cit.*, n° 29.

²⁰⁰⁴ Paris, 18 nov. 1993 : *Rev. arb.* 1994, p. 505, note E. Loquin (« un éventuel acquiescement ne peut couvrir les vices allégués »). – Paris, 20 juin 1989 : *Rev. arb.* 1992, p. 85.

C. – La motivation de la sentence

1435. – Motivation. L'article 1482, alinéa 2 du Code de procédure civile dispose très clairement que la sentence arbitrale « est motivée », à peine de nullité de la sentence (CPC, art. 1483, al. 1^{er} et 1492, 5^o)²⁰⁰⁵. Cette exigence est conforme aux règles ordinaires proposées en matière de rendu des décisions de justice ; décision de justice, la sentence arbitrale doit donc être motivée. Cette exigence se justifie également pour des raisons de transparence, de validation du respect des droits de la défense, ou encore que la sentence a été rendue en toute impartialité²⁰⁰⁶. À ces justifications élémentaires et fondamentales, on peut ajouter que l'exigence de motivation est corrélée avec la qualité attendue d'une sentence arbitrale. La motivation de la sentence est expressément imposée (CPC, art. 1482, al. 2), et ce quel que soit le type de sentence, définitive ou avant dire droit et quelle que soit la mission de l'arbitre, juger en droit ou en amiable composition. Cette exigence peut sembler inutile ou du moins exagérée dans la mesure où le juge de l'annulation n'est pas le juge de la motivation de la sentence, mais de la validité de la sentence à l'aune des critères posés par la norme de validité de référence, par exemple les articles 1492 et 1520 du Code de procédure civile. À cet égard, le juge de l'annulation ne peut contrôler que l'existence des motifs²⁰⁰⁷, non leur contenu ou leur pertinence²⁰⁰⁸ : même l'erreur manifeste des motifs, la contradiction des motifs ou de raisonnement juridique ne sont pas des causes de nullité de la sentence. La solution vaut tant en matière interne qu'en matière internationale, avec cette réserve cependant, que, en matière d'arbitrage international, l'article 1506 du Code de procédure civile renvoie à l'article 1482, mais en précisant que les parties peuvent en convenir autrement, ce dont il résulte que les parties peuvent, en cas de stipulation expresse, dispenser les arbitres de motivation, dans la convention d'arbitrage, l'acte de mission, ou le règlement d'arbitrage. Si, en matière d'arbitrage international, les parties peuvent dispenser les arbitres de toute motivation, la question pourrait se poser de savoir si cette faculté existe aussi en matière d'arbitrage interne. En revanche, à défaut d'une telle stipulation expresse, la motivation s'impose. Cette rigueur peut se déduire du droit des parties à identifier les raisons de la sentence qui s'imposera à eux, et même au droit à ne pas subir un traitement arbitraire, ce qui pourrait être soupçonné en l'absence de motivation. On pourrait ainsi considérer que dans le silence des parties à l'endroit de l'exigence de motivation, le fait pour les arbitres de ne pas

²⁰⁰⁵ CA Paris, 9 déc. 2014, n° 13/17699 : *Gaz. Pal.* 14 mars 2015, note D. Bensaude.

²⁰⁰⁶ Cf. E. Delvolvé, *Essai sur la motivation des sentences arbitrales* : *Rev. arb.* 1989, p. 149.

²⁰⁰⁷ CA Paris, 16 janv. 2003 : *Gaz. Pal.* 31 mai 2003, p. 17, note A. Mourre. – Paris, 3 juin 2020 : *D.* 2020, p. 1970, note S. Bollée. Ce contrôle peut toutefois être relativement étendu, notamment afin de vérifier le respect du principe de la contradiction : Cass. 1^{re} civ., 6 nov. 2019, n° 17-20.573 : *Dalloz actualité*, 6 janv. 2020, obs. J. Jourdan-Marques.

²⁰⁰⁸ Cass. 1^{re} civ., 28 févr. 1995 : *Rev. arb.* 1995, p. 597.

motiver la sentence correspond à au moins deux cas d'annulation de la sentence, d'une part l'obligation de respecter la mission par les arbitres, et d'autre part la violation de l'ordre public international procédural, même si, dans ce dernier cas, la jurisprudence française considère, dans des décisions un peu anciennes il est vrai, que la violation de l'ordre public international procédural est pertinente lorsqu'elle correspond à la violation des droits de la défense²⁰⁰⁹ (V. *infra*, n° 1599).

1436. – Motif implicite. L'exigence de motivation peut cependant être implicite, quand bien même le principe, voire l'esprit de la bonne exécution de la mission de l'arbitre, de l'exigence de motivation, suppose que la sentence fasse état des choix et des raisonnements opérés pour aboutir à la sentence. Toutefois, l'exigence de motivation ne se présente pas de manière formelle, de sorte que cette justification n'a pas à être réalisée pour chaque point particulier et peut résulter de l'ensemble de la sentence²⁰¹⁰.

1437. – Arbitrage de qualité. L'obligation de motiver la sentence prévaut dans tous les types d'arbitrage, y compris dans l'arbitrage dit « de qualité », à ceci près que la motivation est réduite à sa plus simple expression, du moins lorsqu'il s'agit d'apprécier la qualité d'un produit ou d'une denrée au regard des stipulations contractuelles. Il suffit ainsi que le tribunal arbitral constate leur conformité ou leur non-conformité au contrat²⁰¹¹.

1438. – Amiable composition. Comme déjà évoqué, la convention d'arbitrage permet d'excepter à la règle de l'article 1478 du Code de procédure civile imposant aux arbitres de trancher conformément aux règles de droit, en leur offrant la mission de statuer en amiable compositeurs. La différence est importante. Les arbitres peuvent être tenus de trancher le litige « comme des juges », ou comme ils estiment que des juges l'auraient fait, ce qui diminue assez sensiblement l'intérêt de recourir à l'arbitrage. Les parties peuvent, à supposer qu'elles en conviennent, décider que les arbitres jugeront en équité ou en amiable composition²⁰¹². La distinction est essentiellement processuelle. L'amiable compositeur statue en droit et adapte le résultat en fonction d'un étalon de justice pour éventuellement l'amender ; l'arbitre chargé de statuer en équité statue directement sur ce fondement²⁰¹³.

²⁰⁰⁹ Comp. Cass. 1^{re} civ., 18 mars 1980 : *Rev. arb.* 1980, p. 496, note E. Metzger ; *JDI* 1980, p. 874, note E. Loquin. V. aussi P. Francescakis, *Des sentences arbitrales non motivées* : *Rev. crit. DIP* 1960, p. 297.

²⁰¹⁰ Paris, 17 janv. 2002 : *Rev. arb.* 2002, p. 202.

²⁰¹¹ Paris, 30 janv. 1992 : *Rev. arb.* 1993, p. 151, obs. Ch. Jarrosson.

²⁰¹² La loi-type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international prévoit toutefois, dans son article 28, 3° que si à défaut de précision, du tribunal doit statuer « en droit », « le tribunal arbitral statue *ex aequo et bono* ou en qualité d'amiable compositeur uniquement si les parties l'y ont expressément autorisé », laissant ainsi supposer que les deux logiques sont distinctes.

²⁰¹³ V. *supra*, n°s 879 et s.

L'arbitrage en amiable composition ou « en équité » peut être présenté de deux manières²⁰¹⁴. En premier, il s'agit de permettre aux arbitres de rendre une décision équitable, en tant qu'elle n'est pas une décision qui résulte de l'application des lois applicables²⁰¹⁵. Cette présentation, un temps valide, ne rend plus compte de la jurisprudence, outre qu'elle supposerait de considérer que l'application de la règle de droit serait inéquitable en soi et que l'amiable composition consisterait à systématiquement s'éloigner de l'application de la règle de droit, par principe en quelque sorte. Il s'agit, en second, de permettre aux arbitres de rendre une décision dans laquelle les arbitres peuvent s'émanciper de l'application des lois, telle qu'elle résulterait de leur application ordinaire par des juges ou des arbitres décidant en droit, pour modérer éventuellement les conséquences de cette application²⁰¹⁶. Cette seconde manière de présenter rend davantage compte de la mission dévolue aux arbitres amiables compositeurs. Il peut ainsi modérer, voire écarter, les conséquences d'une clause d'un contrat ou de l'application d'une norme juridique, en fonction des circonstances de la cause qui leur est confiée, sans pouvoir toutefois substituer une obligation ne résultant pas du contrat ou de l'intention des parties. Comme amiable compositeur, l'arbitre doit bien entendu motiver sa décision et ce doublement : il doit motiver sa décision, ordinairement, et motiver la décision en équité, c'est-à-dire l'utilisation de son pouvoir d'amiable compositeur, et ce même si l'arbitre décide, finalement, d'appliquer la règle de droit parce qu'il l'estime équitable, à supposer toutefois qu'il motive le fait que cette stricte application est conforme à l'équité et la considération d'équité qui le conduit à cette considération²⁰¹⁷.

1439. – Dispositif ? L'usage, même s'il s'agit d'une forme de reproduction de la méthode de rédaction des décisions étatiques, est de présenter la solution sous la forme d'un dispositif. S'agissant des jugements étatiques, l'article 455 du Code de procédure civile l'impose, mais, s'agissant des sentences arbitrales, aucune règle particulière n'impose de dissocier la motivation, qui s'impose expressément, de la sentence, les motifs de la sentence, et le résultat de celle-ci, le dispositif. La distinction s'explique pour au moins deux raisons : la motivation est le siège du raisonnement opéré par les arbitres (ou le juge), tandis que le dispositif est le siège de leur décision proprement dite ; la dissociation assure en outre un effet pédagogique, s'agissant des motifs, et de contrainte, s'agissant du dispositif. Dès lors, seul le dispositif est décisoire, en ce qu'il résume en quelque sorte, l'ensemble de la décision, d'un point de vue formel, en forme de dispositif. Partant, seul le dispositif d'une décision étatique dispose de l'autorité de la chose jugée, en

²⁰¹⁴ Comp. E. Loquin, *L'amiable composition en droit comparé et international*, Litec, 1980 ; *Pouvoirs et devoirs des amiables compositeurs* : *Rev. arb.* 1985, p. 199.

²⁰¹⁵ E. Loquin, *L'amiable composition en droit comparé et international*, *op. cit.*

²⁰¹⁶ Comp. Paris, 28 nov. 1996 : *Rev. arb.* 1997, p. 381, note E. Loquin : « La clause d'amiable composition est une renonciation conventionnelle aux effets et au bénéfice de la règle de droit, les parties perdant la prérogative d'en exiger la stricte application et les arbitres recevant corrélativement le pouvoir de modifier ou de modérer les conséquences des stipulations contractuelles dès lors que l'équité ou l'intérêt commun bien compris des parties l'exige ».

²⁰¹⁷ V. *supra*, n^{os} 907 et s.

sorte qu'une décision apparaissant dans les motifs, mais omise dans le dispositif, ne dispose pas de cette autorité. On aurait pu penser que, par itération, la Cour de cassation raisonne par analogie s'agissant des sentences arbitrales, pour séparer les motifs et le dispositif. Pourtant, la cour considère, au contraire, que l'autorité de la chose jugée s'étend à l'ensemble de la sentence et que rien n'exige que la décision de justice qu'est une sentence soit formellement énoncée dans un dispositif²⁰¹⁸. Cette solution se justifie en premier par la spécificité de l'arbitrage. Justice privée, elle obéit aux règles d'organisation et de police juridictionnelle posées dans le Code de procédure civile, mais, au-delà, rien ne fonde une telle exigence dans la rédaction des sentences. Si par ailleurs, l'arbitrage ordinaire, *ad hoc* ou institutionnel est en général le fait de juristes, il ne s'agit pas nécessairement de juristes français, rompus aux traditions et usages de la procédure française, sans compter les arbitrages de qualité qui, le plus souvent, sont rendus par des professionnels d'un secteur particulier. En outre, la distinction entre motifs et dispositif est purement française. Elle est inconnue par exemple dans les systèmes de *Common law*, alors même que les sentences rendues en France, internes ou internationales, sont susceptibles d'avoir des effets à l'étranger, notamment au stade de leur exécution. Si, la motivation de la sentence s'impose en toute circonstance, rien n'impose aux arbitres de présenter leur décision dans un dispositif, même si, pour des raisons pédagogiques déjà présentées, cette précision, usuelle, est largement encouragée.

§ 2. – L'adoption de la sentence arbitrale internationale

1440. – Obligation de délibérer. En matière d'arbitrage interne, une « obligation » de délibérer peut, indirectement, être déduite de l'article 1476, alinéa 1^{er} et de l'article 1479 du Code de procédure civile (V. *supra*, n° 1412). En matière d'arbitrage international, l'article 1506, 4° renvoie à ce dernier texte, qui impose aux arbitres le secret du délibéré, et par là, un délibéré²⁰¹⁹. Sans doute l'article 1506 se présente comme un texte supplétif, dans la mesure où le renvoi opéré aux dispositions applicables en matière d'arbitrage interne (CPC, art. 1482) s'impose, à moins que les parties en aient disposé autrement, le caractère d'ordre public de l'article 1479 devrait permettre de s'opposer à une telle dérogation, sur le fondement de

²⁰¹⁸ Cass. 2^e civ., 7 janv. 1999, n° 97-15.679 : *Rev. arb.* 1999, p. 311, obs. J.-B. Racine. – Paris, 15 janv. 2019 : *Rev. arb.* 2019, p. 455, note B. Zajdela, en l'espèce il s'agissait d'un pourvoi formé contre une décision accordant l'*exequatur*, alors que la sentence ne comportait pas de dispositif, en sorte qu'elle ne pouvait se présenter comme un acte juridictionnel.

²⁰¹⁹ Ch. Jarrosson et J. Pellerin, *Le droit français de l'arbitrage après le décret du 13 janvier 2011* : *Rev. arb.* 2011, p. 5-86, n° 51.

l'ordre public international français²⁰²⁰. D'ailleurs, le délibéré est une opération essentielle, consubstantielle même, à toute opération de jugement, et par conséquent d'une sentence²⁰²¹, en tant qu'il est le préalable, par la réflexion, la pesée des arguments qu'il suppose, à la décision, et ce que le tribunal soit composé d'un seul ou de plusieurs arbitres. Dans ce dernier cas, usuel, le délibéré est en outre la conséquence du principe de collégialité, exactement comme en matière interne (V. *supra*, n° 1418). La décision supposant un délibéré, celui-ci est présumé, de sorte que c'est à celui qui prétend qu'aucun délibéré n'a eu lieu de le prouver²⁰²², pour autant cependant que cette prétention ne soit pas frauduleuse, notamment si elle résulte des seules affirmations de l'un des arbitres qui prétendrait ainsi permettre d'obtenir l'annulation de la sentence²⁰²³. La même logique d'ordre public conduit à exiger le secret du délibéré, expressément prévu par l'article 1479 du Code de procédure civile, comme gage de l'indépendance du tribunal arbitral et de liberté de décider des arbitres, mais également d'égalité des parties (V. *supra*, n° 807). Il s'ensuit que le secret du délibéré implique qu'une personne étrangère au tribunal arbitral ne doit pas pouvoir connaître les délibérations qui s'y sont tenues, mais également que les échanges entre les arbitres ne doivent pouvoir être communiqués.

1441. – Arbitrage international. Toutefois cette deuxième exigence n'exclut pas la pratique des opinions dissidentes ou minoritaires qui s'est notamment développée dans l'arbitrage international, permettant ainsi à un arbitre de faire valoir un point de vue juridique distinct de celui ayant prévalu à la majorité et fondant la décision. En toute hypothèse, la violation du secret du délibéré n'emporte, pas davantage en matière internationale qu'en matière interne, l'annulation de la sentence²⁰²⁴, sauf si le principe de collégialité avait été violé. Tout juste la responsabilité de l'arbitre ayant violé le secret du délibéré serait alors susceptible d'être engagée²⁰²⁵. En outre, et là encore comme en matière interne, le refus d'un arbitre de participer au délibéré n'affecte pas la validité de la sentence, ne serait-ce que pour éviter des manœuvres dilatoires ou frauduleuses, pas davantage que l'impossibilité matérielle de participer à laquelle l'arbitre serait confronté et alors qu'il aurait été mis en situation de le pouvoir. Dans le cas où un arbitre démissionne, la réforme de 2011 a apporté une solution favorable au

²⁰²⁰ Cass. 1^{re} civ., 29 juin 2011 : *Rev. arb.* 2011, p. 959, note V. Chantebout ; *JCP G* 2011, I, 1432, n° 7, obs. J. Ortscheidt. – Cass. 1^{re} civ., 8 juill. 2009 : *D.* 2009, pan. 2959, obs. Th. Clay.

²⁰²¹ Cf. Paris, 16 janv. 2003 : *D.* 2003, pan. p. 2479, obs. Th. Clay.

²⁰²² Cass. 1^{re} civ., 29 juin 2011, préc.

²⁰²³ Cass. 1^{re} civ., 29 juin 2011, préc.

²⁰²⁴ Cf. Paris, 9 oct. 2008 : *Rev. arb.* 2009, p. 352, note B. Betto et G. Canivet.

²⁰²⁵ Paris, 7 avr. 2011 : *D.* 2011, pan. 3023, obs. Th. Clay.

« sauvetage » de la sentence. En effet, avant 2011, en cas de démission d'un arbitre, l'arbitrage prenait fin, sauf pour les parties à déclarer vouloir le poursuivre, et en cas de poursuite malgré la démission ou le refus d'un arbitre de poursuivre, la sentence pouvait être annulée, ce qui pouvait être de nature à encourager, ou à tout le moins à ne pas décourager, des initiatives, certes peu compatibles avec la déontologie de l'arbitrage, mais en toute hypothèse, assez efficaces du point de vue d'un arbitre manquant d'indépendance à l'endroit de l'une des parties. Depuis la réforme de 2011, en cas de difficulté et notamment en cas de doute quant aux motifs donnés par un arbitre pour justifier sa démission, la difficulté est tranchée par l'institution en charge de l'organisation de l'arbitrage ou à défaut par le juge d'appui.

Comme en matière interne, le délibéré doit être collégial et donc impliquer tous les arbitres, lesquels doivent pouvoir formuler toutes les observations qu'ils jugent utiles et de les confronter avec celles des autres, de même qu'aucune forme particulière ne s'impose pour le délibéré et notamment une réunion physique au même endroit entre les arbitres²⁰²⁶ (V. *supra*, n° 1414). L'originalité de l'arbitrage international se situe essentiellement à propos du défaut d'unanimité des arbitres dans leur décision. L'article 1513, alinéa 1^{er} du Code de procédure civile précise, expressément depuis 2011, que « dans le silence de la convention d'arbitrage, la sentence est rendue à la majorité des voix », comme en matière interne. Or, il peut arriver qu'une majorité ne puisse se dégager parce que chaque arbitre se retranche derrière une décision incompatible avec celle des autres. La solution promue par certains droits étrangers, offrant au président du tribunal arbitral une voix prépondérante, comme c'est le cas du droit suisse ou espagnol de l'arbitrage international, a été retenue par la réforme de 2011. L'article 1513, alinéa 3 du Code de procédure civile prévoit en effet qu'« à défaut de majorité, le président du tribunal arbitral statue seul », solution qui n'est toutefois pas d'ordre public et que la convention d'arbitrage, voire la loi applicable à la procédure peut donc écarter.

1442. – Forme de la sentence arbitrale internationale. La réforme de 2011 a, entre autres, instauré des règles relatives à la forme. En effet, aucune exigence particulière n'était posée auparavant, notamment sur l'exigence d'écrit²⁰²⁷, suscitant des controverses sur la question de savoir si une sentence pouvait être délivrée par voie orale, solution particulièrement délicate toutefois notamment au regard des exigences de reconnaissance en France qui supposent la production de l'original de la sentence et de la convention d'arbitrage ou de copies authentiques (V. CPC, art. 151 et *supra*, n° 1427).

D'une manière générale, les règles en matière d'arbitrage international n'imposent pas des règles de forme des sentences²⁰²⁸, à la différence des règles intéressant la

²⁰²⁶ Cass. 2^e civ., 28 janv. 1981 : *Rev. arb.* 1982, p. 425, obs. Ph. Fouchard.

²⁰²⁷ Ch. Jarrosson et J. Pellerin, *Le droit français de l'arbitrage après le décret du 13 janvier 2011*, op. cit., n° 52.

²⁰²⁸ E. Gaillard, *Arbitrage commercial international – Sentence arbitrale* : *JCI. Droit International*, 1^{er} oct. 1991,

forme des conventions d'arbitrage. Cela étant, à bien des égards, une règle implicite imposerait une sentence écrite, ne serait-ce qu'en raison de possibles demandes de reconnaissance ou d'*exequatur* d'une sentence. L'article IV, 1, a de la Convention de New York de 1958 dispose ainsi que : « Pour obtenir la reconnaissance et l'exécution visées à l'article précédent, la partie qui demande la reconnaissance et l'exécution doit fournir, en même temps que la demande : a) L'original dûment authentifié de la sentence ou une copie de cet original réunissant les conditions requises pour son authenticité », ce qui implique, presque par nécessité, une sentence écrite. L'article 1506, 4° du Code de procédure civile renvoie aux règles prévalant en matière interne, les articles 1481 et 1482 notamment. Il en résulte donc que, à défaut d'une telle convention contraire, une sentence arbitrale suppose que les mentions obligatoires de l'article 1481 du Code de procédure civile soient présentes, ainsi que les prétentions succinctes des parties (CPC, art. 1482), sans toutefois que la nullité imposée par l'article 1483 s'applique. La sentence doit donc être écrite, signée, datée, comporter les éléments de désignation des parties, des représentants désignés ou avocats, le nom des arbitres, le lieu où elle a été rendue, un rappel des prétentions et des moyens des parties, ainsi que la motivation retenue par le tribunal arbitral.

L'omission de ces éléments n'emporte pas l'annulation de la sentence de manière automatique devant un juge français. En effet, et en premier, l'article 1483 du Code de procédure civile qui dispose que certaines des mentions imposées par les articles 1481 et 1482 du Code de procédure civile sont exigées à peine de nullité de la sentence, ne s'applique pas à l'arbitrage international. En outre, l'article 1520 du même code, qui établit les cas d'ouverture au recours en annulation ou de refus d'*exequatur* d'une sentence arbitrale internationale, ne comprend pas de sanction en cas de violation d'une règle de forme, à la différence des règles en matière d'arbitrage interne. D'ailleurs, la jurisprudence française considère que l'exigence de motivation n'intègre pas le domaine de l'ordre public international²⁰²⁹ alors qu'elle fait partie de l'ordre public interne²⁰³⁰. Cela étant, ce libéralisme relatif est de peu de conséquence : en effet, ces formes, très connues des arbitres, sont en général respectées, notamment lorsque l'arbitrage international est rendu sous l'égide d'une institution arbitrale, surtout qu'elles valent preuve de leur existence et ce, jusqu'au succès d'une procédure en faux, ce qui rend très difficile d'établir la preuve contraire et ce, outre l'utilité de ces mentions en termes d'efficacité de la sentence, l'identification claire des parties, les délais des voies de recours, le contrôle de l'intégralité de la décision, *etc.* De la même manière, on retrouve ce type d'exigence dans la loi-type CNUDCI (art. 31) et dans d'autres lois étrangères, tandis qu'en droit anglais par exemple, « les parties sont libres de s'entendre sur la forme de la sentence » (*English Arbitration Act, 1996, art. 52, 1*)²⁰³¹.

n° 44. La sentence peut ainsi être électronique, V. L. n° 2019-222, 23 mars 2019, art. 4-2 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice.

²⁰²⁹ Paris, 26 mars 1992 : *D.* 1992, inf. rap., p. 161 et 169. – Paris, 28 juin 1991 : *Rev. arb.* 1992, p. 658, note P. Bellet. – Cass. 1^{re} civ., 18 mars 1980 : *Rev. arb.* 1980, p. 496, note E. Metzger. – Cass. 1^{re} civ., 22 nov. 1966 : *JCP* 1968, II, 15318, note H. Motulsky.

²⁰³⁰ Paris, 28 nov. 1996 : *Rev. arb.* 1997, p. 380, note E. Loquin.

²⁰³¹ Comp. aux États-Unis, FAA, 9 USC art. 9, 13, B, qui n'impose aucune forme particulière si ce n'est un écrit.

1443. – Motivation de la sentence internationale. La question de la motivation est particulière. Le renvoi à l'article 1482, alinéa 2 du Code de procédure civile par l'article 1506, 4° ne vaut que dans la mesure où une convention ne prévoit pas le contraire²⁰³², et l'article 1483, qui l'impose à peine de nullité en matière d'arbitrage interne n'est pas applicable à l'arbitrage international²⁰³³. D'une manière générale, il s'agit là d'une question qui ne fait pas l'unanimité. Par exemple, la Convention de New York de 1958 est muette sur ce point, tandis que la Convention de Genève du 21 avril 1961 indique, en son article VIII, que la sentence doit comprendre les motifs de la décision, sauf si les parties déclarent expressément le contraire. C'est également le cas de l'article 31.2 de la loi-type de la CNUDCI qui prévoit que la sentence est motivée, sauf accord contraire des parties. C'est encore le cas de la Convention CIRDI sur le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États. De très nombreux droits étrangers exigent une telle motivation²⁰³⁴ à l'exception notable du droit américain qui n'exige pas de motivation, par rappel de la règle de *Common law* qui l'admet traditionnellement²⁰³⁵. Certains auteurs considèrent que l'exigence de motivation est un principe général du droit de l'arbitrage international²⁰³⁶. On peut en douter cependant dans la mesure où la plupart de ces règles prévoient la possibilité d'y déroger, de telle manière que la question se pose de savoir si l'exigence de motivation se présente comme un élément d'ordre public international. Une partie de la doctrine défend la position jurisprudentielle française, en ce qu'elle ne considère pas que l'exigence de motivation relèverait de l'ordre public international²⁰³⁷ sur le fondement, d'une part, que l'exigence de motivation serait une institution finalement récente²⁰³⁸ et d'autre part parce que le juge français reconnaît les décisions étrangères malgré le défaut de motivation de celles-ci pour autant que les droits de la défense n'aient pas été bafoués²⁰³⁹ et donc qu'il ne serait pas indispensable que la motivation soit exigée comme garantie des droits de la défense, de manière à vérifier que les prétentions et moyens soulevés

²⁰³² CA Paris, 28 juin 1988 : *Rev. arb.* 1989, p. 328, note J. Pellerin.

²⁰³³ Le défaut de motivation d'une sentence n'est pas un cas d'ouverture du recours en annulation dans le droit français de l'arbitrage international : V. CA Paris, 10 mars 2015 : *Cah. arb.* 2015, p. 361.

²⁰³⁴ Cf. J.-F. Poudret et S. Besson, *Droit comparé de l'arbitrage international*, Bruylant, 2002, p. 746.

²⁰³⁵ Comp. cependant *English Arbitration Act* de 1996, art. 52.4 : « la sentence doit être motivée à moins qu'elle ne soit une sentence d'accord-parties ou que les parties ne soient convenues de dispenser les arbitres de la motivation » (modifiant la règle prévalant antérieurement validant la sentence non motivée sauf volonté expresse d'une partie).

²⁰³⁶ G. B. Born, *International Commercial Arbitration*, vol. III, *International Arbitral Award*, *op. cit.*, p. 3039.

²⁰³⁷ Cf. C. Seraglini et J. Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, *op. cit.*, n° 872.

²⁰³⁸ L'obligation de motivation est en effet une institution révolutionnaire, reprise dans une loi du 20 avril 1810 pour les cours d'appel, comme garantie d'indépendance des magistrats. Toutefois c'était le même souci d'indépendance des magistrats qui promouvait l'absence de motivation dans les arrêts d'Ancien Régime, précisément pour éviter que les juges ne se voient reprocher leurs décisions.

²⁰³⁹ Cass. 1^{re} civ., 18 mars 1980, préc.

par les parties ont été examinés, et alors même que ceux-ci le demeurent protégés en toute circonstance.

L'exigence de motivation serait donc superfétatoire. Enfin, cette position serait justifiée pour respecter les décisions rendues sous l'empire de lois de procédure étrangères qui n'imposeraient pas de motivation, au titre de l'effet atténué de l'ordre public international. On peut préférer une solution plus rigoureuse. En effet, l'exigence de motivation assure, par une forme de présomption, la garantie des droits de la défense, le droit à un procès équitable. Le recours à l'effet atténué de l'ordre public international permettrait précisément de conférer une valeur à des décisions rendues sous l'empire d'une loi de procédure étrangère n'imposant pas une telle motivation. Enfin, l'exigence de motivation permettrait d'éviter les circonvolutions jurisprudentielles par lesquelles le juge annule des sentences non motivées en considérant, sur le fondement de l'article 1520, 3° du Code de procédure civile, que les arbitres auraient statué sans se conformer à leur mission, notamment lorsque la loi applicable à l'arbitrage exigeait une telle motivation²⁰⁴⁰, ou si elle masque une violation des droits de la défense. On peut penser en outre que l'ordre public international procédural a, avec la généralisation des règles de la Convention européenne des droits de l'homme, évolué au sens où l'absence d'arbitraire pourrait être pris davantage en compte en tant que droit à un procès équitable. À cet égard, la possibilité offerte par les parties de dispenser les arbitres de motivation pourrait être discutée en elle-même²⁰⁴¹ et ce même si la question de l'application de la Convention dans le contrôle de la sentence demeure discutée. Si, en effet, les règles de la Convention ne sont pas directement ou formellement applicables en matière d'arbitrage, elles le sont par défaut, les règles du droit de l'arbitrage assurant les mêmes objectifs par exemple par la sanction de la fraude procédurale²⁰⁴².

En toute hypothèse, la question est purement rhétorique : toutes les sentences sont motivées²⁰⁴³ à l'exception des arbitrages de qualité. L'exigence de motivation serait ainsi essentiellement contrainte par la nécessité, parce qu'elle participe au processus décisionnel et garantit les parties contre les décisions arbitraires. D'ailleurs, la plupart des règlements d'arbitrage prévoient une obligation de motiver la sentence²⁰⁴⁴.

1444. – Spécificité de la sentence dans certains règlements d'arbitrage : le *scrutiny*. On peut observer que de nombreux règlements d'arbitrage prévoient une modalité particulière de prise de décision de la sentence. Les arbitres doivent en effet proposer un « projet de sentence », soumis à l'examen d'une institution précisée dans ce règlement, qui peut proposer des modifications de forme et attirer l'attention du tribunal arbitral sur des

²⁰⁴⁰ Paris, 14 janv. 1997 : *Rev. arb.* 1997, p. 395, note Ph. Fouchard. – Paris, 28 juin 1988 : *Rev. arb.* 1989, p. 328, note J. Pellerin. – Cass. 1^{re} civ., 18 mars 1980, préc. – Cass. 1^{re} civ., 22 nov. 1966, préc.

²⁰⁴¹ Comp. Paris, 20 nov. 2018 : *Dalloz actualité*, 28 janv. 2020, obs. J. Jourdan-Marques.

²⁰⁴² Cass. 1^{re} civ., 20 févr. 2001, n° 99-12.574, *Cubic Defense Systems* : *D.* 2001, p. 903 ; *Rev. arb.* 2001, p. 511, note Th. Clay ; *Rev. crit. DIP* 2002, p. 124, note C. Seraglini. Adde M.-L. Niboyet, *Incertitude sur l'incidence de la Convention européenne des droits de l'homme, droit français de l'arbitrage international* : l'arrêt *Cubic de la Cour de cassation* : *Cah. arb.* 2002, p. 35. – C. Jarrosson, *L'arbitrage et la Convention européenne des droits de l'homme* : *Rev. arb.* 1989, p. 573.

²⁰⁴³ Cf. J.-L. Delvolvé, *Essai sur la motivation des sentences arbitrales* : *Rev. arb.* 1989, p. 149.

²⁰⁴⁴ Le règlement de la CCI (art. 31.2) ou de la LCIA (art. 26.1) par exemple.

points relatifs au fond de l'affaire²⁰⁴⁵. Il convient de bien distinguer ces propositions selon qu'elles portent sur la forme ou sur le fond du projet de sentence²⁰⁴⁶. S'agissant du fond en effet, il s'agit de simples conseils, des suggestions, mais le tribunal arbitral est parfaitement libre de sa décision et peut évidemment passer outre²⁰⁴⁷ ; il demeure la formation de jugement qui dispose, seul, du pouvoir de statuer.

Section 3

Conseils pratiques pour la rédaction de la sentence arbitrale

1445. – Délibération : la « boîte noire » de l'adoption d'une sentence arbitrale. L'adoption de la sentence, et sa rédaction, sont précédées d'une délibération. L'efficacité de ces délibérations est essentielle pour assurer qu'une « bonne » sentence sera rendue. Pour autant, il n'existe, en droit interne ou en droit international, et outre les règles impératives, souvent formelles, aucune règle particulière, aucune *guideline* officielle ou non officielle permettant d'envisager comment assurer une « bonne » délibération. La question de la délibération est ainsi la « boîte noire » de l'arbitrage. Elle dépend de différentes circonstances, le caractère interne ou international de l'arbitrage, l'objet du litige, le droit applicable, la langue et la « culture » de l'arbitrage partagée, ou non, par les arbitres, *etc.*

1446. – Guides de bonnes pratiques. Un certain nombre de guides permettant aux arbitres de se conformer à certains standards de rédaction sont disponibles. C'est le cas par exemple du guide de la Chambre de commerce internationale intitulé *Guideline drafting arbitral award* publié en 2016²⁰⁴⁸ ou du guide de l'International Bar Association intitulé *Toolkit for Award writing* également publié en 2016. Tous décrivent la question comme

²⁰⁴⁵ Règl. CCI (2021), art. 34 ; Règl. TAS, art. R. 46 et *supra*, n^{os} 138 et s.

²⁰⁴⁶ U. Draetta, *Reflections on the role of arbitral institutions : lights and shadows* : *Cah. arb.* juill. 2017, p. 451, spéc. n^o 3.4.

²⁰⁴⁷ Sur la controverse doctrinale à ce propos comp. E. Loquin, *L'examen du projet de sentence par l'institution et la sentence au deuxième degré. Réflexion sur la nature et la validité de l'intervention de l'institution arbitrale sur la sentence* : *Rev. arb.* 1990, p. 427. – A. Kassis, *Réflexions sur le règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale*, in *Les déviations de l'arbitrage international*, LGDJ, 1998, p. 149. *Adde* : Cass. 1^{re} civ., 20 févr. 2001 : *Rev. arb.* 2001, p. 511, note Th. Clay ; pour une illustration récente sur le respect (confirmé) de la mission par les arbitres dans les cas où la cour n'aurait pas valablement effectué sa mission d'examen de la sentence : Paris, 15 déc. 2020, n^o 18/14864.

²⁰⁴⁸ www.ciarb.org/media/4206/guideline-10-drafting-arbitral-awards-part-i-general-2016.pdf.

ne reposant sur aucune forme type, au-delà des exigences posées pour la validité d'une sentence et de nature à la rendre exécutable.

1447. – Il demeure qu'un certain nombre de pas peuvent être empruntés. Ainsi, les « délibérations » qui correspondent à autant de débats entre les arbitres ne devraient pas être reportées à la fin de l'arbitrage. Elles devraient au contraire se réaliser tout au long de la procédure, pas seulement au moment de la rédaction de la sentence, ne serait-ce que parce que les faits, les éléments probatoires, souvent nombreux et complexes apparaissent au fur et à mesure du déroulement de l'arbitrage, à travers la compréhension de ces éléments, mais également des propos, écrits ou oraux, tenus par les parties, ou par les arbitres. Les échanges entre les arbitres, y compris pour ne pas aboutir à un consensus sont ainsi très précieux, tout au long du déroulement de l'arbitrage. C'est d'ailleurs l'une des raisons qui doit permettre de privilégier les échanges en « face-à-face » entre les arbitres plutôt que des visioconférences, ne serait-ce qu'en raison des liens de confiance qui se nouent alors.

1448. – Plus l'arbitrage est complexe et plus les arbitres devraient organiser des réunions avec un ordre du jour pour explorer les faits de la cause, les arguments des parties, établir les éléments qui leur semblent essentiels, les éventuelles questions, remarques ou demandes de précisions aux parties et ce de manière répétée, pas uniquement au moment des auditions terminales des parties. Il n'est ainsi pas inutile que les arbitres commencent leur analyse dès les premiers échanges, quand bien même ceux-ci ne seraient pas complets ou que les éléments probatoires ne soient pas tous rassemblés, tout en conservant un esprit ouvert aux changements possibles dans les arguments ou les demandes. Dans le même esprit, les auditions doivent certainement être préparées de manière à orienter les débats vers ces éléments essentiels, sans que les arbitres ne doivent, en aucun cas, pallier les éventuelles déficiences des parties dans leurs arguments, leurs raisonnements ou leur interprétation des règles ou des éléments probatoires : ils ne sont pas les assistants des parties.

1449. – Le rôle du président du tribunal arbitral, à supposer qu'il s'agisse d'un arbitrage à plusieurs arbitres, est alors essentiel pour organiser les débats, sans étouffer toutefois les questions posées par les autres arbitres, et surtout les délibérations entre ces derniers. La délibération est en effet guidée par le principe de collégialité, dont le respect est essentiel pour garantir la validité de la sentence. Dans le même temps, son rôle n'est pas de parvenir à un consensus, qui risquerait d'être « mou ». Il doit recueillir les opinions de chaque arbitre, avant de présenter la sienne, demeurer vigilant quand bien même les deux autres arbitres s'accorderaient sur un point en se faisant « l'avocat du diable ». Au final, ce qui est attendu d'un tribunal arbitral n'est

pas de rendre la justice, au sens où il s'agirait d'établir une vérité objective mais de rendre une sentence efficace fondée sur les écritures des parties et les éléments de preuve apportés, établie sur la base d'un raisonnement juridique implacable.

1450. – Cette façon de procéder correspond sans doute davantage à la manière romano-germanique de procéder, où des arbitres de *Common law* seraient, par leur culture propre, plus enclins à rechercher les éléments de vérité d'un discours présenté par les parties. Cette différence d'approche est d'autant plus essentielle que la validité de la sentence, face au risque d'annulation de celle-ci, dépend parfois de circonstances qui ne sont pas, par nature, dites par les parties, notamment face à des exigences relevant de l'ordre public international, des questions de corruption ou de blanchiment d'argent par exemple. En ce sens, la cour d'appel de Paris est de plus en plus sensible à des « indices » de corruption pour rejeter l'intégration d'une sentence dans l'ordre juridique français (V. *infra*, n° 1615). On peut en conséquence considérer que le tribunal arbitral doit être prudent face à une telle menace, et donc aux risques qui pourraient menacer la sentence tant au stade de l'annulation que de son exécution.

1451. – **Structure d'une sentence arbitrale.** Pour respecter les règles posées en matière d'arbitrage interne ou international mais également au regard des différents règlements d'arbitrage, la structure d'une sentence arbitrale obéit à des logiques pratiques constantes, qui commencent d'ailleurs dès la constitution du tribunal arbitral²⁰⁴⁹.

1452. – En premier, la sentence doit se présenter elle-même, ce qui suppose un titre, « sentence rendue dans le litige opposant X et Y », puis présenter les parties, ainsi que les arbitres et, en général (noms, domiciles ou sièges sociaux des parties et de leurs conseils), rappeler le contenu de la convention d'arbitrage, la chronologie de la constitution du tribunal arbitral et, éventuellement, l'existence d'un acte de mission (très recommandé)²⁰⁵⁰. Il est utile, d'ailleurs, dans un arbitrage *ad hoc* de prévoir que le tiers arbitre, appelé à présider le tribunal arbitral, accepte sa mission à l'occasion de la signature de cet acte de mission, ne serait-ce que pour que le délai dans lequel l'arbitrage est, en principe, enfermé (et faute d'avoir prévu des techniques permettant d'adapter la gestion de ce délai dans l'acte de mission) ne commence qu'à cette date. Il est tout aussi utile,

²⁰⁴⁹ Comp. J. Béguin et J. Ordsheid, *Les dix commandements du président d'un tribunal ad hoc* : JCP G 2010, 646.

²⁰⁵⁰ A. Murray, *Writing awards in international commercial arbitrations*, *The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management*, Sweet & Maxwell, 2015, p. 73-83, spéc. p. 74 ; V. aussi : F. Dasser et E. O. Igbokwe, *Efficient Drafting of the Arbitral Award : Traditional Ways Revisited – Lesson Learned from the Past?*, chap. III : *The Award and the Courts*, in *Austrian Yearbook on International Arbitration* 2019, vol. 2019, p. 279.

et conseillé, que les déclarations d'indépendance et d'impartialité, fournies par les arbitres au moment de l'acceptation de leur mission, soient sinon reproduites du moins résumées, et qu'il soit mentionné que les parties ont, ou n'ont pas, formulé de remarque à cet effet. Nous verrons, en effet, que les conditions d'ouverture des cas d'annulation d'une sentence supposent, souvent, au titre de la mise en œuvre de l'article 1466 du Code de procédure civile, que ces cas aient été discutés devant le tribunal arbitral. Pour la même raison d'ailleurs, il est très utile que la sentence fasse état des échanges entre les parties, et notamment que le principe du contradictoire a été respecté, voire de faire état des éventuelles difficultés qui auraient été soulevées par les parties.

1453. – La sentence doit, ensuite (CPC, art. 1482, 1506), « exposer succinctement » les prétentions respectives des parties et leurs moyens. Il ne s'agit pas ici de prendre dans leur intégralité les écritures des parties, mais de faire état des principales prétentions, moyens et arguments, qui formeront la base de la motivation de la sentence, et ce quand bien même cette règle ne fait pas l'objet de sanction particulière. D'un point de vue pédagogique, il est très utile que chaque point particulier fasse l'objet d'un rappel de la position de chacune des parties, puis du raisonnement opéré par le tribunal arbitral, les résultats de l'ensemble pouvant utilement être rappelés dans un dispositif. Le mécanisme s'avère également très utile pour éviter d'oublier une question particulière, ce qui serait désastreux (le risque étant l'annulation de la sentence pour manquement des parties dans la mission qui leur a été confiée).

1454. – La motivation de la sentence est en revanche expressément imposée (CPC, art. 1482, al. 2) et ce quel que soit le type de sentence, définitive ou avant dire droit et quelle que soit la mission de l'arbitre, juger en droit ou en amiable composition, avec la différence déjà envisagée selon que l'arbitrage est international ou interne. Les parties peuvent, en cas de stipulation expresse, dispenser les arbitres de motivation, dans la convention d'arbitrage, l'acte de mission, ou le règlement d'arbitrage. En revanche, à défaut de telle stipulation expresse, la motivation s'impose.

1455. – Les arbitres peuvent être tentés d'introduire dans la sentence des opinions dissidentes ou minoritaires. Le problème se pose à la fois en termes de maintien du secret du délibéré que d'indépendance des arbitres et de crédibilité de l'arbitrage (V. *supra*, n° [1423](#)). Les opinions dissidentes, associées au refus de signer la sentence par un arbitre, devraient être réservées à des situations particulièrement pathogènes, par exemple lorsqu'un arbitre découvre une situation de fraude ou une difficulté majeure dans l'organisation de l'instance ou du délibéré. À défaut, la signature par l'arbitre signifie son accord sur le processus de décision, quitte à demander

un vote et la mention que la décision a été rendue à la majorité, sans mentionner bien entendu le sens des votes.

1456. – À ces justifications élémentaires et fondamentales, on peut ajouter que l'exigence de motivation est corrélée avec la qualité attendue d'une sentence arbitrale. En effet, si l'on admet que la justice arbitrale est une justice exceptionnelle, volontaire, onéreuse, indépendante, professionnelle, *etc.*, il n'est pas invraisemblable de considérer qu'une sentence arbitrale est, ou devrait être, une sentence de qualité, laquelle repose sur la présentation des arguments juridiques, du raisonnement, voire des pistes de raisonnement empruntées par les arbitres. Par ailleurs, l'exigence de motivation est encore plus importante lorsque les arbitres disposent du pouvoir de décider en amiable compositeur, où ils auront à développer des arguments pris en termes d'équité. Par conséquent, la sentence arbitrale doit pouvoir permettre aux parties de parfaitement saisir la manière dont la décision a été rendue, s'agissant de la pertinence du raisonnement et des arguments juridiques ; en d'autres termes, à l'exigence de qualité s'ajoute celle de pédagogie. Ainsi, on peut supposer que la partie qui succombe sera plus encline à exécuter spontanément une sentence bien motivée, plutôt qu'exercer des recours qui peuvent s'avérer autant coûteux qu'inutiles. Par conséquent l'exigence de motivation de la sentence valide l'intégralité des exigences posées en termes d'arbitrage, de l'ordre public processuel, à la qualité pédagogique et rédactionnelle de la sentence, en passant par la vérification que chacun des « moyens » utilisés par les parties a bien été pris en compte, débattu, et analysé.

1457. – Enfin, et pour ces mêmes raisons, la rédaction d'un dispositif, qui ne s'impose pas juridiquement en droit français, est largement conseillée : il permet aux parties de savoir, d'un coup d'œil, le sens de la sentence, quitte à revenir sur sa lecture approfondie pour en saisir les particularités du raisonnement suivi.

Les attributs de la sentence arbitrale

1458. – Deux caractères ou conséquences de la sentence apparaissent précisément : d'une part, la question de l'autorité de la sentence arbitrale (Section 1) et, d'autre part, celle de l'effet de dessaisissement du tribunal qui en résulte (Section 2).

Section 1

L'autorité de la sentence arbitrale

1459. – **Nature juridictionnelle de la sentence arbitrale.** La sentence arbitrale présente un effet juridictionnel²⁰⁵¹. Il en résulte que la sentence présente tous les effets de droit qui sont la conséquence des constatations réalisées par les arbitres et par leur décision, à compter du jour où celle-ci est rendue. Toutefois, la sentence arbitrale demeure un acte juridictionnel *privé*, de sorte qu'elle ne bénéficie pas de l'intégralité des effets liés à un acte juridictionnel public, d'un jugement, qu'un certain nombre d'opérations subséquentes sont rendus nécessaires pour pallier ce déficit et accorder à la sentence la plénitude des effets juridictionnels d'une décision de justice, une notification et éventuellement l'*exequatur* de la sentence arbitrale.

1460. – **Notification de la sentence arbitrale.** La sentence, une fois rendue, doit être portée à la connaissance des parties²⁰⁵², par une *notification*. Celle-ci s'impose clairement dans le Code de procédure civile : l'article 1484, alinéa 3 dispose en effet que la sentence « est notifiée par voie de signification à moins que les parties en conviennent autrement », par quelque moyen que ce soit, usuellement, par voie de lettre

²⁰⁵¹ Paris, 7 juill. 1987 : *Rev. arb.* 1988, p. 649, note E. Mezger.

²⁰⁵² À noter que depuis le décret de 2011, c'est bien la sentence qui doit être notifiée, sans qu'elle doive être préalablement assortie de l'*exequatur*, V. Th. Clay, *Code de l'arbitrage commenté*, LexisNexis, 2015, note ss CPC, art. 1484.

recommandée avec accusé de réception, mais éventuellement par courrier simple, courriel, *etc.* En toutes hypothèses, la transmission de la sentence, suppose vraisemblablement qu'elle s'effectue de manière écrite, de telle manière que la signature de la sentence soit transmise, condition de validité de celle-ci. La signification doit en outre comprendre, sauf convention contraire, les informations permettant l'exercice d'un recours, dans le délai qu'ouvre l'acte de signification²⁰⁵³.

Le principe est donc que la sentence soit notifiée par voie de signification, par exploit d'huissier, à chacune des parties. Cette notification doit, par ailleurs, prévoir l'information des parties quant aux recours qui s'ouvrent à elles et aux délais de ceux-ci. En revanche, les parties peuvent choisir, ce qui est très souvent le cas, une autre technique de notification²⁰⁵⁴. Aisée lorsque l'arbitrage est un arbitrage *ad hoc*, la mise en œuvre de ces règles est plus délicate dans le cas d'un arbitrage institutionnel, *via* un centre d'arbitrage. La communication de la sentence par un tel centre d'arbitrage ne vaut pas, en principe, notification au sens des articles 1484, alinéa 3 ou 1519, alinéa 3 du Code de procédure civile²⁰⁵⁵ : il convient que les stipulations du règlement d'arbitrage manifestent, sans équivoque, la volonté des parties de renoncer à la signification. Une disposition du règlement d'arbitrage devrait donc être efficace si elle prévoit que la communication de la sentence aux parties par le centre d'arbitrage vaut notification en vue de faire courir les délais de recours (et mentionner les types et délais de recours). Il en est de même en matière internationale (CPC, art. 1519, al. 3), ce qui, depuis 2011, par la possibilité de notifier par quelque forme choisie par les parties, harmonise le droit français avec les principaux droits étrangers. Avant 2011 en effet, la signification par voie d'huissier s'imposait malgré les stipulations de la convention d'arbitrage ou du règlement d'arbitrage (CPC, ancien art. 1503, 1505). Ainsi la loi-type de la CNUDCI prévoit une « communication » de la sentence. Il est en conséquence possible, et c'est désormais commun, de prévoir une notification qui ne soit pas une signification, dans la convention d'arbitrage ou par référence à un règlement d'arbitrage (*cf.* Règl. CCI, art. 34.1), par quelque moyen que ce soit (lettre recommandée, courriel avec avis de réception, télécopie, *etc.*), à supposer toutefois qu'il s'agisse, pour des raisons pratiques, d'une méthode permettant de dater et de confirmer la réception, de manière à permettre au juge, appelé éventuellement à se prononcer sur la recevabilité d'un recours, de déterminer le point de départ de ses délais. En effet, faute d'une telle signification, les voies de recours restent en principe ouvertes indéfiniment, les recours étant ouverts dès le prononcé de la sentence²⁰⁵⁶.

²⁰⁵³ Le délai de recours en annulation d'une sentence en France ne peut courir à défaut pour l'acte de notification de mentionner l'existence et les conditions d'exercice des voies de recours : V. CA Paris, 17 mars 2015, n° 15/02556 : *Gaz. Pal.* 20 juin 2015, note D. Bensaude.

²⁰⁵⁴ V. aussi : Rouen, 7 janv. 2021, n° 20/01665 pour un exemple de dérogation convenue entre les parties dans la clause compromissoire et par les arbitres dans une ordonnance de procédure.

²⁰⁵⁵ Paris, ord. CME, 6 mars 2014 : *Rev. arb.* 2014, p. 654, note J. Pellerin. – Paris, 26 mai 2015, *JCP E* 2015, 1370, n° 4, obs. J. Ortscheidt.

²⁰⁵⁶ , V. Ch. Seraglini et J. Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, LGDJ, 2019, n° 520. – Paris, ord. CME, 10 avr. 2014, n° 13/13075 : *D.* 2014, p. 2554, obs. Th. Clay.

1461. – Partie non résidente. Enfin, en matière d'arbitrage international, il est commun que des sentences rendues en France concernent une ou des parties ne résidant pas en France, mais à l'étranger. S'agissant de la sentence rendue en France, l'article 1519 du Code civil indique que le recours en annulation n'est plus recevable après un mois après la notification de la sentence²⁰⁵⁷, en France ou à l'étranger, dans les conditions prévues par les parties (notification simple par exemple) et, à défaut, dans les conditions prévues pour les notifications internationales (CPC, art. 683). S'agissant d'une sentence rendue à l'étranger, l'article 1525 prévoit que l'appel contre la décision d'*exequatur* est formé dans un délai d'un mois à compter de la « signification » de la décision, du moins s'il s'agit d'un jugement rejetant l'*exequatur* (c'est alors un jugement, et non la sentence, qui est signifié), dans la mesure où l'article 1525 poursuit en précisant que les parties peuvent convenir d'un autre mode de « notification » lorsque le jugement octroie l'*exequatur* (c'est alors la sentence revêtue de l'*exequatur* qui est notifiée).

1462. – Date d'effet de la sentence. La sentence arbitrale produit ses effets au moment où elle est rendue (CPC, art. 1484), et ce peu important que la décision ait été ou non prononcée publiquement. Hormis le cas dans lequel les parties ont choisi d'appliquer les règles établies pour les tribunaux, cette exigence ne s'impose donc pas, sans d'ailleurs qu'il soit interdit aux arbitres d'y recourir. La date à laquelle la sentence a été rendue étant une condition de validité, et cette date est, le plus souvent, la date du jour de la rédaction et de la signature de la sentence, fait foi jusqu'à une procédure d'inscription en faux. L'intérêt de la détermination de la date est de vérifier que les arbitres ont rendu la sentence dans le délai qui leur était imparti, la date à prendre en compte étant celle indiquée dans celle-ci²⁰⁵⁸. En général d'ailleurs, la date inscrite dans la sentence est souvent la date ultime, ou proche, de celle de l'expiration du délai. Toutefois, la pratique arbitrale montre que le dispositif de la sentence est parfois communiqué aux parties avant la rédaction de la sentence, par voie orale ou écrite : l'article 1494 du Code de procédure civile valide implicitement cette pratique, en indiquant que l'appel et le recours en annulation sont recevables « dès le prononcé de la sentence », avant donc la rédaction de la sentence si ce prononcé a été réalisé auparavant²⁰⁵⁹. C'est ainsi à cette date, et point à celle de la rédaction de la sentence, que l'effet de la sentence se réalise. Parfois le tribunal

²⁰⁵⁷ V. égal. CPC, art. 1522 qui prévoit que si les parties ont renoncé au recours en annulation, l'appel contre l'ordonnance en *exequatur* dans les cas d'ouverture du recours en annulation doit être formé dans le mois de la notification de la sentence revêtue de l'*exequatur*.

²⁰⁵⁸ Paris, 22 mai 1980 : *Rev. arb.* 1982, p. 264, note J.-B. Blaise.

²⁰⁵⁹ Pour une application, V. Cass. 1^{re} civ., 11 mai 2016, n° 14-29.767, cité in E. Loquin, *Attention : ne pas appeler le recours en annulation « appel » !* : *RTD com.* 2016, p. 698.

adresse aux parties un projet de sentence leur ouvrant la possibilité de formuler des observations. Cette communication n'est cependant pas équivalente à un « prononcé » de la décision au sens de l'article 1494 du Code de procédure civile, dans la mesure où il ne s'agit pas d'une décision. En outre, le tribunal est dessaisi dès lors qu'il n'a plus la possibilité de modifier la décision rendue. Dès lors c'est bien le jour où la décision est communiquée que la sentence est effective et que le tribunal est dessaisi, soit le jour de la communication de la sentence signée, soit le jour de la communication de la décision avant la rédaction de la sentence, mais point le jour de la communication d'un simple projet modifiable²⁰⁶⁰.

Section 2

Le dessaisissement du tribunal arbitral

1463. – Le dessaisissement du tribunal arbitral, qui résulte de la communication de la sentence, produit deux types d'effets, que l'on désigne usuellement comme les effets positifs de la sentence (§ 1) et l'effet négatif qui résulte de ce dessaisissement (§ 2).

§ 1. – Les effets positifs de la sentence arbitrale

1464. – **Production des intérêts légaux.** Une décision de justice emporte production, par elle-même, des intérêts au taux légal aux termes de l'article 1231-7 du Code civil, qui reprend, à l'identique, les termes de l'ancien article 1153-1 du même code : « En toute matière, la condamnation à une indemnité emporte intérêts au taux légal même en l'absence de demande ou de disposition spéciale du jugement. Sauf disposition contraire de la loi, ces intérêts courent à compter du prononcé du jugement à moins que le juge n'en décide autrement ». La sentence arbitrale, du fait de sa nature juridictionnelle, devrait, assez logiquement, profiter de cette disposition. Toutefois, la position de la cour d'appel de Paris semble avoir évolué. Ainsi, si elle portait cette solution²⁰⁶¹, elle a considéré ensuite que la nature conventionnelle de l'origine de la juridiction arbitrale faisait obstacle

²⁰⁶⁰ Comp. Paris, 30 mai 2006 : *Rev. arb.* 2007, p. 837, note Ch. Jarrosson ; *RTD com.* 2007, p. 696, note E. Loquin.

²⁰⁶¹ Paris, 18 janv. 2001 : *Rev. arb.* 2002, p. 935, note E. Jeuland. – Paris, 6 nov. 2003 : *Rev. arb.* 2004, p. 631, note D. Bensaube.

à l'application de ce texte²⁰⁶². Cette dernière solution semble discutable, ne serait-ce qu'en raison de pratiquement tous les effets d'une sentence, assimilée à un jugement étatique, telle l'autorité de la chose jugée. L'institution arbitrale repose sur ce double fondement, juridictionnel et conventionnel et l'on peut douter de la pertinence de faire prévaloir, en l'occurrence, l'une sur l'autre. En outre, ce débat pourrait paraître assez stérile si l'on observe que l'article 1231-6 (ancien art. 1153) du Code civil considère que les obligations de sommes d'argent produisent des intérêts au taux légal dès la mise en demeure. Or, on pourrait considérer que la communication de la sentence est une telle mise en demeure, que celle-ci résulte de la sentence elle-même, en ce qu'elle consiste en une interpellation suffisante au sens de l'article 1344 du Code civil.

1465. – Autorité de la chose jugée. L'article 1484 du Code de procédure civile dispose sans difficulté que « la sentence arbitrale a, dès qu'elle est rendue, l'autorité de la chose jugée relativement à la contestation qu'elle tranche », solution qui reprend d'ailleurs les solutions connues avant la réforme de 2011²⁰⁶³ et qui fait écho à la nature juridictionnelle de l'arbitrage. En matière d'arbitrage international, la même règle prévaut, par renvoi de l'article 1506, 4° du Code de procédure civile à l'article 1484, alinéa 1^{er}. Cet effet est d'ailleurs retenu dans l'ensemble des droits de l'arbitrage étrangers. C'est cet effet, en tant qu'en découlent tous les autres, qui justifie que soit défini ce que l'on entend précisément par « sentence arbitrale »²⁰⁶⁴. Ainsi, la conception française de la sentence arbitrale suppose que l'autorité de la chose jugée soit associée à l'entière de « la contestation tranchée », c'est-à-dire la sentence finale, mais aussi les sentences partielles s'il y en a, considérées alors comme un ensemble.

1466. – Sentence partielle. Par ailleurs, la question peut se poser de l'autorité de la chose arbitrée d'une sentence partielle prononçant des mesures conservatoires ou provisoires. Si l'on considère, comme en France, qu'il ne s'agit pas de sentences, aucune autorité de la chose jugée ne s'impose, ce qui pose difficulté alors, si les mesures décidées pouvaient ne pas être exécutées. Une forme d'autorité s'impose cependant, du moins jusqu'à ce que la sentence finale soit rendue²⁰⁶⁵. Comment désigner cette « autorité » dans la mesure où les arbitres ne sont pas liés par cette décision et peuvent parfaitement, dans la sentence finale, s'en écarter²⁰⁶⁶ ? Il ne peut

²⁰⁶² Paris, 30 juin 2005 : *Rev. arb.* 2006, p. 686, note crit. R. Libchaber.

²⁰⁶³ Comp. Cass. 2^e civ., 5 mars 2009 : *Rev. arb.* 2009, p. 239.

²⁰⁶⁴ V. *supra*, n° [1382](#).

²⁰⁶⁵ V. Paris, 7 oct. 2004, préc. ; et plus gén. *supra*, n° [1382](#).

²⁰⁶⁶ A. Pinna, *L'autorité de la chose jugée invoquée devant l'arbitre. Point de vue sous le prisme de l'ordre juridique français* : *Cah. arb.* 2011, n° 3, p. 697.

s'agir d'une « autorité de la chose jugée » en ce sens qu'une telle « sentence » pourrait faire l'objet d'une exécution forcée, mais simplement d'une forme d'autorité *inter partes* liée au « contrat d'arbitre » par exemple ou à la confiance existant entre les arbitres et les parties, voire par une astreinte qui pourrait être prononcée par le tribunal arbitral, quand bien même elle ne pourrait être calculée qu'en fin de litige, voire remise en cause ensuite.

1467. – Étendue de l'autorité de la chose jugée. De l'autorité de la chose jugée découle la règle selon laquelle la sentence arbitrale dispose de la force probante d'un acte authentique (V. *infra*, n° 1480). Par ailleurs l'article 1355 (ancien art. 1351) du Code civil dispose que « l'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement. Il faut que la chose demandée soit la même ; que la demande soit fondée sur la même cause ; que la demande soit entre les mêmes parties, et formée par elles et contre elles en la même qualité », instituant le principe de la « triple identité ». La notion de partie, telle qu'elle apparaît dans l'effet du principe de l'autorité de la chose jugée, attachée à la sentence arbitrale, englobe les parties liées par la convention d'arbitrage mais également les parties représentées à l'instance par un mandataire²⁰⁶⁷.

1468. – En outre, la jurisprudence française rejetant l'exigence d'un dispositif tel qu'il s'impose pour les décisions étatiques (V. *supra*, n° 1439), il en résulte que l'autorité de la chose jugée, pour les sentences arbitrales, s'étend à l'ensemble de la sentence et point simplement au dispositif s'il est présent dans la sentence. Cette solution, spécifique aux sentences arbitrales, n'est pas sans créer des éléments d'incertitude. On peut penser en effet que l'autorité de la chose jugée ne porte pas sur la simple narration des faits, qui sont indépendants de la motivation juridique établie en relation avec ces derniers et qui, par ailleurs, ne sont présents dans la sentence que dans la mesure de leur exposé par les parties. Rien ne les oblige à livrer l'intégralité des éléments factuels. Bien au contraire, les parties sont invitées à ne présenter que les faits pertinents (et prouvés). Du reste, il serait curieux que si une partie estime, dans une procédure arbitrale, ne pas devoir réfuter un fait, elle soit ensuite prisonnière de celui-ci dans une autre procédure, judiciaire ou arbitrale. On pourrait cependant observer que la maîtrise des éléments de faits est une mesure française qui n'est pas généralisée. Ainsi, les procédures de *Common law* développent des techniques d'instruction, pour employer une formule française, *via* la technique du *discovery*, qui permettent vraisemblablement, alors, d'accorder l'autorité de la chose jugée aux éléments de faits. On pourrait étendre cette considération, dans les

²⁰⁶⁷ Cass. 2^e civ., 14 oct. 1987 : *Rev. arb.* 1988, p. 288, note J.-L. Goutal.

situations dans lesquelles la loi de procédure est la loi française, aux hypothèses dans lesquelles des faits sont rapportés aux arbitres sur le fondement d'une mesure d'instruction, arbitrale ou judiciaire (sur le fondement de l'article 145 du Code de procédure civile français par exemple).

1469. – Motifs de soutien et motifs décisifs. Au-delà, on peut considérer que l'autorité de la chose jugée peut porter sur des motifs décisifs, qui tranchent tout ou partie du litige mais également sur des motifs de soutien, qui ne portent pas directement sur une prétention, mais tranchent un point particulier, à partir duquel le motif décisif peut prendre appui. Par exemple, lorsque les arbitres déterminent la loi applicable à un contrat, dans un arbitrage international, ils peuvent le faire indépendamment des demandes des parties, de telle manière que cette décision n'est pas nécessairement un motif décisif. En revanche, cette décision emporte des conséquences s'agissant de la nature et de l'étendue des obligations contractuelles. On saisit alors l'intérêt de distinguer les deux types de motifs. L'autorité de la chose jugée s'attache sans difficulté aux motifs décisifs. S'agissant de motifs de soutien, la question est plus ambiguë, en raison de l'effet attaché à l'autorité de la chose jugée, celui de son opposabilité (V. *infra*, n° 1471). Si en effet, un motif de soutien, par exemple la question de la loi applicable à un contrat, dispose de l'autorité de la chose jugée, il en résulte alors que dans une autre procédure, cette question ne pourrait plus être contestée. Très connue des systèmes de *Common law*, cette situation est en revanche contestée en droit français²⁰⁶⁸, même si la célérité de l'arbitrage y gagnerait sans doute²⁰⁶⁹.

1470. – Autorité de la chose jugée et principe de concentration des moyens et des demandes. Par ailleurs, le principe de concentration des moyens, formulé dans le célèbre arrêt *Cesareo*²⁰⁷⁰, impose de présenter, dès la première instance, l'ensemble des moyens nécessaires à fonder ses demandes, ou sa défense. Ce « principe de concentration des moyens » s'applique à la matière arbitrale, avec toutefois une forme dérivée en tant que règle de concentration des demandes (et non des moyens), ce dont il résulte que le principe de concentration se transforme en exception de chose jugée, ou arbitrée, dès lors qu'une partie peut se voir opposer cette exception, étendant la règle de l'autorité de la chose arbitrée à toute question, ou

²⁰⁶⁸ Cf. Ch. Jarrosson, *L'autorité de la chose jugée des sentences arbitrales : Procédures 2007*, étude 17.

²⁰⁶⁹ Comp. B. Zajdela, *L'autorité de la chose jugée devant l'arbitre du commerce international*, Bruylant, 2018, spéc. nos 59 et s.

²⁰⁷⁰ Cass. ass. plén., 7 juill. 2006, n° 04-10.672 : *JCP G* 2007, II, 10070, note G. Wiederkehr ; *D.* 2006, p. 2135, note L. Weiller (« il incombe au demandeur de présenter dès l'instance relative à la première demande l'ensemble des moyens qu'il estime de nature à fonder celle-ci »). *Adde* : Cass. com., 20 févr. 2007 et Cass. 3^e civ., 13 févr. 2008 : *JCP G* 2007, I, 200, n° 22, obs. L. Cadet ; *JCP G* 2008, II, 10052, note L. Weiller.

demande, que cette partie aurait pu, ou dû, faire valoir devant les arbitres, voire toutes celles qui ont été tranchées implicitement dans la sentence, qu'il est en principe empêché de formuler dans une instance postérieure²⁰⁷¹. Par conséquent, dans une seconde instance opposant les mêmes parties, pour une même cause, l'une d'entre elles peut invoquer cette exception pour refuser d'y participer ou rejeter une partie des moyens invoqués. Or, c'est l'arbitre, et non le juge d'appui, qui est compétent pour se prononcer sur cette question. La difficulté est majeure pour les arbitres. Si en effet dans un arbitrage interne la question peut se poser de savoir si l'exception de chose jugée peut, ou doit, être soulevée d'office par le tribunal arbitral et si l'on admet que les dispositions de l'article 125 du Code de procédure civile relèvent des « principes directeurs du procès »²⁰⁷², ce qui demeure discuté, il en est de manière totalement différente en matière d'arbitrage international où le droit processuel français ne s'applique pas. Une conception très libérale de l'arbitrage pourrait même considérer que si les parties n'ont pas soulevé l'exception de nullité, c'est en raison, d'une part, du fait que la chose jugée relève de l'intérêt privé et de non de l'ordre public et, d'autre part, que les parties ont choisi de voir la question tranchée par le tribunal devant lequel la demande est présentée. En toute hypothèse, l'exception de chose jugée justifie que l'autorité de la chose jugée couvre l'ensemble des demandes formulées, même non entièrement décidée par une première décision. Si par exemple une partie obtenait satisfaction sur le principe d'une demande mais n'obtenait pas la totalité des indemnités demandées, il lui serait impossible alors, et à supposer que l'exception de chose jugée soit invoquée, de formuler cette demande²⁰⁷³.

1471. – Opposabilité de la sentence arbitrale. La sentence, comme toute décision de justice, emporte l'application de la règle de l'autorité de la chose jugée qui est limitée aux seules parties et ne joue donc pas à l'égard des tiers. Il en résulte que la sentence arbitrale est opposable aux tiers²⁰⁷⁴, ce

²⁰⁷¹ Cass. 1^{re} civ., 28 mai 2008, n° 07-13.266 : *D.* 2008, 1629, obs. X. Delpech, p. 3111, obs. Th. Clay ; *JCP G* 2008, I, 134, n° 3, obs. J. Béguin ; *II*, 10157, note G. Chabot, 10170, note G. Bolard ; *Rev. arb.* 2008, p. 461, note L. Weiller ; *RTD com.* 2010, 535, obs. E. Loquin : « il incombe au demandeur de présenter dans la même instance toutes les demandes fondées sur une même cause et qu'il ne peut invoquer dans une instance postérieure un fondement juridique qu'il s'était abstenu de soulever en temps utile ». – Cass. com., 23 janv. 2007, n° 05-19.523 : *Rev. arb.* 2007, p. 769, note P. Meyer (tierce complicité de la violation d'un contrat), *adde* : Cass. com., 2 déc. 2008, n°s 07-17.539 et 07-19.201 : *Rev. arb.* 2009, p. 334, note P. Meyer. – Cass. com., 26 mai 2009, n° 08-11.588. – Cass. 1^{re} civ., 12 avr. 2012, n° 11-14.123 : *Procédures* 2012, comm. 180, obs. L. Weiller ; *JCP G* 2012, 538, obs. J. Béguin. *Adde* : Ch. Jarrosson, *L'autorité de chose jugée des sentences arbitrales : Procédures* août 2017, étude 17. – E. Loquin, *De l'obligation de concentrer les moyens à celle de concentrer les demandes dans l'arbitrage* : *Rev. arb.* 2010, p. 201. – I. Veillard, *Le domaine de l'autorité de la chose arbitrée. Étude critique à la lumière des développements récents de la jurisprudence de la Cour de cassation* : *Rev. crit. DIP* 2012, p. 15.

²⁰⁷² Cf. L. Weiller, note ss Cass. 1^{re} civ., 28 mai 2008, préc.

²⁰⁷³ Cass. 1^{re} civ., 12 avr. 2012, préc.

²⁰⁷⁴ Cf. J.-L. Goutal, *L'arbitrage et les tiers, Rapport général* : *Rev. arb.* 1988, p. 439.

dont rend compte d'ailleurs la sanction de la tierce opposition de l'article 1501 du Code de procédure civile. L'opposabilité de la sentence est cependant distincte de l'autorité de la chose jugée en ce que cette dernière est obligatoire entre les parties tandis que, à l'égard des tiers, la question de l'opposabilité se présente de manière factuelle : la sentence a provoqué un bouleversement de l'ordonnancement juridique et elle est pour les tiers un fait, une situation juridique, qu'ils peuvent invoquer à leur profit ou qui peut être invoquée contre eux. La difficulté se présente très souvent dans des situations de cautionnement. La caution peut se voir opposer les effets d'une sentence arbitrale décidée entre le débiteur principal et un créancier²⁰⁷⁵, ainsi que dans des situations voisines comme par exemple en matière de garantie à première demande, de garantie autonome²⁰⁷⁶, etc., mais encore dans toutes les situations juridiques mettant en scène plusieurs personnes²⁰⁷⁷.

Encart 47

Autorité de la chose arbitrée et opposabilité de la sentence

1472. – Apparemment simple, la question de l'autorité de la chose jugée et son corollaire, l'exception de chose jugée, qui se présente, d'une part, comme le caractère obligatoire de la sentence entre les parties et, d'autre part, comme celle de son opposabilité, c'est-à-dire rendre existant et réel le fait résultant de la sentence aux tiers, se révèle en réalité assez complexe.

1473. – En premier, le caractère juridictionnel, au moins partagé, de la sentence arbitrale est acquis en ce sens que la question de l'autorité de la chose arbitrée est indépendante de l'obtention de l'*exequatur* de la sentence, c'est-à-dire de l'attribution de la force obligatoire à cette décision²⁰⁷⁸. Les recours sont donc possibles du seul fait de la décision rendue et non de son intégration, par l'*exequatur* dans un ordre juridique. Par ailleurs la « chose jugée » n'est pas évidemment identifiable. Si l'on dit ou écrit parfois, à l'image

²⁰⁷⁵ E. Loquin, *Arbitrage et cautionnement* : *Rev. arb.* 1994, p. 235. – R. Chaaban, *Clause d'arbitrage et cautionnement* : *Rev. arb.* 2007, p. 721.

²⁰⁷⁶ B. Chambreuil, *Arbitrage international et garanties bancaires* : *Rev. arb.* 1991, p. 33.

²⁰⁷⁷ Cf. Cass. com., 4 juin 1985 : *Rev. arb.* 1987, p. 137, note J.-L. Goutal (stipulation pour autrui). – Cass. com., 23 janv. 2007, n° 05-19.523 : *Rev. arb.* 2007, p. 769, note P. Meyer (tierce complicité de la violation d'un contrat, *adde* : Cass. com., 2 déc. 2008, n°s 07-17.539, 07-19.201 : *Rev. arb.* 2009, p. 334, note P. Meyer. – Cass. com., 26 mai 2009, n° 08-11.588). À ce titre, la question de la confidentialité de la sentence a pu se poser, V. Rouen, 21 nov. 2019, n° 19/01280 : *Dalloz actualité*, 6 janv. 2020, obs. J. Jourdan-Marques.

²⁰⁷⁸ Cass. 2^e civ., 7 juin 1972 : *Bull. civ.* 1972, II, n° 172, p. 141 ; *D.* 1973, 73, note J. Robert ; *Rev. arb.* 1974, p. 91, note E. Loquin : « aucune disposition légale n'impose une réponse affirmative à la question posée par le litige qui est celle de savoir si une règle d'ordre public s'oppose à ce que l'appel puisse être interjeté avant l'ordonnance d'*exequatur* ».

des jugements, que l'autorité de la chose jugée s'attache au dispositif de la sentence, il n'en est rien en réalité : la « chose arbitrée » ne dépend pas des règles propres à la rédaction des jugements étatiques et, du reste, l'existence d'un dispositif ne s'impose nullement pour la rédaction de la sentence arbitrale. La « chose arbitrée » repose donc sur un ensemble de « décisions », de « motifs » ou de « démonstrations » des arbitres, pour autant qu'elles aient un lien avec le litige²⁰⁷⁹.

1474. – La difficulté posée par l'association de ces deux thèmes tient à la césure existante entre la question de l'autorité de la chose jugée du fait des décisions *implicites* d'une sentence et celle de l'opposabilité d'une sentence aux tiers ou l'opposabilité d'un tiers à une partie. En pratique, la question se présente souvent dans des situations de tierce complicité, et elle s'est notamment présentée dans les relations contractuelles de la grande distribution, illustrée par le contentieux de la distribution de produits réservés à un réseau de distribution sélective et commercialisés par un tiers au réseau ou, en matière d'arbitrage, par la « jurisprudence *Prodim* » dans le contentieux des clauses de préemption. Ainsi A conclut un contrat, de franchise avec B, comprenant un mécanisme de préemption contractuelle ou de promesse de vente du fonds de commerce en cas de projet de cession à un tiers. B cède finalement le fonds à C, violant le contrat conclu avec A. A engage une procédure arbitrale contre B du fait de la violation de ses obligations contractuelles, demandant le paiement de 1 000 et obtient réparation à hauteur de 500. Peut-il alors engager une action contre C, devant un juge étatique, pour obtenir, du fait de la tierce complicité de C dans la violation du contrat, et/ou peut-il se voir opposer l'autorité de la chose jugée sur la décision implicite consistant en le rejet de la demande à hauteur de 500 ? Dans un arrêt du 28 mai 2008 et sur une question voisine²⁰⁸⁰, la Cour de cassation avait considéré la question sur le principe de concentration des moyens et donc de l'autorité de la chose jugée : « Il incombe au demandeur de présenter dans la même instance toutes les demandes fondées sur une même cause et qu'il ne peut invoquer dans une instance postérieure un fondement juridique qu'il s'était abstenu de soulever en temps utile »²⁰⁸¹. La cour ajoutait donc au célèbre arrêt *Cesareo* d'assemblée plénière du 7 juillet 2006 en étendant l'exigence de concentration des demandes à *toute demande* qui *pourrait* être soulevée au cours de l'instance arbitrale, ce qui revient à adopter une conception assurant des effets *négatifs* au principe de l'autorité de la chose arbitrée. Malgré les critiques, la Cour de cassation persistait : « La seule différence de fondement juridique, fût-elle avérée, est insuffisante à écarter la fin de non-recevoir attachée à la sentence arbitrale »²⁰⁸².

²⁰⁷⁹ Sur la question des honoraires des arbitres : comp. Ch. Jarrosson, *L'autorité de chose jugée des sentences arbitrales : Procédures* août 2017, étude 17, spéc. n° 13.

²⁰⁸⁰ Cass. 1^{re} civ., 28 mai 2008, n° 07-13.266, préc. : sentence se prononçant sur le principe d'une résiliation d'un contrat de franchise mais ne statuant pas sur une demande fondée sur la responsabilité du fait de la violation d'une obligation de non-réaffiliation, seconde sentence sur la responsabilité, annulée en appel et pourvoi.

²⁰⁸¹ *Adde* : Paris, 18 mars 2010 : *Rev. arb.* 2010, p. 347, note E. Loquin, et E. Loquin, *De l'obligation de concentrer les moyens à celle de concentrer les demandes dans l'arbitrage* : *Rev. arb.* 2010, p. 201.

²⁰⁸² Cass. 1^{re} civ., 12 avr. 2012, n° 11-14.123 : *Procédures* 2012, comm. 180, obs. L. Weiller ; *JCP G* 2012, 538, obs. J. Béguin.

1475. – Autre, mais voisine, est la question de l'opposabilité de la sentence arbitrale à des tiers, et notamment à un tiers *intéressé*, ce qui peut alors, pour établir un parallèle avec la situation précédente, représenter la considération des effets *positifs* de la chose arbitrée. En effet, dans une série de décisions²⁰⁸³, la Cour de cassation considérait, dans des situations relevant de l'application des contrats de distribution, où un distributeur débiteur d'une clause de préemption ne la respecte pas et conclut un contrat avec un tiers (souvent concurrent du fournisseur, créancier du mécanisme de préemption), que si la sentence arbitrale n'a autorité de la chose jugée qu'eu égard au litige qu'elle tranche, elle n'en est pas moins opposable aux tiers, en tant que situation juridique opposable. Par conséquent, de même que la caution peut se voir opposer (ou se prévaloir de) la sentence rendue entre le créancier et le débiteur²⁰⁸⁴, le tiers acquéreur du fonds de commerce en violation d'une promesse de vente, établie par une sentence arbitrale peut se voir opposer la sentence, notamment en ce qu'elle condamne le distributeur, dans une instance autre, sur le fondement du droit de la concurrence déloyale ou de la tierce complicité à la violation de la clause de préemption.

1476. – C'est à ce stade que la distinction entre autorité de la chose jugée et opposabilité de la sentence est tenue. Dans l'arrêt de 2012 par exemple, deux sentences arbitrales s'étaient succédées, l'une contre le franchisé, et l'autre contre l'acquéreur des biens objets du mécanisme conventionnel de préemption, de sorte qu'une troisième instance, devant le juge étatique, contre le tiers, sur le terrain de la concurrence déloyale, se heurtait au principe de l'autorité de la chose jugée. En revanche, dans les arrêts précités de 2007, 2008 et 2009, c'est uniquement de la question de l'opposabilité de la sentence dont il est question, dans la mesure où une sentence, rendue sur le fondement du contrat conclu entre le franchiseur et le franchisé établit une situation juridique, par exemple la condamnation du franchisé pour violation de la clause de préemption, qui est alors opposable au tiers. Inversement, la sentence qui considère que le franchisé n'a commis aucune faute est également opposable au tiers, cette fois pour lui de manière heureuse.

1477. – Si par conséquent, le principe de l'autorité de la chose jugée aboutit à interdire qu'une affaire ayant fait l'objet d'une sentence soit rejugée, d'une manière ou d'une autre, tandis que les solutions rendues sur le fondement de l'opposabilité de la chose jugée aboutissent, assez paradoxalement à la même solution dans la mesure où la sentence qui aurait établi des faits, en tant qu'elle est opposable, aboutit, de la même manière, à également interdire de rejuger ces faits²⁰⁸⁵.

1478. – Une conception *étroite* de la règle d'opposabilité conduirait donc à réduire celle-ci aux seuls faits établis dans la sentence, par exemple le fait que le franchisé a été condamné à payer des dommages et intérêts du fait de

²⁰⁸³ Cass. com., 23 janv. 2007, n° 05-19.523, préc. – Cass. com., 2 déc. 2008, n°s 07-17.539, 07-19.201, préc. – Cass. com., 26 mai 2009, n° 08-11.588, préc.

²⁰⁸⁴ Comp. Paris, 10 mars 2005 : *Rev. arb.* 2005, p. 456, note M. Mignot.

²⁰⁸⁵ Cf. P. Mayer, obs. crit. : *Rev. arb.* 2007, p. 769 ; *Rev. arb.* 2009, p. 334.

la violation de la clause de préemption, de sorte que les défendeurs tiers dans les procès subséquents pourraient opposer la sentence, par exemple à hauteur de la condamnation obtenue, voire établir qu'ils n'étaient pas complices ou que le franchisé n'a pas violé ses obligations, au regard du principe du contradictoire.

1479. – Mesures d'exécution. Décision de justice, la sentence arbitrale est une décision disposant de l'autorité de la chose jugée, quand bien même celle-ci ne disposerait pas de la force obligatoire, laquelle résulte de l'*exequatur*²⁰⁸⁶. La partie bénéficiaire de la sentence doit engager une action visant à obtenir des mesures conservatoires du seul fait de la sentence (CPC, art. L. 511-1 et s., art. L. 512-1), à charge pour elle d'engager ensuite une action visant à l'obtention du jugement d'*exequatur*, permettant de convertir la mesure conservatoire en mesure définitive d'exécution²⁰⁸⁷.

1480. – Force probante de la sentence arbitrale. Aucun texte ne traite de cette question. La jurisprudence a longtemps considéré, sur le fondement de l'ancien article 1477, alinéa 2 du Code de procédure civile, avant la réforme de 2011, dont le texte n'a pas été exactement repris dans le nouvel article 1487 qui a substitué à l'obligation, à l'occasion d'une demande d'*exequatur*, de déposer « la minute de la sentence », qui renvoie à l'original d'un acte authentique, celle de « l'original de la sentence ». La substitution des termes ne modifie pas les solutions, la force probante de la sentence se déduisant également de la mission juridictionnelle du tribunal arbitral. La jurisprudence considère qu'une sentence arbitrale dispose de la force probante d'un acte authentique, plus exactement que certaines parties de la sentence disposent de cette autorité probatoire²⁰⁸⁸ dans les limites de ce que les arbitres ont pu constater eux-mêmes cependant, par exemple les questions de la volonté de compromettre, de l'existence d'un accord pour proroger un délai, ou encore le respect du contradictoire, en ce qu'elles sont énoncées dans la sentence. Comme pour tout acte authentique, seuls font foi jusqu'à inscription en faux, les éléments qui font l'objet d'une constatation personnelle par le ou les arbitres, comme ce qui relève de la constatation d'un accord entre les parties²⁰⁸⁹ ou les prétentions des parties²⁰⁹⁰. Dès lors la question de la présence de fausses informations dans la sentence, dépassant ce que les parties ont pu constater, pose des

²⁰⁸⁶ Cass. 2^e civ., 12 oct. 2006 : *Rev. arb.* 2008, p. 429, note G. Cubernati.

²⁰⁸⁷ Sur l'ensemble : Ph. Théry, *Les procédures civiles d'exécution et le droit de l'arbitrage* : *Rev. arb.* 1993, p. 157.

²⁰⁸⁸ Paris, 10 mars 1995 : *Rev. arb.* 1996, p. 143, note Y. Derains. – Cass. 2^e civ., 12 déc. 1990 : *Rev. arb.* 1991, p. 317, note Ph. Théry.

²⁰⁸⁹ Cass. 2^e civ., 16 févr. 1972 : *Rev. arb.* 1972, p. 125, note Rubellin-Devichi.

²⁰⁹⁰ Paris, 30 mai 1995 : *Rev. arb.* 1996, p. 533, note L. Kiffer.

difficultés. La responsabilité civile des arbitres serait engagée, mais peut-on considérer qu'il s'agit d'une violation d'une règle d'ordre public emportant l'annulation possible de la sentence, sachant que les arbitres ont, en toute hypothèse, méconnu les obligations de leur mission, voire la constitution d'un délit de faux en écriture privée (C. pén., art. L. 441-1) ?

§ 2. – Le dessaisissement du tribunal arbitral

1481. – Principe du dessaisissement. L'article 1485, alinéa 1^{er} du Code de procédure civile dispose clairement que « la sentence dessaisit l'arbitre de la contestation qu'elle tranche ». On peut expliquer cet effet négatif par les deux fondements du mécanisme arbitral, conventionnel et juridictionnel. D'un point de vue contractuel, l'arbitre épuise les effets du contrat qui institue sa mission²⁰⁹¹, de sorte que sa mission étant épuisée, le contrat cesse de produire ses effets, interdisant à l'arbitre quelque pouvoir supplémentaire, notamment modifier ou rejuger ; il déciderait sans aucun pouvoir et cette « seconde » décision serait alors annulable par le juge en charge du contrôle de la sentence (comp. *infra*, n° 1580 pour la rectification d'erreurs). D'un point de vue juridictionnel, c'est exactement la même solution : l'autorité de la chose jugée qui se déduit de la sentence emporte comme conséquence le dessaisissement de l'arbitre de sa mission en ce que la sentence est alors définitive.

1482. – Domaine du dessaisissement. Ce dessaisissement de l'arbitre – les Anglo-Saxons utilisent un terme latin et disent qu'il est *functus officio* – est limité toutefois aux pouvoirs conférés à ce dernier. Seule la contestation tranchée par la sentence emporte cet effet de dessaisissement. Dès lors, les sentences préparatoires, partielles, avant dire droit, *etc.*, ne dessaisissent pas l'arbitre pour ce qui relève de question allant au-delà de l'objet de celles-ci. L'arbitre ne peut donc revenir sur une décision partielle ou préparatoire mais continue sa mission dans la limite de ces premières décisions. Par exemple une décision partielle établissant un principe de responsabilité mais réservant l'appréciation du montant du dommage dessaisit l'arbitre sur le premier point, non sur le second²⁰⁹², en sorte qu'il devrait nécessairement, dans cette seconde sentence, appliquer les effets de la première.

1483. – Exceptions au dessaisissement : interprétation, complément et rectification d'erreurs matérielles. L'article 1485, alinéa 2 du Code de procédure civile réserve l'hypothèse où « à la demande d'une partie, le

²⁰⁹¹ B. Moreau, *Le prononcé de la sentence entraîne-t-il le dessaisissement de l'arbitre ?*, in *Études de procédure et d'arbitrage*, Mél. J.-F. Poudret, Lausanne, 1999, p. 473.

²⁰⁹² Paris, 30 mars 1962 : *JCP G* 1962, II, 12843, note Level ; *Rev. arb.* 1962, p. 62, note E. Loquin.

tribunal arbitral peut interpréter la sentence, réparer les erreurs et omissions matérielles qui l'affecte ou la compléter lorsqu'il a omis de statuer sur le chef de demande ». L'alinéa 3 ajoute enfin que « si le tribunal ne peut être à nouveau réuni et si les parties ne peuvent s'accorder pour le reconstituer, ce pouvoir appartient à la juridiction qui eût été compétence à défaut d'arbitrage ». Cette solution est très heureuse car elle permet d'éviter qu'une sentence rendue *infra petita* soit, à la différence d'une sentence rendue *ultra petita*, susceptible d'être annulée sur le fondement de l'article 1492 ou 1420 du Code de procédure civile. Elle l'est d'autant plus que l'article 1506 du Code de procédure civile étend ce recours aux sentences internationales, à l'exception toutefois du dernier alinéa de l'article 1485 du Code de procédure civile, comme en matière de recours en révision (V. *infra*, n° 1650), dans la mesure où ce pouvoir juridictionnel ne saurait être retenu, en France, pour des sentences rendues à l'étranger.

1484. – Compétence. La compétence, principale et subsidiaire, prévue dans ce texte est exclusive : le juge de l'exécution par exemple n'a pas le pouvoir d'interpréter une sentence²⁰⁹³, pas plus que le juge de l'annulation ne le pourrait. Mais inversement, le juge ou l'arbitre chargé d'un recours fondé sur l'article 1585 ou 1506 du Code de procédure civile, ne peut, sous couvert d'interprétation, correction d'erreurs matérielles ou de complément, modifier la décision qu'il a rendue²⁰⁹⁴ : c'est évidemment une appréciation très difficile, notamment lorsqu'il s'agit d'interpréter, par exemple, un standard juridique utilisé dans une sentence.

Dès lors, dans l'une de ces situations, l'une ou les parties peuvent saisir le tribunal pour qu'il puisse interpréter, rectifier ou compléter la sentence rendue, dans la mesure toutefois où les parties peuvent s'accorder pour reconstituer le tribunal²⁰⁹⁵. À défaut, ce n'est pas le juge d'appui qui est compétent pour assurer cette mission, mais le juge qui aurait été territorialement compétent en l'absence de convention d'arbitrage. L'article 1486 du Code de procédure civile (applicable pour les tribunaux constitués après le 1^{er} mai 2011) prévoit alors une procédure particulière, un délai de trois mois après la notification de la sentence, et un délai de trois mois (prorogeable) pour rendre la sentence rectificative. Ce nouveau délai, légal, s'installe alors : il peut faire l'objet d'un aménagement conventionnel, à supposer toutefois que les parties décident, dans une nouvelle convention d'arbitrage ou un nouvel acte de mission, d'un délai plus long. En effet, la procédure est par nature contradictoire et son développement, selon les cas, peut exiger des échanges plus ou moins nourris. Bien entendu, il résultera de ces procédures une nouvelle sentence, qui peut comme toute sentence, faire l'objet d'un recours en annulation ou en révision.

²⁰⁹³ Cass. 1^{re} civ., 9 janv. 2007 : *Rev. arb.* 2007, p. 471, note D. Bensaube.

²⁰⁹⁴ Cass. 1^{re} civ., 11 juill. 2009 : *Rev. arb.* 2009, p. 919.

²⁰⁹⁵ À noter cependant un arrêt remarqué de la Cour de cassation déclarant irrecevable la tierce opposition exercée par l'arbitre contre la rétractation de sa sentence : Cass. 2^e civ., 11 janv. 2018, n° 16-24.740 : *Gaz. Pal.* 30 janv. 2018, p. 32.

1485. – Recours en interprétation. La première hypothèse visée dans l'article 1485 du Code de procédure civile est celle de l'interprétation de la sentence²⁰⁹⁶, en supposant ainsi que celle-ci contient un ou des passages obscurs ou peu clairs. C'est évidemment une question très complexe, dans la mesure où une interprétation emporte, par nature, une forme d'altération d'un texte interprété. Avant la réforme de 2011, les règles applicables renvoyaient à l'article 461 du Code de procédure civile, de sorte que le pouvoir d'interpréter demeure même en cas de recours engagé contre la sentence, et surtout que la faculté d'interprétation ne peut avoir pour conséquence de modifier les droits résultant du prononcé de la sentence²⁰⁹⁷. Par conséquent, le dessaisissement ainsi limité de l'arbitre emporte une limitation de son pouvoir juridictionnel.

1486. – Recours en correction d'erreurs matérielles. La deuxième hypothèse concerne la correction d'erreurs matérielles qui affectent la sentence. De la même manière que précédemment, ce pouvoir de rectification ne peut aboutir à modifier en substance la sentence. La question est importante si on la conjugue avec les délais laissés à l'arbitre pour rendre une sentence. Ainsi, dans l'hypothèse où l'arbitre rend une sentence avant le délai imparti, la sentence dessaisit l'arbitre qui ne peut alors prendre prétexte de ce que le délai n'est pas achevé pour modifier la sentence²⁰⁹⁸. Par conséquent, ce ne sont que des erreurs matérielles, d'orthographe de nom, de lieux, de calcul, etc., qui peuvent faire l'objet de telles rectifications, et encore uniquement sur demande d'une partie²⁰⁹⁹.

1487. – Recours en complément. La dernière hypothèse concerne l'omission, par exemple, par l'arbitre de décision d'un chef de demande ou sur une partie d'un chef de demande, c'est-à-dire dans une situation de décision *infra petita*. C'est donc un pouvoir exceptionnel qui est laissé à l'arbitre, ce qui s'explique par la cohérence juridictionnelle qui veut que l'intégralité du litige arbitral soit traité par l'arbitre dans les conditions de la convention d'arbitrage. L'omission de statuer n'ouvre pas un recours contre la sentence déficiente pour les parties, à la différence de la situation dans laquelle la sentence pécherait pour défaut de motif, qui constitue un cas de recours en annulation. La différence est parfois ténue, lorsque le tribunal arbitral se prononce sur un point puis « rejette toutes les autres demandes » : ce n'est que si, dans la sentence, il n'apparaît pas que l'arbitre a réellement statué sur

²⁰⁹⁶ Pour un exemple où le pourvoi a été rejeté, la Cour de cassation invitant les parties à réunir un nouveau tribunal pour interpréter la sentence : Cass. 1^{re} civ., 13 sept. 2017, n° 16-16.468 : *Gaz. Pal.* 20 mars 2018, note D. Bensaude.

²⁰⁹⁷ Cass. 1^{re} civ., 11 juill. 2009 : *Rev. arb.* 2009, p. 919, note E. Loquin ; *JCP G* 2010, I, 462, obs. J. Ortscheidt.

²⁰⁹⁸ Cass. 1^{re} civ., 16 juin 1976, 2^e arrêt : *Rev. arb.* 1977, p. 269, note E. Mezger ; *D.* 1978, p. 310, note Robert.

²⁰⁹⁹ Pour un exemple, V. Cass. 2^e civ., 1^{er} déc. 2005, n° 04-18.874 : *JurisData* n° 2005-031052.

ces autres demandes que la situation pourrait se présenter comme celle d'une omission de statuer, permettant de rouvrir les débats²¹⁰⁰.

²¹⁰⁰ Cf. en matière de procédure étatique : Cass. ass. plén., 2 nov. 1999 : *Bull. civ.* 1999, ass. plén., n° 8 ; *L'infra petita* ne constitue pas une cause d'annulation de la sentence, mais une omission de statuer qui peut toujours être réparée : V. CA Paris, 23 juin 2005 : *Gaz. Pal.* 22 oct. 2005, p. 44, note A. Mourre.

Les recours contre la sentence arbitrale

1488. – Distinction entre recours contre la sentence arbitrale et procédures d'exécution. La sentence arbitrale est une décision de justice qui suppose une exécution. L'exécution de la décision est le processus normal de terminaison de la procédure arbitrale. Toutefois, une sentence doit, pour sa validité, correspondre à un certain nombre de canons qui doivent être respectés. Le défaut ouvre éventuellement droit à un recours, essentiellement le recours en annulation. Autre encore est la question de l'*exequatur* d'une sentence, propre à lui offrir la possibilité d'une exécution, ou de la reconnaissance d'une sentence étrangère. Ces procédures sont de nature à retarder l'exécution proprement dite de la sentence. C'est la raison pour laquelle sont traitées dans deux titres distincts la question des recours et celle des procédures d'*exequatur* et de reconnaissance puis d'exécution, les premiers étant alors isolés, de manière à réserver aux seconds le traitement des difficultés qui sont propres à ces situations. En pratique, il est fréquent que ces deux questions soient mêlées : la partie qui a triomphé souhaite obtenir l'*exequatur* de la sentence aux fins d'une exécution, tandis que celle qui a succombé peut envisager de critiquer la sentence par l'exercice d'une voie de recours. Ces deux procédures, qui peuvent être exercées de manière concomitante poursuivent cependant des objectifs radicalement différents, même si des liens existent. Le rejet d'un recours en annulation vaut *exequatur* de la sentence.

1489. – Utilité des voies de recours ? La question de l'existence de voies de recours contre une sentence arbitrale ne s'entend pas d'évidence dans la mesure où l'arbitrage est un mode de règlement, alternatif, privé, d'un litige et surtout un mode *autonome* de règlement d'un litige par rapport à quelque juridiction étatique que ce soit²¹⁰¹. En d'autres termes, un tribunal arbitral n'est pas une juridiction de premier degré concurrente d'une juridiction étatique de premier degré, de sorte que la voie d'appel serait une

²¹⁰¹ Cf. J.-B. Racine, *Réflexions sur les voies de recours en droit de l'arbitrage* : *Rev. arb.* 2018, p. 3. Adde J. Jourdan-Marques, *Le contrôle étatique des sentences arbitrales internationales*, préf. Th. Clay, LGDJ, 2017.

conséquence logique, voire nécessaire, du prononcé d'une sentence arbitrale, et ce, indépendamment de toute considération intéressant le principe européen, relatif, du double degré de juridiction.

1490. – Réforme de 2011. L'ensemble de la question a été profondément renouvelé par la réforme de 2011, qui était d'ailleurs sans doute l'un des apports majeurs²¹⁰². La question d'un « droit à l'appel » ou d'un « droit au recours », y compris en matière d'arbitrage, interne ou international, demeure toutefois une question débattue. En effet, un recours devant une juridiction étatique fait perdre, par hypothèse, une partie de l'autonomie revendiquée de l'institution arbitrale, en ce que se produit une rencontre, et éventuellement un conflit, entre les règles et usages de l'arbitrage et les règles, interne, du droit étatique qui sert de référence au contrôle d'une sentence arbitrale, celui du siège. En d'autres termes, le contrôle d'une sentence par une juridiction étatique emporte une forme d'intégration de celle-là par l'ordre étatique concerné, ne serait-ce que par la reconnaissance de la sentence qui résulte du rejet d'un recours en annulation. Une autre question est celle de l'intensité du contrôle opéré, minimal en droit français en ce qu'il repose sur des points définis par les articles 1492 et 1520 du Code de procédure civile en interdisant par principe une révision au fond de la sentence. L'une des principales difficultés tient ici dans l'appréciation des conditions de composition des tribunaux arbitraux ou de l'appréciation de l'ordre public international. Il peut être plus intense dans d'autres systèmes juridiques.

1491. – Justification de la limitation des voies de recours (arbitrage interne). En droit interne, l'appel est exclu, sauf choix des parties, renversant, depuis 2011, la solution qui prévalait. C'est d'ailleurs le choix partagé par la plupart des droits internes de l'arbitrage, guidés par la loi-type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international. Ce choix est cohérent avec la philosophie de l'arbitrage qui fait prévaloir l'arbitrage sur les autres modes de résolution des litiges (hormis les questions relatives à l'exécution, la reconnaissance ou l'annulation d'une sentence). Il correspond aussi à une certaine culture de l'arbitrage, celle d'une justice de non-professionnels de la justice mais plutôt des professionnels du droit des affaires, du droit du commerce international, *etc.*, sans crainte de la critique de « l'entre-soi ». En effet, l'appel aboutirait à produire un effet dévolutif de l'affaire, au fond, à une juridiction d'appel qui aurait pour mission de juger, à nouveau. Or,

²¹⁰² J. Pellerin, *La nouvelle articulation des recours en arbitrage interne*, in *Le nouveau droit français de l'arbitrage*, Th. Clay (ss dir.), Lextenso éd., 2011, p. 175. – J. Ortscheidt et Ch. Seraglini, *La nouvelle articulation des recours en arbitrage international*, in *Le nouveau droit français de l'arbitrage*, *op. cit.*, p. 189. – S. Hazoug, *Les voies de recours en droit de l'arbitrage*, in Y. Strickler et J.-B. Racine (ss dir.), *L'arbitrage. Questions contemporaines*, L'Harmattan, 2012, p. 91.

l'institution de l'arbitrage consiste à proposer un système de résolution des litiges qui soit tout à la fois dans et hors du système juridique. Dans le système juridique dans la mesure où un arbitrage efficace suppose le respect d'éléments de validité en regard avec un système juridique étatique donné et hors du système juridique en ce sens qu'il s'agit précisément de proposer des techniques qui sont, pour l'essentiel, isolées d'un circuit judiciaire. Le choix de l'autonomie de l'arbitrage au regard des juridictions étatiques conduit donc à cette solution.

1492. – Justification de la limitation des voies de recours (arbitrage international). D'ailleurs, en matière d'arbitrage international, il est même loisible aux parties de renoncer, par convention spéciale, au recours en annulation (CPC, art. 1522). En outre, deux des vertus de l'arbitrage, sa rapidité et sa confidentialité, seraient mises à mal du fait de l'existence d'une telle voie de recours, surtout si elles devaient se réaliser devant un juge étatique. Enfin, fondé sur une logique conventionnelle, le recours à l'arbitrage se fonde sur une relation de confiance dans les juges choisis, confiance plus importante que celle placée dans des juges étatiques, imposés aux parties. Pour autant, un certain nombre de pays adoptent la solution contraire, dont le Royaume-Uni, à travers la procédure de l'*appeal on a point of law* (*English Arbitration Act 1996, Section 69*), sauf accord contraire (qui est d'ailleurs choisi la plupart du temps, par une clause disposant que « the award will be final and binding onto the parties ») (V. *infra*, n° 1499). Toutefois l'autonomie de l'arbitrage, interne ou international, n'est que relative. En premier lieu elle dépend de la faveur accordée par un système juridique étatique à l'institution arbitrale. En second lieu, une sentence arbitrale interne ou internationale dispose de l'autorité de la chose jugée, la *jurisdictio*, mais pas de la force exécutoire, l'*imperium*, de sorte qu'il appartient aux parties de recourir au juge étatique pour obtenir, au moins, l'*exequatur* de la sentence pour assurer cette force exécutoire et que, à cette occasion, s'installe un contrôle, dont l'intensité doit être mesurée, de la sentence. Or, dans la plupart des cas cette intensité est faible (V. *infra*, n° 1669). On pourrait concevoir une autonomie complète de l'arbitrage et imaginer qu'un système juridique reconnaisse à une sentence arbitrale la force exécutoire, de telle manière que tout lien avec les juridictions étatiques serait rompu. Toutefois, on conçoit difficilement cette autonomie dans un contexte international, où d'autres systèmes, la plupart, proposeraient une solution différente. En outre, il n'est pas certain que la confiance dans l'institution arbitrale, en tant que technique d'administration de la justice en sortirait grandie, de sorte que l'exigence d'une « bonne » justice, entendons d'une justice solide, argumentée, globalement cohérente, suppose l'existence d'une voie

de recours, au moins s'agissant des éléments fondamentaux à la fois de l'ordre juridique dans lequel la sentence s'inscrit et d'autre part l'institution arbitrale elle-même : le consentement à la convention d'arbitrage, l'indépendance et l'impartialité des arbitres, le respect des principes élémentaires de la procédure, *etc.*, l'ensemble ayant vocation à contraindre les arbitres à respecter ces principes essentiels. Par conséquent si pour Perrot par exemple, l'arbitrage est par nature une forme de justice « entre soi »²¹⁰³, justifiant que la confiance placée dans le tribunal arbitral soit, pour les parties, totale, il n'est pas certain que cette solution soit acceptable pour un ordre juridique, notamment l'ordre juridique français. Elle ne l'est pas plus que pour admettre que le consentement à un contrat crée une logique de justice contractuelle étrangère au regard du juge.

Cela étant, les règles en matière d'arbitrage international prévoient des solutions plus relatives. Ainsi l'article 1518 du Code de procédure civile dispose que les sentences arbitrales internationales ne peuvent faire l'objet que d'un recours en annulation, lequel peut, par convention spéciale, aux termes de l'article 1522, pour les sentences rendues en France, faire l'objet d'une renonciation à un tel recours, solution exclue en matière d'arbitrage interne. Par conséquent, le droit français de l'arbitrage choisit de présenter des voies de recours, devant un juge étatique, même si le contrôle ainsi réalisé est un contrôle minimal, en tant qu'il s'agit d'assurer et de reconnaître l'efficacité de la sentence arbitrale. Il ne sera donc pas question pour l'autorité judiciaire chargée du recours de *rejuger* l'affaire, en conférant à cette voie de recours un effet dévolutif général ou particulier. Le recours possible contre une sentence n'est donc pas fondé sur l'insatisfaction, au fond, ressenti par la partie qui a succombé, mais sur des éléments particuliers, essentiels. La voie de recours « normale » contre une sentence arbitrale sera ainsi le *recours en annulation*, technique de recours prônée d'ailleurs par la loi-type de la CNUDCI en matière d'arbitrage (art. 34).

1493. – Principe de non-révision au fond. Si le contrôle d'une sentence arbitrale aboutit donc à une forme d'intégration dans un ordre juridique particulier, qu'il s'agisse d'un recours en annulation ou en vue d'une exécution ou d'une reconnaissance, il n'en résulte pas que le contrôle opéré soit un contrôle complet, à la manière dont on conçoit traditionnellement un appel en France (du moins avant la réforme de l'appel en 2017). Le principe est au contraire celui d'un contrôle limité, en droit français, dans les limites posées par les articles 1492 et 1520 du Code de procédure civile, et, plus amplement, par celui d'un principe de non-révision au fond de la sentence²¹⁰⁴. Reconnu par la Convention de New York de 1958, il repose sur une forme de considération tout à la fois de l'autonomie de l'arbitrage et de la souveraineté de l'arbitre. Ce principe est

²¹⁰³ R. Perrot, *Les voies de recours en matière d'arbitrage* : *Rev. arb.* 1980, p. 268.

²¹⁰⁴ Cf. V. Chantebout, *Le principe de non-révision au fond des sentences arbitrales*, thèse, Paris II, 2007.

globalement reconnu dans les différents droits nationaux de l'arbitrage, à l'exception notable des pays de droit anglais, qui admettent un contrôle plus large, *via l'appel on a point of law* (V. *infra*, n° 1499). Ce n'est pas le fond du litige, *via* une forme de reconnaissance générale d'un pouvoir souverain de l'arbitre au fond, qui peut faire l'objet d'un contrôle mais les éléments énumérés dans les articles 1492 et 1520. Ce n'est donc pas une « toute-puissance » arbitrale qui est reconnue aux arbitres qui pourraient ainsi s'autoriser des sentences hors de tout contrôle, même si une très grande latitude leur est laissée : pas de contrôle de l'appréciation des faits, de la « bonne » application d'une règle de droit, des démonstrations, de la corrélation entre les faits et la règle appliquée, *etc.*

Pour autant, l'application de ce principe n'est pas aisée : il peut être tentant pour un juge étatique, notamment une cour d'appel, formé au contraire à la révision au fond, de s'arrêter sur une erreur grossière de droit ou de raisonnement juridique, sur une dénaturation des faits ou d'une pièce, par exemple parce que les arbitres ne seraient pas coutumiers de l'application du droit applicable au fond du litige. Ce hiatus existant entre d'une part la confiance dans l'instance arbitrale, pour toutes les raisons la justifiant, et d'autre part la nécessité d'un contrôle limité est parfois source d'incompréhensions, de telle manière que la jurisprudence a été conduite à préciser les éléments relevant de la mission du juge du contrôle, celui de l'annulation notamment (V. *infra*, n° 1538).

1494. – Localisation de la sentence. Hormis les hypothèses d'exécution spontanée de la sentence, qui clôt tout débat en termes de question d'*exequatur* ou de contrôle des éventuels vices de la sentence, l'une des parties peut chercher à contester la sentence (à moins que les parties n'y aient renoncé par avance), tandis que l'autre chercherait à obtenir, dans l'État du siège ou ailleurs, son exécution. Or, l'efficacité de la sentence et, par là, son exécution, suivant l'*exequatur* de la sentence, suppose, en partie, qu'elle soit considérée comme valable par le juge du contrôle du siège de la sentence. La question importe principalement pour l'arbitrage international mais, éventuellement aussi, pour un arbitrage interne dès lors qu'une partie souhaitera faire exécuter la sentence dans un autre État que celui du siège. Cela étant, si l'on considère, comme le fait la jurisprudence française, qu'une sentence arbitrale est un acte de justice *internationale*, il en résulte, qu'il s'agisse de contrôler la validité de la sentence ou d'obtenir l'*exequatur* de la sentence, que dans tous les cas, la question qui se pose est celle de l'intégration de la sentence internationale dans un ordre juridique, celui de l'État du siège, exerçant le contrôle de validité, et celui de l'État dans lequel une partie souhaite exercer une mesure d'exécution, qui peuvent être, ou non, les mêmes.

Cette efficacité ne dépend qu'en partie du contrôle préalable de la validité car la jurisprudence, française par exemple, considère qu'une sentence annulée à l'étranger peut faire l'objet d'un *exequatur* en France. On peut donc considérer

que l'invalidité de la sentence par les juridictions du lieu du siège *risque* de compromettre son efficacité l'internationale, sans automaticité toutefois. Il est donc essentiel de déterminer, à ce moment, le lieu où l'arbitrage a été rendu, le lieu du siège, afin de mesurer la compétence du juge de l'annulation, dans les conditions propres de son droit processuel. En matière internationale, la question est d'autant plus complexe que chaque pays dispose d'une liberté de principe dans l'organisation de ces règles, comme d'ailleurs en matière d'exécution. Les droits relatifs au contrôle de l'annulation d'une sentence ne sont en effet pas similaires, faute d'unification des droits en la matière. La double question du contrôle de la sentence et de son exécution peut donc conduire donc à une multilocalisation de la sentence : d'une part, la localisation du siège et d'autre part, éventuellement, les différents autres lieux dans lesquels une partie souhaite procéder à des mesures d'exécution.

1495. – Recours exclus. L'un des objectifs de la réforme du droit de l'arbitrage a consisté en 2011 à rationaliser les voies de recours et de fonder un principe, d'efficacité relative, selon lequel une seule voie de contestation de la sentence est en général ouverte, ce, notamment, pour éviter les recours engagés à des fins dilatoires²¹⁰⁵, ou une utilisation dilatoire des voies de recours²¹⁰⁶. Par ailleurs l'article 1503 du Code de procédure civile exclut des recours autres, tels que l'opposition et le pourvoi en cassation.

1496. – Opposition. L'opposition permet au plaideur qui fait défaut à l'instance de demander au tribunal de rétracter la décision qu'il a rendue par défaut (CPC, art. 571). Or, le défaut est par hypothèse exclu en raison de la nature contractuelle de l'arbitrage. Toutefois, il est possible qu'une partie soit effectivement défaillante, pour des raisons d'impécuniosité par exemple ou tout simplement par refus de principe de participer à l'arbitrage. Dans cette hypothèse cependant, la convention d'arbitrage est suffisante pour organiser l'arbitrage, de sorte qu'il suffit d'informer le défendeur de l'initiative de l'arbitrage et de l'inviter à constituer le tribunal arbitral pour que la constitution de ce dernier, avec l'aide du juge d'appui, soit régulière (CPC, art. 1454) : la « défaillance » n'en est donc pas une, elle ne représente qu'un refus de participation, une sorte de caprice²¹⁰⁷.

1497. – Pourvoi en cassation. Il en est de même du pourvoi en cassation contre une sentence (CPC, art. 1503), ce qui se conçoit à la fois par la

²¹⁰⁵ Cass. 1^{re} civ., 24 avr. 2013, n° 11-26.597.

²¹⁰⁶ Paris, 5 nov. 1985 : *Rev. arb.* 1987, p. 81, recours en annulation ayant en réalité pour objectif d'obtenir une révision au fond de la sentence. – Paris, 6 mai 2004 : *Rev. arb.* 2006, p. 661, condamnation à une amende civile sur le fondement de l'article 559 du Code de procédure civile. V. H. Lecuyer, *Exercice abusif des voies de recours contre les sentences arbitrales : de quelques manifestations de l'ire du juge judiciaire* : *Rev. arb.* 2006, p. 573.

²¹⁰⁷ TGI Paris, 2 oct. 1985 : *Rev. arb.* 1987, p. 84, obs. B.M., en matière interne, Paris, 7 févr. 1991 : *Rev. arb.* 1992, p. 634, note J. Pellerin, en matière internationale.

technique du pourvoi et par le rôle joué par la Cour de cassation dans l'examen d'un pourvoi, et ce quelle que soit la sentence²¹⁰⁸.

1498. – Exclusion de principe de l'appel, primeur du recours en annulation. L'article 1589 du Code de procédure civile dispose que, en matière interne, « la sentence n'est pas susceptible d'appel sauf volonté contraire des parties ». Le tribunal arbitral rend donc une sentence (interne) définitive, éventuellement susceptible de recours en annulation, dont l'importance et les fondements juridiques sont distincts de l'appel pris comme voie de recours. Cette solution, prévalant depuis la réforme de l'arbitrage de 2011, remplace la solution antérieure selon laquelle l'appel était de droit, sauf clause contraire, lorsque les arbitres avaient mission de décider en droit, et exclu, sauf clause contraire, lorsqu'ils avaient reçu mission de juger en amiable compositeur. Sauf donc à ce qu'une clause compromissoire prévoie un recours sous la forme d'un appel, la voie de l'appel est donc purement résiduelle en droit français, y compris pour des conventions d'arbitrage rédigées avant 2011, dans la mesure où la pratique prévoyait le rejet d'une telle voie sous l'empire du droit prévalant avant 2011²¹⁰⁹. En outre, lorsqu'un arbitrage était organisé par un tiers au tribunal arbitral (une institution arbitrale), ce tiers pouvait prévoir dans son règlement d'arbitrage qu'un projet de sentence devait être soumis aux parties et que l'une d'elles pouvait alors contester ce projet, en vue de la constitution d'un nouveau tribunal arbitral. Il ne s'agissait donc pas d'un véritable appel diligenté contre une « sentence ».

Désormais donc, le recours en annulation de la sentence est le principe en droit interne de l'arbitrage, l'exception étant constituée de la voie d'appel, devenu un cas d'école. Les parties – ou le règlement de l'institution d'arbitrage qui l'organise – peuvent prévoir, sur la base d'une convention spéciale, un recours par voie d'appel, qui tend à la réformation ou à l'annulation de la sentence, dans les mêmes conditions que la manière dont le tribunal a statué, c'est-à-dire en droit ou en amiable composition, en fonction de la mission que les parties ont dévolue aux arbitres (CPC, art. 1490), mais en respectant les règles propres à l'appel, par renvoi aux articles 900 à 930-1, tenant compte, ce faisant, de la réforme de l'appel par le décret n° 2017-891 du 6 mai 2017 et celle de l'article 901 du Code de procédure civile. Celui-ci met fin en effet à l'effet dévolutif global du jugement ou, ici, de la sentence, à la formation d'appel, notamment en imposant, dans l'article 901, 4° que l'appel mentionne « les chefs du jugement expressément critiqués auxquels l'appel est limité, sauf si l'appel tend à l'annulation du jugement ou si l'objet du litige est indivis ». Toutefois, cette voie de recours est strictement exceptionnelle, en ce qu'elle est exclue en matière d'arbitrage international (CPC, art. 1518).

²¹⁰⁸ Cass. 2^e civ., 16 mai 1988 : *Rev. arb.* 1989, p. 59, note Ch. Jarrosson, rejet d'un pourvoi contre une sentence en rectification d'erreurs matérielles.

²¹⁰⁹ V. cependant Aix, 7 nov. 2019 : *Dalloz actualité*, 6 janv. 2020, obs. J. Jourdan-Marques.

1499. – « Appeal on a point of law ». L'*English Arbitration Act* de 1996 comme certaines des législations inspirées de ce modèle anglais prévoient un recours sous forme d'appel dans trois cas, en cas de défaut de *substantive jurisdiction*²¹¹⁰ en cas d'irrégularité sérieuse²¹¹¹, ces deux cas ouvrant un droit à l'appel pour l'une des parties, et enfin en cas d'appel sur un point de droit prévu par l'article 69 de l'*English Arbitration Act*, intitulé *Appeal on a point of law*²¹¹². Aucun de ces cas n'est prévu dans la loi-type CNUDCI qui, au contraire, ne retient que le recours en annulation (V. *infra*, n° 1549).

Cette technique d'appel assure aux parties la possibilité, outre le recours en annulation, de porter l'affaire devant un juge d'appel sur une question de droit ressortissant du contenu de la sentence. Ce recours est possible, dans les vingt-huit jours du prononcé de la sentence, à la condition que les parties soient d'accord ou avec l'autorisation de la *Court of Appeal* et dans des cas strictement définis (art. 69, 3), ou bien encore lorsque la sentence affecte substantiellement les droits de tiers ou d'une partie au moins, soit que le point de droit soit l'un de ceux que le tribunal arbitral avait à trancher, soit encore que sur la base des faits identifiés dans la sentence, la sentence est *d'évidence erronée (obviously wrong)* ou la question est d'une importance particulière (*one of general public importance*) alors que la décision ouvre de sérieux doutes (*is at least open to serious doubt*), soit enfin qu'il serait « juste et approprié » (*just and proper*) que la cour se prononce, et ce malgré la présence d'une convention d'arbitrage. La *Court of Appeal* peut alors confirmer, modifier, annuler la sentence ou soumettre la question à nouveau au tribunal arbitral, en tout ou en partie. On sait que les limitations apportées par la loi au mécanisme arbitral traduisent une méfiance dans l'institution arbitrale et inversement une confiance dans l'institution judiciaire étatique, ce qui permet un premier regard inquiet sur ce mécanisme. Par ailleurs, l'institution de l'appel sur un point de droit est particulièrement critiquée, ne serait-ce qu'en raison de son originalité dans les législations d'arbitrage (hormis Singapour²¹¹³ ou Hong Kong par exemple).

1500. – Recours en annulation (arbitrage international). En matière d'arbitrage international, la solution est encore plus radicale. L'article 1518 du Code de procédure civile dispose que « la sentence rendue en France en matière d'arbitrage international ne peut faire l'objet que d'un recours en annulation ». La formule est cependant incomplète dans la mesure où

²¹¹⁰ *Arbitration Act*, art. 67. Une sentence bénéficie d'un effet de *substantive jurisdiction* lorsqu'une sentence valide est rendue, par un tribunal valablement constitué, et que les questions présentées au tribunal arbitral correspondent à la convention d'arbitrage (V. O. Lardsen et E. Davtes, *English and Wales*, in *Guide to Challenging and Enforcing Arbitration Awards : Global Arbitration Review*, ss dir. J. W. Rowley, E. Gaillard et G. E. Kaiser, 2019, p. 268 et s., spéc. p. 269). Dans cette situation, la *Court of Appeal* bénéficie d'un effet dévolutif général.

²¹¹¹ *Arbitration Act*, art. 68, qui prévoit une liste d'irrégularités, dont le manquement aux devoirs généraux du tribunal (art. 33), l'excès de pouvoir, le fait de ne pas trancher l'ensemble des questions soumises au tribunal arbitral, etc. La cour peut alors renvoyer l'affaire devant le tribunal arbitral, l'annuler ou la déclarer sans effet en tout ou partie.

²¹¹² EAA, art. 69.

²¹¹³ Alors que le ministre de la Justice de Singapour a annoncé, en avril 2019, son intention de réformer l'*International Arbitration Act* pour renoncer à la technique de l'appel sur un point de droit.

coexiste avec ce recours le recours en annulation, l'article 1506 renvoyant à l'article 1502 en la matière.

Sont donc exclus l'appel, la tierce opposition et le recours en inopposabilité. L'appel serait irrecevable²¹¹⁴ même si les parties y avaient renvoyé, les techniques d'organisation des recours étant, en France, d'ordre public²¹¹⁵. De même un recours en tierce opposition, possible en matière d'arbitrage interne (V. *infra*, n° 1648), est exclu en matière internationale, l'article 1506 du Code de procédure civile ne renvoyant pas aux dispositions prévalant pour l'arbitrage interne²¹¹⁶. Il n'est pas certain que cette soumission au texte soit très opportune, dans la mesure où le mécanisme de la tierce opposition, quelle que soit l'origine ou la nature de la décision, vise à protéger les tiers contre les effets d'une décision de justice²¹¹⁷. De même, le recours en inopposabilité est une voie retenue pour les jugements étrangers mais exclue en matière d'arbitrage. Une telle action est pourtant intéressante dans les cas où une sentence est rendue à l'étranger et qu'une partie française succombe. La critique de la décision n'est alors possible que par le juge du siège, tandis que la partie française doit attendre, d'une part, le sort de l'action en annulation introduite dans l'État du siège et, d'autre part, l'initiative de l'autre partie en France pour obtenir l'exécution de la sentence rendue, pour pouvoir espérer ensuite développer des éléments de critique ou de défense. Elle ne peut prendre l'initiative d'un recours, ici en inopposabilité de la sentence rendue à l'étranger pour contester la sentence²¹¹⁸.

1501. – Renonciation au recours en annulation (arbitrage international).

Depuis 2011 en outre, l'article 1522 prévoit que « par convention spéciale, les parties peuvent, à tout moment, renoncer expressément au recours en annulation » (V. *infra*, n° 1534), ce de manière à asseoir l'autorité des sentences arbitrales rendues en France. Même en offrant la possibilité pour les parties de renoncer à un recours en annulation, la consécration de l'existence d'un recours, même résiduel, comme technique de critique d'une sentence arbitrale reste essentielle : les arbitres, pour performants qu'ils peuvent être, ne sont pas des êtres parfaits, ni infaillibles. Il n'est pas invraisemblable, qu'un certain nombre de défauts puissent être reprochés à la sentence, les arbitres n'étant pas, par hypothèse, des magistrats. Or, la sentence arbitrale ne dispose pas de l'*imperium* de telle manière qu'il conviendra de l'intégrer dans un ordre juridique pour qu'elle reçoive force exécutoire. C'est essentiellement l'objectif des procédures d'exécution ou de

²¹¹⁴ Paris, 19 oct. 2000, 2 oct. 2003 et 19 févr. 2004 : *Rev. arb.* 2004, p. 858, note L. Jaeger.

²¹¹⁵ La convention d'arbitrage qui prévoirait un appel n'est pas annulable ou manifestement inapplicable mais la référence à l'appel est simplement réputée non écrite (Paris, 19 oct. 2000 ; 2 oct. 2003 et 19 févr. 2004, préc.) alors que la jurisprudence choisissait, auparavant, une solution plus radicale, annulant la convention d'arbitrage lorsque l'appel se présentait comme une condition essentielle de la convention (Paris, 12 déc. 1989 : *Rev. arb.* 1990, p. 863, note P. Level, condition essentielle, Paris, 23 mai 1991 : *Rev. arb.* 1991, p. 661, note J. Pellerin, condition non essentielle).

²¹¹⁶ Cass. 1^{re} civ., 8 oct. 2009 : *D.* 2009, pan. p. 2959, obs. Th. Clay.

²¹¹⁷ Comp. E. Loquin, *Perspective pour une réforme des voies de recours* : *Rev. arb.* 1992, p. 321.

²¹¹⁸ TGI Paris, 22 nov. 1989 : *Rev. arb.* 1990, note M.-N. Jobard-Bachelier. – E. Loquin, *Perspective pour une réforme des voies de recours*, *op. cit.*

reconnaissance, telles qu'elles découlent de la Convention de New York de 1958 et des règles nationales en la matière : le contrôle, même minimal, de la validité de la sentence s'impose alors. Un contrôle plus approfondi peut également être réalisé, pour examiner des défauts plus profonds, par exemple en termes de respects des principes fondamentaux de la procédure, voire de règles substantielles prohibant divers types de fraude. En revanche l'exclusivité (outre le recours en révision) du recours en annulation s'explique par le fait qu'un débat existe sur l'opportunité d'un tel recours (expliquant la possibilité d'y renoncer et les cas stricts d'ouverture). C'est d'ailleurs également la solution retenue par la loi-type de la CNUDCI dont l'article 34 s'intitule « La demande d'annulation comme recours exclusif contre la sentence arbitrale ».

1502. – Arbitrages d'investissement (CIRDI). L'arbitrage d'investissement est en général extérieur à la justice étatique, tant s'agissant des questions d'*exequatur* (V. *infra*, n° 1693) que d'annulation. La Convention de Washington du 18 mars 1965 CIRDI fait en effet échapper au contrôle de validité étatique les arbitrages rendus sous l'égide du Centre international de règlement des différends relatifs aux investissements (Règle CIRDI, art. 53 et 54), sauf lorsque la procédure d'arbitrage est conduite en application du règlement supplémentaire du CIRDI, qui prévoit, au contraire, un recours en annulation devant le juge du siège²¹¹⁹. Dans cette situation, le juge du siège, par exemple français retrouve compétence²¹²⁰.

1503. – « Autres voies de recours ». Au titre des « autres voies de recours », l'article 1501 du Code de procédure civile permet également l'introduction d'une tierce opposition contre une sentence arbitrale, en matière interne seulement, et l'article 1502 envisage le recours en révision, en matière d'arbitrage interne et international, l'ensemble étant considéré comme formant le corps des voies de recours extraordinaires (Chapitre 2), tandis que les voies de recours ordinaires (Chapitre 1) sont celles du recours en annulation et de l'appel.

²¹¹⁹ Cf. L. Gouiffes et L. Chatelain, *L'annulation en France des sentences arbitrales rendues sur le fondement de traités d'investissement* : *Rev. arb.* 2017, p. 839.

²¹²⁰ Cf. Paris, 29 janv. 2019, n° 16/20822, *Rép. du Venezuela* : *Dalloz actualité*, 28 janv. 2020, obs. J. Jourdan-Marques (annulation de la sentence pour incompétence du tribunal, faute de respecter les conditions posées par le traité d'investissement). – Paris, 2 avr. 2019, *Schooner* : *Dalloz actualité*, 28 janv. 2020, obs. J. Jourdan-Marques.

Encart 48
Panorama statistique des recours
et de leurs issues
devant la cour d'appel de Paris de 2010 à 2020²¹²¹

Année	Total nombre de décisions	Durée moyenne des procédures	Nombre de décisions confirmant les ordonnances d' <i>exequatur</i>	Nombre de décisions rejetant les recours en annulation	Nombre de décisions d'annulation des sentences	Nombre de décisions infirmant les ordonnances d' <i>exequatur</i>	Fondements retenus en cas d'annulation / infirmation d'une ordonnance d' <i>exequatur</i>	Moyen montant alloué partie succombante, au titre de l'article 700 du Code de procédure civile (en €)
2020	18	2.3 ans	2	13	2	1	Ordre public × 2 Incompétence × 1	58 500
2019	37	2.7 ans	8	18	1	10	Incompétence × 7 Ordre public × 2	65 700
2018	23	3 ans	0	17	6	0	Constitution du tribunal × 3 Ordre public × 2 Incompétence × 1	37 500
2017	34	2 ans	5	21	5	3	Incompétence × 3 Ordre public × 2 ...	55 600

²¹²¹ Réserves : les auteurs prient les lecteurs de faire preuve d'indulgence dans la lecture du présent tableau, qui, bien qu'ayant cherché à couvrir les onze dernières années de manière complète, n'a pas nécessairement recensé de manière exhaustive tous les arrêts d'appel en matière d'arbitrage et ne prétend pas maîtriser parfaitement la méthodologie statistique. Le travail de recensement a toutefois été fait scrupuleusement, sur la base de la jurisprudence publiée à la *Revue de l'arbitrage*, et selon des paramètres que nous avons jugés pertinent de mettre en avant. Le tableau s'inspire aussi du travail inédit accompli il y a une trentaine d'années par : S. Crépin, *Les sentences arbitrales devant le juge français*, préf. Ph. Fouchard, LGDJ, 1995, spéc. p. 189 ; pour une approche similaire, mais plus complète, en droit suisse, V. F. Dasser, Piotr Wojtowics, « Challenges of Wiss Arbitral Awards. Update Statistical Data as of 2017'' : *Bull. ASA* 2021, vol. 36, n° 2, p. 276.

Année	Total nombre de décisions	Durée moyenne des procédures	Nombre de décisions confirmant les ordonnances d' <i>exequatur</i>	Nombre de décisions rejetant les recours en annulation	Nombre de décisions d'annulation des sentences	Nombre de décisions infirmant les ordonnances d' <i>exequatur</i>	Fondements retenus en cas d'annulation / infirmation d'une ordonnance d' <i>exequatur</i>	Moyen montant alloué partie succombante, au titre de l'article 670 du RJS (en €)
2016	41	2.2 ans	4	25	6	6	Incompétence x 4 Ordre public x 2 Contradiction x 1 ...	35 000
2015	34	1.75 ans	8	22	2	2	Incompétence x 1 ...	39 400
2014	45	1.9 ans	0	40	4	1	Incompétence x 3 Ordre public x 1 ...	48 000
2013	35	2.1 ans	4	18	8	5	Incompétence x 7 Ordre public x 3 Contradictoire x 2 Mission du tribunal x 1 ...	32 500
2012	32	2.3 ans	3	16	10	3	Incompétence x 2 Ordre public x 2 Constitution du tribunal x 1 Mission du tribunal x 1 ...	33 000
2011	33	1.8 ans	4	19	10	0	Mission du tribunal x 3 Constitution du	33 800

Année	Total nombre de décisions	Durée moyenne des procédures	Nombre de décisions confirmant les ordonnances d' <i>exequatur</i>	Nombre de décisions rejetant les recours en annulation	Nombre de décisions d'annulation des sentences	Nombre de décisions infirmant les ordonnances d' <i>exequatur</i>	Fondements retenus en cas d'annulation / infirmation d'une ordonnance d' <i>exequatur</i>	Moyen montant alloué partie succombe, au titre de l'article 670 du Code de Procédure Civile (en €)
							tribunal ×2 Contradictoire × 1 Ordre public × 1 ...	
2010	20	4 ans	2	11	6	1	Ordre public × 3 Contradictoire × 1 Incompétence × 1 Constitution du tribunal × 1 ...	61 600

TAUX D'ANNULATION DE SENTENCES / INFIRMATION D'ORDONNANCES D'EXEQUATUR SUR ONZE ANS : ENVIRON 26 %

Les recours ordinaires contre la sentence arbitrale

1504. – Appel et recours en annulation. L'article 1489 du Code de procédure civile envisage, en matière d'arbitrage interne, l'appel à titre d'exception, décidée par les parties, faisant du recours en annulation la voie de recours ordinaire de principe contre une sentence (CPC, art. 1491) : « La sentence peut toujours faire l'objet d'un recours en annulation à moins que la voie de l'appel soit ouverte conformément à l'accord des parties ». Toutefois, en cas d'appel décidé par les parties, les deux voies ne peuvent être engagées simultanément : au contraire, privilégiant la volonté des parties, l'article 1490 du Code de procédure civile impose la voie de l'appel si cette voie a fait l'objet d'un accord²¹²². L'appel, en toute hypothèse, emporte réformation et en ce cas l'annulation de la sentence ou de la partie de la sentence qui est réformée. On peut alors envisager les règles communes à l'appel et au recours en annulation même si cette communauté est très largement disproportionnée, en faveur du recours en annulation, et a essentiellement pour objet de conférer des règles de procédure ordinaires, celles de la voie d'appel, du recours en annulation (Section 1), puis les règles propres au recours en annulation (Section 2) et à l'appel (Section 3).

Section 1

Règles communes au recours en annulation et à l'appel

1505. – Convergence, règles processuelles de l'appel. Le grand intérêt des diverses réformes en matière d'arbitrage a été de rationaliser les voies de recours, ce qui s'exprime par exemple à travers les règles intéressant

²¹²² Paris, 26 mai 1987 : *Rev. arb.* 1987, p. 509, note Ch. Jarrosson. – Cass. 1^{re} civ., 14 mars 2006, n° 03-18.801 : *Rev. arb.* 2007, p. 71.

l'appel et le recours en annulation. Le « juge de l'annulation » est en effet la cour d'appel, à ceci près qu'elle statue selon des procédés propres à l'exercice d'un tel recours à l'arbitrage (V. *infra*, n° 1538).

Une section intitulée « Dispositions communes à l'appel et au recours en annulation » (CPC, art. 1494 à 1498), prévoit dans les deux cas la compétence de la cour d'appel du ressort du lieu dans lequel la sentence a été rendue (CPC, art. 1494), un délai de recours, d'un mois, identique (CPC, art. 1494, al. 2), son caractère suspensif (CPC, art. 1496), des solutions en matière d'exécution provisoire (CPC, art. 1497), un même renvoi aux règles de droit commun de l'appel des articles 900 à 930-1 du Code de procédure civile et un effet identique attaché à la conjugaison de l'appel ou du recours en annulation sur l'*exequatur* de la sentence (CPC, art. 1499). De ce point de vue d'ailleurs, le renvoi aux articles 900 et suivants du Code de procédure civile assure cette forme de convergence. Il en résulte que la représentation est obligatoire devant la cour d'appel, que sa compétence correspond à celle de la cour d'appel du ressort du lieu où la sentence a été rendue (CPC, art. 1494, al. 1^{er})²¹²³, mais également que les règles techniques de l'introduction du recours doivent être celles prévues devant une cour d'appel, c'est-à-dire en application de l'article 930-1 du Code de procédure civile, dont l'alinéa 1^{er} prévoit qu'« à peine d'irrecevabilité relevée d'office, les actes de procédure sont remis à la juridiction par voie électronique »²¹²⁴. À bien des égards, d'ailleurs, le seul intérêt de maintenir la voie de l'appel comme forme choisie, même de façon rarissime, de recours contre la sentence, repose sur la mise en ordre de la procédure pour le recours en annulation, celui-ci étant porté, formellement, devant une cour d'appel, mais qui ne se comportera pas comme une cour appel, mais bien comme un juge du contrôle de la validité de la sentence. Toute partie qui succombe dans la sentence peut exercer ce type de voie de recours, ce qui revient à déterminer les parties à l'instance. La difficulté est alors de déterminer qui est partie à l'instance arbitrale : les parties à la convention d'arbitrage, les personnes qui sont intervenues à l'instance avec l'accord des parties²¹²⁵, *etc.*

²¹²³ Peu importe alors que la convention d'arbitrage ait prévu que la sentence devait être rendue en un autre lieu que celui où la sentence a été effectivement rendue (impliquant la compétence d'une autre cour d'appel) : la convention d'arbitrage, en tant qu'elle détermine un lieu de rendu de la sentence, ne fait que déterminer une compétence territoriale de la cour d'appel en cas de recours, de sorte que les arbitres ne manquent pas à leur mission en rendant leur sentence en un autre lieu, ce qui ne modifie pas non plus la compétence arbitrale : Paris, 11 janv. 1996 : *D.* 1996, p. 351, note E. Loquin.

²¹²⁴ Cf. Cass. 1^{re} civ., 26 sept. 2019, n° 18-14.708 : *JCP E* 2019, 1554, note Ph. Casson : « la recevabilité du recours en annulation de la sentence arbitrale était conditionnée par sa remise à la juridiction par la voie électronique et que les conventions passées entre une cour d'appel et les barreaux de son ressort, aux fins de préciser les modalités de mise en œuvre de la transmission des actes de procédure par voie électronique, ne peuvent déroger aux dispositions de l'article 930-1 du Code de procédure civile, notamment en en restreignant le champ d'application ».

²¹²⁵ Comp. Paris, 5 avr. 1990 : *Rev. arb.* 1992, p. 110, note H. Synvet, sur la recevabilité, en matière d'arbitrage international, d'un recours en annulation d'un tiers, sur la base d'une intervention, laquelle trouve son fondement dans les règles du droit processuel et non dans la volonté des parties, à la condition que l'intervenant justifie d'un intérêt propre à agir. V. cependant, en matière interne : Paris, 27 févr. 1997 : *Rev. arb.* 1998, p. 159.

1506. – Conseiller de la mise en état. Le décret du 11 décembre 2019 a par ailleurs modifié un certain nombre de règles du Code de procédure civile, notamment la question des diverses exceptions et incidents de procédure. L'article 789 du Code de procédure civile, tel qu'issu du décret de 2019, et auquel renvoie l'article 907 du Code de procédure civile, précise en effet et en ce qui concerne plus spécifiquement la question arbitrale, que :

« lorsque la demande est présentée postérieurement à sa désignation, le juge de la mise en état est, jusqu'à son dessaisissement, seul compétent, à l'exclusion de toute autre formation du tribunal, pour :

1° Statuer sur les exceptions de procédure, les demandes formées en application de l'article 47 et les incidents mettant fin à l'instance ; Les parties ne sont plus recevables à soulever ces exceptions et incidents ultérieurement à moins qu'ils ne surviennent ou soient révélés postérieurement au dessaisissement du juge ;

(...) 6° Statuer sur les fins de non-recevoir.

Lorsque la fin de non-recevoir nécessite que soit tranchée au préalable une question de fond, le juge de la mise en état statue sur cette question de fond et sur cette fin de non-recevoir. Toutefois, dans les affaires qui ne relèvent pas du juge unique ou qui ne lui sont pas attribuées, une partie peut s'y opposer. Dans ce cas, et par exception aux dispositions du premier alinéa, le juge de la mise en état renvoie l'affaire devant la formation de jugement, le cas échéant sans clore l'instruction, pour qu'elle statue sur cette question de fond et sur cette fin de non-recevoir. Il peut également ordonner ce renvoi s'il l'estime nécessaire. La décision de renvoi est une mesure d'administration judiciaire.

Le juge de la mise en état ou la formation de jugement statuent sur la question de fond et sur la fin de non-recevoir par des dispositions distinctes dans le dispositif de l'ordonnance ou du jugement. La formation de jugement statue sur la fin de non-recevoir même si elle n'estime pas nécessaire de statuer au préalable sur la question de fond. Le cas échéant, elle renvoie l'affaire devant le juge de la mise en état.

Les parties ne sont plus recevables à soulever ces fins de non-recevoir au cours de la même instance à moins qu'elles ne surviennent ou soient révélées postérieurement au dessaisissement du juge de la mise en état ».

1507. – Or, relèvent de la catégorie des exceptions de procédures et des irrecevabilités, les questions relevant du recours en annulation, dans les cas des articles 1492 ou 1520 du Code de procédure civile, sauf le cas de la contrariété de la sentence à l'ordre public interne ou international. Il en résulte que, sauf à ce que le conseiller de la mise en état ne soit pas encore désigné, il est le seul à trancher ces questions, y compris lorsque, s'agissant d'une irrecevabilité, celle-ci supposerait qu'une question de fond soit préalablement tranchée. Or, la question est suffisamment commune en matière arbitrale pour être saisie : l'article 1466 du Code de procédure civile (V. *infra*, n° 1517) érige en effet en fin de non-recevoir le fait de ne pas avoir, en temps utile, invoqué des irrégularités devant le tribunal arbitral, ce qui renvoie aux questions de régularité de la constitution du tribunal arbitral, notamment, sauf à ce que les parties s'y opposent, permettant le renvoi devant la formation collégiale. Par ailleurs, la fin de non-recevoir doit, pour être examinée, respecter les règles processuelles en matière d'appel et notamment l'article 954, alinéa 3 du Code de procédure civile qui trouve

particulièrement à s'appliquer dans ce contexte : « La cour ne statue que sur les prétentions énoncées au dispositif et n'examine les moyens au soutien de ces prétentions que s'ils sont invoqués dans la discussion »²¹²⁶.

1508. – Divergences. Derrière ces éléments apparents de convergence, et de ressemblance, il convient de ne pas se méprendre. Le recours en annulation est une procédure originale, propre à l'arbitrage et une technique sculptée pour l'arbitrage, comme d'ailleurs l'article 34 de la loi-type CNUDCI le précise. En effet, le droit commun de la procédure civile connaît la technique de l'appel-nullité, voie de recours ouverte de manière exceptionnelle lorsqu'une décision est normalement insusceptible de contestation, d'ailleurs non expressément prévue par la loi ou alors de manière évasive (CPC, art. 542, 562). Par ailleurs l'appel de droit commun a pour objectif d'obtenir la réformation ou l'annulation d'un jugement, mais en tenant compte des moyens et prétentions choisis par les parties, à la différence des conditions du recours en annulation contre une sentence arbitrale.

Or l'exercice du recours en annulation n'a pas pour objet de faire en sorte que l'affaire soit rejugée au fond (elle peut l'être si l'annulation est retenue, mais au cours d'une autre audience) : le recours en annulation a donc pour objet le procès de la sentence arbitrale, en considération d'éléments précis, déterminés par l'article 1492 du Code de procédure civile. Le principe, posé par la Cour de cassation est que « le juge de l'annulation est juge de la sentence pour admettre ou refuser son insertion dans l'ordre juridique français et non juge de l'affaire pour laquelle les parties ont conclu une convention d'arbitrage »²¹²⁷.

1509. – Formation(s) de la cour d'appel. La cour de Paris est, de très loin, la plus sollicitée, en raison du nombre d'arbitrages, internes et internationaux, qui établissent leur siège à Paris, y compris s'agissant d'arbitrages *ad hoc*. Pour autant, si la cour d'appel de Paris dispose d'une expérience en tous points exceptionnelle, ce qui, en droit des affaires, est suffisamment rare pour être souligné, une formation en son sein assurerait les audiences pour les recours contre les sentences internes et internationales (pôle 1, ch. 1). Toutefois, depuis 2018, les recours en annulation contre les sentences internationales relèvent d'une formation nouvelle (pôle 5, ch. 16), et là encore exceptionnelle, qu'est la chambre commerciale internationale de la cour d'appel de Paris dite « CCIP-CA » ou « ICCP-CA » (*International Commercial Chamber at the Paris Court of*

²¹²⁶ Cf. Paris, CCI, 25 févr. 2020, 5 arrêts, nos 19/07575, 19/15816 à 819, *Dommo* : *Dalloz actualité*, 27 avr. 2020, note C. Debourg, 4 mai 2020, obs. J. Jourdan-Marques : « l'irrecevabilité de la demande d'annulation au motif que la contestation de l'indépendance et de l'impartialité de l'arbitre serait tardive n'a pas été formulée dans les prétentions des parties énoncées dans le dispositif de leurs conclusions, mais figure uniquement dans des moyens développés par la société [B.] pour contester au fond la demande en annulation ».

²¹²⁷ Cass. 1^{re} civ., 12 févr. 2014 : *Rev. arb.* 2014, p. 389, note D. Vidal ; *JCP G* 2014, 475, note D. Mouralis ; *Cah. arb.* 2014, p. 585, note L.-Ch. Delanoy ; *JDJ* 2015, p. 145, 145, note P. de Vareilles-Sommières.

Appeal), tandis que les recours contre les sentences internes relèvent du pôle 3, chambre 5²¹²⁸. Cette chambre, qui n'a pas pour unique compétence les questions d'arbitrage est née fin 2018²¹²⁹ pour trancher les litiges économiques internationaux et proposer une « offre de justice » dans laquelle la langue anglaise est admise, comme bien des éléments, relevant du droit de tradition anglo-américaine, du moins d'assouplissement de la tradition romano-germanique, avec la production de témoins, les interrogatoires croisés, etc.²¹³⁰ *A priori* réservée aux questions de fond, la CCIP-CA a très vite trouvé sa place dans le jeu des recours en annulation qui relèvent de sa sphère de compétence. Il en résulte cependant qu'il existe deux formations de jugement au sein de la cour d'appel de Paris, auxquelles il faut éventuellement ajouter le conseiller de la mise en état, chaque fois qu'une question de fond est associée à une exception de procédure ou à une fin de non-recevoir.

1510. – Sentences. Seules des « sentences », résultant d'une procédure d'arbitrage, sont susceptibles d'un recours, par voie d'appel par un recours en annulation, ce qui suppose alors que l'on soit en présence d'une « sentence arbitrale » au sens préalablement défini²¹³¹. Dès lors, le recours est irrecevable face à un acte qui ne présente pas les caractères quand bien même cet acte se présenterait comme un acte mettant fin à un litige, telle une transaction²¹³². De même *a fortiori*, un tel recours est irrecevable face à un acte qui ne se présente pas comme une « véritable » sentence arbitrale, c'est-à-dire celles qui ne tranchent pas un litige, sur le fond ou sur la compétence par exemple d'une expertise, notamment d'une expertise sur le prix, du temps, avant 2016 où l'article 1592 du Code civil traitait l'expertise sur le prix comme un « arbitrage » qui n'en était pas un²¹³³. En revanche, peu importe la nature de la sentence, définitive, partielle, avant dire droit, une sentence interprétative ou en rectification d'erreur matérielle²¹³⁴. La difficulté porte également sur les « ordonnances de procédure », qui ne

²¹²⁸ Il semble que cette Chambre soit absorbée par le pôle 5 chambre 16, avec une formation interne, composée des magistrats de l'ancien pôle 3 chambre 5 (Comp. Paris, 5-16, 16 mars 2021, n° 19/03195, Mate ou : Dalloz actualités, 30 avr. 2021, obs. J. Jourdan-Marques), et une formation internationale.

²¹²⁹ 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. *supra*, n° 125.

²¹³⁰ F. Ancel, *La chambre commerciale internationale de la cour d'appel de Paris : D.* 2018, p. 1904.

²¹³¹ V. *supra*, n° 1380 et V. E. Loquin, *Qu'est-ce qu'une sentence ? : RTD com.* 1994, p. 483. – Ch. Jarrosson, *Les frontières de l'arbitrage : Rev. arb.* 2001, p. 5.

²¹³² Cass. 2^e civ., 7 oct. 1981 : *Rev. arb.* 1984, p. 361. V. aussi Paris, 23 mars 1989 : *Rev. arb.* 1990, p. 731, à propos d'une proposition de conciliation, Paris, 2 mai 1987 : *Rev. arb.* 1987, p. 509, à propos d'une lettre adressée aux parties.

²¹³³ Cf. Paris, 4 déc. 2008 : *RTD com.* 2009, p. 536, obs. E. Loquin. – Cass. com., 16 févr. 2010, n° 09-11.586 : *Rev. arb.* 2010, p. 503, note J.-J. Daigre.

²¹³⁴ Cass. 1^{re} civ., 16 juin 1976 : *Rev. arb.* 1977, p. 269. – Cass. 1^{re} civ., 11 juill. 2009 : *Rev. arb.* 2009, p. 918.

tranchent pas un litige et ne peuvent donc faire l'objet d'un recours distinct de celui portant sur la sentence elle-même²¹³⁵.

1511. – Délai pour exercer le recours en annulation (ou l'appel).

L'article 1494 du Code de procédure civile dispose que les recours sont recevables « dès le prononcé la sentence », indépendamment de tout formalisme, notamment de la notification de la sentence, tandis que l'article 1496 du Code de procédure civile dispose que l'appel ou le recours en annulation sont irrecevables s'ils sont exercés après le mois de la notification de la sentence (et non plus à compter de l'*exequatur*, comme avant la réforme de 2011, solution qui pouvait parvenir à retarder grandement la date d'efficacité de la sentence et, partant, d'un recours). Il suffit donc que la sentence soit prononcée pour qu'un recours puisse être exercé, tandis que le recours est, techniquement, enfermé dans le délai d'un mois à compter de sa notification, par voie de notification, ce en matière interne (CPC, art. 1494, al. 2) à moins que les parties en aient décidé autrement (CPC, art. 1484, al. 3), et internationale (CPC, art. 1519, al. 2). Observons que la loi-type CNUDCI prévoit un délai plus long (trois mois, art. 34, 3), mais que celui-ci varie selon les législations, vingt-huit jours en droit anglais, trois mois aux États-Unis²¹³⁶, deux en Espagne²¹³⁷, etc. Il convient enfin de préciser, comme pour toutes les notifications, que celle-ci, afin de faire courir le délai de recours doit indiquer les mentions prévues à l'article 680 du Code de procédure civile. Cette exigence, relativement stricte²¹³⁸, peut être sensible en arbitrage, impliquant des modalités parfois atypiques²¹³⁹, voire complexes (notification à l'étranger, à État, etc.) et nécessite une extrême vigilance.

1512. – Incidents, procédure collective et procédure pénale. Un certain nombre d'incidents, extérieurs ou non à l'institution arbitrale, peuvent affecter l'efficacité d'un recours²¹⁴⁰. Tel est le cas de l'ouverture d'une

²¹³⁵ V. *supra*, n° 1384. Rappelons qu'une question de procédure peut faire l'objet d'un litige, tranché de manière contradictoire par un tribunal arbitral qui peut donc, *a priori*, faire l'objet d'un recours (Paris, 9 juill. 1992 : *Rev. arb.* 1993, p. 303. – Paris, 7 juill. 1988 : *Rev. arb.* 1988, p. 49), tandis que la Cour de cassation, depuis 2001, considère qu'une sentence est une décision qui tranche un litige sur le fond ou sur la compétence ou qui met fin à l'instance (Cass. 2^e civ., 6 déc. 2001, n° 99-21.870 : *Rev. arb.* 2002, p. 697, note J. Ortscheidt. – Cass. 1^{re} civ., 12 oct. 2011, n° 09-72.439 : *D.* 2011, p. 3023, obs. Th. Clay, à propos de la consignation d'une somme d'argent, Paris, 18 mai 2006 : *Rev. arb.* 2006, p. 857. – Paris, 15 avr. 2010 : *Rev. arb.* 2010, p. 392 et *adde* : S. Jarvin, *Les dispositions de procédure des arbitres peuvent-elles faire l'objet d'un recours juridictionnel ?* : *Rev. arb.* 1998, p. 611).

²¹³⁶ FAA, art. 12.

²¹³⁷ Ley de arbitraje, art. 41, 4.

²¹³⁸ V. par ex., Paris, 28 juin 2001, *Golshani* : *Rev. arb.* 2002, p. 163. – Cass. 2^e civ., 17 mai 2018, n° 17-17.480. Comp. : Paris, 6 oct. 1998, n° 98/04465. – Orléans, 23 sept. 2020, n° 20/00556. – Amiens, 19 sept. 2019, n° 19/04307.

²¹³⁹ Paris, ord. CME, 6 mars 2014, n° 13/16113 : *Rev. arb.* 2014, p. 654, note J. Pellerin.

²¹⁴⁰ V. plus gén. *supra*, n°s 1302 et s.

procédure collective qui emporte suspension des instances en cours (C. com., art. L. 622-21 et L. 622-22, 631-14, 641-3) y compris arbitrales, internes ou internationales, en raison de la considération du caractère d'ordre public, interne ou international, de ces dispositions²¹⁴¹. Cette suspension joue comme une forme d'interruption (C. com., art. L. 622-22) jusqu'à la déclaration des créances des créanciers qui permet alors la reprise des instances en cours, mais uniquement pour constater des créances ou fixer leur montant, et non pour admettre ou rejeter une créance²¹⁴².

1513. – Instance pénale. Tel est encore le cas de l'existence d'une instance pénale : le « criminel tient le civil en l'état » affirme l'adage, dont la portée signifiante demeure malgré la loi du 5 mars 2007 qui a réformé l'article 4 du Code de procédure pénale. La question est d'importance parce que la tension qui s'observe dans certains arbitrages et l'âpreté des débats conduisent assez souvent les parties à déposer des plaintes pénales dans le but d'affaiblir la position de l'adversaire ou d'influer le cours de l'instance arbitrale. La question de l'articulation entre les procédures arbitrales, civiles et pénales est donc essentielle. La saisine d'un juge pénal ne vaut pas renonciation au recours en annulation²¹⁴³ ; ensuite le sursis à statuer ne s'impose pas automatiquement. Avant la réforme de 2007, le sursis à statuer s'imposait effectivement aux arbitres, comme à n'importe quelle juridiction, en matière d'arbitrage interne, en cas d'ouverture d'une action publique avant ou au cours d'une instance, par exemple arbitrale, lorsque, du moins, les faits à l'origine de cette action publique avaient une incidence directe sur l'un des griefs d'annulation de la sentence²¹⁴⁴ donc sur l'un des cas d'ouverture d'un recours en annulation en matière interne si la procédure pénale pouvait aboutir à identifier l'absence de convention d'arbitrage, une violation de l'ordre public, une fraude, etc. Un sursis à statuer s'imposait également en cas de procédure pénale développée à l'étranger si une convention internationale le prévoyait²¹⁴⁵. En revanche, il s'agissait d'une simple faculté en matière d'arbitrage international.

En toute hypothèse, la corrélation nécessaire entre la procédure pénale et un cas d'annulation rendait, finalement, l'hypothèse du civil tenu en l'état par le criminel assez faible. Depuis la loi de 2007, l'article 4 du Code de procédure pénale dispose que « la mise en mouvement de l'action publique n'impose pas la suspension des

²¹⁴¹ Cf. Cass. 1^{re} civ., 6 mai 2009 : *JCP G* 2009, I, 462, obs. J. Béguin ; *D.* 2009, p. 2959, obs. Th. Clay ; *Rev. arb.* 2009, p. 299, note D. Cohen ; *RTD com.* 2009, p. 546, obs. E. Loquin.

²¹⁴² V. D. Mouralis, *L'arbitrage face aux procédures collectives*, thèse droit, Aix, 2008, et plus généralement : *supra* § 1289 et s.

²¹⁴³ Comp. Paris, 29 juin 2006, *Thales* : *D.* 2006, p. 3026, obs. Th. Clay.

²¹⁴⁴ Cass. 1^{re} civ., 4 juin 2008, *Cytec* : *JCP G* 2008, I, 164, n° 8, obs. Ch. Seraglini ; *Rev. arb.* 2008, p. 473, note I. Fadlallah ; *RTD com.* 2009, p. 518, obs. E. Loquin ; *D.* 2008, p. 3118, obs. Th. Clay (solution en matière d'arbitrage international).

²¹⁴⁵ Cass. 1^{re} civ., 6 mai 2003 : *Rev. arb.* 2004, p. 311, note J.-B. Racine.

autres actions exercées devant la juridiction civile, de quelque nature qu'elles soient, même si la décision à intervenir au pénal est susceptible d'exercer, directement ou indirectement, une influence sur la solution du procès civil ». Le sursis à statuer n'est plus qu'une faculté pour le juge civil, ici le juge de l'annulation, toujours soumis à la condition que la procédure pénale puisse aboutir à faire surgir des faits intéressant les cas d'ouverture de l'article 1492 du Code de procédure civile, pour un arbitrage interne, ou l'article 1520, pour un arbitrage interne. Reste la situation d'une convention internationale qui l'imposerait pour une procédure pénale étrangère, ce qui, d'ailleurs aligne le droit français sur les solutions rendues en matière internationale.

1514. – Intervention volontaire au recours. Les sentences arbitrales sont l'aboutissement d'une procédure reposant sur un fondement conventionnel, ce dont il résulte que si, en principe, seules les parties à l'arbitrage peuvent, par nature, exercer un recours en annulation, des tiers peuvent avoir intérêt à critiquer la solution. Si le mécanisme de la tierce opposition reste ouvert en matière interne, il est exclu en matière internationale (V. *infra*, n° 1648). Cette exclusion, qui demeure critiquable, laisse alors ouverte la question de savoir si un tiers à l'arbitrage peut « s'inviter » dans une action en annulation contre une sentence. *A priori*, une telle intervention volontaire semble exclue, faute pour le candidat à l'intervention volontaire à disposer d'un intérêt et d'une qualité à agir, dans la mesure où le tiers n'est pas partie à l'arbitrage²¹⁴⁶.

1515. – Effet suspensif du recours (arbitrage interne). L'article 1496 du Code de procédure civile dispose que « le délai pour exercer l'appel ou le recours en annulation ainsi que l'appel ou le recours exercé dans ce délai suspendent l'exécution de la sentence arbitrale à moins qu'elle soit assortie de l'exécution provisoire », à la différence de la solution promue pour l'arbitrage international (CPC, art. 1526). Hormis le prononcé de l'exécution provisoire (V. *infra*, n° 1727), l'effet suspensif affecte la sentence, mais point les autres éléments de l'arbitrage. Dans le cas par exemple d'un recours contre une sentence avant-dire droit, les débats peuvent se poursuivre²¹⁴⁷, ce qui peut poser difficulté lorsque le recours, à le supposer recevable, porte sur une sentence partielle qui tranche la question de la compétence

²¹⁴⁶ Cf. Paris, 24 sept. 2019, *Libye c/ M. E et SGLPB* : *Gaz. Pal.* 19 nov. 2019, p. 21, note D. Bensaude. Dans cette affaire, un arbitrage d'investissement opposait M. E., actionnaire de la SGLPB, exploitant une usine en Libye, détruite en 2011. La Libye ayant engagé un recours en annulation contre la sentence (*ad hoc*), la SGLPB et un autre associé souhaitaient intervenir volontairement à l'action en annulation. La cour rendait une décision plus complexe que le seul rejet du recours fondé sur le défaut d'intérêt ou de qualité à agir, la fondant sur le caractère de l'arbitrage, un arbitrage d'investissement. L'abandon de souveraineté autorisant le recours à l'arbitrage consenti par la Libye dans le traité bilatéral d'investissement germano-libyen se limitait aux seuls investisseurs nationaux relevant des autres parties que ceux de l'État hôte, de sorte que les parties libyennes n'avaient pas d'intérêt à agir faute de consentement à l'arbitrage dans la loi libyenne.

²¹⁴⁷ Comp. R. Perrot, *Les recours devant la cour d'appel empêchent-ils l'arbitre de poursuivre sa mission ?* : *Rev. arb.* 1987, p. 107.

arbitrale, notamment si le recours est ensuite reçu. Dans le même temps, la partie qui n'a pas engagé le recours peut légitimement souhaiter que les opérations d'arbitrages se poursuivent, de sorte que, logiquement, la suspension, dans la mesure où elle n'affecte que la sentence prononcée, n'y fait pas obstacle²¹⁴⁸. Depuis la réforme de 2011, l'article 1472 du Code de procédure civile permet cependant aux arbitres de trancher la question : « Le tribunal arbitral peut, s'il y a lieu, surseoir à statuer. Cette décision suspend le cours de l'instance pour le temps ou jusqu'à la survenance de l'événement qu'elle détermine ».

1516. – Effet non suspensif du recours (arbitrage international).

L'article 1526, alinéa 1^{er} du Code de procédure civile dispose, depuis la réforme de 2011, que le recours en annulation n'est pas suspensif, à la différence du droit antérieur. L'objectif de la règle est essentiellement pratique et vise à éviter les recours purement dilatoires, étant entendu par ailleurs que les recours en annulation sont très rarement admis²¹⁴⁹ et donc de conférer une importance plus grande à la sentence rendue. Il vise également à accélérer et faciliter l'exécution de la sentence, la partie créancière n'ayant pas à attendre l'aboutissement du recours en annulation, ni à demander (et obtenir) l'exécution provisoire de la sentence, comme avant la réforme de 2011. On conçoit alors que l'ensemble suppose une mécanique cohérente fondée sur la confiance dans l'institution arbitrale, débutant avec les conditions de validité de la convention d'arbitrage et avec la constitution du tribunal arbitral, la question, notamment de l'obligation de révélation des arbitres et la purge des questions d'indépendance et d'impartialité (V. *supra*, n° 749).

Dès lors, la procédure peut se poursuivre malgré le recours en annulation, par exemple sur le fondement de la reconnaissance ou de l'exécution de la sentence. Deux hypothèses existent alors : une partie a déjà saisi le juge de l'*exequatur* et dans ce cas, le recours en annulation emporte automatiquement recours contre l'ordonnance d'*exequatur* et dessaisissement du juge de l'*exequatur* au profit de la cour d'appel, juge de l'annulation (avec *exequatur* automatique en cas de rejet du recours en annulation, ou si le juge de l'*exequatur* se prononce malgré le recours, annulation automatique de l'ordonnance, avec la conséquence tirée de l'admission ou du rejet du recours, V. CPC, art. 1527, al. 2 et *infra*, n° 1666). Ou bien au contraire, la partie qui a triomphé n'a pas encore saisi le juge de l'*exequatur* et il dispose alors de la capacité de le faire. Il lui suffit donc d'obtenir l'*exequatur* de la sentence pour pouvoir mettre en œuvre des mesures d'exécution forcée, malgré l'existence d'un recours en annulation en

²¹⁴⁸ Cass. 2^e civ., 5 avr. 1994 : *Rev. arb.* 1995, p. 85, note Ch. Jarrosson.

²¹⁴⁹ Comp. S. Crépin, *Les sentences arbitrales devant le juge français, pratique de l'exécution et du contrôle judiciaire depuis les réformes de 1980-1981*, LGDJ, 1995. L'auteur montre que, entre 1981 et 1992, période qu'elle a étudiée, le taux d'admission des recours en annulation était de 20 %, sachant que ce taux est encore plus faible pour les recours contre les sentences internationales.

cours, et ce peu important que la sentence soit ou non revêtue de l'exécution provisoire (du moins en France). À bien des égards, cette solution uniquement utilisée pour les sentences internationales, pourrait utilement être étendue aux sentences internes. En outre, l'article 1526, alinéa 2 du Code de procédure civile réserve à la partie qui a succombé la possibilité d'engager, devant le premier président de la cour d'appel compétente, en référé, ou devant le conseiller de la mise en état, une action en vue de faire échec à l'exécution provisoire (V. *infra*, n° 1753).

1517. – Mise en œuvre du recours, estoppel et irrecevabilité des griefs non soulevés devant le tribunal arbitral. La spécificité des recours contre une sentence arbitrale se signale par le fait que tous les moyens choisis par les parties ne sont pas recevables devant la cour d'appel (V. *infra*, n° 1538), de sorte que le recours (sauf l'appel) ne se présente pas comme une voie de recours du type des recours contre les décisions étatiques. Cette spécificité participe d'ailleurs de l'efficacité de l'arbitrage, en réduisant la tendance procédurière de l'arbitrage, conséquence de son succès, ou les manœuvres dilatoires.

Deux fins de non-recevoir, l'une fondée sur le principe de loyauté procédurale, prévue par l'article 1466 du Code de procédure civile, qui consacre d'ailleurs la jurisprudence antérieure à la réforme de 2011²¹⁵⁰, et l'autre fondée sur la reconnaissance de l'estoppel²¹⁵¹, qui se recouvrent d'ailleurs parfois, sont prévues pour accroître cette efficacité. Il convient d'observer que ces fins de non-recevoir valent même lorsque les moyens présentés au soutien d'un recours en annulation correspondent à l'un des cas de l'article 1492 ou 1520 du Code de procédure civile. Ces règles valent, en effet, tant pour l'arbitrage interne que pour l'arbitrage international (l'article 1506, 3° renvoyant à l'article 1466 du Code de procédure civile), à ceci près qu'en matière d'arbitrage international, les parties peuvent en décider différemment (hypothèse d'école qui serait d'ailleurs assez contreproductive, à supposer que, malgré la possibilité offerte d'y renoncer, la règle ne soit pas considérée comme une règle relevant de l'ordre public international).

L'article 1466 dispose que : « La partie qui, en connaissance de cause et sans motif légitime, s'abstient d'invoquer en temps utile une irrégularité devant le tribunal arbitral est réputée avoir renoncé à s'en prévaloir ». C'est ainsi le comportement procédural de l'une des parties durant l'instance arbitrale qui est sanctionnée au moment d'exercer un recours en annulation dès lors qu'elle invoque des moyens qu'elle s'est abstenue de soulever, en connaissance de cause, devant le tribunal arbitral. La règle prévaut même si les moyens sont d'ordre public²¹⁵², à l'exception des irrégularités qui relèveraient d'un ordre public de direction. Ainsi, participe de cette déloyauté procédurale, le fait de soulever la nullité de la convention arbitrale²¹⁵³,

²¹⁵⁰ Cass. 1^{re} civ., 6 mai 2009 : *JCP G* 2009, I, 462, obs. J. Béguin ; *D.* 2009, p. 2959, obs. Th. Clay ; *Rev. arb.* 2009, p. 299, note D. Cohen ; *RTD com.* 2009, p. 546, obs. E. Loquin.

²¹⁵¹ Cass. 1^{re} civ., 6 juill. 2005 : *Rev. arb.* 2005, p. 993, note Ph. Pinsolle ; *D.* 2005, p. 3059, obs. Th. Clay ; *D.* 2006, p. 1424, note E. Agostini ; *JDI* 2006, p. 608, note M. Béhar-Touchais ; *RTD com.* 2006, p. 309, obs. E. Loquin ; *JCP G* 2005, I, 179, n° 6, obs. J. Ortscheidt.

²¹⁵² Paris, 3 juill. 2008, 23 oct. 2008 et 2 juill. 2009 : *Rev. arb.* 2009, p. 765, note L. Gouiffes et L.-A. Bret.

²¹⁵³ Cass. 1^{re} civ., 21 nov. 2002 : *Rev. arb.* 2004, p. 283, note M. Bandrac.

l'absence de convention arbitrale²¹⁵⁴, le défaut d'indépendance d'un arbitre²¹⁵⁵, la méconnaissance d'un principe fondamental du droit processuel²¹⁵⁶, le défaut de respect de la mission arbitrale²¹⁵⁷, ou un incident de procédure²¹⁵⁸, alors qu'elle aurait pu ou dû le faire à l'occasion de l'instance arbitrale. De la même manière, lorsqu'une action est engagée devant un juge étatique, en méconnaissance, supposée ou avérée d'une convention d'arbitrage, le fait de ne pas avoir évoqué devant les premiers juges une exception, par exemple fondée sur la règle « compétence-compétence », fait obstacle au recours en annulation²¹⁵⁹.

La règle de l'estoppel se présente un peu différemment, comme une application juridique de la règle, morale, interdisant de se contredire au détriment de son contradicteur : l'estoppel correspond à l'hypothèse dans laquelle une partie a tenu compte du comportement de l'autre partie ou d'une situation juridique pour ensuite agir à son propre préjudice ou à l'avantage de l'autre partie. Par exemple la partie qui saisit le tribunal arbitral ne peut utilement ensuite invoquer la nullité de la convention d'arbitrage ou son inexistence²¹⁶⁰, ou encore s'il a préalablement invoqué l'incompétence d'un juge étatique au profit d'un tribunal arbitral²¹⁶¹. Apparue en jurisprudence en matière d'arbitrage international²¹⁶² sur l'exemple de la règle de *Common law*, puis dans l'arbitrage interne²¹⁶³, la technique de l'estoppel est à l'origine de la technique désormais consacrée dans l'article 1466 du Code de procédure civile. À bien des égards, donc, invoquer la règle de l'estoppel de manière indépendante de celle de l'article 1466 du Code de procédure civile est redondant : ce texte consacre la règle de l'estoppel, sauf à ce que la jurisprudence identifie des hypothèses allant au-delà de ce texte. L'exigence de loyauté de l'article 1466 doit être signalée en premier pour ce qu'elle est, une consécration légale, majeure et générale, de la règle de l'estoppel en droit de l'arbitrage, mais également, en second, parce qu'elle se manifeste par des exigences *positives* : est sanctionné le fait de ne pas invoquer, durant l'instance arbitrale, une irrégularité connue, ce qui implique que, pour sauvegarder le recours en annulation, les parties *doivent* invoquer ces moyens devant le tribunal arbitral : une partie ne peut donc « retenir » un moyen pour, ensuite, de manière surprise, l'invoquer devant le juge de l'annulation.

²¹⁵⁴ Paris, 28 avr. 2011 : *Rev. arb.* 2011, p. 579.

²¹⁵⁵ Paris, 16 déc. 2010 : *Rev. arb.* 2012, p. 279. – Paris, 16 mai 2002 : *Rev. arb.* 2003, p. 1231, note E. Gaillard. Comp. Paris, 27 sept. 2001 : *Rev. arb.* 2001, p. 916, sur un défaut d'impartialité.

²¹⁵⁶ Cass. 1^{re} civ., 20 nov. 2003 : *Rev. arb.* 2004, p. 283, note M. Bandrac (non-respect du principe de contradiction). – Paris, 22 juill. 2007 : *Rev. arb.* 2007, p. 142. – Paris, 16 mai 2002, préc.

²¹⁵⁷ Cass. 1^{re} civ., 20 sept. 2006, n° 04-10.567. Comp. Paris, 13 févr. 2003 : *Rev. arb.* 2004, p. 311, note J.-B. Racine (le fait d'avoir statué en amiable compositeur, contre la mission confiée). – Paris, 25 sept. 2008 : *Rev. arb.* 2008, p. 136. – Paris, 30 juin 2005 : *Rev. arb.* 2006, p. 687, note R. Libchaber (expiration du délai d'arbitrage).

²¹⁵⁸ Cass. 2^e civ., 28 nov. 2003 : *JCP G* 2003, I, 119, n° 3, obs. J. Ortscheidt (interruption d'audience non invoquée).

²¹⁵⁹ Cass. 1^{re} civ., 4 juill. 2018, n° 17-22.103, *Sté Honeywell* (onze arrêts identiques) : *Procédures* 2018, 298, note L. Weiller ; *D.* 2018, p. 2248, obs. Th. Clay.

²¹⁶⁰ Paris, 25 févr. 2010 : *Rev. arb.* 2010, p. 384. – Cass. 1^{re} civ., 6 juill. 2005, préc.

²¹⁶¹ Paris, 20 sept. 2007 : *JCP G* 2007, I, 216, n° 4, obs. J. Béguin ; *D.* 2008, p. 188, obs. Th. Clay ; *Rev. arb.* 2008, p. 325, note M. Danis et B. Sino.

²¹⁶² Cass. 1^{re} civ., 6 juill. 2005, préc. En l'espèce, moyen fondé dans un recours fondé sur l'annulation d'une convention d'arbitrage non invoqué durant l'instance arbitrale (qui avait en outre duré neuf ans).

²¹⁶³ Paris, 7 févr. 2008 : *Rev. arb.* 2008, p. 501, note J.-B. Racine.

L'efficacité de cette règle peut présenter cependant un certain nombre d'effets pervers, assez classiques : les parties peuvent indiquer un certain nombre de réserves dans leurs écritures pour préserver au mieux le recours éventuel en annulation, ou présenter des écritures en incident lorsque ces irrégularités sont davantage fondées. En outre, on peut saisir la difficulté d'une partie à invoquer devant le tribunal une irrégularité qui tiendrait au comportement de l'un ou de ses membres, par exemple le non-respect du principe du contradictoire, le défaut d'indépendance ou d'impartialité d'un arbitre, alors même que ce moyen doit être présenté devant le tribunal arbitral en question (ou le juge d'appui), et continuer l'instance ensuite comme si cette situation n'était pas de nature à affecter la sérénité des débats.

Il demeure que la question est essentielle pour apprécier la recevabilité d'un recours en annulation, mais aussi par rapport au rôle du juge de l'annulation. Si, en effet, la jurisprudence considérait traditionnellement que le juge de l'annulation est lié par les pièces du dossier soumis aux arbitres²¹⁶⁴, elle s'oriente désormais vers une possibilité de contrôle plus large, notamment en matière de violation de l'ordre public international (V. *infra*, n° 1538) mais aussi dans d'autres circonstances, par exemple en matière de compétence²¹⁶⁵.

1518. – Intervention des tiers. L'arbitrage, interne ou international, étant fondé sur une base contractuelle, la convention d'arbitrage, d'effet relatif donc, on conçoit que l'intervention d'un tiers à un arbitrage, à la manière des procédures étatiques françaises, soit pour le moins difficile à admettre²¹⁶⁶, sauf accord des parties en ce sens, précisément en raison de ce fondement, premier, contractuel et ce y compris au stade du recours en annulation²¹⁶⁷. On peut se demander cependant si cette rigidité est bien de mise : les arbitres tirent en effet leur pouvoir juridictionnel tout à la fois de la convention mais aussi de la loi.

Fort de ce dernier ressort, les arbitres pourraient admettre, de leur propre chef, des arguments provenant d'un tiers, quitte à subir, ensuite, la critique de cette initiative devant le juge de l'annulation, pour avoir, ou non, conformé leur action à la mission qui leur était confiée. Si, en effet, la mission confiée aux arbitres consiste à trancher un litige, alors que cette solution dépend, en tout ou partie, des arguments émanant d'un tiers, dont on pourrait parfaitement imaginer que le fait d'être tenu à l'écart, par au moins une partie, relève davantage d'une stratégie que d'une volonté d'application rigoureuse de la convention d'arbitrage. Alors, l'immixtion de ce tiers à la procédure consisterait à respecter la mission confiée, bien plus que le fait de le maintenir à

²¹⁶⁴ Paris, 26 mars 2009, *Papillon Group c/ République Arabe de Syrie* : *Rev. arb.* 2010, p. 525, note V. Chantebout ; *D.* 2010, p. 2933, obs. Th. Clay. – Paris, 22 mai 2008, n° 06/22560, *Abela* : *D.* 2008, 3111, obs. Th. Clay ; *Rev. arb.* 2008, 730, note F.-X. Train ; *JCP I* 2008, 222, § 7, obs. C. Seraglini ; *D.* 2008, 3111, obs. Th. Clay.

²¹⁶⁵ Cf. Cass. 1^{re} civ., 2 déc. 2020, n° 9-15.396 : *Dalloz actualité*, 24 déc. 2020, obs. J. Jourdan-Marqueset V. *infra*, n° 1562.

²¹⁶⁶ V. cependant, Paris, 5 avr. 1990 : *Rev. arb.* 1992, p. 110, note H. Synvet, admettant l'intervention sur la seule démonstration de l'existence d'un intérêt à agir.

²¹⁶⁷ Paris, 8 mars 2001 : *Rev. arb.* 2001, p. 567, note C. Legros. – Paris, 18 sept. 2003 : *Rev. arb.* 2004, p. 311, note J.-B. Racine (intervention forcée au stade du recours en annulation, irrecevable).

l'écart. En outre, à supposer que le fondement contractuel exclue de manière systématique le tiers de l'instance arbitrale elle-même, parce que le fond du litige est directement lié à la convention d'arbitrage, et alors que la procédure du recours en annulation est calquée sur celle de l'appel. La question se pose, pour certains auteurs, de savoir si le tiers ne pourrait intervenir, de manière au moins volontaire sinon forcée, à l'instance estimant la validité de la sentence, alors même que la cour d'appel n'est plus, alors, en charge de juger le fond de l'affaire²¹⁶⁸.

1519. – Recours contre l'arrêt de la cour d'appel. L'arrêt de la cour d'appel qui se prononce sur le recours en annulation, qu'il le rejette ou le retienne, ou, pour mémoire, l'arrêt d'appel au cas où un appel aurait été prévu par les parties (dans un arbitrage interne), est susceptible de faire l'objet d'un pourvoi en cassation dans les conditions ordinaires de recevabilité d'un tel pourvoi. Un pourvoi est recevable contre l'arrêt qui annule la sentence et renvoie les parties à statuer sur le fond, à l'occasion d'une autre audience de la cour d'appel, appelée à rejurer²¹⁶⁹.

Section 2

Règles spécifiques au recours en annulation

1520. – Plan. Le recours en annulation d'une sentence arbitrale doit être introduit devant une juridiction étatique dont la compétence doit être mesurée (§ 1), tout comme les cas d'ouverture du recours, particulièrement limités (§ 2) et les effets du recours en annulation (§ 3).

§ 1. – Le juge compétent

1521. – Plusieurs questions se posent ici : la détermination du juge compétent (A) et celle de ses pouvoirs (B).

A. – La détermination du juge compétent

1522. – Le juge de la validité de la sentence est en principe la cour d'appel (1°), concurrencé par le juge administratif pour des arbitrages rendus

²¹⁶⁸ En ce sens : C. Seraglini et J. Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, *op. cit.*, n°s 518 et 959.

²¹⁶⁹ Lorsqu'il s'agit en revanche du pourvoi contre l'arrêt d'appel rendu en appel de la sentence lorsque la convention d'arbitrage prévoit cette faculté, arrêt qui a annulé la sentence et qui renvoie les parties à conclure, à nouveau, sur le fond, le pourvoi doit être différé pour être formé en même temps que celui engagé contre l'arrêt de révision.

à propos de certains contrats administratifs internationaux (2°) mais également par le cas de la renonciation à tous recours, en matière internationale (3°).

1° Compétence de principe de la cour d'appel

1523. – Compétence exclusive. Le recours en annulation d'une sentence arbitrale ne peut être introduit que devant la cour d'appel du lieu où elle a été rendue, et que l'on désigne souvent comme le « juge du siège ». Si la sentence a été rendue en France, qu'il s'agisse d'une sentence interne ou internationale, une juridiction française sera donc compétente. Si la sentence a été rendue à l'étranger en revanche, il convient d'introduire un recours selon les règles prévues au lieu où la sentence a été rendue. Le recours contre une sentence rendue à l'étranger devant un juge français est donc irrecevable²¹⁷⁰, y compris dans les situations où une personne publique est en jeu et pourrait tenter d'invoquer le bénéfice de l'article L. 321-2 du Code de justice administrative (V. *infra*, n° 1526).

1524. – Recours en révision. L'arrêt de la cour d'appel peut également faire l'objet d'un recours en révision, dans le cas de la révélation d'une fraude²¹⁷¹, ou d'un recours en tierce opposition si des tiers s'estiment lésés par l'arrêt, tiers qui ne pourraient, toutefois, être le tribunal arbitral ou un arbitre : un tel recours n'aurait d'autre objet que d'éviter un recours en responsabilité. Si la sentence a été rendue à l'étranger, en revanche, le juge français ne peut recevoir le recours en annulation ; ce n'est d'ailleurs pas une question de compétence mais de recevabilité du recours²¹⁷². Aucune voie de recours en France ne peut donc être exercée contre une sentence rendue à l'étranger, sinon de manière médiate, par la discussion, en France, de l'action en reconnaissance ou en exécution de la sentence par une ordonnance éventuellement frappée d'appel.

1525. – Compétence élue. Si le recours en annulation d'une sentence arbitrale ne peut être introduit que devant les juridictions du lieu où elle a été rendue, devant le « juge du siège », la question se pose de savoir si les parties peuvent déroger à cette exigence par une clause attributive de compétence au juge français. On pourrait penser que l'ordre public qui s'impose dans l'organisation des techniques des recours contre une sentence, en tant qu'il fait obstacle à la possibilité pour les parties d'envisager d'autres recours que le recours en annulation, interdit également ce type de clause attributive de

²¹⁷⁰ Paris, 18 févr. 1986 : *Rev. arb.* 1986, p. 583, note G. Flécheux. – Paris, 28 oct. 1997 : *Rev. arb.* 1998, p. 399, note B. Leurent.

²¹⁷¹ Cass. 2^e civ., 12 févr. 2004 : *JCP G* 2004, I, 179, n° 5, obs. Ch. Seraglini.

²¹⁷² Paris, 28 juin 2001 : *Rev. arb.* 2002, p. 163, note J. Paulsson.

compétence, dans une convention d'arbitrage international. La validation d'une telle clause pourrait s'autoriser des termes de l'article 1505, 3° du Code de procédure civile qui dispose que : « En matière d'arbitrage international, le juge d'appui de la procédure arbitrale est, sauf clause contraire, le président du tribunal judiciaire de Paris lorsque (...) 3. Les parties ont expressément donné compétence aux juridictions étatiques françaises pour connaître des différends relatifs à la procédure arbitrale (...) ». La difficulté ici tient au fait que la compétence serait alors celle du juge d'appui, et non celle de la cour d'appel de Paris, à moins que les parties l'aient prévu.

La cour d'appel a validé ce type d'élection de compétence, dans un arrêt du 17 juin 2004 à propos du recours contre une « décision » rendue par le mécanisme de règlement des litiges de l'ICANN, dans la gestion des noms de domaine, qui n'est pas considérée comme une sentence, où la cour ajoutait, dans un *obiter dictum*, énoncé de manière très générale, que « la délocalisation de la sentence en droit français de l'arbitrage international ne s'oppose pas à la possibilité de porter le recours en annulation par la voie d'une clause attributive de juridiction devant un autre juge que celui du siège »²¹⁷³. Il semble donc que la clause d'élection de for est ou serait possible pour les recours en annulation, à la place de l'élection du juge d'appui envisagé par l'article 1505, 3° du Code de procédure civile, à la fois pour les sentences étrangères mais également pour les sentences rendues en France. Si, en effet, cette décision devait prospérer, elle est globalement conforme au régime d'autonomie de l'arbitrage international que consacre la jurisprudence française, par exemple à propos de l'exécution en France d'une décision annulée par le juge du siège. Peu usité, ce type de clause peut s'avérer à double tranchant dans la mesure où il opère une dissociation entre deux ordres juridiques *a priori* compétents, celui du siège de l'arbitrage et celui élu par la clause, estimé plus « compétent » ou au contraire plus « laxiste » que ne le serait le juge du siège.

2° Compétence du juge administratif

1526. – Compétence en matière de contrats administratifs internationaux. Le droit français connaît un particularisme marqué concernant les contrats administratifs qui se poursuit, sans surprise, en matière d'arbitrage pour considérer que le fait de s'opposer à l'*exequatur*, devant un juge français, d'une sentence internationale relevait de la juridiction administrative²¹⁷⁴, faisant le départ d'un débat qui continue encore aujourd'hui.

²¹⁷³ Paris, 17 juin 2004 : *JCP G* 2004, II, 10156, note G. Chabot ; *JDI* 2005, p. 1165, note E. Loquin ; *D.* 2006, p. 3036, obs. Th. Clay ; *Rev. arb.* 2006, p. 161, note T. Azzi. Comp. D. Hascher, *L'influence de la doctrine sur la jurisprudence en matière d'arbitrage* : *Rev. arb.* 2005, p. 391, spéc. n° 30.

²¹⁷⁴ T. confl., 19 mai 1958, *Sté Myrtoon Stemsip* : *D.* 1958, p. 699, note J. Robert. Cf. aussi CE, 6 mars 1986, *Eurodisney* : *Rev. arb.* 1986, p. 397 : « il résulte des principes généraux du droit public français confirmé par le premier alinéa de l'article 2260 du Code civil que, sous réserve des dérogations découlant de dispositions législatives expresses ou, le cas échéant, des stipulations de conventions internationales incorporées dans l'ordre juridique interne, des personnes morales de droit public ne peuvent se soustraire aux règles qui déterminent la compétence des juridictions nationales en remettant à la solution d'un arbitre la solution des

1527. – Controverse. Pour la Cour de cassation, il ne fait aucun doute que l'institution arbitrale est une technique processuelle exceptionnelle et choisie qui permet d'excepter l'article 2060 du Code civil prohibant l'arbitrage en matière administrative, au moins en matière internationale, renvoyant alors au juge judiciaire s'agissant du contrôle ou de l'exécution de la sentence²¹⁷⁵. Pour le Conseil d'État en revanche, un litige relevant des juridictions administratives ne change pas de nature du seul fait qu'il est traité, par l'effet d'une convention d'arbitrage, par un tribunal arbitral, y compris dans le fait que les règles en la matière sont celles du Code de procédure civile. Il s'agit donc d'un litige ordinaire, l'interdiction de l'arbitrage étant alors considéré comme un principe général du droit public²¹⁷⁶. Par conséquent, lorsqu'est en jeu un litige, à régler par la voie de l'arbitrage, concernant un contrat administratif, un conflit naît, entre le juge judiciaire, compétent parce que la sentence rendue est internationale et les juridictions administratives, parce que le contrat, précisément, entre dans la catégorie française des contrats administratifs.

La Cour de cassation fonde sa compétence et sa faculté de contrôler la validité d'une sentence sur le fondement de la Convention de New York²¹⁷⁷ tandis que, pour le Conseil d'État, c'est une règle du droit administratif, forgée par sa jurisprudence, qui détermine son intervention²¹⁷⁸. Ce conflit classique, que l'on retrouve en matière d'application des règles de concurrence par exemple²¹⁷⁹, est marqué par plusieurs affaires dont l'affaire *Ryanair* dans laquelle les juridictions saisies, judiciaires et administratives, s'étaient également déclarées compétentes (à propos de l'*exequatur* de la sentence rendue en Grande-Bretagne)²¹⁸⁰. Ce conflit a des

litiges à laquelle elles sont parties et qui se rattachent à des rapports relevant de l'ordre juridique interne. Tout compromis ou clause compromissoire conclu en méconnaissance de ce principe est atteint d'une nullité d'ordre public ».

²¹⁷⁵ Cass. 1^{re} civ., 2 mai 1966, *Galakis* : D. 1966, 575, note J. Robert.

²¹⁷⁶ CE, avis, 6 mars 1986, *Eurodisney*, préc.

²¹⁷⁷ Comp. Cass. 1^{re} civ., 8 juill. 2015, *Ryanair* : D. 2015, p. 2031, obs. S. Bollée, p. 2588, obs. Th. Clay ; *AJDA* 2016, p. 671, note F. Lombard ; *RTD com.* 2016, p. 71, obs. E. Loquin.

²¹⁷⁸ CE, 19 avr. 2013, *Ryanair* : D. 2013, p. 1445, note P. Cassia, p. 2293, obs. S. Bollée, p. 2936, obs. Th. Clay ; *JCP G* 2013, 748, note S. Lemaire, 784, n° 7, obs. J. Ortscheidt ; *AJDA* 2013, p. 1271, obs. X. Domino et A. Bretonneau ; *RD imm.* 2013, p. 362, obs. S. Braconnier ; *Rev. arb.* 2013, p. 761, note M. Laazouzi ; *RTD com.* 2014, p. 326, obs. E. Loquin. V. aussi CE, ass., 9 nov. 2016, *Fosmax* : D. 2016, p. 2343, obs. J.-M. Pastor, p. 2589, obs. Th. Clay ; *AJDA* 2016, p. 2133, et 2368, chron. L. Dutheil de Lamothe et G. Odinet ; *RFDA* 2016, p. 1154, concl. G. Pellissier ; *ibid.* 2017, p. 111, note B. Delaunay ; *RTD com.* 2017, p. 54, obs. F. Lombard ; *JCP G* 2016, 1430, n° 4, obs. C. Seraglini, 2017, 29, note S. Bollée, 226, n° 7, obs. C. Nourissat ; *Cah. arb.* 2017, p. 977, note M. Laazouzi et S. Lemaire (qui retient une liste de chefs de contrôle qui ressemble à ceux de l'article 1520 du Code de procédure civile, V. *infra*, n° 1553). Adde : J.-L. Delvolvé, *L'arbitrage en droit public français*, in *L'arbitrage en droit public*, Bruylant, 2010.

²¹⁷⁹ À l'occasion de la discussion de la loi « Justice pour le XXI^e siècle », adoptée le 18 novembre 2016, avait été proposé l'ajout, à l'article L. 311-11 du Code de l'organisation judiciaire, d'un alinéa visant à confier à la cour d'appel de Paris l'intégralité du contrôle de la validité d'une sentence par un 4° : « Les sentences arbitrales internationales ou contre les ordonnances d'*exequatur* des sentences arbitrales internationales, quels que soient l'objet du litige, les règles qui lui sont applicables et le siège du tribunal arbitral qui a rendu la sentence en cause ». Il n'a finalement pas été retenu.

²¹⁸⁰ Cass. 1^{re} civ., 8 juill. 2015, préc. – CE 19 avr. 2013, préc.

conséquences majeures en termes de contrôle de la sentence, à la fois d'un point de vue processuel et substantiel. Pour le Conseil d'État en effet, il en résulte que le contrôle implique une révision au fond de la sentence, solution exclue devant le juge judiciaire : « Une sentence arbitrale est contraire à l'ordre public lorsqu'elle fait application d'un contrat dont l'objet est illicite ou entaché d'un vice d'une particulière gravité relatif notamment aux conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement » ou « lorsqu'elle méconnaît des règles auxquelles les personnes publiques ne peuvent déroger » ou encore « les règles d'ordre public du droit de l'Union européenne »²¹⁸¹.

1528. – Arrêts *Inserm* et *Ryanair*. Cette difficulté implique la saisine du Tribunal des conflits²¹⁸², déjà saisi à plusieurs reprises, notamment dans l'affaire *Inserm*²¹⁸³ dans laquelle avait été rendue en 2010 une solution de principe assez ambiguë. Lorsque le litige présente un caractère international, le recours contre une sentence rendue en France doit, en principe, être porté devant le juge judiciaire²¹⁸⁴, mais, et l'exception est importante, le juge administratif demeure compétent lorsque le « recours dirigé contre une telle sentence intervenue dans les mêmes conditions, implique le contrôle de la conformité de la sentence aux règles impératives du droit public français relatives à l'occupation du domaine public ou à celles qui régissent la commande publique et applicables aux marchés publics, aux contrats de partenariat et aux contrats de délégation de service public ; que, ces contrats relevant d'un régime administratif d'ordre public, le recours contre une sentence arbitrale rendue dans un litige né de l'exécution ou de la rupture d'un tel contrat relève de la compétence du juge administratif ». Le Tribunal des conflits infirme tout à la fois la position de la Cour de cassation et sa règle d'unicité du contrôle des sentences, et celle du Conseil d'État en

²¹⁸¹ CE, ass., 9 nov. 2016, *Fosmax*, préc.

²¹⁸² Paris, 8 nov. 2016 : *D.* 2016, p. 2589, obs. Th. Clay (sur renvoi de Cass. 1^{re} civ., 8 juill. 2015, préc.), mais, CAA Bordeaux, 12 juill. 2016 : *D.* 2016, p. 2589, obs. Th. Clay déclarant incompétentes les juridictions administratives.

²¹⁸³ T. confl., 17 mai 2010, n° 3754, *Inserm* : *D.* 2010, p. 1359, obs. X. Delpech, p. 2633, note S. Lemaire, p. 2323, obs. S. Bollée, p. 2933, obs. Th. Clay, et 2011, p. 2552, chron. Y. Gaudemet, C. Lapp et A. Steimer ; *AJDA* 2010, p. 1047, p. 1564, note P. Cassia ; *RD imm.* 2010, p. 551, obs. S. Braconnier ; *RFDA* 2010, p. 959, concl. M. Guyomar, p. 971, note P. Delvolvé ; *Rev. crit. DIP* 2010, p. 653, note M. Laazouzi ; *RTD com.* 2010, p. 525, obs. E. Loquin. En l'espèce, l'INSERM avait conclu un contrat avec une fondation de droit norvégien pour le financement d'un centre de recherche en France. La fondation avait rompu l'accord, et, en vertu d'une clause compromissoire une sentence, rendue en France, avait condamné l'INSERM. L'INSERM a saisi le juge administratif d'un appel contre la sentence et le juge judiciaire d'un recours en annulation, contestant l'arbitrabilité du litige sur le fondement de l'interdiction de compromettre des personnes publiques en droit français. La cour d'appel de Paris a rejeté le recours en annulation, en raison du caractère international du contrat, mais, considérant qu'existait un conflit de compétences, le Conseil d'État avait saisi le Tribunal des conflits.

²¹⁸⁴ T. confl., 17 mai 2010, *Inserm*, préc. « Le recours formé contre une sentence arbitrale rendue en France, sur le fondement d'une convention d'arbitrage, dans un litige né de l'exécution ou de la rupture d'un contrat conclu entre une personne morale de droit public française et une personne de droit étranger, exécuté sur le territoire français, mettant en jeu les intérêts du commerce international, fût-il administratif selon les critères du droit interne français, est porté devant la cour d'appel dans le ressort de laquelle elle a été rendue (...), ce recours ne portant pas atteinte au principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires ».

validant le principe de l'arbitrabilité en matière internationale. Dès lors, la ligne de conflit est processuelle : quel que soit le caractère privé ou public du contrat (ou du litige), le juge administratif est compétent si sont en jeu des contrats soumis à des règles impératives du droit public et, à défaut, la compétence de principe du juge judiciaire demeure. La position du Tribunal des conflits n'a pas varié dans l'affaire *Ryanair*²¹⁸⁵.

1529. – Objectifs des juridictions administratives. L'objectif du Conseil d'État est très clairement de ne pas soumettre les sentences rendues en matière de litiges administratifs internationaux à la technique judiciaire de contrôle de la validité des sentences, au regard de l'ordre public ou de l'ordre public international, qui demeure minimal, que promeut la Cour de cassation (V. *infra*, n° 1603), et ce au risque, assumé par le Tribunal des conflits et le Conseil d'État, que cette position n'attire guère les opérateurs étrangers à choisir une voie arbitrale de règlement des litiges. L'opposition est radicale, et frontale : du point de vue du droit du commerce et de l'arbitrage international, la position des juridictions administratives est contestable. En effet, toute la logique et l'évolution des règles du droit du commerce international consistent précisément à identifier des règles communes qui évitent les règles, considérées comme contingentes, des droits nationaux. À l'inverse, celle du droit administratif consiste à protéger les droits de l'État, y compris et peut-être surtout, contre les intérêts privés, notamment étrangers, en considérant que le juge administratif est le mieux placé pour assurer le contrôle d'une sentence rendue sur le fondement des règles impératives du droit public, et inversement, que le juge judiciaire ne saurait l'assurer de la même manière.

1530. – Modalités du contrôle des sentences par le juge administratif. Dans un arrêt de 2016²¹⁸⁶, le Conseil d'État a précisé les modalités du

²¹⁸⁵ T. confl. 24 avr. 2017, *Ryanair* : D. 2017, p. 2054, obs. S. Bollée ; *AJDA* 2017, p. 981, obs. G. Odinet et S. Roussel. Dans cette affaire, le Conseil d'État avait en 2013 (CE, 19 avr. 2013, *Raynair* : D. 2013, préc.) considéré que le recours contre une sentence arbitrale déterminée dans les conditions de l'arrêt *Inserm* est un appel devant le Conseil d'État : « le recours dirigé contre cette sentence, qui implique le contrôle de sa conformité aux règles impératives du droit public français auxquelles sont nécessairement soumis de tels contrats, relève de la compétence du juge administratif et est porté devant le Conseil d'État en application de l'article L. 321-2 du Code de justice administrative ». Le Conseil ajoutait même, par un *obiter dictum*, que « quel que soit le siège de la juridiction arbitrale qui a statué sur un litige né d'un tel contrat, le juge administratif est toujours compétent pour connaître d'une demande tendant à l'*exequatur* de la sentence (...) une telle demande relève en premier ressort du tribunal administratif (...) ». Or, pour la Cour de cassation, toujours dans cette affaire (Cass. 1^{re} civ., 8 juill. 2015, *Ryanair*, préc.), la compétence du juge judiciaire s'imposait, de manière exclusive pour l'*exequatur* d'une sentence, quel que soit le litige, rendue à l'étranger « la sentence internationale, qui n'est rattachée aucun ordre juridique étatique, est une décision de justice internationale dont la régularité est examinée au regard des règles applicables dans le pays où la reconnaissance et l'exécution est demandée ; qu'il résulte des textes susvisés [Conv. New York 10 juin 1958 et CPC, art. 1516] que l'*exequatur* des sentences arbitrales rendues à l'étranger est exclusif de tout jugement sur le fond et relève de la compétence des juridictions judiciaires ».

²¹⁸⁶ CE, ass., 9 nov. 2016, *Fosmax*, préc.

contrôle exercé par le juge administratif y compris *via l'exequatur* d'une sentence. Le contrôle est alors un contrôle limité. Le contrôle intéresse en premier la validité de la convention d'arbitrage, au besoin d'office « il appartient au Conseil d'État de s'assurer, le cas échéant d'office, de la licéité de la convention d'arbitrage, qu'il s'agisse d'une clause compromissoire ou d'un compromis ; que ne peuvent en outre être utilement soulevés devant lui que des moyens tirés, d'une part, de ce que la sentence a été rendue dans des conditions irrégulières et, d'autre part, de ce qu'elle est contraire à l'ordre public ». La formule est large et emporte bon nombre d'incertitudes. Ce contrôle, y compris d'office, devrait logiquement n'intéresser que les causes de nullité d'ordre public, insusceptibles de confirmation, notamment en matière d'arbitrabilité du litige. À défaut, il conviendrait d'appliquer les règles de l'article 1466 du Code de procédure civile (V. *supra*, n° 1517) et donc de faire échec au recours sur le fondement d'un élément non invoqué au cours de la procédure arbitrale. Or, le Conseil d'État rejetait, jusqu'alors, cet argument, écartant l'estoppel²¹⁸⁷.

1531. – Irrégularité de la procédure. Il vise ensuite la question de l'irrégularité de la procédure : « que ne peuvent en outre être utilement soulevés devant lui que des moyens tirés, d'une part, de ce que la sentence a été rendue dans des conditions irrégulières »²¹⁸⁸. Or, le droit processuel de l'arbitrage est celui posé par le Code de procédure civile alors que le droit administratif ne connaît pas de règles particulières. Le Conseil d'État retient ainsi des critères tirés de l'article 1520 du Code de procédure civile : « que s'agissant de la régularité de la procédure, en l'absence de règles procédurales applicables aux instances arbitrales relevant de la compétence de la juridiction administrative, une sentence arbitrale ne peut être regardée comme rendue dans des conditions irrégulières que si le tribunal arbitral s'est déclaré à tort compétent ou incompétent, s'il a été irrégulièrement composé, notamment au regard des principes d'indépendance et d'impartialité, s'il n'a pas statué conformément à la mission qui lui avait été confiée, s'il a méconnu le principe du caractère contradictoire de la procédure ou s'il n'a pas motivé sa sentence »²¹⁸⁹. On peut toutefois observer que l'exigence de motivation, posée par l'article 1492 du Code de procédure civile, ne vaut que pour les sentences internes, de sorte que le Conseil d'État étend cette exigence, de son propre chef, aux sentences internationales relevant de sa compétence. En toutes hypothèses, le Conseil d'État considère que l'exigence de motivation est satisfaite lorsque les

²¹⁸⁷ CE, 23 déc. 2015, *Territoire des îles Wallis* : JCP G 2016, I, 900, obs. Ch. Seraglini ; D. 2016, p. 2025, obs. L. d'Avout et S. Bollée, p. 2589, obs. Th. Clay ; AJDA 2016, p. 1182, note A. Gras.

²¹⁸⁸ CE, ass., 9 nov. 2016, *Fosmax*, préc.

²¹⁸⁹ V. aussi : TA Poitiers, 15 déc. 2020, n° 1900269, *SMAC*.

moyens soulevés par les parties ont été examinés par les arbitres. S'agissant de la conformité à la mission confiée, le Conseil observe en outre que le fait que les parties étant en désaccord sur l'application du droit administratif français, elles avaient confié aux arbitres la mission de trancher la question, alors qu'ils avaient retenu l'application des règles du droit privé français contrairement au Tribunal des conflits²¹⁹⁰, validait la conformité à la mission confiée.

1532. – Conformité à l'ordre public. Enfin, le Conseil d'État assure le contrôle de la conformité de la sentence à l'ordre public, « que s'agissant du contrôle sur le fond, une sentence arbitrale est contraire à l'ordre public lorsqu'elle fait application d'un contrat dont l'objet est illicite ou entaché d'un vice d'une particulière gravité relatif notamment aux conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement, lorsqu'elle méconnaît des règles auxquelles les personnes publiques ne peuvent déroger, telles que notamment l'interdiction de consentir des libéralités, d'aliéner le domaine public ou de renoncer aux prérogatives dont ces personnes disposent dans l'intérêt général au cours de l'exécution du contrat, ou lorsqu'elle méconnaît les règles d'ordre public du droit de l'Union européenne »²¹⁹¹. Si le Conseil d'État ne retient pas expressément un contrôle limité, comme le fait le juge judiciaire qui n'envisage, en principe, que les violations « effectives et concrètes » ou « flagrantes, effectives et concrètes » selon les cas (*V. infra*, n° 1607), le contrôle opéré y ressemble cependant, ce qui résulte de l'expression retenue visant un « vice d'une particulière gravité » ou le fait que « l'annulation n'étant encourue que dans la mesure où cette solution méconnaît une règle d'ordre public »²¹⁹², ce qui était le cas en l'espèce.

1533. – Effets du recours. Les effets du recours sont alors distingués : si la sentence est annulée en raison de l'illégalité du recours à l'arbitrage, le Conseil peut soit renvoyer l'affaire devant le tribunal administratif compétent, soit évoquer l'affaire pour la trancher lui-même. Si le litige, arbitral, aboutit à une sentence contraire à l'ordre public, le Conseil d'État « ne peut ensuite régler lui-même l'affaire au fond que si la convention d'arbitrage l'a prévu ou s'il est invité à le faire par les deux parties ; qu'à défaut de stipulation en ce sens ou d'accord des parties sur ce point, il revient à celles-ci de déterminer si elles entendent de nouveau porter leur litige contractuel devant un tribunal arbitral, à moins qu'elles ne décident conjointement de saisir le tribunal administratif compétent »²¹⁹³.

²¹⁹⁰ Comp. T. confl. 11 avr. 2016, *Fosmax* : AJDA 2016, p. 750 ; D. 2016, p. 2025, obs. L. d'Avout et S. Bollée, p. 2589, obs. Th. Clay, qui avait considéré au contraire l'application des règles du droit administratif français.

²¹⁹¹ CE, ass., 9 nov. 2016, *Fosmax*, préc. V. aussi : TA Poitiers, 15 déc. 2020, n° 1900269, *SMAC*.

²¹⁹² CE, ass., 9 nov. 2016, *Fosmax*, préc., pt 11.

²¹⁹³ CE, ass., 9 nov. 2016, *Fosmax*, préc., pt 6.

3° La renonciation au recours

1534. – Renonciation au recours (arbitrage international). Si, en matière interne, toute renonciation à exercer un recours en annulation est nulle (CPC, art. 1491, al. 2), elle est admise en matière d'arbitrage international (CPC, art. 1522, al. 1^{er})²¹⁹⁴ : « par convention spéciale, les parties peuvent à tout moment renoncer expressément au recours en annulation ». La possibilité de renoncer au recours en annulation dans un arbitrage international est d'ailleurs partagée par de nombreux droits étrangers²¹⁹⁵.

1535. – Le principe est toujours celui invoqué en la matière : assurer l'efficacité de la sentence rendue en matière internationale. En revanche, la gravité d'une telle renonciation justifie que le consentement à cette renonciation soit particulièrement explicite, celui-ci devant s'extérioriser dans une « convention spéciale », laquelle fait état d'une renonciation exprimée de manière « expresse ». Pas question d'une renonciation tacite, ambiguë ou générale. Une clause par laquelle les parties renonceraient à « tout recours », que l'on trouve dans certains règlements de centres d'arbitrage, serait ainsi, assez vraisemblablement, inefficace²¹⁹⁶. Ainsi, le règlement d'arbitrage de la CCI prévoit (art. 34.6) que « toute sentence arbitrale revêt un caractère obligatoire pour les parties. Par la soumission de leur différend au règlement, *les parties sont réputées avoir renoncé à toutes voies de recours auxquelles elles peuvent valablement renoncer* ». On pourrait considérer qu'une telle formule est vraisemblablement insuffisante au regard de la rédaction de l'article 1522 du Code de procédure civile, sauf à considérer que la convention d'arbitrage conclue après 2011 renvoyant au règlement d'arbitrage de la CCI intègre ses stipulations dans la convention d'arbitrage, de telle manière qu'elle équivaut à une clause de renonciation prévue par l'article 1522, à ceci près qu'il s'agit d'une clause de renonciation « à tout recours » et qu'elle ne se présente alors pas de manière « spéciale ». Une telle renonciation doit en outre être globale, et ne saurait être partielle²¹⁹⁷. En revanche, une telle renonciation peut intervenir « à tout moment », c'est-à-dire dans la convention d'arbitrage, dans l'acte de mission si un tel acte est dressé, en cours d'arbitrage voire après que la sentence ait été rendue.

²¹⁹⁴ Cf. J. Burda, *La renonciation au recours en annulation dans le nouveau droit français de l'arbitrage* : *RTD com.* 2013, p. 653. – Ph. Pinsolle, *La renonciation au recours en annulation en matière d'arbitrage international*, in *Mél. P. Mayer*, LGDJ, 2015, p. 697.

²¹⁹⁵ LDIP, art. 192 ; C. jud. belge, art. 1717 ; Loi suédoise sur l'arbitrage, art. 51.

²¹⁹⁶ En ce sens, cf. Th. Clay, *Code de l'arbitrage*, p. 228. *Adde* Paris, CME, 3 avr. 2014 : *Cah. arb.* p. 783, note J. Pellerin et L. de Maria ; *Rev. arb.* 2015, p. 110, note Ph. Leboulanger.

²¹⁹⁷ Paris, CME, 3 avr. 2014, préc.

1536. – Clauses « pathologiques » de renonciation au recours (arbitrage international). En l'absence de précision de la clause de renonciation, de défaut de caractère exprès ou d'une discussion du moment choisi pour renoncer, ou simplement en l'absence de clarté de la clause de renonciation, on se trouve dans une situation classique de clause « pathologique », ici de renonciation²¹⁹⁸. Les règles fondées sur les clauses compromissaires pathologiques assurent la survie de ces clauses par le principe de la faveur à l'arbitrage qui nourrit le droit français de l'arbitrage mais également par l'effet des articles 1451 et suivants du Code de procédure civile. Or, le caractère pathologique d'une clause de renonciation et l'idée qu'il faudrait en favoriser les effets se heurtent à deux éléments. Le premier est l'idée que celui qui a succombé dans la sentence aurait toujours intérêt à invoquer le caractère pathologique de la renonciation pour évincer celle-ci et bénéficier d'un recours. Le deuxième est l'incertitude concernant l'importance donnée à la possibilité de renoncer aux recours. Du point de vue du droit interne le principe est clairement posé en termes de principe du droit au recours et d'exception en droit de l'arbitrage international, ce qui tendrait à considérer que les clauses de renonciation peu claires, tardives ou tacites seraient comme inefficaces. Du point de vue du droit de l'arbitrage international en revanche, la question pourrait être relativisée. Le droit à la renonciation au recours en annulation se présente comme un droit autonome du droit interne, justifié précisément par le caractère international de l'arbitrage, le fait que les arbitres n'ont pas de for, *etc.*, ce qui tendrait alors, au contraire, à valider le sauvetage des clauses pathologiques de renonciation, ce d'autant que l'article 1522, alinéa 2 du Code de procédure civile prévoit que, en cas de renonciation au recours en annulation (ici pathologique et hypothétiquement sauvée), un recours est toujours possible par appel de l'ordonnance ayant ordonné l'*exequatur* de la sentence (à supposer toutefois qu'un tel *exequatur* soit demandé en France). La question pourrait notamment se poser pour des clauses de renonciation générale, par exemple insérée dans un règlement d'arbitrage. Or on peut observer, par ailleurs, que la jurisprudence française, en matière de renonciation à l'immunité d'exécution prévue dans un traité bilatéral d'investissement ou dans un règlement considère que cette renonciation, non spéciale, n'est pas efficace. La comparaison n'est pas exactement symétrique, mais elle pourrait ainsi guider l'interprète vers une considération stricte de l'article 1522, contre le « sauvetage » des clauses « pathologiques ».

²¹⁹⁸ Cf. J. Hage Chahine, *Le droit des contrats au secours d'une clause « pathologique » de renonciation au recours en annulation* : AJC 2020, p. 280.

1537. – Effet de la renonciation au recours (arbitrage international). L'effet d'une telle renonciation est alors radical : la sentence internationale rendue en France ne peut faire l'objet d'un recours en annulation²¹⁹⁹. On peut cependant légèrement tempérer cet effet privant, à première vue, la sentence de tout contrôle. En effet, la sentence, internationale, peut faire l'objet d'un *exequatur*, notamment en France, et l'article 1522, alinéa 2 prévoit que, en cas de renonciation au recours en annulation, « elles peuvent toujours faire appel de l'ordonnance d'*exequatur* pour l'un des motifs de l'article 1520 », donc pour l'un des cas d'ouverture d'un recours en annulation qui ne peut avoir lieu. Le texte semble supposer qu'un *exequatur* sera toujours demandé par l'une des parties de sorte qu'un recours, du type de celui de l'article 1522, alinéa 2 serait toujours ouvert, garantissant ainsi le respect du principe du droit à un recours effectif. En pratique cependant, il est possible qu'aucune demande d'*exequatur* ne soit réalisée en France. Par exemple, dans le cas d'une sentence prononçant l'irrecevabilité d'une demande, ou déboutant le demandeur, le défendeur n'a aucun intérêt à demander l'*exequatur*, privant le demandeur de l'opportunité de former un appel contre l'ordonnance qui l'accorderait. Il conviendrait alors que le demandeur forme artificiellement une demande d'*exequatur* pour ensuite faire appel de l'ordonnance d'*exequatur*, ce qui semble plutôt absurde, éventuellement abusif, voire frauduleux. On voit ici l'une des utilités du recours en inopposabilité, formulé en doctrine mais écarté en jurisprudence (V. *infra*, n° 1500).

B. – Les pouvoirs du juge compétent

1538. – Une question essentielle : pouvoirs du juge de l'annulation et principe de non-révision du fond de l'affaire. La mission de la cour d'appel, juge de l'annulation, consiste en droit français de l'arbitrage, à contrôler la validité de la sentence, sur le fondement des cas d'annulation visés par l'article 1492 ou 1520 du Code de procédure civile. Il en résulte que le juge de l'annulation n'est pas en mesure de réviser, au fond, la sentence, ce dont il résulte un grand pouvoir des arbitres, ou une grande confiance attribuée, par la loi française de l'arbitrage, aux arbitres.

1539. – Le juge (français) de l'annulation ne peut donc pas apprécier le raisonnement opéré par les arbitres, le fondement juridique choisi ou encore le bien-fondé de la sentence rendue par les arbitres, par exemple s'agissant de l'interprétation des faits ou de la mise en œuvre d'une règle de droit,

²¹⁹⁹ P. Pinsolle, *La renonciation au recours en annulation en matière d'arbitrage international*, in *Mél. P. Mayer*, LGDJ, 2015, p. 697.

serait-elle d'une importance particulière²²⁰⁰, hormis, bien entendu les situations relevant des cas d'ouverture à un recours en annulation. Par conséquent, les demandes d'annulation fondées sur la dénaturation des faits, le caractère pertinent ou non d'un motif, l'erreur de droit, la contradiction de motifs²²⁰¹, etc., ne sont pas considérés comme des éléments susceptibles d'être contrôlés. Il y a là, évidemment, un élément de difficulté qui repose sur un pari : la confiance accordée à l'arbitrage dépend de l'application de ce principe de non-révision, qui suppose donc que, dans leur grande majorité, les sentences justifient cette confiance. Que l'arbitrage devienne débridé et que cette confiance ne soit plus justifiée et l'on peut penser que le contrôle par le juge étatique soit alors plus contraint. M. Jourdan-Marques propose à cet effet une distinction entre l'objet et l'intensité du contrôle²²⁰². L'objet du contrôle, extrinsèque, porte sur tous les éléments du dossier qui ont été présentés aux arbitres²²⁰³. L'intensité du contrôle concerne le pouvoir d'appréciation du juge de l'annulation et pourrait en revanche dépendre de la nature du grief d'annulation invoqué, limité à la sentence elle-même (contrôle intrinsèque) ou aux éléments du litige, soumis ou non aux arbitres (contrôle extrinsèque, limité ou étendu). Ainsi, en matière de contrôle de la violation de l'ordre public, la conception minimaliste (V. *infra*, n° 1603) relevait de la question de l'intensité du contrôle, intrinsèque, de la sentence sur le fondement d'une violation « flagrante, effective et certaine » de l'ordre public international, dont le caractère limité avait alors été critiqué. Ainsi encore du contrôle de la compétence, où celui-ci est total, extrinsèque et étendu. La voie avait été ouverte dans l'affaire du *Plateau des Pyramides*²²⁰⁴, même si un contrôle total pourrait aboutir, finalement, à permettre aux juges de substituer leurs analyses, qui ne sont par nature pas arbitrales, à celles des arbitres, notamment lorsque la compétence, et c'est souvent le cas, a à voir avec le fond, particulièrement en présence du contrôle d'une sentence

²²⁰⁰ C'est d'ailleurs l'une des distinctions majeures avec les procédures anglaises notamment et l'appel sur un point de droit, V. *infra*, n°s 1499 et 1551.

²²⁰¹ Comp. Cass. 1^{re} civ., 11 mai 1999. – Paris, 1^{re} ch., 26 oct. 1999 : *Rev. arb.* 1999, p. 811, note E. Gaillard (arbitrage interne). – Cass. 1^{re} civ., 14 juin 2000. – Paris, 1^{re} ch., 16 nov. 2000 : *Rev. arb.* 2001, p. 729, note H. Lécuyer (arbitrage international).

²²⁰² J. Jourdan-Marques, *Le contrôle étatique des sentences arbitrales internationales*, préf. Th. Clay, LGDJ, 2017, n°s 457 et s.

²²⁰³ V. cependant, dans l'affaire *Tecnimont*, Reims, 2 nov. 2011, *Avax c/ Tecnimont* : *Cah. arb.* 2011, p. 1109, note Th. Clay ; *Rev. arb.* 2012, p. 112, note M. Henry ; *Gaz. Pal.* 2012, n° 22-24, p. 15, obs. D. Bensaude ; *Bull. ASA* 2012, p. 197, note T. P. Heintz et G. Viera da Costa Cerqueira ; *D.* 2011, p. 3023, obs. Th. Clay qui avait admis que le juge de l'annulation n'était pas lié par des éléments du règlement d'arbitrage applicable.

²²⁰⁴ Paris, 12 juill. 1984, *Égypte c/ SPP* : *Rev. arb.* 1986, p. 75 ; *JDI* 1985, p. 129, note B. Goldman. – Cass. 1^{re} civ., 6 janv. 1987, *SPP c/ Égypte* : *Rev. arb.* 1987, p. 469, note Ph. Leboulanger ; *JDI* 1987, p. 638, note B. Goldman : « si la mission de la cour d'appel, saisie en vertu des articles 1502 et 1504 du nouveau Code de procédure civile, est limitée à l'examen des vices énumérés par ces textes, aucune limitation n'est apportée au pouvoir de cette juridiction de rechercher en droit et en fait tous les éléments concernant les vices en question ».

d'incompétence²²⁰⁵. Dès lors, la nature du vice affectant la sentence pourrait être appréciée, en fonction de sa gravité²²⁰⁶, ne serait-ce que pour éviter des annulations pour le simple fait que le juge de l'annulation ne partage pas la même analyse ou conclusion que l'arbitre, en dehors de toute erreur manifeste d'appréciation ou dénaturation grave. Certains auteurs proposent cette césure, qui demeure cependant très discutable dans la mesure, d'une part où, s'agissant de la compétence du tribunal, ou de son incompétence, celle-ci justifie l'exception reconnue au recours à la justice étatique qui mérite donc un contrôle complet, et d'autre part parce que la distinction entre la gravité des vices ne dépendrait, au final, que du juge étatique. Qu'il s'agisse donc de la question de la compétence, de la validité d'une convention d'arbitrage, de son extension ou de sa circulation, de la loi applicable à celle-ci, du principe d'égalité, des devoirs de révélation des arbitres, *etc.*, la question de l'objet du contrôle, de son intensité et de la gravité du vice corrélée à celle du contrôle du juge et du principe de non-révision offre des possibilités de discussions inextricables. La discussion du fond du litige au soutien de l'appréciation des griefs fondés sur les articles 1492 ou 1520 n'affecte donc pas le principe de non-révision au fond ; le contraire conduirait le juge à n'effectuer qu'un contrôle abstrait, et, au final, à ne plus rien pouvoir contrôler, sauf des erreurs grossières d'application de ces règles. La tension entre le principe de non-révision au fond et l'utilisation des éléments de fond aux fins de contrôle est à son paroxysme lorsqu'il s'agit d'apprécier la contrariété d'une sentence à l'ordre public international, emportant la controverse sur le contrôle minimaliste ou maximaliste qui devrait s'imposer (*V. infra*, n° 1603) : la limitation du contrôle posée par le premier ne peut avoir, dans le cadre du second, pour effet de transformer l'arbitrage en un refuge inexpugnable de l'illicite et de la fraude. Cette limitation des pouvoirs du juge du recours n'est cependant pas universelle, notamment dans les législations fondées sur le modèle anglais, prévoyant des cas plus étendus, y compris le recours visant à réviser au fond la sentence dans certains cas particuliers (*V. infra*, n° 1499). Enfin, le juge de l'annulation peut recevoir et examiner le recours en annulation même si celui-ci est mal fondé, par exemple le cas d'ouverture n'est pas clairement identifié, le requérant présente des arguments sans les asseoir précisément sur l'un des cas d'ouverture du recours²²⁰⁷, ou bien requalifier la demande

²²⁰⁵ Cf. Cass. 1^{re} civ., 6 oct. 2010, *Abela* : *Rev. arb.* 2010, p. 813, note F.-X. Train ; *JCP G* 2010, p. 1028, note P. Chevalier ; *D.* 2010, pan. p. 2943, obs. Th. Clay ; *D.* 2010, p. 2441, obs. X. Delpech ; *JCP G* 2010, I, p. 1286, obs. J. Ortscheidt : « le juge de l'annulation contrôle la décision du tribunal arbitral sur sa compétence, qu'il se soit déclaré compétent ou incompétent, en recherchant tous les éléments de droit ou de fait permettant d'apprécier la portée de la convention d'arbitrage et d'en déduire les conséquences sur le respect de la mission confiée aux arbitres ». *Adde* J.-B. Racine, *La sentence d'incompétence* : *Rev. arb.* 2010, p. 729.

²²⁰⁶ J. Jourdan-Marques, *Le contrôle étatique des sentences arbitrales internationales*, *op. cit.*, n° 470.

²²⁰⁷ Paris, 11 avr. 2002 : *Rev. arb.* 2003, p. 143.

pour l'adapter à un cas que le juge de l'annulation estime plus approprié²²⁰⁸, sans qu'il s'agisse pour lui d'une contrainte particulière de telle sorte qu'il pourrait parfaitement s'en abstenir.

1540. – Arbitrage international. Par ailleurs, en matière d'arbitrage international, le pouvoir du juge français ne varie pas selon que la sentence, objet d'un recours en annulation est rendue à l'étranger (avec compétence conférée au juge français) ou en France. Les sentences internes rendues à l'étranger, en revanche, échappent au contrôle du juge, à tout le moins s'agissant d'un recours en annulation. En effet, au stade de l'*exequatur* en France, l'appel engagé contre l'ordonnance d'*exequatur* permet d'instaurer un contrôle de la sentence rendue à l'étranger, qu'elle soit interne ou internationale, sur le fondement des cas d'ouverture de l'article 1520 du Code de procédure civile (CPC, art. 1525). En découle le fait que le contrôle de la validité de la sentence est identique selon que la cour d'appel est saisie d'un recours en annulation proprement dit ou d'un appel contre l'ordonnance ayant conféré l'*exequatur* à une sentence (interne ou internationale), fondé sur l'un des cas d'ouverture prévu par le Code de procédure civile, strictement interprété par la jurisprudence. La décision du juge a également un effet sur l'exécution de la sentence, dans la mesure où le rejet du recours en annulation vaut *exequatur* de la sentence (V. *infra*, n° 1628).

Encart 49

Le recours en annulation : comment l'introduire en pratique

1541. – Le recours en annulation est souvent abordé sous l'angle « substantiel », c'est-à-dire de ses cas d'ouverture. Les aspects concrets, qui relèvent essentiellement de la procédure civile, sont eux généralement peu évoqués par la doctrine. Il semble utile – dans cet ouvrage qui se veut aussi théorique que pratique – de présenter en quelques mots la procédure du recours.

1542. – Jurisdiction compétente.

- Aussi bien en matière interne qu'internationale, le recours est porté devant la cour d'appel, dans le ressort de laquelle la sentence a été rendue. En pratique, la cour d'appel de Paris est le plus souvent saisie.

- Au sein de la cour d'appel de Paris, la formation compétente était traditionnellement celle du pôle 1, chambre 1 en matière interne et

²²⁰⁸ Paris, 14 nov. 1996 : *Rev. arb.* 1997, p. 434, note Y. Derains.

internationale. Toutefois, depuis la création de la Chambre commerciale internationale de Paris en 2018, les recours en annulation contre les sentences internationales relèvent de la compétence de cette dernière (pôle 5, ch. 16)²²⁰⁹. Les recours en annulation contre les sentences internes sont quant à eux désormais portés devant le pôle 3, chambre 5.

1543. – Délais de recours.

- Le recours en annulation est recevable dès le prononcé de la sentence, c'est-à-dire immédiatement sans formalisme nécessaire.

- Il doit être exercé dans un délai d'un mois à compter de sa notification. Cette notification se fait en principe par voie de signification, sauf accord contraire des parties²²¹⁰.

- À noter que cette volonté contraire doit résulter de stipulations sans équivoques et ne peut résulter, par exemple, de dispositions générales issues d'un règlement d'arbitrage²²¹¹.

1544. – Formes et modalités du recours.

- Le recours en annulation, que ce soit en matière interne ou internationale, suit les règles de la procédure contentieuse d'appel, ce qui suppose le dépôt d'une déclaration de recours (dans les mêmes formes que la déclaration d'appel).

- La déclaration de recours est formée par acte remis par voie électronique. Elle doit contenir les mentions obligatoires prévues à l'article 901 du Code de procédure civile (constitution d'avocat, indication de la sentence attaquée, etc.). Il doit être accompagné d'un timbre fiscal, dû par les deux parties.

- Le recours est accompagné d'une copie de la sentence et le cas échéant d'une traduction, laquelle peut en principe être communiquée ultérieurement.

- Le greffe de la cour adresse ensuite au défendeur au recours la déclaration avec l'indication de son obligation de constituer avocat. Sans constitution d'avocat dans un délai d'un mois²²¹², le recourant doit signifier la déclaration au défendeur, également dans un délai d'un mois (CPC, art. 902).

- Devant la Chambre commerciale internationale, les parties peuvent s'accorder sur l'application du protocole, lors d'une conférence au début de la procédure. Cette conférence, en présence des parties et du conseiller de la mise en état (CME), a pour but de conférer de l'affaire et de l'échange des écritures, et de débattre de l'application ou non du protocole de la Chambre commerciale internationale²²¹³. En cas de désaccord, la procédure habituelle est poursuivie.

²²⁰⁹ Site web de la cour d'appel de Paris, « Chambre commerciale internationale – Compétence », www.cours-appel.justice.fr/paris/competences-types-de-litiges-types-litigation

²²¹⁰ La jurisprudence antérieure à la réforme de 2011 prévoyait que la signification devait suivre les exigences du Code de procédure civile, et notamment mentionner la voie de recours ouverte, V. CA Paris, 4 juill. 1996 : *Rev. arb.* 1996, p. 653, obs. Ph. Théry.

²²¹¹ CA Paris, 26 mai 2015, n° 12/08215, *Aero Ventures*. – CA Paris, 17 mars 2015, n° 15/02556, *Thyssenkrupp*. – CA Paris, 6 mars 2014, n° 13/16113, *Agora Technique*.

²²¹² À noter que, lorsque les parties sont à l'étranger, des délais de distance peuvent être appliqués conformément à l'article 911-2 du Code de procédure civile.

²²¹³ V. « Protocole relatif à la procédure devant la Chambre commerciale internationale de la cour d'appel de Paris », 7 févr. 2018 (www.cours-appel.justice.fr/sites/default/files/2018-

1545. – Modalités et déroulement de la procédure.

- Les écritures, accompagnées des pièces, doivent ensuite être communiquées dans un délai de trois mois à compter de la déclaration du recours (CPC, art. 908). Le défendeur au recours dispose d'un délai équivalent à compter de la remise des conclusions du recourant (CPC, art. 909).
- Suite à ce premier échange d'écritures, le conseiller de la mise en état fixe les dates de clôture et de plaidoiries (CPC, art. 912). Les parties peuvent également s'accorder sur un calendrier pour l'échange d'écritures complémentaires.
- La procédure dure en moyenne entre un an et un an et demi.

1546. – Recours abusif. L'hypothèse de l'exercice de recours dilatoires n'est pas d'école en matière d'arbitrage quand bien même les règles établies visent à les éviter, dont le caractère exclusif du recours en annulation, ou l'effet non suspensif du recours, en matière internationale tout au moins. L'article 559 du Code de procédure civile, applicable en matière « d'appel dilatoire ou abusif », auquel renvoient les règles de l'arbitrage s'agissant d'un recours en annulation, prévoit le paiement d'une amende civile d'un montant relativement élevé (10 000 €) mais peut-être pas à la hauteur des enjeux économiques de certains arbitrages internationaux²²¹⁴, éventuellement complétée par des dommages et intérêts²²¹⁵, par exemple sur le fondement de l'article 700 du Code de procédure civile (qui redevient applicable devant le juge français de l'annulation), lesquels peuvent alors compenser la « faiblesse » de l'amende, ou l'impossibilité de la prononcer²²¹⁶, y compris, ce qui est curieux d'un point de vue processuel mais pas si l'on considère la volonté judiciaire de sanctionner les recours abusifs, lorsque la cour d'appel ne reçoit pas le recours ou le considère comme irrecevable²²¹⁷. L'abus dans l'exercice d'un recours en annulation se

06/CICAP_Protocole%20barreau%20de%20Paris%20-%20Cour%20d'appel%20de%20Paris%20-%20Version%20Francaise.pdf).

²²¹⁴ On peut ainsi observer que les initiatives les plus récentes (cf. C. com., art. L. 442-4, Projet de loi sur la responsabilité civile, art. 1266-1) prévoient des amendes civiles sous forme d'options entre des montants très élevés (cinq millions d'euros), le triple des avantages perçus ou un pourcentage du chiffre d'affaires de la personne morale en cause.

²²¹⁵ Cass. 1^{re} civ., 9 janv. 2007 : *D.* 2008, pan. p. 180, obs. Th. Clay. – Paris, 16 janv. 2003 : *D.* 2003, somm. p. 172, obs. Th. Clay.

²²¹⁶ Cf. Th. Clay, *Le dilatoire ne paie plus, il coûte* : *D.* 2003, somm., p. 2479, obs. ss Paris, 16 janv. 2003 (prononcé de dommages et intérêts d'un montant de 30 000 €), V. aussi Paris, 30 mai 2006 : *Rev. arb.* 2006, p. 749. *Adde* Paris, 2 déc. 2004 : *Rev. arb.* 2004, somm. p. 989. – Paris, 27 oct. 2005 : *RTD com.* 2006, p. 310, obs. E. Loquin (dommages et intérêts à hauteur de 60 000 €). – Paris, 28 oct. 2004 : *Rev. arb.* 2004, somm. p. 983 (dommages et intérêts à hauteur de 100 000 €, pour un recours en révision après l'échec d'un recours en annulation sur le même fondement). V. encore, H. Lécuyer, *Exercice abusif des voies de recours contre les sentences arbitrales : de quelques manifestations de l'ire du juge judiciaire* : *Rev. arb.* 2006, p. 573.

²²¹⁷ Paris, 2 déc. 2004, préc. (arbitrage interne). – Paris, 30 mai 2006, préc.

caractérise par le fait d'utiliser des arguments sans relation avec les cas d'ouverture du recours en annulation ou lorsque ces arguments ne sont pas sérieux.

§ 2. – Cas d'ouverture du recours en annulation

1547. – Recours de droit commun d'ordre public contre la sentence. Le recours en annulation est le recours de droit commun contre une sentence arbitrale (CPC, art. 1491 en matière interne ; art. 1518 en matière internationale). Le recours en annulation se distingue de l'appel en ce qu'il n'a pas pour finalité la réformation d'une sentence, totale ou partielle, et permet seulement un contrôle de la légalité de la sentence, en vue de son annulation éventuelle, et non une révision de la sentence²²¹⁸ et encore, uniquement en considération des cas d'ouverture prévus en la matière soit, en droit français, de l'article 1492 en matière d'arbitrage interne et soit l'article 1520 en matière d'arbitrage international. Il ne s'agit donc pas de « rejurer » l'affaire, objet d'une sentence dont l'efficacité est ainsi renforcée, c'est-à-dire de réviser la sentence au fond, mais uniquement de s'en tenir aux cas prévus. Les techniques d'organisation des voies de recours sont par ailleurs d'ordre public de sorte que les parties ne peuvent y déroger ou les aménager²²¹⁹ hormis le cas particulier de la renonciation de l'article 1522 du Code de procédure civile. Seules l'annulation de la sentence ou, au contraire, son entrée dans l'ordre juridique français constituent l'issue d'un tel recours. C'est ainsi que le recours ne peut être l'occasion pour les juges d'appel de réviser, au fond, la décision prise par les arbitres²²²⁰, relève de la révision le contrôle de l'intelligibilité ou de la cohérence de la sentence²²²¹, ou encore du caractère équitable de la règle de droit retenu par les arbitres²²²². C'est en outre un recours d'ordre public et « toute stipulation contraire est réputée non écrite » (CPC, art. 1491, al. 2), du moins en matière interne. Toute « stipulation » contraire et non toute « clause » contraire de sorte que ce ne sont pas seulement les stipulations insérées dans la convention d'arbitrage qui importent mais celles qui pourraient figurer dans un règlement d'arbitrage, ou dans une

²²¹⁸ Cass. 1^{re} civ., 3 déc. 2014, n° 13-10.567 : *Procédures* 2015, n° 45, obs. L. Weiller. – Paris, 23 mars 2006 : *Rev. arb.* 2007, p. 100. *Adde* : V. Chantebout, *Le principe de non-révision au fond des sentences arbitrales*, thèse, Paris II, 2007.

²²¹⁹ Cass. 1^{re} civ., 13 mars 2007 : *Rev. arb.* 2007, p. 499, note L. Jaeger. – Cass. 1^{re} civ., 6 avr. 1994 : *Rev. arb.* 1995, p. 263, note P. Level. *Adde* Ch. Seraglini, *Lois de police et justice arbitrale internationale*, Dalloz, 2001, spéc. n° 375.

²²²⁰ Cf. Cass. 1^{re} civ., 23 févr. 1994 : *Rev. arb.* 1994, p. 683.

²²²¹ Paris, 25 mars 2004 : *Rev. arb.* 2004, p. 671.

²²²² Paris, 14 mai 2006, 10 mai 2007 et 3 juill. 2007 : *Rev. arb.* 2007, p. 821, note V. Chantebout. – Cass. 1^{re} civ., 28 nov. 2007 : *Rev. arb.* 2008, p. 99, note V. Chantebout.

convention quelconque, une renonciation à un recours en annulation, postérieure à la convention d'arbitrage²²²³. L'ensemble de cette question ne doit pas être confondu avec celle de la loyauté processuelle posée dans l'article 1466 du Code de procédure civile, selon laquelle si l'une des parties s'abstient d'invoquer une irrégularité, connue avant le prononcé de la sentence, il est réputé avoir renoncé à s'en prévaloir ensuite, de sorte que le recours en annulation est alors irrecevable, y compris s'agissant des cas visés par l'article 1492 du Code de procédure civile. L'objectif est de purger, dans le cadre de la sentence, les irrégularités connues qui, cachées à la partie adverse, seraient ensuite utilisées dans le cadre d'un recours en annulation, d'éviter ainsi une réticence dilatoire. Cette règle est d'ailleurs contenue dans la loi-type de la CNUDCI (art. 39) et dans bien des règlements d'arbitrage.

1548. – Cas d'ouverture. Le recours en annulation n'est pas l'équivalent d'une voie d'appel, quand bien même, d'ailleurs, le juge de l'annulation est, en droit français de l'arbitrage, une cour d'appel. Il en résulte qu'il n'est pas question que le recours en annulation soit considéré comme un second degré, étatique, de traitement du litige. En pratique, cela signifie d'une part que les cas d'ouverture sont limités, et d'autre part, que le juge de l'annulation ne saurait profiter de ce recours pour réviser, au fond, la sentence. Il en est du respect du principe d'autonomie de l'arbitrage, notamment international. On comprend bien la réserve : l'arbitrage est une technique originale, spécifique et autonome de traitement d'un litige résultant d'une convention particulière, la convention d'arbitrage. Il ne servirait à rien de reconnaître cette technique pour, ensuite, la « moudre » dans un mécanisme, de second degré, de traitement, étatique, du litige. Il en résulte alors que la sentence rendue est, s'agissant du fond de l'affaire définitive, et que le recours en annulation peut s'assimiler à un recours de validité. Ce n'est pas le fond de l'affaire qui est examiné par le juge de l'annulation, c'est la sentence dont il s'agit de faire le procès, un peu comme un recours en cassation, sur le fondement des cas d'ouverture.

1549. – Cas prévu par la loi-type CNUDCI. Le caractère général du nombre limité des cas d'ouverture se retrouve dans la loi-type CNUDCI qui prévoit, dans son article 34.2 que :

« 2. La sentence arbitrale ne peut être annulée par le tribunal visé à l'article 6 que si :

a) La partie en faisant la demande apporte la preuve :

i) Qu'une partie à la convention d'arbitrage visée à l'article 7 était frappée d'une incapacité ; ou que ladite convention n'est pas valable en vertu de la loi à laquelle les

²²²³ Paris, 3 mai 1988 : *Rev. arb.* 1989, p. 75, note P. Ancel.

parties l'ont subordonnée ou, à défaut d'une indication à cet égard, en vertu de la loi du présent État ; ou

ii) Qu'elle n'a pas été dûment informée de la nomination d'un arbitre ou de la procédure arbitrale, ou qu'il lui a été impossible pour une autre raison de faire valoir ses droits ; ou

iii) Que la sentence porte sur un différend non visé dans le compromis ou n'entrant pas dans les prévisions de la clause compromissoire, ou qu'elle contient des décisions qui dépassent les termes du compromis ou de la clause compromissoire, étant entendu toutefois que, si les dispositions de la sentence qui ont trait à des questions soumises à l'arbitrage peuvent être dissociées de celles qui ont trait à des questions non soumises à l'arbitrage, seule la partie de la sentence contenant des décisions sur les questions non soumises à l'arbitrage pourra être annulée ; ou

iv) Que la constitution du tribunal arbitral, ou la procédure arbitrale, n'a pas été conforme à la convention des parties, à condition que cette convention ne soit pas contraire à une disposition de la présente Loi à laquelle les parties ne peuvent déroger, ou, à défaut d'une telle convention, qu'elle n'a pas été conforme à la présente Loi ; ou

b) Le tribunal constate :

i) Que l'objet du différend n'est pas susceptible d'être réglé par arbitrage conformément à la loi du présent État ; ou

ii) Que la sentence est contraire à l'ordre public du présent État (...).

1550. – Cas d'ouverture excédant ou réduisant ceux prévus par la Loi-type. Ces cas d'ouverture à un recours en annulation correspondent, globalement, aux cas prévus en droit français de l'arbitrage ou aux cas de l'article V de la Convention de New York en matière de reconnaissance ou d'exécution. La plupart des droits étrangers connaissent d'ailleurs de telles listes, formant un ensemble de règles assez cohérentes. Toutefois, un certain nombre de législations connaissent des cas plus étendus. Le cas le plus éloigné du standard de la loi-type CNUDCI et, d'un point de vue français, d'une conception autonome de l'arbitrage est le cas dans lequel le recours permet une révision au fond de la sentence parce que celle-ci contiendrait une erreur de droit. Mais on trouve également des cas d'ouverture comme la contradiction interne de la sentence, et l'existence de défauts de forme de la sentence. Certaines législations prévoient des cas moins nombreux ou moins importants que ceux prévus par la loi-type.

1551. – Révision au fond pour erreur de droit. La loi-type CNUDCI, comme le droit français (interne ou international) de l'arbitrage, exclut de manière absolue que le juge de l'annulation puisse, à l'occasion de l'annulation de la sentence, réviser celle-ci au fond. Il en résulte qu'une erreur, même manifeste, d'interprétation des faits, du droit applicable, une erreur de jugement, ou de raisonnement, *etc.*, ne sont pas susceptibles d'être relevés par le juge de l'annulation sauf, et c'est un point très important, lorsque ces « erreurs » constituent l'un des cas d'ouverture prévu, ici le fait d'avoir manqué à la mission confiée aux arbitres ou la contradiction à l'ordre public, interne ou international selon le cas. Pourtant,

un certain nombre de législations étrangères prévoient l'hypothèse de l'annulation dans cette situation.

C'est le cas de grands pays d'arbitrage, comme les États-Unis, le Royaume-Uni, la Chine, l'Argentine ou le Brésil par exemple, permettant un recours en annulation y compris pour réviser au fond la sentence, mais aussi les États d'influence anglaise, comme en Irlande, à Singapour, ou aux États-Unis par exemple, lorsque le juge de l'annulation constate une erreur de droit manifeste²²²⁴. Quoique le *Federal Arbitration Act* ne le prévoient pas expressément, les juridictions des États-Unis retiennent le cas de *manifest disregard of the law*, à la fois pour des sentences internes et internationales, distingué alors des hypothèses de recours en révision de la sentence (FAA, Section 11), dans des conditions d'ailleurs particulièrement critiquées en doctrine²²²⁵. La question pose en effet une difficulté majeure, celle de l'autonomie et de l'effectivité de l'arbitrage, notamment international. D'ailleurs, au Royaume-Uni, cette extension a fait l'objet d'une certaine limitation (par l'accord des parties ou du juge), sans l'exclure, dans l'*Arbitration Act* de 1996, dont la section 69 prévoit un recours en cas de *substantive errors of law*, à supposer que ce soient des erreurs de droit anglais, non de droit étranger. Les commentateurs semblent admettre, cependant, un resserrement des conditions d'un tel recours²²²⁶. En effet, ce type de cas d'ouverture fait perdre à l'arbitrage son originalité, alors même que les cas les plus flagrants d'erreurs de droit conduisent, en général, à mettre en œuvre une violation d'une règle d'ordre public, interne ou international, standard juridique suffisamment accueillant pour inclure des situations assurant une censure d'une sentence, sans s'aventurer dans le risque d'une révision au fond de la sentence.

À bien des égards, d'ailleurs, il peut s'agir, là, d'une question fondamentale pour les parties dans le choix du siège de l'arbitrage, selon qu'ils choisiront la voie ordinaire, celle de la loi-type de la CNUDCI et de la grande majorité des droits de l'arbitrage ou qu'ils choisiront celle de la voie « anglaise », avec le risque, et le temps qu'il lui est consacré, d'un recours en annulation fondé sur la prétention d'une erreur de droit, conduisant à une révision au fond de la sentence.

1552. – Autres cas excédant ou limitant la liste de la loi-type CNUDCI.

D'autres cas d'ouverture, ne correspondant pas à la loi-type CNUDCI, sont également parfois retenus par d'autres droits étrangers. C'est le cas de contradictions internes dans la sentence, comme en droit anglais²²²⁷, qu'il faut distinguer de l'hypothèse de l'appel sur un point de droit (*appel on a*

²²²⁴ *Wilko v. Swan*, 346 U.S. 427, 436-37 (U.S. S.Ct. 1953). – A. Mourre et L. Radicati di Brozolo, *Towards finality of arbitral awards: two steps forward and one step back*: JIA 2006, p. 171-188 ; V. aussi G. B. Born, *International Commercial Arbitration*, vol. III, *International Arbitral Awards*, op. cit., p. 3339 et s.

²²²⁵ La question a été posée à la Cour suprême qui, dans une décision *Hall street (Hall Street Assocs., LLC v. Mattel, Inc.)*, 552 U.S. 576 (2008), avait considéré que les seuls fondements de l'annulation d'une sentence se trouvaient dans les FAA, qui ne contiennent pas celle des *manifest disregards* mais ne considérait cependant pas que cette règle devait être écartée (*Stolt-Nielsen S.A. v. AnimalFeeds Int'l Corp.*, 559 U.S. 662, 670 (2010)), tandis que bien des cours d'appel fédérales, selon les circuits, maintiennent ces règles, sans doute pour éviter, notamment en matière d'arbitrage américain interne, une autonomie trop importante.

²²²⁶ G. B. Born, *International Commercial Arbitration*, vol. III, *International Arbitral Awards*, op. cit., p. 3350.

²²²⁷ *English Arbitration Act*, art. 68(2, e) admet un recours en cas de « uncertainty or ambiguity as to the effect of the award ».

point of law) de l'article 69 de l'*English Arbitration Act* de 1996 (V. *supra*, n° 1499) ou en droit fédéral américain²²²⁸, ou encore de l'existence de défauts formels de la sentence, comme la signature apposée sur la sentence. En droit français de l'arbitrage, si la signature s'impose à peine de nullité en matière d'arbitrage interne, il n'en est pas de même en matière d'arbitrage international (V. *supra*, n° 1442). Cette limitation n'est toutefois pas unanimement retenue, comme en droit anglais²²²⁹, belge²²³⁰, néerlandais²²³¹ ou italien²²³². D'autres législations sont plus strictes que le modèle proposé par la loi-type CNUDCI. C'est le cas notamment du droit français ou du droit suisse²²³³ de l'arbitrage international, notamment du fait de la possibilité pour les parties de renoncer à un recours en annulation, connue en droit français²²³⁴ (V. *supra*, n° 1534).

1553. – Cas d'ouverture en droit français de l'arbitrage international. En matière arbitrage international, cinq cas sont institués par l'article 1520 du Code de procédure civile :

- 1) le tribunal arbitral s'est déclaré à tort compétent ou incompétent ;
- 2) le tribunal arbitral a été irrégulièrement constitué ;
- 3) le tribunal arbitral a statué sans se conformer à la mission qui lui avait été confiée ;
- 4) le principe de la contradiction n'a pas été respecté ;
- 5) la reconnaissance ou l'exécution de la sentence est contraire à l'ordre public international.

1554. – Cas d'ouverture en droit français de l'arbitrage interne. Les cas de recours en annulation contre une sentence interne sont limitativement énumérés par l'article 1492 du Code de procédure civile, qui identifie six cas, reprenant ceux existant avant la réforme de 2011 :

- 1) le tribunal arbitral s'est déclaré à tort compétent ou incompétent ;
- 2) le tribunal arbitral a été irrégulièrement constitué ;
- 3) le tribunal arbitral a statué sans se conformer à la mission qui lui avait été conférée ;

²²²⁸ FAA, § 10(a) (4) : « a) In any of the following cases the United States court in and for the district wherein the award was made may make an order vacating the award upon the application of any party to the arbitration : (...) (4). Where the arbitrators exceeded their powers, or so imperfectly executed them that a mutual, final, and definite award upon the subject matter submitted was not made ».

²²²⁹ *Arbitration Act*, art. 2, h.

²²³⁰ CPC belge, art. 1704, 2, h.

²²³¹ CPC néerlandais, art. 1065, d, 1.

²²³² Code de procédure italien, art. 829.

²²³³ LDIP (chap. 12), art. 190 : la sentence « ne peut être attaquée que : a) lorsque l'arbitre unique a été irrégulièrement désigné ou le tribunal arbitral irrégulièrement composé ; b) lorsque le tribunal arbitral s'est déclaré à tort compétent ou incompétent ; c) lorsque le tribunal arbitral a statué au-delà des demandes dont il était saisi ou lorsqu'il a omis de se prononcer sur un des chefs de la demande ; d) lorsque l'égalité des parties ou leur droit d'être entendues en procédure contradictoire n'a pas été respecté ; e) lorsque la sentence est incompatible avec l'ordre public ».

²²³⁴ V. aussi en droit belge ou en droit suisse la possibilité pour les non-nationaux de renoncer à tout ou partie des cas d'annulation (CPC belge, art. 1717 ; LDIP, art. 192).

- 4) le principe de la contradiction n'a pas été respecté ;
- 5) la sentence est contraire à l'ordre public ;
- 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 signatures requises ou n'a pas été rendue à la majorité des voix.

1555. – Caractère limitatif d'ouverture en droit français de l'arbitrage.

Ces cas, qu'il s'agisse de l'arbitrage interne ou international, sont strictement limitatifs, de sorte que la cour d'appel, saisie d'un tel recours, ne peut utiliser un autre cas, le grief de dénaturation, quelle qu'elle soit, ou l'excès de pouvoir²²³⁵, la contradiction de motifs ou encore l'erreur manifeste d'appréciation par le tribunal arbitral par exemple²²³⁶, en raison précisément de ce caractère limitatif mais également en raison de la crainte, générale en matière d'arbitrage, que le juge de l'annulation ne cherche pas à réviser le fond de la sentence. En revanche, la cour d'appel est parfaitement en mesure, sans que ce soit pour elle une obligation, de requalifier le cas invoqué par une partie et qui ne serait pas adapté à la situation pour lui substituer un des autres cas de l'article 1492 du Code de procédure civile²²³⁷. La question se pose également de savoir si ces cas peuvent être relevés d'office. Il appartient en principe aux parties de choisir le ou les fondements de leurs actions²²³⁸, de sorte que l'hypothèse dans laquelle un juge peut relever d'office un cas d'ouverture est exceptionnelle. Cette solution a été retenue²²³⁹ jusqu'en 1992²²⁴⁰ cependant depuis, la solution est inversée. C'est d'ailleurs à la partie qui invoque un moyen d'annulation de démontrer sa réalité²²⁴¹.

1556. – Plan. Cinq cas sont posés en droit français, interne et international, de l'arbitrage²²⁴², avec quelques différences mineures, un cas

²²³⁵ Cf. toutefois : Paris, 20 oct. 2020, n° 19/05231 : *Dalloz actualité*, 24 déc. 2020, obs. J. Jourdan-Marques. – Paris, 26 févr. 2020, n° 19/22834.

²²³⁶ Cass. 1^{er} civ., 20 déc. 1993 : *Rev. arb.* 1994, p. 126, note P. Bellet. – Paris, 1^{er} déc. 1995 : *Rev. arb.* 1996, p. 529, obs. Ph. Fouchard, sur le grief de dénaturation, Cass. 1^{er} civ., 11 mai 1999 et Paris, 26 oct. 1999 : *Rev. arb.* 1999, p. 811, note E. Gaillard. – Paris, 3 juill. et 23 oct. 2008 : *Rev. arb.* 2009, p. 765. – Paris, 12 mars 2009 : *Rev. arb.* 2009, p. 432, sur la contradiction de motifs. Il en est de même de l'appréciation de la qualité ou de l'intérêt à agir de l'une des parties qui sont considérés comme des questions de fond, de sorte que le contrôle échappe au juge de l'annulation (Paris, 24 juin 1997 : *Rev. arb.* 1997, p. 586. – Cass. 2^e civ., 19 avr. 1985 : *Rev. arb.* 1986, p. 57, note Ch. Jarrosson), comme d'ailleurs la nullité de l'acte de mission (Paris, 9 oct. 2008 : *Rev. arb.* 2009, p. 360) ou d'un acte de procédure (Paris, 10 nov. 2005 : *Rev. arb.* 2006, p. 469).

²²³⁷ Paris, 15 juin 1989 : *Rev. arb.* 1992, p. 80, note J.-J. Arnaldez, pour une erreur de visa pour fonder un grief, utilisant une règle de droit de l'arbitrage interne pour un arbitrage international, Paris, 25 janv. 2010 : *Rev. arb.* 2011, p. 987.

²²³⁸ Cass. 2^e civ., 9 juill. 1997 : *RTD com.* 1998, p. 327, obs. E. Loquin.

²²³⁹ Cass. 2^e civ., 7 déc. 1988 : *Rev. arb.* 1989, p. 110.

²²⁴⁰ Cass. 2^e civ., 14 déc. 1992 : *Rev. arb.* 1995, p. 441.

²²⁴¹ Cf. Paris, 30 mars 2006 : *Rev. arb.* 2006, p. 484.

²²⁴² Pour d'autres cas, correspondant à d'autres législations, V. *supra*, n° 1552 et CPC allemand, § 1059 ; C. jud. belge, art. 1717 ; CPC néerlandais, art. 1065 ; Code de procédure autrichien, § 611 ; Code de procédure italien, art. 829.

étant spécifique à l'arbitrage interne et ils seront ainsi présentés : le tribunal s'est déclaré à tort compétent ou incompétent (CPC, art. 1492, 1°, 1520, 1°) (A), a été irrégulièrement constitué (CPC, art. 1492, 2°, 1520, 2°) (B), a statué sans se conformer à la mission qui lui avait été confiée (CPC, art. 1492, 3°, 1520, 3°) (C), n'a pas respecté le principe de la contradiction (CPC, art. 1492, 4°, 1520, 4°) (D) ou la sentence est contraire à l'ordre public (CPC, art. 1492, 5°) ou bien sa reconnaissance ou son exécution sont contraires à l'ordre public international (CPC, art. 1520, 5°) (E) et enfin, le cas intéressant uniquement l'arbitrage interne, l'absence de motivation de la sentence interne et les règles formelles spécifiques de l'arbitrage interne (CPC, art. 1492, 6°) (F).

A. – Le tribunal s'est déclaré à tort compétent ou incompétent

1557. – Compétence des arbitres. Le premier cas de recours en annulation correspond à la situation dans laquelle « le tribunal arbitral s'est déclaré à tort compétent ou incompétent ». La première hypothèse est celle dans laquelle le tribunal arbitral s'est à tort déclaré *compétent*, prévue par les articles 1492, 1° et 1520, 1° du Code de procédure civile. Ce cas, d'ailleurs, est repris de manière identique ou voisine dans de nombreuses législations, par exemple le droit suisse de l'arbitrage²²⁴³, parfois absent ou intégré à un autre cas. Le *Federal Arbitration Act*, aux États-Unis, prévoit par exemple, simplement, de manière idiosyncratique, le fait pour les arbitres d'excéder leurs pouvoirs ou de mal les exercer de telle sorte que la sentence est imparfaite²²⁴⁴. La cour d'appel dispose alors d'une très large liberté d'appréciation des circonstances de fait et de droit, *via* un contrôle de la sentence qui n'est pas limité à celle-ci, un contrôle extrinsèque donc, de sorte que la cour dispose de la possibilité d'interpréter la convention d'arbitrage pour apprécier la compétence du tribunal arbitral²²⁴⁵.

1558. – Absence de consentement. Dès lors, l'appréciation de l'annulation peut reposer sur l'absence de consentement donné par l'une des parties à la convention d'arbitrage. Même si ce grief est finalement très peu utile en matière d'arbitrage international, eu égard aux conditions dans lesquelles une convention d'arbitrage peut être conclue (*V. supra*, n° 423), il l'est davantage dans toutes les situations d'extension de compétence dans des groupes de contrats (*V. supra*, n° 561).

²²⁴³ LDIP, art. 190, 2, b.

²²⁴⁴ FAA, 9 USC, sect. 10, a, 4 : « Where the arbitrators exceeded their powers, or so imperfectly executed them that a mutual, final, and definite award upon the subject matter submitted was not made ».

²²⁴⁵ Cass. 1^{re} civ., 6 janv. 1987 : *Rev. arb.* 1987, p. 469, note P. Leboulanger. – Cass. 1^{re} civ., 6 oct. 2010 : *Rev. arb.* 2011, p. 813, note F.-X. Train.

1559. – Absence de convention d'arbitrage. L'hypothèse de l'absence de convention d'arbitrage, qui fondait le recours avant la réforme de 2011 (CPC, ancien art. 1484, 1°, 1502, 1°), est d'ailleurs souvent confondue avec celle de l'inapplicabilité de celle-ci, lorsque la convention, valable, définit un champ d'application qui n'intègre pas le litige, tandis que le tribunal a retenu sa compétence²²⁴⁶. Il s'agit de l'application du principe « compétence-compétence » qui permet au tribunal arbitral de statuer, prioritairement, sur sa compétence, sans toutefois, que cette décision soit définitive : le juge de l'annulation n'est pas lié par la décision des arbitres²²⁴⁷, de sorte qu'il est libre d'interpréter la convention d'arbitrage pour apprécier la compétence des arbitres²²⁴⁸.

Tout l'intérêt de ce premier cas de recours en annulation repose précisément sur la contestation de cette décision, qu'elle s'inscrive dans la sentence définitive ou dans une sentence partielle. Par conséquent également, et sur le fondement de l'article 1466 du Code de procédure civile, cette contestation doit avoir été débattue devant les arbitres. Si les parties, par exemple, ont développé leurs arguments devant le tribunal arbitral sans soulever cette question, le recours fondé sur ce grief serait irrecevable²²⁴⁹, sauf cas particulier par exemple dans le domaine du droit de la consommation. C'est ce qui explique le développement des débats *in limine litis* portant sur des questions de compétence dans de nombreuses écritures devant les arbitres. N'importe quel grief peut alors être invoqué, lorsque la nullité de la convention d'arbitrage repose sur le non-respect des règles de forme de l'article 1443 du Code de procédure civile, c'est-à-dire l'absence d'écrit²²⁵⁰, du caractère non arbitral du litige, ou encore du non-respect de l'article 2061 du Code civil.

1560. – Décision d'incompétence. Inversement, la décision des arbitres de se déclarer *incompétents* peut être l'objet d'un recours en annulation, depuis 2011 (auparavant, il fallait invoquer le grief du non-respect de la mission des arbitres), question qui n'est pas identique à celle par laquelle les arbitres auraient considéré une demande comme irrecevable²²⁵¹. Une

²²⁴⁶ Cass. 1^{re} civ., 2 avr. 2004 : *RTD com.* 2005, p. 486, obs. E. Loquin. – Cass. 1^{re} civ., 11 juill. 2006 : *Rev. arb.* 2006, p. 979. – Cass. 1^{re} civ., 30 oct. 2006 : *Rev. arb.* 2008, p. 30, note D. Cohen. V. aussi Cass. 1^{re} civ., 16 juill. 1992 : *RTD com.* 1993, p. 295, obs. E. Loquin, à propos d'une clause compromissoire contenue dans un contrat de porte-fort, tandis qu'un tribunal s'était reconnu compétent pour le litige intéressant le contrat objet du porte-fort.

²²⁴⁷ Cf. Cass. 1^{re} civ., 21 mai 1997 : *Rev. arb.* 1997, p. 537, note E. Gaillard (question d'arbitrabilité). – Cass. 1^{re} civ., 6 janv. 1987, préc. (question de compétence des arbitres). – Cass. 1^{re} civ., 6 oct. 2010, préc.

²²⁴⁸ Cass. 1^{re} civ., 1^{er} juin 2017 : *Rev. arb.* 2017, p. 1197. Comp. Cass. 1^{re} civ., 28 mars 2018, n° 16-16.568 : *Rev. arb.* 2018, p. 561, note Cl. Fouchard. – Paris, 25 avr. 2017 : *Rev. arb.* 2017, p. 648, note M. Laazouzi ; *D.* 2017, p. 2559, obs. Th. Clay (à propos d'un arbitrage d'investissements).

²²⁴⁹ Paris, 20 sept. 2007 : *Rev. arb.* 2008, p. 325.

²²⁵⁰ Cf. Cass. 2^e civ., 21 janv. 1999 : *RTD com.* 1999, p. 847, obs. E. Loquin, à propos d'un courrier postérieur à la convention d'arbitrage convenue verbalement.

²²⁵¹ Cf. Cass. 1^{re} civ., 18 mars 2015, n° 14-13.336 : *D.* 2015, p. 2588, obs. Th. Clay ; *JCP G* 2015, 877, n° 7, obs. Ch. Seraglini ; *Cah. arb.* 2015, p. 343, note I. Fadlallah, p. 803, note S. Bollée ; *RDC* 2015, p. 555, note X. Boucozba et Y.-M. Sérinet ; *Rev. arb.* 2015, p. 1110, note D. Cohen ; *RTD com.* 2016, p. 708, note E. Loquin.

question, tranchée en droit français, aurait pu faire débat. En effet, les arbitres ne peuvent pas se déclarer incompétents du fait que l'annulation du contrat qui en est le support, en vertu de la règle, de droit matériel français, de l'autonomie de la clause compromissoire du contrat qui la contient directement ou par référence, sauf clause contraire²²⁵². La solution est bien acquise en droit français, pour l'arbitrage international en premier lieu, solution étendue ensuite à l'arbitrage interne (V. *supra*, n° 215). Par conséquent, le fait pour les arbitres de se déclarer incompétents de ce chef ouvre la voie à l'annulation éventuelle de la sentence et ce quelle que soit la cause de l'annulation du contrat, même en cas de fraude. Cette position est globalement partagée par l'essentiel des systèmes juridiques²²⁵³.

1561. – Inexistence du contrat. Une difficulté pourrait demeurer : le cas de l'inexistence du contrat, qui correspond à l'absence totale de consentement sur le contrat lui-même ou, dans le système de *common law* de *doubly relevant facts* qui ferait éventuellement obstacle au contrat et à la clause compromissoire qu'il contient ou à laquelle il fait référence²²⁵⁴. En droit français de l'arbitrage, peu importe, la règle de l'autonomie de la convention d'arbitrage dans un arbitrage international au moins, justifie la compétence des arbitres et justifie le recours en annulation de la sentence²²⁵⁵, tandis que d'autres systèmes, le droit américain par exemple, retiennent des solutions divergentes. La difficulté dans les deux cas, le tribunal s'est déclaré à tort compétent ou incompétent, consiste à distinguer les arguments qui relèvent de la recevabilité de l'action devant le tribunal arbitral et ceux qui concernent sa compétence²²⁵⁶. Seuls ces derniers peuvent être retenus pour fonder une action en annulation. En effet, la question de la recevabilité de l'action relève du fond²²⁵⁷, par exemple l'existence ou l'efficacité d'une procuration donnée pour engager l'action²²⁵⁸.

²²⁵² Cass. com., 9 avr. 2002 : *JCP G* 2003, I, 105, n° 2, obs. Ch. Seraglini.

²²⁵³ Cf. G. B. Born, *International Commercial Arbitration*, vol. III, *International Arbitral Awards*, *op. cit.*, p. 3191 et s.

²²⁵⁴ G. B. Born, *International Commercial Arbitration*, vol. III, *International Arbitral Awards*, *op. cit.*, p. 3196, qui cite d'ailleurs des cas aux États-Unis.

²²⁵⁵ Paris, 10 juill. 1990 : *Rev. arb.* 1991, p. 851, annulant une sentence rendue sur la base d'un contrat non signé par les deux parties, Paris, 25 oct. 2005 : *Rev. arb.* 2006, p. 103, rejetant l'annulation, l'autonomie de la clause dans l'arbitrage international s'imposant en cas de nullité ou d'inexistence du contrat contenant la convention d'arbitrage. V. aussi le cas dans lequel un représentant manque de l'indépendance nécessaire pour accepter quelque contrat que ce soit Paris, 10 juin 2004 : *Rev. arb.* 2006, p. 154 (cités par G. B. Born, *op. cit.*, p. 3197).

²²⁵⁶ Cass. 1^{re} civ., 11 juill. 2019, n° 17-20.423 : *JCP E* 2019, n° 49, 1542, comm. Ph. Casson. – Paris, 2 juin 2020, n° 17/17373. V. aussi : T. O. Obamuroh, *Jurisdiction and admissibility : à case study : Arb. Int.* 2020, vol. 36, p. 373 et s.

²²⁵⁷ On pourrait toutefois arguer que la « compétence » puisse s'entendre plus généralement comme couvrant le respect du pouvoir juridictionnel reçu des parties, V. F.-X. Train, note ss Cass. 1^{re} civ., 6 oct. 2010 : *Rev. arb.* 2010, p. 814. – Paris, 1^{er} déc. 2020, n° 19/08691 : *Dalloz actualité*, 24 déc. 2020, obs. J. Jourdan-Marques.

²²⁵⁸ Cass. 1^{re} civ., 18 mars 2015, n° 14-13.336, préc. Et, sur second pourvoi, Cass. 1^{re} civ., 10 janv. 2018, n° 16-21.391 : *D.* 2018, p. 2448, obs. Th. Clay. Comp. Paris, 16 janv. 2018 : *D.* 2018, p. 2448, obs. Th. Clay, sur l'irrecevabilité du recours sur la recevabilité de l'action.

Le décret du 11 décembre 2019 réformant les règles de la procédure civile modifie cependant la situation. Aux termes de l'article 789, 6° du Code de procédure civile en effet, applicable en procédure d'appel par renvoi de l'article 900, le conseiller de la mise en état est compétent pour statuer sur la recevabilité du recours, tandis que la formation collégiale est compétente sur la question du bien-fondé du recours²²⁵⁹.

1562. – Nature du contrôle par le juge du recours. Le contrôle opéré par le juge de l'annulation est un contrôle global en ce sens qu'il dispose de tous les éléments, de droit ou de fait²²⁶⁰, permettant d'apprécier la décision de compétence ou d'incompétence²²⁶¹ du tribunal arbitral, cela indifféremment en matière d'arbitrage interne ou international²²⁶². On pourrait, au premier regard, déceler une forme d'incohérence entre la règle selon laquelle les cas de recours sont interprétés de manière stricte et cette solution permettant un contrôle large de la question de la compétence d'un tribunal arbitral, confinant à la révision de la sentence. Il n'en est rien cependant si l'on veut bien admettre que le fondement de l'arbitrage est, en premier, de nature conventionnelle, de sorte que la compétence arbitrale, son appréciation par les arbitres et par le juge du recours en annulation, est suffisamment essentielle pour justifier un tel élargissement, notamment lorsque les arbitres se sont déclarés, à tort, incompétents. Il en résulte, sans nul doute, une zone d'incertitude, notamment dans les situations dans lesquelles une convention arbitrage est étendue à une partie qui ne l'a pas signée, situation que reprend d'ailleurs l'article 2061 du Code civil depuis 2016. Dans ce type de situation (*V. supra*, n° 561), la décision par laquelle les arbitres reconnaissent leur compétence ou au contraire font état de leur incompétence suppose, en cas de recours, l'appréciation complète des éléments de fait ou de droit, permettant d'apprécier la portée de la convention d'arbitrage. En toute hypothèse, s'oppose ici l'objectif permettant au juge étatique de fonder, notamment pour la Cour de cassation, une forme de rationalisation de la jurisprudence et celui de l'efficacité de la sentence arbitrale, *via* la liberté d'appréciation des arbitres²²⁶³. L'arrêt *Schooner* du 2 décembre 2020 illustre

²²⁵⁹ Paris, ord., 30 juin 2020, n° 19/12440 : *Dalloz actualité*, 29 juill. 2020, obs. J. Jourdan-Marques ; *D.* 2020, p. 2484, obs. Th. Clay.

²²⁶⁰ Par ailleurs, « [i]l en résulte que lorsque la compétence a été débattue devant les arbitres, les parties ne sont pas privées du droit d'invoquer sur cette question, devant le juge de l'annulation, de nouveaux moyens et arguments et à faire état, à cet effet, de nouveaux éléments de preuve » : V. Cass. 1^{re} civ., 2 déc. 2020, n° 19-15.396 : *JurisData* n° 2020-019703.

²²⁶¹ Cass. 1^{re} civ., 6 oct. 2010 : *JCP G* 2010, 1028, note P. Chevalier ; *D.* 2010, p. 2943, obs. Th. Clay ; *Rev. arb.* 2010, p. 813, note F.-X. Train.

²²⁶² Paris, 12 juin 2012 : *Rev. arb.* 2012, p. 811, note L. Aynès.

²²⁶³ Comp. D. Mouralis, *Examen approfondi de la compétence de l'arbitre par le juge contrôlant la sentence : quelques précisions et illustrations* : *Cah. arb.* 2012, p. 17. Adde M. Bourcaron-Nardetto, *Le principe compétence-compétence en droit de l'arbitrage*, PUAM, 2013.

cette situation²²⁶⁴, concernant un arbitrage d'investissement dans lequel le litige portait sur une question fiscale sur la base d'un TBI conclu entre les États-Unis et la Pologne excluant la matière fiscale. La sentence avait exclu sa compétence par une interprétation des règles du TBI et la cour d'appel de Paris avait rejeté le recours en annulation, refusant d'examiner des arguments qui n'avaient pas été soulevés devant le tribunal arbitral sur le fondement de l'article 1466 du Code de procédure civile. Or, pour la Cour de cassation, « lorsque la compétence a été débattue devant les arbitres, les parties ne sont pas privées du droit d'invoquer sur cette question, devant le juge de l'annulation, de nouveaux moyens et arguments et à faire état, à cet effet, de nouveaux éléments de preuve ». Le contrôle étendu du juge pour apprécier la décision de compétence ou d'incompétence a également des conséquences importantes en matière d'arbitrage d'investissement comme illustré par l'arrêt *Schooner*, en raison des fondements de cet arbitrage, qui nécessite pour apprécier la compétence d'évoquer des questions de nationalité, ou encore sur la notion d'investissement, son existence ou sa légalité qui peuvent toucher au fond²²⁶⁵.

1563. – Contrôle d'une sentence d'incompétence. Une autre question paradoxale se présente de manière différente selon les systèmes juridiques à propos d'une décision d'incompétence. Si, en effet, les arbitres se prononcent en ce sens, c'est qu'ils ont constaté un défaut de capacité ou de pouvoirs ou l'absence de consentement ou le défaut de convention d'arbitrage²²⁶⁶. En ce cas, il ne fait pas de doute en droit français de l'arbitrage, interne ou international, que la sentence est une véritable sentence, à laquelle sont attachés tous les effets d'une sentence dont la possibilité d'un recours en annulation²²⁶⁷. Or, certaines législations considèrent que, dans cette situation, aucune situation arbitrale n'a pu naître de telle manière que la décision d'incompétence est équivalente à une « non-sentence », insusceptible, alors, d'être confirmée ou annulée, ou si elle est considérée comme une sentence, ne peut faire l'objet d'un recours, comme en droit de l'arbitrage de Singapour²²⁶⁸²²⁶⁹, l'idée étant que la confirmation est inutile et qu'il serait inapproprié d'imposer à ce tribunal de

²²⁶⁴ Cass. 1^{re} civ., 2 déc. 2020, n° 19-15.396 : *Dalloz actualité*, 24 déc. 2020, obs. J. Jourdan-Marques.

²²⁶⁵ V. L. Gouiffes et L. Chatelain, *L'annulation en France des sentences arbitrales rendues sur le fondement de traités d'investissement* : *Rev. arb.* 2017, p. 839. – Cass. 1^{re} civ., 28 mars 2018 : *Rev. arb.* 2018, p. 562, note C. Fouchard. – Paris, 24 sept. 2019 : *Rev. arb.* 2020, p. 825, note C. Fouchard. – Paris, 7 févr. 2017 : *Rev. arb.* 2017, p. 574, note J. Fouret et A. Reynaud.

²²⁶⁶ J.-B. Racine, *La sentence d'incompétence* : *Rev. arb.* 2010, p. 729. V. aussi : Paris, 22 mai 2008 : *Rev. arb.* 2008, p. 730, note F.-X. Train et Cass. 1^{re} civ., 6 oct. 2010 : *Rev. arb.* 2010, p. 813, note F.-X. Train.

²²⁶⁷ Pour un exemple de contrôle de la compétence une fois la sentence rendue, V. CA Paris, 24 mai 2016 : *Gaz. Pal.* 15 nov. 2016, p. 41, note D. Bensaude.

²²⁶⁸ *Sing. International Arbitration Law*, art. 16, 3.

²²⁶⁹ Cf. G. B. Born, *International Commercial Arbitration*, vol. III, *International Arbitral Award*, *op. cit.*, p. 3211.

poursuivre l'arbitrage. D'autres législations admettent que le tribunal arbitral puisse, avec l'accord des parties, se prononcer de façon définitive sur la compétence (ou l'incompétence) comme c'est le cas en droit anglais, américain ou canadien²²⁷⁰ de sorte que le contrôle par la suite ne peut être que minimal.

Encart 50

L'affaire *Yukos*, contrôle de la compétence, entre autres choses

1564. – Ce que l'on désigne comme l'affaire *Yukos* fait référence à un arbitrage rendu dans un litige opposant la société GML Ltd, rassemblant les actionnaires majoritaires de la société pétrolière Yukos (Hulley Enterprises Ltd, Yukos Universal Ltd, Veteran Petroleum Ltd), à la Fédération de Russie. En 2005, GML a engagé une procédure d'arbitrage sur le fondement du Traité sur la Charte de l'énergie adopté à La Haye le 17 décembre 1991 et entré en vigueur en 1998, notamment son article 13 qui prohibe les expropriations sans compensation adéquate et effective, alors que les principaux actifs de la société Yukos avaient été transférés aux sociétés Rosneft et Gazprom, contrôlées par la Fédération de Russie, sur la base d'accusation de fraude et d'irrégularités fiscales à l'endroit de son dirigeant, M. Khodorkovsky, opposant politique de M. Poutine. Cette situation a conduit à la faillite de Yukos, compagnie créée sur les ruines de l'URSS par décret, en 1993, à l'emprisonnement de ses dirigeants, conduisant à une condamnation de la Russie par la Cour européenne des droits de l'homme en 2011, et à son démantèlement.

1565. – **Acte I.** Le tribunal arbitral siégeant à La Haye avait rendu, le 18 juillet 2014, trois sentences finales²²⁷¹, après trois sentences partielles, recevant sa compétence, contestée, et condamnant la Fédération de Russie au paiement de dommages et intérêts pour un montant de 50 milliards de dollars, 60 millions au titre des frais d'avocats et 4,2 millions au titre des frais d'arbitrage, ce qui en faisait la plus grosse condamnation de l'histoire de l'arbitrage.

1566. – **Acte II.** Les sentences finales avaient reçu *exequatur* par le président du tribunal de grande instance de Paris le 1^{er} décembre 2014, à la suite duquel des mesures d'exécution permettaient de saisir des actifs de la Fédération de Russie à hauteur d'un milliard d'euros, notamment des créances relatives au terrain sur lequel l'église orthodoxe de Russie devait

²²⁷⁰ Cf. G. B. Born, *International Commercial Arbitration*, vol. III, *International Arbitral Award*, op. cit., p. 3213.

²²⁷¹ Sent. 18 juill. 2014, *Yukos Universal Ltd c/ Féd. de Russie*, PCA case n° AA226, *Yukos Universal Ltd c/ Féd. de Russie*, PCA case n° AA227, *Veteran Petroleum Ltd c/ Féd. de Russie*, PCA case n° AA228 ; *Rev. arb.* 2015, p. 610, obs. S. Lemaire.

être construite, le gel de titres détenus dans la chaîne d'information Euronews, etc.

1567. – Acte III. Ces mesures d'exécution étaient contestées par la Fédération de Russie qui obtenait mainlevée en 2016, confirmée par la cour d'appel de Paris le 27 juin 2017²²⁷².

1568. – Acte IV. La Fédération de Russie avait engagé une action en annulation devant le juge du siège, le tribunal du District de La Haye, sur le fondement, notamment, de l'incompétence du tribunal arbitral. Au passage une telle demande d'annulation était possible parce que l'arbitrage sous l'égide du TCE était un arbitrage d'investissement non soumis au règlement du CIRDI mais ici de la Cour permanente de La Haye, supposant donc un recours devant le juge de la validité du siège de l'arbitrage. Or, le Tribunal du district de La Haye annulait le 20 avril 2016²²⁷³ la sentence sur le fondement de ce que la Fédération de Russie avait signé en 1994 le Traité sur la Charte de l'énergie mais ne l'avait pas ratifié (soumis à la Douma courant 2014, l'approbation n'avait pas connu de suite) de sorte que, en application de l'article 45-1 du Traité sur la Charte de l'énergie, seules les dispositions compatibles avec le droit russe pouvaient lui être opposées, alors que le recours à l'arbitrage de son article 26 ne faisait pas partie des dispositions applicables à titre provisoire, emportant l'incompétence du tribunal arbitral. De manière plus précise, le tribunal arbitral avait retenu une approche globale de la question de l'application provisoire et de la compatibilité avec le droit russe, fondée sur des décisions CIRDI, notamment *Kardassopulos c/ Georgie*²²⁷⁴, tandis que, à l'inverse, le juge de l'annulation retenait la position russe. Refusant toute autorité à l'affaire *Kardassopulos*, d'ailleurs présidée par le même arbitre que celui des sentences Yukos, et préférant une analyse disposition par disposition s'agissant de la compatibilité avec le droit russe, et donc la compatibilité de l'offre d'arbitrage de l'article 26 du TCE avec le droit russe. Précisément, le droit russe autorise les investisseurs à opter pour un « tribunal arbitral *ad hoc* constitué sur la base du règlement d'arbitrage de la CNUDCI ». Or la loi fédérale russe (LFI) sur les investissements étrangers du 4 juillet 1991 (art. 9) valide l'arbitrage d'investissement, comme la LFI du 9 juillet 1999 (art. 10) et la proposition de ratification à la Duma ne présentait aucune réserve quant à cette question. C'est donc en jouant sur l'interprétation, dans le détail, des propositions russes²²⁷⁵, que l'on peut considérer que le tribunal s'est laissé séduire par cette interprétation.

1569. – Acte V. L'annulation de la sentence dans le pays du siège n'empêche pas l'exécution de la sentence en France, en application de la jurisprudence *Norsolor-Hilmarton-Putrabali* (V. *infra*, n° 1683), de sorte que la question de l'efficacité des sentences Yukos en France demeurerait d'actualité.

²²⁷² CA Paris, 27 juin 2017, n° 16/08522 (https://jusmundi.com/fr/document/decision/fr-veteran-petroleum-limited-v-the-russian-federation-decision-of-the-paris-court-of-appeal-re-seized-funds-of-the-russian-space-agency-roscosmos-tuesday-27th-june-2017#decision_1372).

²²⁷³ Trib. District La Haye, 20 avr. 2016 : *Rev. arb.* 2016, p. 623, obs. M. Laazouzi.

²²⁷⁴ CIRDI, ARB/05/18, décision sur la compétence, 6 juill. 2007.

²²⁷⁵ Comp. M. Laazouzi, obs. préc. spéc. p. 630 et s.

Or, le contexte français avait été modifié par la loi « Sapin II » du 9 décembre 2016 qui introduisait de nouvelles règles en matière d'immunité d'exécution, renforçant celles-ci, notamment en ce que l'adhésion à un règlement d'arbitrage prévoyant la renonciation à l'immunité d'exécution n'est pas considérée comme une renonciation suffisante et donc efficace à cette immunité (V. *infra*, n° 1760). Or, par trois arrêts du 27 juin 2017²²⁷⁶, la cour d'appel de Paris avait prononcé la réouverture des débats dans le cadre de l'appel contre les ordonnances ayant accordé l'*exequatur* de sentences Yukos. Finalement, GML abandonnait ce terrain²²⁷⁷ pour se concentrer sur l'appel développé contre le jugement d'annulation du tribunal du District de La Haye de 2016.

1570. – Acte VI. La cour d'appel de La Haye réformait le jugement de première instance, et ravivait ce faisant les sentences Yukos le 18 février 2020. Elle se fondait d'une part sur l'article 1065, 1, a) du Code néerlandais de procédure civile qui fonde le recours en annulation en cas de non-existence d'une convention d'arbitrage valide, et le Traité sur la Charte de l'énergie et la Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969, notamment ses articles 31 et 32. Ces derniers définissent les règles générales d'interprétation d'un traité, imposant une interprétation de bonne foi, dans son « contexte » et « à la lumière de son objet et de son but ». Or le contexte suppose l'appréciation, par exemple de la « pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité ». Par ailleurs, la cour avait considéré les articles 39, 44 (entrée en vigueur) et 45 (application provisoire pour les dispositions non incompatibles avec le droit national) du Traité sur la Charte de l'énergie, l'article 45 tant conforme à l'article 25 de la Convention de Vienne sur le Droit des traités. Dès lors, la cour considère que le recours à l'arbitrage sur le fondement de l'article 26 du Traité sur la Charte de l'énergie n'est pas contraire à la Constitution, aux lois et aux règlements de la Fédération de Russie. En outre, la cour rejetait les arguments relatifs à la fraude par laquelle les actionnaires seraient, avant le développement de l'affaire, devenus propriétaires des titres en jeu, développés par la Fédération de Russie. Celle-ci a formé un pourvoi contre l'arrêt d'appel, une suite est donc à venir.

B. – Le tribunal a été irrégulièrement constitué

1571. – Irrégularités dans la constitution. Il s'agit ici de permettre un recours dans le cas où l'une des parties conteste la constitution du tribunal arbitral (englobant la question de l'irrégularité de la composition du tribunal arbitral, tel qu'il était formulé avant la réforme de 2011). Il s'agit ici de contrôler la manière dont le tribunal arbitral s'est mis en place. Le cas correspond aux articles 1492, 2° et 1520, 2° du Code de procédure civile. De

²²⁷⁶ Paris, pôle 1, ch. 1, 27 juin 2017, n°s 15/11.664, 15/11.665, 15/11.666, 15/11.667, 15/11.668, 15/11.669.

²²⁷⁷ Paris, 12 déc. 2017, n° 15/11668.

la même manière que précédemment, ce grief ne peut être invoqué si les parties ne l'ont pas invoqué devant le tribunal arbitral, *in limine litis*, conformément à la règle de l'article 1466 du Code de procédure civile.

1572. – Constitution illégale. C'est le cas par exemple de la situation dans laquelle les arbitres se sont constitués contrairement aux règles posées par la loi, en matière interne (ou internationale si les parties ont retenu la loi française comme norme applicable à la procédure arbitrale). Idem pour l'hypothèse d'un tribunal qui ne respecte pas la règle de l'imparité ou encore l'exigence que seules des personnes physiques puissent être désignées comme arbitre, dans une situation d'incompatibilité entre la mission d'un arbitre et sa profession.

1573. – Violation du principe d'égalité. L'irrégularité dans la constitution du tribunal peut également être constituée dans le cas particulier de la violation du principe d'égalité des parties. La question a été soulevée dans l'arrêt *Dutco* concernant un arbitrage international²²⁷⁸. Le litige opposait un demandeur et deux co-défendeurs, le centre d'arbitrage en charge de son organisation ayant désigné un arbitre pour les co-défendeurs, l'un expliquant cependant que ses intérêts étaient distincts (*V. supra* n^{os} 807 et 821). Le recours engagé contre la sentence, sur ce point avait alors censuré la cour d'appel de Paris : « le principe de l'égalité des parties dans la désignation des arbitres est d'ordre public (...) on ne peut y renoncer qu'après la naissance du litige »²²⁷⁹. La question se pose également lorsqu'un arbitre unique est désigné. Ainsi, il n'appartient pas au demandeur de désigner, seul, l'arbitre unique²²⁸⁰.

1574. – Violation de la convention d'arbitrage. Il peut s'agir également de l'hypothèse dans laquelle le tribunal arbitral ne s'est pas constitué conformément aux règles prévues par la convention d'arbitrage²²⁸¹. Par exemple, si une convention d'arbitrage renvoie au règlement d'un centre d'arbitrage et que les parties se constituent en tribunal arbitral *ad hoc*, s'il est prévu que la sentence soit rendue par trois arbitres et qu'elle est finalement rendue par deux seulement (quelle qu'en soit la raison, la défaillance d'un arbitre par exemple)²²⁸².

²²⁷⁸ Cass. 1^{re} civ., 7 janv. 1992 : *Rev. arb.* 1992, p. 470, note P. Bellet ; *JDI* 1992, p. 707, note Ch. Jarrosson ; *RTD com.* 1992, p. 796, obs. E. Loquin et J.-Cl. Dubarry

²²⁷⁹ Paris, 5 mai 1989 : *Rev. arb.* 1989, p. 723, note P. Bellet.

²²⁸⁰ Paris, 3 juill. 2012 : *Rev. arb.* 2013, p. 160, note J. Barbet. Hypothèse contraire, celle dans laquelle la convention d'arbitrage le permet, en cas de défaillance par l'autre partie dans la désignation d'un autre arbitre en décidant que l'arbitre désigné devient arbitre unique : Paris, 7 oct. 1999 : *Rev. arb.* 2000, p. 288, note D. Bureau.

²²⁸¹ Cass. 1^{re} civ., 4 déc. 1990 : *Rev. arb.* 1991, p. 81, note Ph. Fouchard.

²²⁸² Paris, 1^{er} juill. 1997 : *Rev. arb.* 1998, p. 131, note D. Hascher. *Adde* Paris, 7 déc. 2006 : *JCP G* 2007, 168, n° 7, obs. J. Ortscheidt, à propos d'une désignation par télécopie contre la convention d'arbitrage prévoyant une désignation par lettre recommandée.

1575. – Défaut d'indépendance et d'impartialité et manquement à l'obligation de révélation. La question intéresse également – et surtout – le principe d'indépendance et d'impartialité des arbitres : un tribunal est irrégulièrement composé lorsqu'il est constitué d'arbitres partiels ou dépendants²²⁸³, ceci dans les conditions déjà envisagées (V. *supra*, n° 712). De manière encore plus fréquente, l'irrégularité dans la constitution du tribunal arbitral se manifeste lorsqu'un arbitre manque à son obligation de révélation au titre de l'article 1456, alinéa 2 du Code de procédure civile²²⁸⁴. Il est en effet mis à la charge des arbitres de préserver le lien de confiance avec les parties en révélant toute circonstance pouvant mettre en doute, dans l'esprit des parties, son indépendance ou son impartialité²²⁸⁵, à l'exception notable des informations notoires²²⁸⁶. La jurisprudence interprète cette obligation de manière extensive, en l'étendant au cabinet de l'arbitre²²⁸⁷, aux groupes des sociétés dans lesquels sont intégrées les parties²²⁸⁸, aux conseils des parties²²⁸⁹, voire à des tiers intéressés²²⁹⁰.

Toutefois, cette irrégularité n'est cause d'annulation que si les parties n'ont pas renoncé explicitement ou implicitement à cette exigence, ce qui est le cas lorsque les arbitres ont effectué une déclaration d'indépendance non contestée ou que la récusation n'a pas été demandée en temps opportun²²⁹¹. Il reste donc l'hypothèse d'une situation de dépendance ou de partialité révélée après la sentence, celle dans laquelle une partie a fait valoir sans succès une circonstance de nature selon elle à s'opposer à la désignation d'un arbitre, du moins dans un arbitrage institutionnel (dans un arbitrage *ad hoc* la partie qui, dans ce cas, ne saisit pas le juge d'appui perd sa faculté d'agir en annulation), ou encore la situation où, malgré une renonciation, des faits ultérieurs sont révélés²²⁹². Cela peut notamment être le cas lorsque la déclaration d'un arbitre est tronquée, réductrice ou incomplète²²⁹³, ou lorsque de

²²⁸³ Comp. M. Henry, *L'indépendance de l'arbitre*, LGDJ, 2001. V. par ex. Cass. 1^{re} civ., 16 mars 1999 : *Bull. civ.* 1999, I, n° 88.

²²⁸⁴ V. Cass. 1^{re} civ., 6 déc. 2001 : *Rev. arb.* 2003, p. 1231, note E. Gaillard ; Cf. plus gén. *supra* n° 749.

²²⁸⁵ Cass. 1^{re} civ., 3 oct. 2019, n° 18-15.756.

²²⁸⁶ Paris, 25 févr. 2020, n° 19/17575 : *JCP G* 2020, p. 551, note M. de Fontmichel ; V. aussi : Cass. 1^{re} civ., 3 oct. 2019, n° 18-15.756.

²²⁸⁷ Paris, 13 nov. 2012, n° 11/11153. – Paris, 2 juill. 2013 : *Rev. arb.* 2013, p. 1033, note M. Henry. La jurisprudence analyse ainsi les courants d'affaires entre le cabinet des arbitres et la partie concernée.

²²⁸⁸ Cass. 1^{re} civ., 20 oct. 2010, n°s 09-68.997 et 09-68131, là encore, en vertu du courant d'affaires.

²²⁸⁹ Paris, 9 sept. 2010 : *Rev. arb.* 2011, p. 686, note D. Cohen. – Paris, 1^{er} juill. 2011 : *Rev. arb.* 2011, p. 761, note D. Cohen.

²²⁹⁰ Cass. 1^{re} civ., 25 juin 2014 : *Rev. arb.* 2015, p. 75, note S. Bollée. – Cass. 1^{re} civ., 4 mai 2017, n° 15-291.58. – Paris, 17 mars 2011 : *Rev. arb.* 2011, p. 741. – Paris, 13 nov. 2012 : *Rev. arb.* 2012, p. 876. – Paris, 2 juill. 2013 : *Rev. arb.* 2013, p. 1038, note M. Henry. – Cass. 1^{re} civ., 20 oct. 2010 : *Rev. arb.* 2011, p. 669. – Paris, 9 sept. 2010 : *Rev. arb.* 2011, p. 686.

²²⁹¹ Paris, 25 févr. 2020 : *Rev. arb.* 2020, 501, note L. Jaeger. – Cass. 1^{re} civ., 19 déc. 2018 : *JCP E* 2019, p. 177, note A. Constans.

²²⁹² Cass. 1^{re} civ., 20 mars 2013, n° 12-18.238. – Paris, 29 mai 2018, n° 15/20168. – Paris, 21 févr. 2012, n° 10/06953. – Cass. 1^{re} civ., 13 mars 2013, n° 12-16.944.

²²⁹³ Cass. 1^{re} civ., 18 déc. 2014, n° 14-11.085.

nouvelles informations de nature à aggraver de manière significative les doutes d'une partie sont mises en lumière²²⁹⁴.

C. – Le tribunal a statué sans se conformer à la mission qui lui a été confiée

1576. – Volonté des parties. Ce cas correspond aux articles 1492, 3° et 1520, 3° du Code de procédure civile. L'arbitrage étant fondé sur une logique conventionnelle²²⁹⁵, il importe que les arbitres respectent la volonté des parties, à la fois dans les exigences positives et négatives de celle-ci²²⁹⁶. Le fait de ne pas respecter la mission ou de dépasser les limites posées justifie un recours en annulation. Il s'agit donc, pour le juge du recours, d'apprécier la sentence au regard de la mission telle qu'elle a été confiée par les parties, *via* la convention d'arbitrage, l'acte de mission²²⁹⁷, le règlement d'arbitrage ou encore toute autre règle de procédure²²⁹⁸. On mesure cependant ce que l'appréciation de cette conformité, en tant qu'elle constitue une appréciation et une interprétation d'une convention, peut comprendre d'incertitude dans ses limites, ce qui justifie l'interprétation stricte que la jurisprudence adopte face à ce type de grief.

1577. – Exclusion de l'appréciation de la qualité de la sentence. Il s'agit, à nouveau, d'éviter tout ce qui pourrait correspondre, directement ou indirectement, à une révision au fond de la sentence, de la qualité de l'argumentation ou du caractère convaincant de la sentence. De manière plus spécifique : il suffit que la décision soit motivée, peut être important que les arbitres aient suivi les parties dans le détail de leur argumentation²²⁹⁹. Par exemple, il n'est pas possible de contrôler la motivation de la sentence²³⁰⁰, à moins que la convention d'arbitrage impose aux arbitres de juger en droit alors qu'ils auraient motivé en équité (et réciproquement, *V. supra*, n° 907). De même, il n'est pas possible de reprocher, sur ce fondement, aux arbitres

²²⁹⁴ Cass. 1^{re} civ., 19 déc. 2018, n° 16-18.349.

²²⁹⁵ La jurisprudence retient ainsi que la mission des arbitres est définie par la convention d'arbitrage et délimitée par les conclusions des parties, *V. Cass.* 1^{re} civ., 20 juin 2012, n° 10-21.375. – *Cass.* 1^{re} civ., 29 juin 2011, n° 10-16.680. – *Cass.* 1^{re} civ., 6 mars 1996, n° 94-13.092. – Paris, 29 mai 2012, n° 10/24591 : *Rev. arb.* 2012, p. 482. – CA Paris, 13 nov. 2012, n° 11/13243 : *Rev. arb.* 2012, p. 878. – CA Paris, 7 avr. 2015, n° 13/24165 : *Rev. arb.* 2015, p. 639.

²²⁹⁶ Cf. P. Giraud, *Le devoir de l'arbitre de se conformer à sa mission*, Bruylant, 2017. – D. Martel, *Le contrôle de la mission de l'arbitre : RTD com.* 2007, p. 1.

²²⁹⁷ À noter toutefois que la mission des arbitres ne peut être délimitée par le seul énoncé des questions litigieuses figurant dans l'acte de mission, sans tenir compte des prétentions ultérieures des parties, *Cass.* 1^{re} civ., 20 juin 2012, n° 10-21.372.

²²⁹⁸ J.-B. Racine, *Droit de l'arbitrage*, PUF, 2016, n° 949.

²²⁹⁹ Paris, 3 juin 2020, n° 19/07261 : *D.* 2020, 1970, obs. S. Bollée ; *Dalloz actualité*, 29 juill. 2020, obs. J. Jourdan-Marques ; *D.* 2020, p. 2484, obs. Th. Clay ; *Gaz. Pal.* 13 juill. 2020, p. 32, obs. D. Bensaude.

²³⁰⁰ Paris, 3 juill. 2008 : *Rev. arb.* 2009, note L. Gouiffes et L.-A. Bret ; *V. aussi* : *Cass. com.*, 30 juin 2015, n° 14-19.119. Un motif erroné peut satisfaire à l'obligation faite aux arbitres de motiver leur sentence : *Cass.* 1^{re} civ., 22 janv. 1975 : *Rev. arb.* 1975, p. 309, note E. Mezger.

d'avoir mal interprété la loi applicable au litige²³⁰¹, y compris une loi étrangère²³⁰², sauf peut-être à ce que les arbitres aient retenu une loi différente de celle choisie par les parties²³⁰³, applicable au fond ou à la procédure, ou que les arbitres retiennent des usages, qu'ils peuvent invoquer dans tous les cas (CPC, art. 1511, al. 2)²³⁰⁴, ou encore ont écarté la loi choisie parce que non conforme à l'ordre public international ou à une loi de police. De même, n'est pas recevable l'idée selon laquelle les arbitres n'auraient pas statué en droit, leur mission le leur imposant, en appliquant les Principes Unidroit, alors que la convention d'arbitrage ne déterminait pas de loi applicable : appliquer alors les Principes Unidroit n'est pas équivalent à statuer en équité²³⁰⁵. Ce cas d'ouverture à un recours en annulation concerne ainsi, en pratique, plusieurs situations.

1578. – Sentence *ultra* ou *infra petita*. La première est celle dans laquelle les arbitres ont décidé *ultra petita*, c'est-à-dire au-delà de la mission confiée, par exemple au-delà des motifs de décisions invoqués par les parties²³⁰⁶, ou en prononçant une condamnation en réparation d'un préjudice non invoqué²³⁰⁷. Ce point peut d'ailleurs être rapproché d'un cas de l'article 34, 2, *a, iii* de la loi-type CNUDCI, non repris par le droit français de l'arbitrage qui envisage « l'excès de pouvoir » par les arbitres lorsque « la sentence porte sur un différend non visé dans le compromis ou n'entrant pas dans les prévisions de la clause compromissoire, ou qu'elle contient des décisions qui dépassent les termes du compromis ou de la clause compromissoire, étant entendu toutefois que, si les dispositions de la sentence qui ont trait à des questions soumises à l'arbitrage peuvent être dissociées de celles qui ont trait à des questions non soumises à l'arbitrage, seule la partie de la sentence contenant des décisions sur les questions non soumises à l'arbitrage pourra être annulée »²³⁰⁸. N'est toutefois pas considéré comme une décision *ultra petita* le fait pour les arbitres de statuer sur une demande complémentaire qui rentre dans le champ de la clause

²³⁰¹ Paris, 24 mars 2005 : *Rev. arb.* 2005, p. 791.

²³⁰² Paris, 7 janv. 2020, n° 19/07260 : *Dalloz actualité*, 27 févr. 2020, obs. J. Jourdan-Marques ; *D.* 2020, p. 1584, obs. Th. Clay.

²³⁰³ Dans ce cas, la jurisprudence laisse toutefois une grande liberté aux arbitres, V. Paris, 10 mars 1988 : *Rev. arb.* 1989, p. 269, note Ph. Fouchard. – Paris, 22 sept. 2015 : *Rev. arb.* 2015, p. 1222 (simple évocation d'une autre loi, en appliquant la loi choisie). – Paris, 24 juin 2010 : *Rev. arb.* 2010, p. 675 (CVIM).

²³⁰⁴ Cf. Paris, 4 nov. 2014 : *Rev. arb.* 2015, p. 543, note A. de Fontmichel.

²³⁰⁵ Paris, 25 févr. 2020, n° 16/22740 : *Dalloz actualité*, 4 mai 2020, obs. J. Jourdan-Marques ; *Rev. arb.* 2020, 501, note L. Jaeger ; *D.* 2020, p. 184, obs. Th. Clay.

²³⁰⁶ Cass. 2^e civ., 9 déc. 1997 : *Rev. arb.* 1998, p. 417, obs. L.K. (réparation supérieure à la demande). – Paris, 1^{er} déc. 2020, n° 19/08691 : *Dalloz actualité*, 24 déc. 2020, obs. J. Jourdan-Marques. – Paris, 30 juin 2005 : *Rev. arb.* 2006, p. 687 (intérêts moratoires non demandés). – Cass. 1^{re} civ., 6 mars 2007, n° 06-16.423. – Cass. 1^{re} civ., 25 mars 2009, n° 08-10.809 (demandes incidentes).

²³⁰⁷ Rennes, 12 mai 2009, n° 08/06986.

²³⁰⁸ V. aussi, FAA, 9 USC, art. 10, a. *Adde* Paris, 30 juin 2005 : *Rev. arb.* p. 687.

compromissoire ou d'appliquer des intérêts lorsqu'ils résultent de la loi²³⁰⁹. À l'inverse, le fait pour les arbitres de décider *infra petita*, c'est-à-dire en deçà de la mission confiée, n'ouvre pas de recours en annulation²³¹⁰, par exemple si les arbitres accordent des réparations inférieures à celles demandées, mais éventuellement un recours en omission de statuer, à moins que le tribunal arbitral ne puisse se réunir pour compléter sa sentence²³¹¹.

1579. – Sentence rendue en droit ou en amiable composition. La deuxième concerne l'obligation des arbitres de statuer en droit ou en amiable composition, selon le choix des parties²³¹². Il ne s'agit pas ici de sanctionner l'incorrecte application du droit²³¹³ ou encore une erreur grossière²³¹⁴. Cette deuxième hypothèse est apparemment simple à identifier. Un arbitre chargé de statuer en droit ne peut se prononcer en amiable compositeur²³¹⁵ et, réciproquement, un arbitre chargé de statuer en amiable compositeur ne peut se contenter de juger en droit²³¹⁶. Le respect par le tribunal arbitral de sa mission ne saurait se déduire des références formelles de la sentence à l'équité mais doit résulter de la motivation de la sentence elle-même²³¹⁷. Cette simplicité ne rend cependant guère compte de la complexité du droit applicable. Ainsi, le juge étatique chargé, en principe et en général, de juger en droit est libre d'interpréter la règle de droit²³¹⁸, interprétation dont les ressorts sous-jacents peuvent être des raisons d'équité, notion prise au sens large qui peut inclure des logiques sociales, économiques, environnementales, morales, etc. L'interprétation des règles du droit des contrats, notamment, est emplies d'exemples illustrant cette liberté, notamment lorsqu'il s'agit de saisir des standards juridiques comme la bonne foi, la faute, la loyauté, etc. Le droit positif n'étant, au final, que l'interprétation retenue par une cour souveraine des règles de droit, rendant compte d'un choix entre deux (au moins), conceptions distinctes. On mesure que le juge ou l'arbitre, chargé de statuer en droit, dispose d'une marge d'appréciation certaine, dans les

²³⁰⁹ Paris, 30 juin 2005 : *Rev. arb.* 2006, p. 687, note R. Libchaber.

²³¹⁰ Paris, 27 juin 2002 : *Rev. arb.* 2003, p. 427, note C. Legros. – Paris, 20 avr. 2000 : *Rev. arb.* 2001, p. 805, note Y. Derains.

²³¹¹ Paris, 4 mars 2004 : *Rev. arb.* 2005, p. 143. – CA Paris, 27 juin 2002 : *Rev. arb.* 2003, p. 427.

²³¹² En principe, le juge du contrôle vérifie seulement si les arbitres ne se sont pas écartés du choix opéré par les parties, V. Paris, 24 juin 2010 : *Rev. arb.* 2010, p. 675. – CA Paris, 24 nov. 2005 : *Rev. arb.* 2006, p. 117.

²³¹³ Paris, 25 mars 2005 : *Rev. arb.* 2005, p. 791.

²³¹⁴ Cass. 1^{re} civ., 13 oct. 1981 : *Rev. arb.* 1983, p. 63. – Cass. 2^e civ., 28 avr. 1986 : *Rev. arb.* 1989, p. 219.

²³¹⁵ Cass. 1^{re} civ., 24 sept. 2014, n° 12-28.453. – Paris, 1^{er} déc. 2020, n° 19/08691. – Paris, 1^{er} déc. 2020, n°s 19/09347, 19/09352, 19/09554 et 19/09725 : *Dalloz actualité*, 24 déc. 2020, obs. J. Jourdan-Marques.

²³¹⁶ E. Loquin, *Pouvoirs et Devoirs de l'amiable compositeur* : *Rev. arb.* 1985, p. 199.

²³¹⁷ Paris, 23 janv. 2018, n° 16-12.618 : *Gaz. Pal.* 24 juill. 2018, p. 24, obs. D. Bensaude ; *D.* 2018, p. 2448, obs. Th. Clay.

²³¹⁸ Paris, 7 janv. 2020, n° 19/07260. – Paris, 15 sept. 2020, n° 19/08058.

limites de ce droit positif²³¹⁹. En outre, en matière d'arbitrage international, l'arbitre peut être chargé de statuer en droit sur la base de l'application de la *lex mercatoria* ou des *principes généraux du droit des contrats*, alors même que ces « règles » sont largement empreintes sinon d'équité, du moins de marges importantes d'interprétation, en droit²³²⁰. Inversement, l'arbitre chargé de statuer en amiable composition peut justifier, en le motivant, que l'application de la règle de droit, telle qu'il l'interprète, est équitable. Par conséquent, cette deuxième hypothèse doit sans doute être réservée à des violations flagrantes et évidentes de la mission confiée à l'arbitre. Cependant, dans la mesure où l'arbitre statue en droit, il dispose d'un large pouvoir d'appréciation et peut appliquer des règles de droit directement, sans effectuer d'analyse de conflit de lois²³²¹.

1580. – Sentence rendue hors délais. La troisième situation est distincte des deux premières : il s'agit de la situation dans laquelle une sentence est rendue en dehors des délais, légaux ou conventionnels, qui s'imposent aux arbitres, et ce faisant, ne respectent pas les termes de la mission qui leur sont impartis²³²². Les arbitres ne peuvent proroger seuls le délai, à défaut d'accord des parties²³²³. Seule une prorogation effective par les parties peut être retenue, qui peut toutefois être tacite²³²⁴. Quand bien même un délai n'aurait pas été imposé, il a pu être soutenu que les arbitres doivent statuer dans un délai raisonnable, dans le respect notamment des principes d'efficacité et de célérité²³²⁵.

1581. – Le non-respect des règles de procédure. Enfin, la quatrième situation est celle dans laquelle l'arbitre ne respecte pas les règles de procédure qui s'imposent à lui, par la loi ou surtout par le choix des parties, y compris dans un arbitrage institutionnel, lorsqu'un centre d'arbitrage

²³¹⁹ Il est ainsi permis aux arbitres d'appliquer un droit autre à titre interprétatif, V. Paris, 10 mars 1988 : *Rev. arb.* 1989, p. 269. – Paris, 29 avr. 2003 : *RTD com.* 2003, p. 487. – Paris, 7 avr. 2015 : *Rev. arb.* 2015, p. 797. – Paris, 22 sept. 2015 : *Rev. arb.* 2015, p. 1222.

²³²⁰ Par ailleurs, l'obligation de l'arbitre de statuer en droit n'exclut pas qu'il puisse se référer aux usages du commerce, V. par ex., Paris, 27 oct. 2011, n° 10/12982.

²³²¹ La cour d'appel de Paris a validé le choix du tribunal arbitral de ne pas retenir les lois dont les parties se prévalaient (lois roumaine et indienne), mais d'appliquer les Principes d'UNIDROIT 2010 conformément à l'article 21.1 du règlement de la CCI ainsi qu'à l'article 1511 du Code de procédure civile : Paris, 25 févr. 2020, n° 17-18001, *Uzuc* : *Dalloz actualité*, 4 mai 2020, p. 4-7, obs. J. Jourdan-Marques.

²³²² Cette obligation est une obligation de résultat : Cass. 1^{re} civ., 6 déc. 2005 : *D.* 2006, p. 274, note P.-Y. Gautier ; *RTD civ.* 2006, p. 144, obs. P. Théry ; *RTD com.* 2006, p. 299, obs. E. Loquin. – Cass. 1^{re} civ., 15 juin 1994, n° 92-15.098. À noter que lorsqu'il existe une contradiction de délais, la date la plus tardive semble devoir être retenue : Versailles, 22 oct. 2019, n° 18/03519 : *Dalloz actualité*, 6 janv. 2020, obs. J. Jourdan-Marques.

²³²³ Cass. 1^{re} civ., 15 juin 1994, n° 92-15.098. – Cass. 2^e civ., 7 nov. 2002, n° 01-10.351. – Paris, 29 sept. 2020, n° 19/11695.

²³²⁴ Cass. 1^{re} civ., 6 juill. 2005 : *Rev. arb.* 2006, p. 429, note P. Pic. – Paris, 15 oct. 2013 : *D.* 2013, p. 2936, obs. Th. Clay.

²³²⁵ Paris, 28 févr. 2008, n° 05/10577. – Paris, 18 nov. 2004, n° 04/01551.

établit un règlement d'arbitrage²³²⁶. La procédure arbitrale établie dans de telles conditions s'impose en effet aux arbitres²³²⁷. Dans un arbitrage *ad hoc*, qui offre une flexibilité maximale²³²⁸, les parties disposent de la liberté d'adapter certaines règles supplétives du Code de procédure civile, dans la clause compromissoire ou dans l'acte de mission ou, dans un arbitrage international, de choisir la loi applicable à la procédure. Violer ces règles aboutit à ne pas respecter la mission de l'arbitre, notamment lorsqu'il s'agit d'éléments essentiels de la procédure choisie²³²⁹, ceci afin de ne pas fragiliser l'efficacité d'une sentence par des recours fondés sur des violations vénielles ou des règles accessoires, voire sans importance.

1582. – Audiences virtuelles. La crise, mondiale, de la Covid-19, a suscité un nombre incalculable de réactions, dont la plupart concernent les mesures d'adaptation des procédures arbitrales à la situation. Aucune règle, d'où qu'elle provienne, n'avait anticipé une telle situation. Si les questions de délais ont été aisément réglées, d'autres étaient plus invraisemblables, comme l'impossibilité, généralisée, de se réunir, sous le coup de règles impératives de confinement et d'interdiction de réunions²³³⁰. Il peut sembler évident alors que, confrontés à une situation contradictoire, imposant d'une part le respect des règles procédurales qui peuvent ignorer la question de l'utilisation de tels moyens techniques et imposant d'autre part la conduite de la procédure de manière loyale et respectant l'objectif de célérité, les arbitres, dans le respect des règles essentielles d'égalité de traitement des parties et de garantie de la sécurité des échanges, aient à opérer un choix²³³¹ : surseoir à la poursuite de la procédure en attendant des jours propices ou trouver des solutions techniques (comp. CPC, art. 1457 imposant à l'arbitre de poursuivre sa mission sauf « empêchement »). L'esprit de l'arbitrage ainsi que les obligations qui s'imposent aux arbitres militent en faveur de la deuxième solution, dans des conditions garantissant l'égalité de traitement, la confidentialité, et la sécurité des échanges. À défaut, le risque n'est pas absent qu'une sentence puisse être considérée comme contraire à l'article 1492, 3° ou 1520, 3° du Code de procédure civile, à moins que ce ne soit le cas du non-respect du principe de contradiction, voire la

²³²⁶ E. Loquin, *Synthèse – Arbitrage en droit interne : acteurs, instance, sentence : JCI. Procédure civile*, 2 juin 2020, § 106. Cf. Paris, 20 oct. 2020, n° 19/05231 et Paris, 1^{er} déc. 2020, nos 19/09347, 19/09352, 19/09554 et 19/09725 : *Dalloz actualité*, 24 déc. 2020, obs. J. Jourdan-Marques.

²³²⁷ Cf. Paris, 1^{er} juill. 1999 : *Rev. arb.* 1999, p. 834, note Ch. Jarrosson (annulations sentence CCI).

²³²⁸ R. Ziadé, *Le choix d'un règlement d'arbitrage – Comparaison entre les trois principaux règlements d'arbitrage : CIRDI, CNUDCI et CCI : RD aff. int.* nov. 2008, p. 22.

²³²⁹ Paris, 1^{er} juill. 1999, préc.

²³³⁰ V. *supra*, n° 1249.

²³³¹ V. *supra* nos 1165 et s.

contrariété à l'ordre public procédural. L'article 68 de l'*English Arbitration Act*, prévoit ainsi un cas d'annulation en cas de *serious irregularity* (comp. Conv. New York, art. V[1], *b* et *d*).

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

1583. – Principe essentiel. Le cas de non-respect du principe du contradictoire est prévu aux articles 1492, 4° et 1520, 4° du Code de procédure civile. Le principe du contradictoire est tout à la fois un principe élémentaire et essentiel du droit processuel, relevant de l'ordre public interne et de l'ordre public international. Comme évoqué ci-dessus²³³², le non-respect du principe de la contradiction couvre un champ vaste. Ainsi, toute partie a le droit d'être entendue par le tribunal arbitral, ce qui se limite en réalité à l'obligation d'être informée d'une demande d'arbitrage à son encontre²³³³, sans que l'absence de participation d'une partie ait de conséquence sur la validité de la procédure²³³⁴. Les parties doivent également avoir été en mesure de faire valoir leurs prétentions²³³⁵ et connaître celles de la partie adverse²³³⁶, dans un délai suffisant²³³⁷. Le respect du contradictoire est également une obligation pesant sur les arbitres, qui doivent mettre en œuvre les moyens nécessaires pour l'assurer²³³⁸. Tout doit ainsi être soumis au débat contradictoire des parties. Selon une formule habituelle, rien de ce qui a servi à fonder la décision des arbitres ne doit échapper au débat contradictoire des parties²³³⁹. La jurisprudence circonscrit traditionnellement la portée de ce principe, de façon éloquente : « Le principe de la contradiction permet d'assurer la loyauté des débats et le caractère équitable du procès en empêchant notamment qu'une décision soit rendue sans que chaque partie ait été en mesure de faire valoir ses prétentions de fait et de droit, de connaître les prétentions de son adversaire et de les discuter, ou qu'une

²³³² V. *supra* nos 945 s.

²³³³ V. par ex. Paris, 13 sept. 2007 : *Rev. arb.* 2008, p. 313, note F.-X. Train.

²³³⁴ Paris, 4 déc. 1997 : *Rev. arb.* 1998, p. 160, note Ch. Jarrosson ; V. aussi : Paris, 21 avr. 2005 : *JCP G* 2005, I, 179, n° 5, obs. Ch. Seraglini. – Paris, 15 sept. 2020, n° 18/01360.

²³³⁵ Paris, 7 janv. 1963 : *Rev. arb.* 1963, p. 21.

²³³⁶ Paris, 6 nov. 1987 : *Rev. arb.* 1991, p. 115, note J. Pellerin.

²³³⁷ Paris, 18 nov. 2004 : *Rev. arb.* 2006, p. 759, obs. P. Duprey.

²³³⁸ Par ex. en enjoignant les parties à produire des documents lorsque nécessaire, V. Cass. 2° civ., 23 oct. 1996 : *Rev. arb.* 1996, p. 185, note S. Guinchard.

²³³⁹ Paris, 25 nov. 1999 : *Rev. arb.* 2001, p. 165, note D. Cohen. – Paris, 4 nov. 2014 : *Cah. arb.* 2015-1, p. 113. – CA Paris, 1^{er} déc. 2020, n° 19/09347 : *Dalloz actualité*, 24 déc. 2020, obs. J. Jourdan-Marques : en l'espèce, il était reproché à une partie d'avoir utilisé, lors de l'audience, un PowerPoint, lequel n'avait pas été communiqué à la partie adverse, non comparante. La cour a rejeté le moyen, aux motifs que la partie avait été régulièrement invitée à comparaître, que le document était simplement illustratif et que son utilisation était conforme à l'invitation du tribunal arbitral. V. aussi : Paris, 12 janv. 2021, n° 17/07290, sur la question des intérêts ; Paris, 19 janv. 2021, n° 18/04465, sur la violation du principe de la contradiction dans le cas où le tribunal arbitral s'est appuyé sur un rapport d'expertise non communiqué aux parties.

écriture ou document n'ait été porté à la connaissance du tribunal arbitral sans être également communiqué à l'autre partie, et à ce qu'aucun moyen de fait ou de droit ne soit soulevé d'office sans que les parties aient été appelées à le commenter »²³⁴⁰.

1584. – Autorité du principe. Le respect de ce principe, qui s'impose tant aux parties qu'aux arbitres, se heurte cependant à la règle de l'estoppel de l'article 1466 du Code de procédure civile. Ainsi la partie qui considère que ce principe n'a pas été respecté doit l'avoir invoqué au cours de l'instance, pour que, ensuite, et à supposer que la difficulté n'ait pas été correctement réglée, l'irrégularité soit recevable à l'occasion d'un recours en annulation. Toutefois, l'article 1466 du Code de procédure civile est excepté lorsque la sentence fait état d'une irrégularité qui n'aurait pas fait l'objet d'un débat entre les parties (de sorte que celles-ci n'auraient pu en faire état au cours de l'instance)²³⁴¹.

1585. – Intérêt à agir. Une autre limite à la mise en œuvre de cette hypothèse de recours en annulation repose sur l'existence d'un intérêt à exercer un tel recours. Ainsi certaines décisions rejettent les recours en annulation fondés sur une simple violation formelle du principe de contradiction²³⁴². Il n'en résulte pas toutefois que l'auteur du recours démontre avoir souffert d'un préjudice : il faut, mais il suffit, d'une violation réelle du principe de contradiction. D'autres législations envisagent ce cas de manière plus large, comme le respect de la loyauté procédurale, dont la question du principe d'égalité entre les parties, s'agissant de la constitution du tribunal (V. *supra*, n° 807), mais également s'agissant du traitement plus général des parties²³⁴³.

²³⁴⁰ V. par ex., Paris, 14 juin 2017 : *Rev. arb.* 2017, p. 644.

²³⁴¹ Paris, 16 nov. 2000 : *Rev. arb.* 2001, p. 729, note H. Lécuyer. V. aussi : Cass. 1^{re} civ., 6 nov. 2019, n° 17-20.573 : *Dalloz actualité*, 6 janv. 2020, obs. J. Jourdan-Marques, sur la critique de la mise en œuvre par les arbitres d'une règle des IBA Rules.

²³⁴² Cass. 2^e civ., 23 oct. 1996 : *Rev. arb.* p. 239.

²³⁴³ V. par ex., LDIP, art. 182,3 et 190, 2, d (annulation possible « lorsque l'égalité des parties ou leur droit d'être entendues en procédure contradictoire n'a pas été respecté ». V. aussi de manière plus particulière le fait de n'avoir pas été informé de la procédure arbitrale ou d'éléments de la procédure (Loi-type CNUDCI, art. 34, 2, a, ii), ou encore le refus d'une présentation orale demandée par les parties (Loi-type CNUDCI, art. 24, 1), l'accueil de nouveaux moyens, sans avertir l'autre partie ni lui laisser la possibilité de répondre (cf. Règl. CCI, art. 23, 4). C'est également la question de la procédure de *cross examination*, lorsque le tribunal arbitral admet ou rejette cette technique, ce que les cours n'admettent guère (G.B. Born, *op. cit.*, p. 3243), ou encore de l'utilisation, par l'arbitre, de recherches factuelles, voire de demandes d'expertises non requises par les parties, question qui relève également du non-respect par les arbitres de leur mission (Paris, 10 juin 1993 : *Rev. arb.* 1995, p. 447, faits connus d'un arbitre, Cass. 1^{re} civ., 24 mars 1998 : *Rev. arb.* 1999, p. 255, faits relevant d'un précédent arbitrage auquel a participé un arbitre, Paris, 18 juin 1983 : *Rev. arb.* 1984, p. 87, expertise demandée hors avis des parties). De la même manière, le fait de ne pas respecter les règles de procédures par les parties participe davantage du non-respect de leur mission par les arbitres que du non-respect d'une règle loyauté processuelle (contra, G. B. Born, *op. cit.*, p. 3260).

E. – La sentence (interne) est contraire à l'ordre public ou bien la reconnaissance ou l'exécution de la sentence (internationale) est contraire à l'ordre public international

1586. – Il s'agit, ici, de la question la plus débattue, sinon la plus complexe des cas d'ouverture dans laquelle il convient d'envisager le contenu de l'ordre public et de l'ordre public international (1°), la nature de l'ordre public concerné, de fond ou procédural (2°) et enfin la nature du contrôle (3°), le tout moins sous l'angle des limites à la liberté des parties que de celui de la sanction du juge étatique, la question a déjà été abordée du point de vue du droit applicable au fond²³⁴⁴.

1° Le contenu de l'ordre public, interne et international

1587. – **Ordre public et ordre public international.** Ces deux règles ne se présentent pas tout à fait de manière parallèle, à la différence des précédentes. L'article 1492, 5° du Code de procédure civile dispose en effet que le recours en annulation n'est ouvert que si « la sentence est contraire à l'ordre public », tandis que l'article 1520, 5° précise que ce recours n'est possible que si « la reconnaissance ou l'exécution est contraire à l'ordre public international ». Cette différence, dans l'article 1520, 5°, s'explique par la référence à l'article V de la Convention de New York du 10 juin 1958 qui prévoit les cas types dans lesquels la reconnaissance ou l'exécution peut être refusée, dont la contrariété à l'ordre public du pays dans lequel celle-ci serait demandée. Or, le rejet du recours en annulation emporte *exequatur* de la sentence internationale de sorte qu'elle intègre alors l'ordre juridique dans lequel la sentence a été rendue, qui ne saurait donc être contraire à l'ordre public, international, de celui-ci. On trouve également son expression au stade de la demande d'*exequatur* d'une sentence, mais c'est surtout au stade du contrôle de la validité de la sentence que cette question se pose avec acuité. En effet, le juge de l'*exequatur* doit se contenter d'un examen partiel, *prima facie*, dans le cas où la sentence serait « manifestement » contraire à l'ordre public ou à l'ordre public international, tandis que s'agissant d'un recours en annulation (ou d'un appel contre le jugement d'*exequatur*), l'examen de la validité de la sentence est essentiel et plus complet.

1588. – **Ordre public.** L'ordre public est une composante majeure du droit privé, dont le droit processuel et plus précisément le droit de l'arbitrage. La question se divise cependant selon que l'arbitrage est interne, renvoyant à l'ordre public interne par l'article 1492, 4° du Code de procédure civile, ou

²³⁴⁴ V. *supra*, n^{os} [913](#) et s.

qu'il est international (ou interne mais étranger), où l'ordre public international est en question, dans l'article 1520, 4° du Code de procédure civile. La différence est considérable : l'ordre public international est considéré comme plus restrictif que l'ordre public interne avec lequel il ne se confond pas, mais qui correspond à « l'ensemble des règles et des valeurs dont l'ordre juridique français ne peut souffrir la méconnaissance, même dans des matières internationales »²³⁴⁵.

1589. – Ordre public international et conceptions de l'arbitrage international. Ce cas d'annulation d'une sentence est, de loin, le plus important. Il s'agit en effet d'identifier, par son expression et sa mise en œuvre, les conditions par lesquelles une sentence arbitrale, qui est certes un acte de nature juridictionnel, mais sur la base d'une convention, peut s'intégrer dans un ordre juridique étatique. C'est une question technique en ce sens qu'il s'agit de déterminer les conditions par lesquelles une sentence *ne sera pas annulée* en France, et donc intégrera l'ordre juridique interne, mais aussi et surtout sans doute, philosophique²³⁴⁶. Il serait parfaitement concevable de considérer que l'arbitre est, par délégation d'une loi interne, une juridiction, ce qui ferait du droit de l'État du siège une garantie d'efficacité de la sentence dans d'autres États. Il serait tout aussi concevable de considérer, en l'absence d'unification internationale du droit de l'arbitrage, hormis la Convention de New York, que chaque ordre juridique est « empereur en son royaume », comme l'affirmait Philippe II Auguste face au Saint Empire pour justifier son indépendance juridique et religieuse, de manière à considérer qu'une sentence arbitrale est à considérer dans l'ensemble des ordres juridiques candidats à son accueil, sans que l'un, celui du siège, ait spécialement vocation à l'emporter sur les autres. Enfin, il serait concevable de considérer l'arbitrage international, en soi, comme formant un ordre juridique spécifique, indépendant des ordres étatiques, conception qui correspond à l'idée que s'en font bien des arbitres du commerce international et qui peut se rattacher à l'idée de *lex mercatoria*, à celle d'un droit coutumier arbitral, anational, où l'objectif de l'arbitrage serait moins de rechercher une « vérité » ou une « justice » qu'à rendre une solution efficace et correspondant aux logiques du droit du commerce international. Chacune de ces conceptions présente des conséquences à la fois dans la technique de conduite de la procédure arbitrale par les arbitres, que par la possibilité pour les parties mais

²³⁴⁵ Paris, 14 juin 2001 : *Rev. arb.* 2001, p. 773, note C. Seraglini.

²³⁴⁶ Comp. E. Gaillard, *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international* : RCADI 2008, not. p. 32.

également pour les arbitres de déterminer la norme juridique applicable au fond du litige arbitré, et enfin sur le sort de la sentence arbitrale.

1590. – Conception « française » de l'ordre public international. Or, précisément, tous les droits étatiques de l'arbitrage ne partagent pas la même conception, même si de grandes familles se dégagent. Ainsi, le droit français choisit souvent une position qualifiée de « libérale », visant à ne contrôler que les violations les plus flagrantes²³⁴⁷ de l'ordre public international, tout en considérant qu'une sentence arbitrale internationale est une « décision de justice internationale », non soumise à un ordre juridique quelconque, même pas celui du siège. De ce point de vue, le droit français retient la conception de la multilocalisation, de sorte qu'une sentence annulée dans le pays du siège peut recevoir, en France, *exequatur* (V. *infra*, n° 1683). D'autres retiennent une conception plus fidèle au respect du droit du siège et, ou, une conception visant à traiter avec plus de rigueur la correspondance entre une sentence arbitrale et les règles d'ordre public.

Par conséquent, le droit français de la validité d'une sentence arbitrale internationale retient une conception *française*²³⁴⁸, interne donc, de l'ordre public international, fait de principes fondamentaux jugés essentiels, de valeurs, de règles, dont les lois de police dont la méconnaissance serait insupportable et ferait obstacle à l'entrée d'une sentence dans l'ordre juridique français²³⁴⁹. Intègrent ainsi l'ordre public international²³⁵⁰ la prohibition de la discrimination, de la corruption, du blanchiment d'argent, de la fraude, la protection de la propriété, *etc.* Il peut s'agir de règles plus techniques, comme relevant du droit des procédures collectives et notamment le principe de la suspension des poursuites individuelles²³⁵¹, de la question sinon de l'autorité de la chose jugée du moins de l'inconciliabilité de décisions²³⁵² ou encore les règles considérées comme des lois de police comme les règles du droit des pratiques anticoncurrentielles ou du droit financier et monétaire, voire des règles du droit de l'Union européenne, à déterminer précisément, de protection des consommateurs, ou encore des lois de police considérées comme telles par la jurisprudence.

²³⁴⁷ V. *infra*, n° 1697.

²³⁴⁸ Cf. Paris, 27 oct. 1994 : *Rev. arb.* p. 709. – Paris, 16 janv. 2003 : *Rev. arb.* 2004, p. 369, note L. Jaeger ; *JDI* 2004, p. 161, note Ch. Kessedjian.

²³⁴⁹ Cf. Paris, Paris, 14 juin 2001, préc. : « l'ordre public international (...) s'entend de la conception française de l'ordre public, c'est-à-dire de l'ensemble des règles et des valeurs dont l'ordre public français en peut souffrir la méconnaissance, même dans des matières internationales ». – Paris (CCIP), 7 janv. 2020, n° 19/07260 : *Dalloz actualité*, 27 févr. 2020, obs. J. Jourdan-Marques ; *D.* 2020, p. 1584, obs. Th. Clay (même formule).

²³⁵⁰ Cf. J.-B. Racine, *Les normes porteuses d'ordre public dans l'arbitrage commercial international*, in *L'ordre public et l'arbitrage*, ss dir. E. Loquin et S. Manciaux, LexisNexis, 2014, p. 7.

²³⁵¹ Cass. 1^{re} civ., 12 nov. 2020, n° 19-18.849, à propos d'une ordonnance d'*exequatur* d'une sentence condamnant un débiteur placé ensuite sous le bénéfice d'une procédure collective, sauf à méconnaître le principe, d'ordre public international, de suspension des poursuites. V. aussi : Paris, 15 sept. 2020, n° 19/09580 : *D.* 2020, p. 2484, obs. Th. Clay.

²³⁵² Paris, 17 janv. 2012, *Planor Afrique* : *Rev. arb.* 2012, p. 569, note M.-L. Niboyet ; *D.* 2012, p. 2991, obs. Th. Clay.

Par ailleurs, l'ordre public international se détermine par rapport à des logiques d'ordre public, et donc de préservation d'intérêts publics, et non d'intérêts privés. La question mérite précision dans la mesure où l'on peut constater que les recours en annulation mêlent souvent, pour un même grief, des visas tirés de différentes parties de l'article 1520 du Code de procédure civile. Toutefois, le principe d'égalité des parties, qui a à voir avec la question de la constitution du tribunal arbitral, ou bien encore le principe du droit d'accès à la justice, qui sont suffisamment essentiels pour être considérés comme relevant de l'ordre public international. Une difficulté alors, assez constante, existe : l'ordre public international est un concept finalement peu dense, et dont le contenu correspond à la conception que s'en fait le juge au moment du contrôle. C'est alors, à ce moment, qu'il apprécie la conformité de la sentence à l'ordre public international *du moment*, alors même que, au moment des faits ou de la sentence, ce contenu était différent, comme c'est le cas, par exemple, du contrôle des faits de corruption (V. *infra*, n° 1612). Au-delà de ces considérations d'opportunité, la jurisprudence et la doctrine retiennent de l'ordre public international une conception qui n'est pas universelle, mais une conception nationale, un ordre public international de source française²³⁵³. Il n'en résulte pas que des règles relevant d'un ordre public étranger ne puissent intégrer le champ de l'ordre public international français, notamment des lois de police étrangères²³⁵⁴, le plus souvent lorsque celles-ci correspondent à des règles ou des buts compatibles avec la conception française²³⁵⁵.

1591. – Rôle du juge en matière d'ordre public et ordre public international. En matière d'arbitrage interne, le respect de l'ordre public est presque, pour les juges étatiques, un réflexe, tandis que, en matière internationale, la question est moins évidente, en raison du caractère à la fois international et associé à une conception nationale, de l'ordre public international. De ce point de vue, les juridictions françaises y attachent une importance essentielle, faisant preuve d'ailleurs d'une vigueur qui n'est pas systématiquement partagée par les différentes législations en la matière. Ainsi, la cour d'appel de Paris joue un rôle considérable, estimant, de manière ferme, que « la défense de la conception française de l'ordre public international implique que le juge étatique chargé du contrôle puisse annuler la sentence dont l'exécution heurte cette conception alors même que le moyen tiré de l'ordre public n'avait pas été invoqué devant les arbitres et que ceux-ci ne l'avaient pas mis dans le débat »²³⁵⁶. C'est une façon

²³⁵³ P. Mayer, *La sentence contraire à l'ordre public au fond* : *Rev. arb.* 1994, p. 615. – Paris, 4 déc. 2012, *Planor Afrique* : *Rev. arb.* 2013, p. 411 (2^e esp.), note C. Debourg ; *D.* 2012, p. 2991, obs. Th. Clay.

²³⁵⁴ J.-B. Racine, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, *op. cit.*, n^{os} 799 et 804 et s. – Ch. Seraglini, *Lois de police et justice commerciale internationale*, *op. cit.*, n^{os} 347 et s.

²³⁵⁵ Paris, 30 sept. 1993, *Westman* : *Rev. arb.* 1994, p. 359, note D. Bureau ; *Rev. crit. DIP* 1994, p. 349, note V. Heuzé. – Paris, 27 oct. 1994, *LTDC c/ Reynolds* : *Rev. arb.* 1994, p. 709, comm. P. Mayer, p. 615. – Paris, 12 juill. 1974, *Dame Krebs c/ Milton Stern* : *Rev. arb.* 1975, note E. Mezger. – Paris, 7 avr. 2011 : *Rev. arb.* 2011, p. 747, note S. Bollée et B. Hafte.

²³⁵⁶ Paris, 14 juin 2001, préc.

d'imposer l'ordre public international dans le contrôle de la validité de la sentence malgré la présence, depuis la réforme de 2011, de l'article 1466 du Code de procédure civile²³⁵⁷, qui empêche une partie d'invoquer devant le juge du contrôle une irrégularité connue qu'elle n'aurait pas fait valoir en temps utile devant le tribunal arbitral. À bien des égards cependant, si la question de l'ordre public international est placée, comme le fait la cour d'appel de Paris, au-devant de la scène arbitrale, c'est sans doute parce qu'elle ne relève pas d'une « irrégularité » mais d'une difficulté plus profonde de la conformité de la sentence elle-même à l'aune des standards de l'ordre public international qui relèvent de l'illicite.

1592. – La loi-type CNUDCI (art. 34, 2, *b, ii*), mais encore l'article V, 2 de la Convention de New York, en matière d'exécution ou de reconnaissance d'une sentence internationale forment les termes « ordre public international » dans des termes voisins du droit français. En revanche en droit américain par exemple, la question n'est pas expressément visée dans l'article 10 du *Federal Arbitration Act*, mais découle de la jurisprudence qui admet que « a specific application of the more general doctrine, rooted in the Common law, that a court may refuse to enforce contracts that violate law or public policy »²³⁵⁸. Toutefois, l'ordre public auquel il y est fait référence correspond à une conception différente de l'ordre public international développée en droit français : il correspond à une catégorie étroite de règles impératives, essentiellement relatives aux règles pénales²³⁵⁹. On pressent qu'existe une distinction possible entre les deux conceptions, celle du respect des règles impératives les plus importantes (avec un risque de confusion avec celles qui constituent l'ordre public interne) et celle dans laquelle sont incorporées des valeurs, comme en droit de l'arbitrage international ou en droit suisse par exemple²³⁶⁰.

1593. – **Relevé d'office de la violation de l'ordre public international.** La question est souvent envisagée à propos du contrôle *prima facie* et sous la

²³⁵⁷ Une question demeure, pour reprendre une question d'ordre public interne, à propos de la distinction entre ordre public international de protection et ordre public de direction. A supposer que cette distinction demeure pertinente en matière d'ordre public international, peut-être faudrait-il réserver, alors, le cas des règles relevant de l'ordre public international de protection, d'ailleurs à déterminer, auquel les parties ne peuvent pas plus déroger que l'ordre public de direction, mais qui ne pourrait être invoqué que la partie protégée.

²³⁵⁸ *United Paperworkers Int'l Union v. Misco, Inc.*, 484 U.S. 29, 42 (U.S. S.Ct. 1987) ; *W.R. Grace & Co. v. Local Union 759*, 461 U.S. 757, 766 (U.S. S.Ct. 1983) ; *Hurd v. Hodge*, 334 U.S. 24, 34-35 (U.S. S.Ct. 1948).

²³⁵⁹ *English Arbitration Act*, art. 68, 2 : « the award being obtained by fraud or the award or the way in which it was procured being contrary to public policy ».

²³⁶⁰ Trib. féd. suisse, 6 janv. 2010 : « une sentence est incompatible avec l'ordre public si elle méconnaît les valeurs essentielles et largement reconnues qui, selon les conceptions prévalant en Suisse, devraient constituer le fondement de tout ordre juridique. Elle est contraire à l'ordre public matériel lorsqu'elle viole des principes fondamentaux du droit de fond au point de ne plus être conciliable avec l'ordre juridique et le système de valeurs déterminants ; au nombre de ces principes figurent, notamment, la fidélité contractuelle et le respect des règles de la bonne foi ».

réserve de la conformité à l'ordre public dans le cadre d'une demande d'*exequatur*²³⁶¹, dans le sens, d'ailleurs, de l'article V(2) de la Convention de New York de 1958. Elle s'étend bien entendu au cas du recours en annulation dans le cas, très étonnant, où les parties n'auraient pas soulevé ce grief, ou bien pour requalifier un grief et le considérer comme relevant d'un cas de violation de l'ordre public international.

1594. – Ordre public et non-révision au fond de la sentence. Ce cas d'annulation de la sentence se heurte cependant à deux difficultés. La première, commune à tous les cas de recours en annulation, implique que le juge de l'annulation ne puisse profiter de cette occasion pour réviser, au fond, la sentence²³⁶², quand bien même il serait patent que les arbitres ont « mal jugé », le contrôle de la validité de la sentence n'étant pas équivalent à un « appel »²³⁶³ pour lequel un effet dévolutif, total ou partiel se produit (V. *infra*, n° 1642)²³⁶⁴. Par conséquent, ce n'est pas, *a priori*, la violation par les arbitres d'une règle d'ordre public, interne ou international, qui est sanctionnée, mais la solution qui résulte de la décision, en tant qu'elle heurte l'ordre public²³⁶⁵. En effet, on mesure que ce cas particulier, l'appréciation de la violation de l'ordre public, aboutit, *de facto* voire *de intentio*, à ce résultat ou à un résultat voisin d'une révision au fond. Le constat par exemple que l'arbitre (interne) a violé une règle d'ordre public qui imposerait les conditions d'une qualification particulière d'une situation juridique donnée aboutit, directement ou indirectement, à imposer la qualification d'ordre public qui aurait dû s'imposer, au fond. Tout contrôle de validité d'une situation juridique aboutit à ce résultat. La confusion peut être évitée par un raisonnement purement juridique : le constat que les arbitres ont violé une règle d'ordre public ne peut être retenu par le juge de l'annulation, sauf si la solution qui en résulte heurte l'ordre public, ceci ne préjugant d'ailleurs pas

²³⁶¹ P. Mayer, *La sentence contraire à l'ordre public au fond*, *op. cit.*, n° 14.

²³⁶² Comp. F.-X. Train, *L'effectivité du contrôle de la juridiction de l'arbitre : Procédures 2020*, n° 2, dossier 6. – J.-B. Racine, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, LGDJ, 1999. – L. Ch. Delanoy, *Le contrôle de l'ordre public au fond par le juge de l'annulation : trois constats, trois propositions* : *Rev. arb.* 2007, p. 177. – Ch. Seraglini, *Le contrôle de la sentence au regard de l'ordre public international par le juge étatique : mythes et réalités* : *Cah. arb.* 2009/1, p. 5. – B. Hanotiau, *Faut-il supprimer le contrôle de la sentence au regard de l'ordre public ?* : *LPA* 11 oct. 2000, p. 7.

²³⁶³ Paris, 7 juill. 1989 : *Rev. arb.* 1990, p. 115, note L. Idot : « le contrôle est exclusif de tout pouvoir de révision au fond », de sorte qu'il « doit porter non sur la qualification que les arbitres ont donnée de la convention liant les parties, même s'il est prétendu que celle-ci est régie par des dispositions d'ordre public, mais sur la solution donnée au litige, l'annulation n'étant encourue que dans la mesure où cette solution heurte l'ordre public » (Paris, 20 mars 2008 : *Rev. arb.* 2008, p. 341).

²³⁶⁴ V. J. Pellerin, *Rôle et fonction de la cour d'appel, Réflexions sur les voies de recours en droit de l'arbitrage* : *Rev. arb.* 2018, p. 37.

²³⁶⁵ Cependant ne viole pas l'ordre public une sentence qui fait application d'une disposition législative qui aurait été qualifiée à tort d'ordre public (CA Paris, 19 nov. 2019, n° 17/20392, *GIE Ocvia Construction c/ SAS Guintoli* : *Gaz. Pal.* 10 mars 2020, p. 36, note D. Bensaude). La solution est fondée sur le principe de non-révision des sentences arbitrales.

de l'application des règles par l'arbitre ou le juge appelé, ensuite, à se prononcer, une fois la sentence (éventuellement) annulée. Le résultat est donc un contrôle beaucoup plus limité que le caractère martial de la formule de l'article 1492, 4° (de l'ancien article 1484, 6° ou de l'article 1520, 4°) du Code de procédure civile, précisément parce que la règle de l'interdiction de la révision au fond de la sentence prime sur le respect, global, des règles d'ordre public (ou d'ordre public international) par les arbitres dans le processus décisionnel. Pourtant, depuis quelques années, on assiste à une tentative d'imposer en jurisprudence un contrôle plus important (V. *infra*, n° 1608), ce qui conduirait à reléguer la règle de non-révision au fond de la sentence, internationale notamment, à un niveau d'impérativité moindre.

2° L'ordre public de fond et procédural

1595. – Ordre public de fond. La deuxième difficulté, commune à toutes les règles d'ordre public, consiste à rejeter l'impossible définition de l'ordre public, qui, en droit français, occupe une position centrale et matériellement importante mais également insaisissable, de manière à mesurer le contrôle qui peut s'opérer, qu'il s'agisse de l'ordre public de fond ou de procédure, interne ou international. Deux types d'ordre public se présentent, l'ordre public de fond et procédural. L'ordre public de fond ou substantiel, c'est-à-dire qui est en jeu au fond du litige, les règles matérielles en débat correspond en matière d'arbitrage interne, à l'ordre public rationnellement entendu²³⁶⁶. Peu importe la nature de cet ordre public, ce que l'on désignait comme l'ordre public de protection et l'ordre public de direction, eu égard à l'absence de véritable capacité à les distinguer, surtout s'il s'agit de réserver l'ordre public au fond aux seules règles relevant de l'ordre public de direction. En revanche, en matière d'arbitrage international, l'ordre public international de fond est beaucoup plus restreint²³⁶⁷ et ne correspond en rien à l'ordre public interne : il correspond, pour résumer ici, aux lois de police et aux « règles fondamentales » de l'ordre juridique français²³⁶⁸. Dans les deux cas, qu'il s'agisse d'une référence à l'ordre public interne ou à l'ordre public international, et quand bien même leur champ serait distingué, le contrôle opéré par le juge est identique, même si, comme souvent en matière d'arbitrage, le ton est donné par les situations d'arbitrage international, tout à la fois plus nombreuses et plus importantes.

²³⁶⁶ Paris, 7 juill. 1989, *SICA Veradour c/ Éts Larroche* : *Rev. arb.* 1990, p. 115, note L. Idot. – Paris, 20 janv. 2005, *Courtade c/ Fallecker* : *Gaz. Pal.* 27-28 avr. 2005, p. 33. – Cass. 1^{re} civ., 3 oct. 2006 : *Rev. arb.* 2007, p. 98, note S. Bollée.

²³⁶⁷ X. Boucobza, *L'intensité et la nature du contrôle de conformité de la sentence arbitrale à l'ordre public international* : *RDC* 2017, p. 304 ; V. aussi CA Paris, 21 févr. 2017, n° 15/01650, *République du Kirghizstan c/ M. X* : *D.* 2017, p. 2054, obs. L. d'Avout et S. Bollée.

²³⁶⁸ Comp. au contraire, P. Mayer, *La sentence contraire à l'ordre public au fond*, *op. cit.*

1596. – Ordre public de fond, arbitrage interne. La jurisprudence ne fait pas de distinction au sein des règles d'ordre public, qu'il s'agisse de l'ordre public de direction ou de protection²³⁶⁹. Il suffit donc d'une atteinte à l'ordre public, quel qu'il soit, notamment les règles qui assurent la protection de l'intérêt général dit aussi ordre public de direction. Les exemples sont nombreux en matière d'arbitrage interne²³⁷⁰, même si l'on peut également se référer aux décisions rendues en matière internationale.

1597. – Violation flagrante. En la matière, la jurisprudence considère que le contrôle « se limite au caractère flagrant, effectif et concret de la violation alléguée »²³⁷¹ qui fait du contrôle à s'en tenir strictement à cette conception, un contrôle minimaliste (V. *infra*, n° 1604). Toutefois, dans la mesure où cette règle vaut pour le contrôle des sentences internationales, par référence à un « ordre public international » pour le moins complexe à évaluer, on pourrait considérer que, en matière interne, la référence à « l'ordre public », ordinairement considéré, pourrait, ou devrait, conduire à un contrôle plus important de la validité de la sentence. D'ailleurs, avant la réforme de 2011, l'ancien article 1484, 6° envisageait plus clairement le fait que « l'arbitre a violé une règle d'ordre public », de la même manière que peut être sanctionné le fait, pour un contractant, de violer une règle d'ordre public. Il demeure que, d'une manière générale, la jurisprudence retient une conception unique, à la fois pour l'arbitrage interne et pour l'arbitrage international, qui tend vers un contrôle minimaliste au regard du respect de l'ordre public, dans une conception de l'arbitrage, fidèle à la tradition française, de confiance et d'efficacité dans l'institution arbitrale, ce, outre l'existence générale de non-révision du fond de l'affaire par le juge du contrôle²³⁷².

1598. – Ordre public de fond, arbitrage international. En matière d'arbitrage international, la conception est totalement différente. Ainsi, si certaines règles de l'ordre public interne sont considérées comme relevant de l'ordre public international, toutes ne le sont pas, loin s'en faut, l'ensemble relevant d'une conception française de l'ordre public international, d'ailleurs évolutive (V. *supra*, n° 1590)²³⁷³, qui permet de

²³⁶⁹ Comp. Paris, 12 févr. 1985 : *Rev. arb.* 1986, p. 459, note M.-C. Rondeau-Rivier (application des règles en matière de protection des agents immobiliers). – Paris, 9 oct. 1984 : *Rev. arb.* 1986, p. 263, note P. Mayer (règles de protection du preneur à bail commercial).

²³⁷⁰ Paris, 14 déc. 2000, *Lapeyre c/ Sauvage* : *Rev. arb.* 2001, p. 805. – Paris, 25 nov. 2004, *Eiffage Construction c/ Letierce et Fils* : *Gaz. Pal.* 27-28 avr. 2005, p. 33.

²³⁷¹ Cass. 1^{re} civ., 4 juin 2008, *SNF c/ Cytec* : *D.* 2008, p. 2560, note S. Bollée, p. 3111, obs. Th. Clay ; *JCP* 2008, I, 164, obs. Ch. Seraglini ; *RTD com.* 2008, p. 518, obs. E. Loquin ; *Rev. arb.* 2008, p. 473, note I. Fadlallah ; *JDI* 2008, p. 1107, note A. Mourre.

²³⁷² L. Ch. Delanoy, *Le contrôle de l'ordre public au fond par le juge de l'annulation : trois constats, trois propositions* : *Rev. arb.* 2007, p. 177-221, spéc. p. 180.

²³⁷³ Cf. Paris, 27 oct. 1994 : *Rev. arb.* 1995, p. 709. – Paris, 16 janv. 2003 : *Rev. arb.* 2004, p. 369, note L. Jaeger ;

distinguer et finalement rejeter de la sphère de l'ordre public international les règles d'ordre public interne « simple ». La distinction entre les règles du droit de la consommation et du droit de la concurrence est, à cet égard, emblématique. Les règles du droit de la consommation, souvent d'ordre public en droit interne, qu'elles soient ou non d'origine européenne n'atteignent pas, en principe, ce seuil d'essentialité qui en feraient des lois de police²³⁷⁴, sauf exception. À l'inverse les règles du droit de la concurrence, du moins les règles relatives au contrôle de ce que l'on désigne comme les « pratiques anticoncurrentielles » (ententes, abus de domination, concentrations d'entreprises, aides d'État) le franchissent²³⁷⁵ non sans poser de nombreuses difficultés d'ailleurs (comp., *supra*, n° 353).

1599. – Ordre public procédural. L'ordre public procédural est constitué des principes et règles considérés comme fondamentaux (autres que le principe du contradictoire qui ouvre la possibilité d'un autre type de recours en annulation²³⁷⁶). Ceci présenté, le contour de cet ordre public n'est guère éclairé, sinon négativement par le standard de la « fraude procédurale », c'est-à-dire la production de faux documents, des témoignages faux ou mensongers, des pièces dissimulées aux arbitres²³⁷⁷.

1600. – Arbitrage interne. En matière interne, les règles processuelles considérées comme essentielles sont en général bien délimitées, ne serait-ce que parce que les règles du droit de l'arbitrage renvoient expressément à quelques-unes de ces règles dont celles constituant les principes directeurs du procès (CPC, art. 4 à 10, 11, al. 1^{er}, 13, à 21)²³⁷⁸.

1601. – Arbitrage international. En matière d'arbitrage international, le contenu de cet ordre public est évidemment plus diffus, et s'identifie à quelques règles essentielles identifiées comme telles : le principe d'égalité entre les parties et notamment le principe dit « égalité des armes »²³⁷⁹, le non-respect des règles essentielles des procédures collectives notamment de suspension des poursuites²³⁸⁰, le non-respect par la sentence d'une décision étrangère ayant été exécutée en France²³⁸¹, la fraude procédurale commise dans le cadre d'un arbitrage, par exemple le fait de ne pas

JDI 2004, p. 161, note Ch. Kessedjian.

²³⁷⁴ Cass. 1^{re} civ., 2 déc. 2015 : *JCP G* 2016, 241, n° 9, obs. C. Nourissat ; *Procédures* févr. 2016, note L. Weiller.

²³⁷⁵ CJCE, 1^{er} juin 1999 : *Rev. arb.* 1999, p. 631, note L. Idot ; *JDI* 2000, p. 307, S. Poillot-Perruzetto.

²³⁷⁶ V. *supra*, n° 1583 s.

²³⁷⁷ Paris, 28 mai 2019 : *Rev. arb.* 2019, p. 633. – Paris, 30 juin 2020, n° 19/09729 : *Dalloz actualité*, 29 juill. 2020, obs. J. Jourdan-Marques ; *D.* 2020, p. 1584, obs. Th. Clay. – Paris, 26 nov. 2019, n° 17/17127 : *D.* 2020, p. 1584, obs. Th. Clay.

²³⁷⁸ V. G. Bolard, *Les principes directeurs du procès arbitral* : *Rev. arb.* 2004, p. 511.

²³⁷⁹ Paris, 12 juin 2003 : *Rev. arb.* 2003, p. 887, note D. Bensaude, et V. *supra*, n°s 987 et 925.

²³⁸⁰ Cass. 1^{re} civ., 6 mai 2009 : *JCP G* 2009, II, 534, note G. Bolard ; *RTD com.* 2009, p. 546, obs. E. Loquin ; *Rev. arb.* 2010, p. 299, note D. Cohen.

²³⁸¹ Paris, 17 janv. 2012 : *Rev. arb.* 2012, p. 569, note M.-L. Niboyet.

présenter aux arbitres une solution juridictionnelle affectant, de manière effective et concrète, l'ordre public international procédural²³⁸², ou encore, plus récemment, le fait pour les arbitres de se départir du cadre procédural et de décider de mener une procédure *ad hoc* plutôt que la procédure institutionnelle prévue par les parties²³⁸³.

1602. – Fraude procédurale. On peut tenir compte de la particularité de la fraude procédurale, qui permet l'examen par le juge de l'annulation de l'ensemble des circonstances susceptibles de la caractériser, sans que la règle de la prohibition de la révision au fond puisse être invoquée²³⁸⁴. La solution s'explique par la gravité de la situation, à la manière dont la jurisprudence analyse, désormais, les questions, relevant de l'ordre public de fond, de blanchiment ou de corruption (V. *infra*, n° 1612).

3° La nature du contrôle de l'ordre public international (et interne)

1603. – Conception minimaliste ou maximaliste de l'ordre public interne ou international. Si les contours de l'ordre public, interne ou international, peuvent être considérés comme déterminés, il reste alors à mesurer les conséquences de cette mesure, c'est-à-dire la teneur de l'étendue du contrôle que le juge de l'annulation devra opérer, sur le fondement des articles 1492, 5° et 1520, 5° du Code de procédure civile, pris d'ailleurs de manière identique – les formulations sont voisines : est susceptible d'annulation la sentence « contraire à l'ordre public » ou distincte – ce ne sont pas les mêmes enjeux ni le même type d'ordre public ni le même objet, la sentence contraire à l'ordre public pour une sentence interne, la reconnaissance ou l'exécution contraire à l'ordre public international d'une sentence internationale. En toute hypothèse, si le contrôle de la validité de la sentence doit s'effectuer à l'aune de l'ordre public (interne ou international), il ne peut s'agir d'un contrôle aboutissant à réviser la sentence au fond (V. *supra*, n° 1538) et sur cette limite se développent deux conceptions totalement antinomiques, selon que l'accent est mis sur l'un ou l'autre des enjeux, qui aboutit à l'exigence d'un contrôle minimaliste ou maximaliste des sentences à l'aune de l'ordre public, ou, ce qui revient à peu près au même, une conception

²³⁸² Paris, 26 nov. 2019, *SNCF* : *Dalloz actualité*, 6 janv. 2020, obs. J. Jourdan-Marques. – Paris, 22 janv. 2019, n° 17-15605 : *Gaz. Pal.* 13 mars 2019, p. 34, note D. Bensaude ; *Dalloz actualité*, 7 juin 2019, obs. J. Jourdan-Marques. – Paris, 1^{er} juill. 2010 : *Rev. arb.* 2010, p. 857, note B. Audit ; *Cah. arb.* 2011, p. 741, note L.-Ch. Delanoy ; *JCP G* 2010, 1286, n° 5, obs. J. Ortscheidt : « il appartient au juge de l'*exequatur* d'examiner l'ensemble des circonstances susceptibles de caractériser la fraude alléguée, sans que puisse être utilement opposé le moyen tiré de la prohibition de la révisions au fond des sentences, dès lors que la contestation porte précisément sur l'altération, par les manœuvres d'une partie, de l'appréciation des faits à laquelle se sont livrés les arbitres ».

²³⁸³ Paris, 17 déc. 2020, n° 18/01504, *Al Misnad c/ SEGQ*.

²³⁸⁴ Paris, 22 janv. 2019, préc. – Paris, 1^{er} déc. 2020, n° 17/22735.

minimaliste ou maximaliste de l'ordre public au sens du contrôle de la sentence²³⁸⁵, qui renvoie à des conceptions « libérales » ou « morales » de l'office du juge de l'annulation. Il demeure qu'est en jeu une violation d'une règle d'ordre public. Par violation on entend la situation dans laquelle les arbitres rendent une solution contraire à l'ordre public. Toutefois, et par hypothèse, c'est un tribunal arbitral qui rend une sentence (et non le juge de l'annulation), et donc la question se pose de l'étendue des pouvoirs du juge de l'annulation, dans le contrôle de l'ordre public (et, en miroir, l'étendue des facultés pour les arbitres de tenir compte avec rigueur, ou avec un certain détachement, d'une règle d'ordre public applicable, invoquée ou non invoquée par les parties). On mesure donc que plus le contrôle, par le juge de l'annulation, du respect par les arbitres de ces règles d'ordre public sera strict, plus les arbitres devront faire preuve d'attention, de connaissance du droit applicable au fond (surtout), et réciproquement, et moins ils se sentiront « libres » de leur décision (notamment en matière internationale).

1604. – Conception minimaliste. Une conception restrictive de l'ordre public interne ou international au sens du droit de l'arbitrage repose sur le fait d'une part que les règles impératives internes sont en nombre considérable et d'autre part que l'annulation du seul fait que la sentence a méconnu ou mal interprété une clause et ce faisant n'a pas appliqué une règle de droit impérative (qui aurait dû être appliquée si l'arbitre avait correctement interprété le contrat) reviendrait à réviser la sentence au fond²³⁸⁶. Elle vise en outre, de manière plus spéculative, à assurer une autonomie réelle de l'arbitrage et, ce faisant, de manière peut-être plus profonde à ne pas contraindre les arbitres, à ne pas les surveiller de trop près, dans une logique de confiance, globale, dans l'institution arbitrale. Ainsi, l'objet du recours en annulation est le fait que la sentence est « contraire à l'ordre public » et non qu'elle viole une règle particulière d'ordre public. Si le juge de l'annulation n'a pas à contrôler la qualité de l'interprétation d'une règle d'ordre public, il en est différemment si l'interprétation d'un contrat conduit à l'application d'une règle d'ordre public non appliquée par l'arbitre, en sorte que la sentence serait alors effectivement contraire à l'ordre public.

²³⁸⁵ Sur ce débat : J. Jourdan-marques, *Le contrôle étatique des sentences arbitrales internationales*, LGDJ, 2017. – P. Mayer, *L'étendue du contrôle, par le juge étatique, de la conformité des sentences arbitrales aux lois de police*, in *Mél. Gaudemet-Tallon*, Dalloz, 2008, p. 459. – L. Ch. Delanoy, *Le contrôle de l'ordre public au fond par le juge de l'annulation : trois constats, trois propositions* : *Rev. arb.* 2007, p. 177. – Ch. Seraglini, *Le contrôle de la sentence au regard de l'ordre public international par le juge étatique : mythes et réalités* : *Cah. arb.* 2009/1, p. 5. – B. Hanotiau, *Faut-il supprimer le contrôle de la sentence au regard de l'ordre public ?* : *LPA* 11 oct. 2000, p. 7. V. aussi, E. Loquin, note ss Cass. 1^{re} civ., 3 juin 1998 : *Rev. arb.* 1999, p. 71. – Ch. Seraglini, note ss Paris, 14 juin 2001, préc.

²³⁸⁶ L. Ch. Delanoy, *Le contrôle de l'ordre public au fond par le juge de l'annulation : trois constats, trois propositions* : *Rev. arb.* 2007, p. 177-221, spéc. p. 180.

Par exemple, pour l'ordre public interne, selon cette conception, le fait de considérer qu'une clause d'exclusivité d'une durée supérieure à dix ans (C. com., art. L. 330-1) n'est pas une clause d'exclusivité aboutit à ne pas appliquer cette règle impérative (supposons ici qu'il s'agisse d'une règle relevant de l'ordre public international) mais n'a pas pour conséquence de rendre une sentence contraire à l'ordre public (sinon il s'agirait de réviser, au fond, la sentence), tandis que si l'arbitre considère qu'il s'agit bien d'une clause d'exclusivité mais qu'elle doit s'appliquer au-delà de la durée légale, la sentence est alors annulable pour méconnaissance de la règle d'ordre public²³⁸⁷. Il en résulte alors que le contrôle de validité de la sentence, au regard de l'ordre public, est un contrôle de légalité soit purement formel soit simplement apparent et, ce faisant, tronqué. Il suffit que l'arbitre considère que la règle d'ordre public ne s'applique pas pour que la sentence soit conforme à l'ordre public. En matière internationale, le résultat est encore plus flagrant. Par exemple, la jurisprudence admet que les frontières de « l'arbitrabilité » d'un litige mettant en œuvre une règle d'ordre public sont discutables, et le fait qu'un tribunal arbitral puisse en sanctionner la violation (V. *supra*, n° 264).

1605. – Conception maximaliste. Une conception impliquant un contrôle sinon complet de la sentence à l'aune de la notion d'ordre public, du moins plus important, justifierait au contraire que le juge de l'annulation se préoccupe du respect par l'arbitre de tous les éléments qui aboutissent à l'application d'une règle d'ordre public, y compris donc la technique de qualification d'une situation juridique²³⁸⁸. Il suffirait donc pour le juge de constater une violation d'une règle d'ordre public, et ne pas se restreindre à observer l'effet contraire à l'ordre public d'une sentence. On ne peut manquer de considérer deux points. Le premier tient au fait que la conception minimaliste aboutit à intégrer des sentences contenant des solutions contraires à l'ordre public ; le second que la conception maximaliste conduit à imposer au juge un effort de contrôle considérable, tendant vers la révision au fond.

Il demeure que si, avant 2011, l'annulation, en matière interne, était promise « si l'arbitre a violé une règle d'ordre public », semblant valider, d'un simple point de vue textuel, l'hypothèse d'une conception maximaliste, l'article 1492, depuis 2011, s'en tient à l'idée que la sentence soit « contraire à l'ordre public », ce qui pourrait sembler ne valider que la conception minimaliste du contrôle d'une sentence, si l'on admet toutefois que la formule prévalant depuis 2011 interdise que la contrariété à l'ordre public se limite aux seuls effets de la sentence, indépendamment des

²³⁸⁷ Cass. 2^e civ., 20 févr. 1991 : *Rev. arb.* 1991, p. 447, note L. Idot (qualification d'un contrat d'intégration agricole).

²³⁸⁸ Paris, 30 sept. 1993, *Westman* : *Rev. arb.* 1994, p. 359 (« Le contrôle de la cour d'appel doit porter en fait et en droit sur tous les éléments permettant de justifier l'application ou non de la règle d'ordre public international et dans l'affirmative d'apprécier au regard de celle-ci la licéité du contrat ») et « en décider autrement aboutirait à priver le rôle du juge de toute efficacité et, partant, sa raison d'être ») ; Cass. 1^{re} civ., 6 janv. 1987, *Southern Pacific Properties (affaire « des Pyramides »)* : *Rev. arb.* 1987, p. 469, note Ph. Leboulanger ; *JDI* 1987, p. 638, note B. Goldman. – Cass. 1^{re} civ., 3 juin 1998 : *Rev. arb.* 1999, p. 71, note E. Loquin.

conditions de production de ces effets et donc de la violation d'une règle d'ordre public.

1606. – Évolution de la jurisprudence française : faveur à la conception minimaliste. L'un des arguments utilisé pour valider la solution minimaliste repose sur l'application de l'article 1520, 5° du Code de procédure civile, en matière d'arbitrage international et donc repose sur l'appréciation de la notion d'effectivité du contrôle de la sentence²³⁸⁹, laquelle fait la balance entre d'une part la question sur le respect de l'interdiction de la révision, au fond, de la sentence, masquant l'idée plus générale, plus libérale, d'une autonomie laissée aux arbitres, et d'autre part celle du rôle du juge du contrôle, en termes d'efficacité. Dans l'arrêt du 6 janvier de 1987 *Plateau des Pyramides*²³⁹⁰, puis *Westman* de la cour d'appel de Paris en 1993²³⁹¹, l'office du juge du contrôle devait être large, maximal, selon un raisonnement conséquentialiste (« en décider autrement aboutirait à priver le rôle du juge de toute efficacité et, partant, sa raison d'être »)²³⁹², il en résultait une forme de prévalence du juge, donc un contrôle de type « maximaliste ». Par la suite, et par un premier ensemble de décisions opérant revirement de jurisprudence, un contrôle de type « minimaliste » s'est imposé, sur le fondement de l'interdiction de la révision au fond de la sentence par le juge.

1607. – Violations flagrantes. La jurisprudence limitait en effet le contrôle de la validité de la sentence arbitrale internationale aux « atteintes flagrantes, effectives et concrètes »²³⁹³, où il s'agit de questions d'application de règles du droit de la concurrence, lois de police par ailleurs : « Le juge de l'annulation ne saurait, sous peine de remettre en cause le caractère final de la détermination des arbitres sur le fond du procès, la violation alléguée d'une loi de police n'autorisant aucune atteinte à la règle procédurale de l'interdiction d'une révision au fond en l'absence de fraude ou de violation manifeste, effectuer un examen de l'application des règles de la concurrence au contrat litigieux »²³⁹⁴. Dans l'affaire *Thalès*, la sentence, internationale, se

²³⁸⁹ Comp. F.-X. Train, *L'effectivité du contrôle de la juridiction de l'arbitre : Procédures* 2020, n° 2, dossier 6.

²³⁹⁰ Cass. 1^{re} civ., 6 janv. 1987, *Southern Pacific Properties (affaire « des Pyramides »)*, préc.

²³⁹¹ Paris, 30 sept. 1993, *Westman*, préc.

²³⁹² Paris, 30 sept. 1993, *Westman*, préc.

²³⁹³ Paris, 14 juin 2001 : *Rev. arb.* 2001, p. 773, note Ch. Seraglini. – Paris, 18 nov. 2004, *Thalès Air Defense c/ GIE Euromissile* : *JCP G* 2005, II, 10038, note G. Chabot, I, 134, n° 8, obs. Ch. Seraglini ; *JDI* 2005, p. 357, note A. Mourre ; *D.* 2005, pan. 3058, obs. Th. Clay ; *RTD com.* 2005, p. 263, obs. E. Loquin ; *Rev. crit. DIP* 2006, p. 104, note S. Bollée. *Adde* : L. G. Radicati di Brozolo, *L'illicéité qui « crève les yeux », critère du contrôle des sentences au regard de l'ordre public international* : *Rev. arb.* 2005, p. 529. – Ch. Seraglini, *L'affaire Thales et le non-usage de l'exception d'ordre public international ou les dérèglements de la dérèglementation* : *Gaz. Pal.* 21-22 oct. 2005.

²³⁹⁴ Paris, 14 juin 2001, préc. *Adde* : Paris, 18 nov. 2004, *Thalès*, préc. : « considérant que la violation de l'ordre public international au sens de l'article 1502, 5° du Code de procédure civile doit être flagrante, effective et concrète, que le juge de l'annulation peut certes, dans le cadre de ses pouvoirs de nature disciplinaire, porter une appréciation en droit et en fait sur les éléments qui sont dans la sentence déférée à son contrôle, mais pas statuer au fond sur un litige complexe qui n'a jamais encore été ni plaidé, ni jugé devant un arbitre concernant

voyait reprocher d'avoir validé un contrat dans un sens donnant un effet à une situation d'entente anticoncurrentielle. Par conséquent, dans cette affaire, au regard de l'application des règles du droit de la concurrence, le juge de l'annulation ne contrôle pas l'application de ces règles, mais uniquement le fait que la solution de la sentence soit conforme à l'ordre public, ici concurrentiel, et ce, de manière à ne pas conduire à une révision, au fond, de la sentence internationale : « Le juge de l'annulation ne saurait effectuer un examen de l'application des règles de la concurrence au contrat litigieux, sous peine de remettre en cause le caractère final de la détermination des arbitres sur le fond du procès, la violation alléguée d'une loi de police n'autorisant aucune atteinte à la règle procédurale de l'interdiction d'une révision au fond, en l'absence de fraude ou de violation manifeste », mieux, selon les termes de la cour d'appel, une violation « devant crever les yeux du juge ». Plus exactement, ou plus abstraitement, ce qui est alors en jeu est le fait que la sentence ne soit pas, de manière « flagrante », en contradiction avec une règle d'ordre public (le caractère « effectif et concret » de la violation ne faisant pas débat, une violation ineffective ou abstraite de l'ordre public n'ayant aucun sens). La formule a d'ailleurs été ensuite reprise dans un arrêt *Cytec* par la Cour de cassation²³⁹⁵, avec toujours pour enjeu la contrariété de la solution avec une règle d'ordre public de la concurrence²³⁹⁶. Seules les violations flagrantes, effectives et concrètes à l'ordre public international pourraient donc donner lieu à un contrôle, qui demeurerait un contrôle *prima facie*.

la simple éventualité de l'illicéité de certaines stipulations contractuelles ; Qu'il n'y a aucune raison de permettre à la société Thalès de bénéficier des lacunes, volontaires ou non, dans la défense de ses intérêts devant les arbitres, soit qu'elle ait estimé à l'époque vraisemblable ou acquise la compatibilité des clauses contractuelles litigieuses avec les règles du droit communautaire, de la concurrence, ou, tout au contraire, voulu échapper aux sanctions de la Commission, dans tous les cas afin de réserver ses arguments au stade du procès en annulation de la sentence qui la condamne ; Considérant qu'en définitive, le juge de l'annulation ne saurait, sous peine de remettre en cause le caractère final de la détermination des arbitres sur le fond du procès, la violation alléguée d'une loi de police n'autorisant aucune atteinte à la règle procédurale de l'interdiction d'une révision au fond, effectuer en l'absence de fraude ou, comme il a été dit, de violation manifeste, un examen de l'application des règles de la concurrence au contrat litigieux, aucune annulation n'étant d'ailleurs encourue simplement parce que les arbitres ainsi que le soutient la société Thalès n'ont pas soulevé d'office les questions du droit communautaire de la concurrence ; que la Cour de justice des communautés européennes reconnaît elle-même dans son arrêt *Eco Swiss* le caractère limité du contrôle des sentences, le droit communautaire devant seulement bénéficier, aux termes d'une analyse qui met en balance la nécessité de son application avec les principes de la sécurité juridique et le respect des règles fondamentales de l'arbitrage de la même attention et protection que les règles impératives de droit d'origine nationale ».

²³⁹⁵ Cass. 1^{re} civ., 4 juin 2008, *Cytec* : D. 2008, p. 1684, note X. Delpech ; *Rev. arb.* 2008, p. 473, note I. Fadlallah : « s'agissant de la violation de l'ordre public international, seule la reconnaissance ou l'exécution de la sentence est examinée par le juge de l'annulation au regard de la compatibilité de sa solution à l'ordre public, dont le contrôle se limite au caractère flagrant, effectif et concret de la violation alléguée ».

²³⁹⁶ V. depuis : Paris, 22 oct. 2009 : *Rev. arb.* 2010, p. 124, note F.-X. Train. – Paris, 10 sept. 2009 : *Rev. arb.* 2010, p. 548, note L. Ch. Delanoy et Cass. 1^{re} civ., 12 févr. 2014 : *Rev. arb.* 2014, p. 389, note D. Vidal ; *JCP G* 2014, 475, note D. Mouralis.

1608. – Évolution de la jurisprudence française : critique de la conception minimaliste ? Cette conception, internationale, mais minimaliste se justifie précisément pour les sentences internationales : les arbitres internationaux n'ont pas de for, l'ordre public international est conçu de manière différente (V. *supra*, n° 1589). Toutefois, et même dans le champ de l'arbitrage international, cette solution fait l'objet de critiques doctrinales importantes fondées sur le fait que cette méthode aboutit à un contrôle finalement inexistant, voire crée les conditions d'un contrôle illusoire, voire d'un non-contrôle et, ce faisant, absout les arbitres de toute vigilance. Si le juge de l'annulation n'est tenu que de réaliser un contrôle extrinsèque de la sentence au regard de l'ordre public, alors il suffit aux arbitres de décider soit que la situation litigieuse n'était pas contraire à l'ordre public, soit de ne pas même envisager l'application de cette règle d'ordre public (si elle n'était pas invoquée par les parties). Le contrôle de cette sentence par le juge de l'annulation reviendrait à réviser au fond la sentence ; la conclusion est aisée, il n'y a donc pas de contrôle de l'ordre public pour des arbitres avertis, sinon apparent. Les hypothèses de contrôle seraient donc limitées à des sentences mal motivées, par exemple parce que la situation litigieuse n'est pas contraire à telle règle d'ordre public, mais qu'elle mérite toutefois sanction. En matière interne il en est cependant de manière différente : les arbitres internes sont soumis à l'ordre juridique interne et, ce faisant, à l'ordre public interne dans toute son essence. On voit alors que le fait de retenir, en matière d'arbitrage interne, la solution prévalant en matière d'arbitrage international (et à propos du droit de la concurrence), aboutit à conférer une certaine efficacité à la sentence mais au prix d'un détournement difficile à justifier de l'ordre public. Il suffit en effet que les arbitres ignorent la règle d'ordre public pour que la sentence soit valable, de telle manière que ne resteraient annulables que les sentences violant de manière flagrante l'ordre public²³⁹⁷.

Or, dans les deux cas on peut considérer que le contrôle de la conformité de la sentence à l'ordre public international, y compris en dépassant le seul cas d'une sentence contraire à l'ordre public, interne ou international, n'aboutit pas à une révision au fond de la sentence, dans la mesure où le juge de l'annulation se borne à vérifier la correcte application d'une règle d'ordre public, sans en tirer de conséquence au fond ni en tirer de conséquence impérieuse pour la suite du litige²³⁹⁸. Autre, d'ailleurs, est la rigueur apportée par la jurisprudence s'agissant du respect de

²³⁹⁷ Comp. cependant, Cass. 1^{re} civ., 14 nov. 2006 : *Rev. arb.* 2007, p. 98.

²³⁹⁸ L. Ch. Delanoy, *Le contrôle de l'ordre public au fond par le juge de l'annulation : trois constats, trois propositions*, *op. cit.*, spéc. n° 35. Comp. Cass. civ., 6 janv. 1987, *Plateau des Pyramides* : *Rev. arb.* 1987, p. 469, note Ph. Leboulanger ; *JDI* 1987, p. 638, note B. Goldman, qui avait considéré qu'« aucune limitation n'est apportée au pouvoir de cette juridiction de rechercher en droit et en fait tous les éléments concernant les vices en question » (appel d'une ordonnance d'*exequatur*).

l'ordre public procédural, par exemple dans l'hypothèse d'une fraude réalisée par une partie pour faire obstacle à la bonne appréhension des faits par les arbitres²³⁹⁹.

1609. – Autres législations. La plupart des auteurs constatent que le contrôle de validité d'une sentence ne correspond qu'à des situations exceptionnelles correspondant à des situations de corruption, de contrats illicites, de violations flagrantes de règles de concurrence, de fraude ou de faillite²⁴⁰⁰. Quelques cas font cependant exception dont le droit belge notamment dans l'affaire *SNF/Cytec* dans laquelle le Tribunal de première instance avait décidé que « le contrôle du respect de dispositions d'ordre public suppose que la motivation de la sentence soit examinée, en fait et en droit, non seulement d'un point de vue formel mais aussi du point de vue du contenu »²⁴⁰¹. Les cas imposant une forte intrusion du juge de l'annulation dans la motivation des arbitres sont donc finalement très rares (V. *supra*, n° 1551, à propos de la conception américaine du *manifest disregard of the Law*). Il n'en résulte pas une forme d'uniformité autour d'une conception, qui serait alors minimaliste, voire ultra-minimaliste. Toutes les législations retiennent une conception spécifique de l'ordre public international ou, pour celles qui ne connaissent pas la distinction entre ordre public interne et ordre public international, une conception de l'office du juge face à une sentence internationale plus limitée que le contenu de l'ordre public interne. En revanche, il n'existe aucune forme d'uniformité s'agissant du contenu de l'ordre public international et l'on voit mal, d'ailleurs, comment il pourrait en être autrement, la notion étant, par nature, nationale et étatique. Dans une conception purement libérale de la question, il faudrait sans doute demander aux prescripteurs d'arbitrage international, les principaux acteurs du commerce international et leur préférence pour un système juridique qui restreint ou qui, au contraire, accroît le contrôle de la validité du contrôle, dans l'idée que le droit de l'arbitrage d'un État serait plus accueillant pour ces acteurs. Or,

²³⁹⁹ Paris, 1^{er} juill. 2010, p. 857, note B. Audit : *Cah. arb.* 2011, p. 741, note L.-Ch. Delanoy ; *JCP G* 2010, 1286, n° 5, obs. J. Ortscheidt : « il appartient au juge de l'*exequatur* d'examiner l'ensemble des circonstances susceptibles de caractériser la fraude alléguée sans que puisse être utilement opposé le moyen tiré de la prohibition de la révision au fond des sentences, dès lors que la contestation porte précisément sur l'altération, par les manœuvres d'une partie, de l'appréciation des faits à laquelle se sont livrés les arbitres ».

²⁴⁰⁰ G. B. Born, *International Commercial Arbitration*, vol. III, *International Arbitral Award*, *op. cit.*, p. 3321 et s. – A. Mourre et L. G. Radicati di Bruzolo, note ss TGI Bruxelles, 8 mars 2007 : *Rev. arb.* 2007, p. 303. – A. Mourre, note ss Cass. 1^{re} civ., 4 juin 2008, *Cytec*, préc.

²⁴⁰¹ Trib. 1^{re} inst. Bruxelles, 8 mars 2007, *SNF c/ Sytec* : *Rev. arb.* 2007, p. 303, note A. Mourre et L. G. Radicati di Bruzolo. La décision avait été censurée par la cour d'appel de Bruxelles (Bruxelles, 22 juin 2009 : *Rev. arb.* 2009, p. 374, note A. Mourre) mais en reprenant une analyse conforme à celle du juge de première instance. C'est également le cas en droit néerlandais où une cour d'appel avait considéré qu'« une Cour nationale doit retenir une action en annulation d'une sentence arbitrale quand, selon elle, cette sentence est évidemment contraire à l'article 81, § 1 CE [aujourd'hui 101, § 1 TFUE] dans les cas dans lesquels elle reçoit un recours en annulation en raison de la violation d'une règle nationale d'ordre public dans les conditions de ses règles procédurales nationales », CA La Haye, 24 mars 2005 : *Gaz. Pal.* 2006, *cah. arb.*, vol. III, p. 470.

entre une attitude visant à laisser les arbitres les plus libres possible et celle recherchant au contraire un contrôle important des sentences rendues, il est difficile de trancher de ce point de vue, certains acteurs cherchant sans doute une solution médiane.

1610. – Conception médiane : périmètre et intensité du contrôle, hiérarchies dans l'ordre public ? La question est donc de savoir si, dans l'ordre juridique interne, on peut se satisfaire d'un tel contrôle finalement restreint²⁴⁰² aux seules violations de l'ordre public qui « crèvent les yeux »²⁴⁰³, y compris dans des domaines qui, par nature, relèvent d'un ordre public essentiel ou majeur, et ce, tant en droit interne qu'international de l'arbitrage. La question conduit alors à présenter le contrôle de manière différente.

Une première approche pourrait conduire à proposer une forme de hiérarchie entre les règles d'ordre public. C'est là une question de politique judiciaire plus que d'analyse juridique, dont l'appréciation dépend d'ailleurs de la nature du juge interrogé, par exemple si le juge européen est appelé à donner son appréciation sur l'application de l'ordre public de source européenne²⁴⁰⁴. Une première hiérarchie s'imposerait alors selon que les règles d'ordre public invoquées sont purement internes, de source européenne ou d'un ordre public international de source non européenne. Une deuxième forme de hiérarchie dans les règles d'ordre public pourrait également être envisagée d'un point de vue substantiel en considérant que certaines de ces règles mériteraient une attention plus soutenue que d'autres. Une troisième forme de hiérarchie semble s'instaurer entre le contrôle de l'ordre public de fond et l'ordre public procédural, où le contrôle semble plus intensif, notamment face aux faits de fraude (*V. supra*, n° 1599).

Une deuxième approche²⁴⁰⁵, assez voisine, conduit à apprécier deux niveaux non plus d'ordre public, mais d'intérêts à protéger. Du point de vue des intérêts à protéger, les intérêts privés peuvent être distingués des intérêts publics. Relèvent ainsi des intérêts privés les questions de compétence du tribunal, du respect de la mission de l'arbitre et de constitution du tribunal arbitral et sont des intérêts

²⁴⁰² Comp. L. Ch. Delanoy, *Le contrôle de l'ordre public au fond par le juge de l'annulation : trois constats, trois propositions*, *op. cit.*, spéc. n° 54.

²⁴⁰³ Paris, 18 nov. 2004, préc.

²⁴⁰⁴ Cf. par ex. dans des situations mettant en jeu l'ordre public découlant des règles du droit de l'Union européenne, comme dans l'affaire *Claro* (CJCE, 26 oct. 2006, aff. C-168/05, *Claro* : D. 2006, p. 2562, note S. Bollée, p. 3017, obs. Th. Clay ; *Rev. arb.* 2007, p. 109, note L. Idot ; *JDI* 2007, p. 391, note A. Mourre. Dans cette affaire, un consommateur avait été attiré à un arbitrage et n'avait pas invoqué le caractère abusif de la clause compromissoire, pour, au stade du recours en annulation contre la sentence rendue, l'avoir fait valoir (alors qu'en droit espagnol de l'arbitrage, comme en droit français, il eût fallu le faire devant le tribunal arbitral). La Cour de justice avait cependant invoqué le « principe d'effectivité du droit communautaire » qui devait s'imposer face aux règles procédurales d'un droit étatique sauf à rendre « impossible ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés par l'ordre juridique communautaire », de sorte que l'objectif de protection communautaire du consommateur « ne pourrait être atteint si la juridiction saisie d'un recours en annulation d'une sentence arbitrale était empêchée d'apprécier la nullité de la convention d'arbitrage dans le cadre de la procédure arbitrale ».

²⁴⁰⁵ Cf. J. Jourdan-Marques, *Le contrôle étatique des sentences arbitrales internationales*, préf. Th. Clay, LGDJ, 2017, spéc. n°s 456 et s.

publics, ceux relevant de l'ordre public international. Du point de vue du niveau de contrôle, deux peuvent être saisis, celui de l'objet du contrôle qui peut-être extrinsèque et concerner tous les éléments du dossier²⁴⁰⁶, du moins ceux qui ont été examinés par les arbitres, et point seulement la sentence elle-même, et celui de l'intensité du contrôle, s'agissant de la compétence et de la constitution du tribunal arbitral notamment²⁴⁰⁷, ainsi que la question de la gravité du vice affectant la sentence.

1611. – Spécificité de l'ordre public concurrentiel ? La question est de savoir si, dans l'ordre juridique interne, on peut se satisfaire d'un tel contrôle finalement restreint²⁴⁰⁸ aux seules violations de l'ordre public qui « crèvent les yeux »²⁴⁰⁹, y compris dans des domaines qui, par nature, relèvent d'un ordre public essentiel ou majeur, et ce, tant en droit interne qu'international de l'arbitrage. La question conduit à présenter une forme de hiérarchie entre les règles d'ordre public. On peut observer que la jurisprudence en la matière correspond souvent à l'appréciation de règles d'ordre public qui sont des règles pénales économiques particulières, en termes de corruption ou de blanchiment d'argent, ou de droit de la concurrence. Il y a sans doute un effet de « loupe » associé à l'application du droit de la concurrence qui fausse peut-être la perspective générale. En effet, l'application, par les arbitres, des règles du droit de la concurrence, parfois confondue avec l'application générale des règles du droit de l'Union européenne, est particulièrement problématique²⁴¹⁰, même si l'application du droit de la concurrence par les arbitres n'est plus contestée (V. *supra*, n° 353)²⁴¹¹.

En premier, il faudrait distinguer les hypothèses dans lesquelles les parties ont, ou non, invoqué l'application de ces règles. Dans le premier cas, l'interprétation contraire au droit de la concurrence ouvre-t-elle un recours en annulation, dans le second, les arbitres doivent-ils, d'office, relever la contrariété avec la règle concurrentielle d'ordre public ? On mesure la difficulté (encore plus importante que pour un juge étatique) : la sanction (au sens où une autorité de la concurrence peut sanctionner une pratique anticoncurrentielle et non au sens où les sanctions civiles seraient appliquées) de la règle de droit de la concurrence n'est en premier pas

²⁴⁰⁶ Paris, 26 mars 2009, *Papillon Group c/ République Arabe de Syrie* : *Rev. arb.* 2010, p. 525, note V. Chantebout ; *D.* 2010, p. 2933, obs. Th. Clay. – Paris, 22 mai 2008, *Abela* : *Rev. arb.* 2008, p. 730, note F.-X. Train ; *JCP G* 2008, I, 222, n° 7, obs. Ch. Seraglini ; *D.* 2008, p. 3111, obs. Th. Clay.

²⁴⁰⁷ J. Jourdan-Marques, *Le contrôle étatique des sentences arbitrales internationales*, *op. cit.*, n° 462 et V. *infra*, n° 1538 s'agissant de l'office du juge.

²⁴⁰⁸ Comp. L. Ch. Delanoy, *Le contrôle de l'ordre public au fond par le juge de l'annulation : trois constats, trois propositions*, *op. cit.*, spéc. n° 54.

²⁴⁰⁹ Paris, 18 nov. 2004, préc.

²⁴¹⁰ Comp. CJCE, 23 mars 1982, *Nordsee* : *Rev. arb.* 1982, p. 473. V. X. de Mello, *Arbitrage et droit communautaire* : *Rev. arb.* 1982, p. 349. – CJCE, 27 avr. 1994, *Cne d'Almelo* : *Rev. arb.* 1995, p. 503, note Fouchard. – CJCE, 1^{er} juin 1999, *Eco Swiss* : *Rev. arb.* 1999, p. 631, note L. Idot ; *RTD com.* 2000, p. 343, obs. Loquin. Adde, S. Poillot Peruzzetto, *L'ordre public international en droit communautaire. À propos de l'arrêt de la CJCE du 1^{er} juin 1999* : *JDI* 2000, p. 299. – A. Mourre, *Les rapports de l'arbitrage et du droit communautaire après l'arrêt Eco Swiss de la CJCE* : *Gaz. Pal.* 2000, 1, doct. p. 12. Adde : W. Abdelgawad, *Arbitrage et droit de la concurrence*, LGDJ, 2001.

²⁴¹¹ Paris, 19 mai 1993, *Labinal* : *Rev. arb.* 1993, p. 645, note Ch. Jarrosson.

arbitrable, seules ses conséquences le sont. Or, précisément, l'arbitre ne dispose pas des outils permettant d'appliquer les règles du droit de la concurrence, outils qui sont aux mains des autorités compétentes de concurrence (Autorité de la concurrence en France ou Commission européenne éventuellement pour le droit européen de la concurrence) alors même que l'institution arbitrale, à la différence du juge étatique, n'est pas reconnue comme une « autorité nationale » susceptible d'interroger pour avis ou de saisir l'Autorité de la concurrence ou la Commission. On comprendrait mieux alors la réserve de la cour de Paris ou de la Cour de cassation dans cette circonstance précise, comme dans l'affaire *Thalès*, qui ne vaut peut-être pas pour d'autres cas de règles d'ordre public dont l'interprétation est possible par l'arbitre, alors même que c'est ce cas qui a focalisé l'attention et les critiques. Sans doute est-ce la raison qui a conduit la jurisprudence à moduler ses solutions, notamment en ne faisant plus référence au critère de la « flagrance », pour s'en tenir aux deux autres, la violation « effective et concrète »²⁴¹² : reste à mesurer, en droit de la concurrence, la portée du revirement de la jurisprudence sur le contrôle de l'ordre public²⁴¹³.

Il reste que, sortie de la question du droit de la concurrence, la question de l'étendue du contrôle par le juge de l'annulation de la validité de la sentence reste entière. Il semble établi que le critère de flagrance, en tant qu'il valide l'idée d'un contrôle minimal et, ce faisant, celle d'une liberté, voire d'une licence, plus ou moins assumée, des arbitres avec les règles d'ordre public est globalement difficilement acceptable. Il semble toutefois que l'idée d'un contrôle maximal, aboutissant à transformer l'arbitre en un serviteur rigoureux de la loi, notamment en matière internationale, l'est tout autant. L'institution arbitrale, en effet, n'est pas une simple alternative formelle à la justice étatique mais correspond à une philosophie de l'application du droit (magnifiée par l'amiable composition) qui, précisément, n'est pas celle des juges étatiques : c'est d'ailleurs la raison pour laquelle les parties recherchent une solution arbitrale à leur litige. Or, il existe vraisemblablement une forme de hiérarchie des règles d'ordre public, qui repose moins sur la « flagrance » de la violation que l'importance des intérêts, privés ou publics, qui sont en jeu dans la conception globale d'un arbitrage qui devrait conduire à un contrôle sérieux, mais modéré (la question étant la technique de modulation) sans doute par une appréciation au cas par cas, sans souci donc de constituer une « jurisprudence » dont on voit les effets multiplicateurs ici, qui repose moins sur la violation « effective et concrète » de l'ordre public que sur les conséquences, « effectives et concrètes » de cette violation.

1612. – Corruption. Le mouvement vers le renforcement du contrôle de l'ordre public est récent et résulte souvent de situations de corruption²⁴¹⁴, ou disons de manière moins tranchée, de soupçons de malversations financières de manière plus générale, dont le blanchiment d'argent, la violation de règles pénales des affaires plus globalement. L'ordre public français peut-il

²⁴¹² Cf. par ex. Paris, 17 janv. 2016 : *Rev. arb.* 2012, p. 569, note M. L. Niboyet. – Paris, 26 févr. 2013 : *Rev. arb.* 2014, p. 82, note P. Duprey et C. Fouchard. – Paris, 4 mars 2014 : *Rev. arb.* 2014, p. 955, note L.-Ch. Delanoy.

²⁴¹³ Cf. J. Jourdan-Marques, obs. sur Versailles 22 oct. 2019, n° 18/03519 : *Dalloz actualité*, 6 janv. 2020.

²⁴¹⁴ Cf. E. Gaillard, *La corruption saisie par les arbitres du commerce international* : *Rev. arb.* 2017, p. 805. Adde B. Oppetit, *Le paradoxe de la corruption à l'épreuve du droit du commerce international* : *JDI* 1987, p. 5. – J.-B. Racine, *L'arbitrage international et l'ordre public*, LGDJ, 1999 ; V. aussi CA Paris, 4 mars 2014, n° 12/17681, *Gulf Leaders c/ Crédit Foncier de France* cité dans D. Bensaude, *Allégation de corruption et contrôle de la sentence* : *Gaz. Pal.* 28 juin 2014, p. 16.

en effet se satisfaire de sentences qui, au final, « purgent » une situation relevant d'une telle infraction pénale ?

1613. – Convention OCDE et Convention de Mérida. La convention de l'OCDE du 21 novembre 1997 sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales dessinait un premier cadre²⁴¹⁵, élargie ensuite par la Convention des Nations unies de Mérida du 9 décembre 2003²⁴¹⁶ qui insiste sur la corruption d'un agent public étranger. L'ensemble a été réalisé sur la base du FCPA (*Foreign Corrupt Practices Act* de 1977, sur la corruption d'agents publics à l'étranger). Ces règles concernent l'ensemble des actes de corruption commis par des entreprises ou des personnes, américaines ou non, qui sont implantées aux États-Unis, cotées en bourse sur le territoire américain ou qui participent d'une manière ou d'une autre à un marché financier régulé aux États-Unis. Elle est notamment mise en œuvre par l'OFAC (*Office of Foreign Assets Control*), dont l'équivalent français est le Parquet national financier. C'est sur la base de ces règles américaines, à vocation extraterritoriale, que de nombreuses entreprises, notamment européennes, ont été sévèrement sanctionnées aux États-Unis²⁴¹⁷. Le Conseil de l'Europe a également adopté en 1999 une Convention pénale sur la corruption, qui envisage également la répression de la corruption active et passive dans le secteur privé, ainsi qu'une Convention civile sur la corruption qui tient compte de ses effets (validité des contrats, responsabilité des acteurs, questions de preuve, etc.)²⁴¹⁸. De manière plus pragmatique, la Chambre de commerce

²⁴¹⁵ Conv. OCDE 1997, art. 1 : « 1. Chaque Partie prend les mesures nécessaires pour que constitue une infraction pénale en vertu de sa loi le fait intentionnel, pour toute personne, d'offrir, de promettre ou d'octroyer un avantage indu pécuniaire ou autre, directement ou par des intermédiaires, à un agent public étranger, à son profit ou au profit d'un tiers, pour que cet agent agisse ou s'abstienne d'agir dans l'exécution de fonctions officielles, en vue d'obtenir ou conserver un marché ou un autre avantage indu dans le commerce international. 2. Chaque Partie prend les mesures nécessaires pour que constitue une infraction pénale le fait de se rendre complice d'un acte de corruption d'un agent public étranger, y compris par instigation, assistance ou autorisation. La tentative et le complot en vue de corrompre un agent public étranger devront constituer une infraction pénale dans la mesure où la tentative et le complot en vue de corrompre un agent public de cette Partie constituent une telle infraction ».

²⁴¹⁶ Conv. Nations unies de Mérida, art. 5 : « 1. Chaque État Partie élabore et applique ou poursuit, conformément aux principes fondamentaux de son système juridique, des politiques de prévention de la corruption efficaces et coordonnées qui favorisent la participation de la société et reflètent les principes d'état de droit, de bonne gestion des affaires publiques et des biens publics, d'intégrité, de transparence et de responsabilité. 2. Chaque État Partie s'efforce de mettre en place et de promouvoir des pratiques efficaces visant à prévenir la corruption. 3. Chaque État Partie s'efforce d'évaluer périodiquement les instruments juridiques et mesures administratives pertinents en vue de déterminer s'ils sont adéquats pour prévenir et combattre la corruption. 4. Les États Parties collaborent, selon qu'il convient et conformément aux principes fondamentaux de leur système juridique, entre eux et avec les organisations régionales et internationales compétentes pour la promotion et la mise au point des mesures visées dans le présent article. Dans le cadre de cette collaboration, ils peuvent participer à des programmes et projets internationaux visant à prévenir la corruption ». Convention du Conseil de l'Europe sur la corruption du 27 janvier 1999.

²⁴¹⁷ Comp. R. Gauvain, *Rétablir la souveraineté de la France et de l'Europe et protéger nos entreprises des lois et mesures à portée extraterritoriale*, Paris, AN, 26 juin 2019.

²⁴¹⁸ Conseil de l'Europe, Convention pénale sur la corruption, 27 janv. 1999, art. 7 et 8 : « art. 7 : Chaque Partie

internationale a adopté, en 1977, des « Règles pour combattre la corruption » visant à policer les relations interentreprises, rééditées en 2011²⁴¹⁹. Enfin, la loi « Sapin II » du 9 décembre 2016 a posé les jalons d'une véritable lutte contre la corruption en France (V. *infra*, n° 1617), tandis que la cour de Paris la définit comme la pratique qui « suppose que soit consenti, directement ou indirectement, le don ou la promesse d'un avantage à une personne qui exerce, dans le cadre d'une activité professionnelle ou sociale, une fonction de direction ou un travail pour une personne physique ou morale, afin d'obtenir qu'elle accomplisse ou s'abstienne d'accomplir un acte de son activité ou de sa fonction, ou facilité par son activité ou sa fonction, en violation de ses obligations contractuelles ou professionnelles »²⁴²⁰, définition large, bien plus que celle proposée dans l'affaire *Alstom* en 2019²⁴²¹.

adopte les mesures législatives et autres qui se révèlent nécessaires pour ériger en infraction pénale, conformément à son droit interne, lorsque l'acte a été commis intentionnellement, dans le cadre d'une activité commerciale, le fait de promettre d'offrir ou de donner, directement ou indirectement, tout avantage indu à toute personne qui dirige ou travaille pour une entité du secteur privé, pour elle-même ou pour quelqu'un d'autre, afin qu'elle accomplisse ou s'abstienne d'accomplir un acte en violation de ses devoirs » ; « art. 8 : Chaque Partie adopte les mesures législatives et autres qui se révèlent nécessaires pour ériger en infraction pénale, conformément à son droit interne, lorsque l'acte a été commis intentionnellement, dans le cadre d'une activité commerciale, le fait pour toute personne qui dirige ou travaille pour une entité du secteur privé de solliciter ou de recevoir, directement ou par l'intermédiaire de tiers, un avantage indu ou d'en accepter l'offre ou la promesse, pour elle-même ou pour quelqu'un d'autre, afin qu'elle accomplisse ou s'abstienne d'accomplir un acte en violation de ses devoirs ».

²⁴¹⁹ CCI, Règles pour combattre la corruption, art. 1 a et b : « a) On entend par Corruption l'offre, la promesse, l'octroi, l'autorisation ou l'acceptation de tout avantage indu, pécuniaire ou autre, à l'intention, par ou pour toute personne visée ci-dessus ou toute autre personne en vue d'obtenir ou de conserver un marché ou tout autre avantage impropres rapportant par exemple à la passation de marchés publics ou privés, à des autorisations réglementaires, à la fiscalité, aux douanes ou à des procédures judiciaires ou législatives. La Corruption inclut souvent (i) l'octroi d'une rétrocommission d'une partie du prix contractuel à des agents publics ou à des responsables de parti politique ou à des employés du cocontractant ou à leur famille ou amis proches ou Partenaires Commerciaux, ou (ii) le recours à des intermédiaires tels qu'agents, sous-traitants, consultants ou autres Tierces Parties afin d'effectuer des paiements à des agents publics ou à des responsables de parti politique ou à des employés du cocontractant ou à leur famille ou, amis proches ou Partenaires Commerciaux ; b) On entend par Extorsion ou Sollicitation une demande de pot-de-vin, qu'elle soit accompagnée ou non d'une menace en cas de refus. Les Entreprises s'opposeront à toute tentative d'extorsion ou de sollicitation et sont encouragées à signaler ces tentatives par le biais des mécanismes de signalement officiels ou informels disponibles, à moins qu'un tel signalement soit jugé contre-productif au vu des circonstances ; c) On entend par Trafic d'Influence l'offre ou la sollicitation d'un avantage indu afin que soit exercée une influence réelle ou supposée en vue d'obtenir d'un agent public un avantage indu pour l'instigateur initial de l'acte ou pour toute autre personne ; d) On entend par Blanchiment du produit des pratiques corruptives visées ci-dessus la dissimulation ou le déguisement de l'origine illicite, de la source, de l'emplacement, de la disposition, du mouvement ou de la propriété de biens, en sachant qu'ils sont le produit d'un crime ».

²⁴²⁰ Paris, 30 juin 2020, n° 17/22515 : *D.* 2020, 1970, obs. S. Bollée ; *Dalloz actualité*, 29 juill. 2020, obs. J. Jourdan-Marques ; *D.* 2020, p. 1584, obs. Th. Clay.

²⁴²¹ Paris, 28 mai 2019, n° 16/11182, *Alstom Transport et Alstom Network UK Lt d c / A BL* : *Rev. arb.* 2019, p. 850, note E. Gaillard ; *Gaz. Pal.* 2 juill. 2019, p. 22, note D. Bensaude ; *Rev. droit de la guerre économique* 2020/1, n° 20, obs. D. Mainguy in *droit-contentieux-guerre-eco.fr* : « la corruption d'agent public étranger consiste à offrir à celui-ci, directement ou indirectement, un avantage indu, pour lui-même ou pour une autre personne ou entité, afin qu'il accomplisse ou s'abstienne d'accomplir un acte dans l'exercice de ses fonctions officielles, en vue d'obtenir ou de conserver un marché ou un autre avantage indu en liaison avec des activités de commerce international ».

1614. – Incidence des faits de corruption ou de blanchiment sur le contrôle des sentences : évolution de l’office du juge. Face à cette organisation institutionnelle, privée ou publique, déjà ancienne, visant à stigmatiser avec force ce qui est résumé par le mouvement de « corruption », sa mise en œuvre dans les sentences arbitrales a été pour le moins tardive. Dans ces situations, un mouvement se dessine néanmoins en faveur de la considération que ces cas constitueraient une atteinte objective à l’ordre public international, mouvement qui correspond d’ailleurs à l’évolution générale de la prise en considération du phénomène de la corruption, que l’on retrouve d’ailleurs dans les traités de protection des investissements dans lesquels la révélation d’un cas de corruption permet à l’État de priver l’investisseur de la protection du traité²⁴²².

C’est le cas notamment depuis 2014²⁴²³ et de manière franche depuis 2017²⁴²⁴ pour considérer qu’un pacte de corruption ou de blanchiment d’argent²⁴²⁵ sont, en soi, une violation de l’ordre public international et ce faisant développer un nouveau revirement de jurisprudence. Par ailleurs, la cour d’appel de Paris reçoit les recours en annulation y compris sur la base « d’indices graves, précis et concordants ». Dans trois arrêts de 2014²⁴²⁶, la cour d’appel avait, dans des affaires de corruption, considéré qu’« il appartient au juge de l’annulation de rechercher en droit et en fait tous les éléments permettant de se prononcer sur l’illicéité alléguée de la convention et d’apprécier si la reconnaissance ou l’exécution de la sentence viole de manière effective et concrète l’ordre public international »²⁴²⁷, revenant ainsi à la solution de

²⁴²² E. Gaillard, *La corruption saisie par les arbitres du commerce international*, art. cit., spéc. n° 9. V. aussi : C. Mouawad et J. Beess und Chrostin, *The illegality objection in investor-state arbitration* : *Arb. Int.* 2021, p. 1-39.

²⁴²³ Paris, 4 mars 2014, *Gulf Leader* : *D.* 2014, p. 1967, obs. S. Bollée ; *Rev. arb.* 2014, p. 955, note L.C. Delanoy (Cass. 1^{re} civ., 24 juin 2015 : *Rev. arb.* 2016, p. 219, note L. Ch. Delanoy, pourvoi rejeté). – Paris, 14 oct. 2014, *Rép. du Congo* : *D.* 2014, p. 2541, obs. Th. Clay. – Paris, 4 nov. 2014, *Man Diesel* : *Rev. arb.* 2015, p. 543, note A. de Fontmichel ; *D.* 2014, p. 2541, obs. Th. Clay ; *D.* 2014, p. 2031, obs. S. Bollée. La voie est formellement ouverte, après l’arrêt *Thalès* de 2004 : lorsqu’il est prétendu qu’une sentence donne effet à un contrat obtenu par corruption, il appartient au juge de l’annulation, saisi d’un recours fondé sur l’article 1520, 5° du Code de procédure civile, de rechercher en droit et en fait tous les éléments permettant de se prononcer sur l’illicéité alléguée de la convention et d’apprécier si la reconnaissance ou l’exécution de la sentence viole de manière effective et concrète l’ordre public international (Paris, 9 avr. 2009 : *Cah. arb.* 2010/3, p. 889, note E. Loquin. – Paris, 4 mars 2014, préc.). V. aussi Paris, 30 sept. 1993 : *D.* 1993, p. 225 ; *RTD com.* 1994, obs. J.-C. Dubarry et E. Loquin ; *Rev. arb.* 1994, p. 359, note D. Bureau.

²⁴²⁴ Paris, 21 févr. 2017, n° 15/01650, *Rép. Kirghizistan c/ Belokon* : *D.* 2017, 2054, obs. S. Bollée, p. 2559, obs. Th. Clay ; *Rev. arb.* 2017, 915, note S. Bollée et M. Audit ; *RDC* 2017, 304, obs. X. Boucobza et Y.-M. Serinet ; *RTD com.* 2019, p. 42, obs. E. Loquin. – Paris, 16 mai 2017, n° 15/17442, *Rép. du Congo* : *D.* 2017, p. 2054, obs. L. d’Avout et S. Bollée, p. 2559, obs. Th. Clay ; *JDI* 2017, comm. 20, note E. Gaillard ; *Rev. arb.* 2018, 248, note J.-B. Racine. – Paris, 10 avr. 2018, *Alstom Transport* : *Rev. arb.* 2018, p. 574, note E. Gaillard ; *D.* 2018, p. 1934, obs. L. d’Avout, p. 2460, obs. Th. Clay. – Paris, 28 mai 2019, n° 16/11182, *Alstom Transport et Alstom Network UK Ltd c/ ABL* : *Rev. arb.* 2019, p. 850, note E. Gaillard ; *Gaz. Pal.* 2 juill. 2019, p. 22, note D. Bensaude ; *Rev. droit de la guerre économique* 2020/1, n° 20, obs. D. Mainguy, in *droit-contentieux-guerre-eco.fr.* – Paris, 17 nov. 2020, nos 18/02568 et 18/07347, *Sorelec* : *GAR* 18 nov. 2020, obs. C. Sanderson ; *Dalloz actualité*, 24 déc. 2020, obs. J. Jourdan-Marques ; *D.* 2020, p. 1484, obs. Th. Clay. – Paris, 30 juin 2020, n° 17/22515 : *D.* 2020, 1970, obs. S. Bollée ; *Dalloz actualité*, 29 juill. 2020, obs. J. Jourdan-Marques ; *D.* 2020, p. 2484, obs. Th. Clay. – Paris, 27 oct. 2020, n° 19/04177.

²⁴²⁵ Paris, 21 févr. 2017, préc.

²⁴²⁶ Paris, 4 mars 2014, préc. – Paris, 14 oct. 2014, préc. – Paris, 4 nov. 2014, préc.

²⁴²⁷ Mais Cass. 1^{re} civ., 12 févr. 2014, *Scheider* : *D.* 2014, p. 1967, obs. S. Bollée ; *JCP G* 2014, 474, 475, note

l'arrêt *Westman* de 1993, initiant (les trois arrêts n'établissent finalement pas la corruption) un changement d'analyse saisissant, voisin de celui que la cour adopte face à une fraude, ne serait-ce qu'en n'utilisant plus l'adjectif « flagrant » mais la seule violation « effective et concrète ». Le changement pourrait sembler anodin, à ceci près que le caractère « flagrant » renvoie à la formule assez malheureuse de « l'illicéité qui crève les yeux » de l'arrêt *Thalès* de 2004²⁴²⁸. En 2017²⁴²⁹, la cour d'appel mettait cette solution en œuvre, dans une affaire d'expropriation d'une banque par la République du Kirghizistan, dans laquelle une sentence avait donné raison à l'exproprié, mais alors que la banque en question avait été précédemment acquise dans des conditions discutables et, surtout, qu'elle semblait se livrer à des pratiques de blanchiment d'argent et d'évasion fiscale. La reconnaissance en France d'une telle sentence heurtait, pour la cour d'appel de Paris, l'ordre public international, en se fondant sur la convention de l'ONU de Mérida contre la corruption du 9 décembre 2003²⁴³⁰ tout en se fondant, non sur la preuve des pratiques rapportées mais sur des « indices graves, précis et concordants ».

1615. – Abandon des seules violations flagrantes et faisceaux d'indices.

Il ne suffit donc plus qu'il résulte d'un pacte de corruption une violation « flagrante », c'est-à-dire évidente, de l'ordre public international, il importe peu que la question n'ait pas été invoquée devant le tribunal arbitral, ni que les faits aient, ou non, été qualifiés pénalement. Un faisceau d'indices permettant d'établir le caractère « grave, précis et concordant » des faits de corruption suffit pour fonder un recours, comme l'affaire *Alstom* l'illustre²⁴³¹. La méthode n'interdit d'ailleurs en rien l'utilisation d'autres techniques, de sorte que, dans l'arrêt *Samwell*, « le fait pour le tribunal arbitral d'avoir, pour caractériser la corruption, examiné des indices de corruption avancés par la société Airbus H., fussent-ils inspirés des *red flags* issus de la liste annexée à l'*US Foreign Corrupt Practices Act* de 1977, loi fédérale américaine et/ou résultant d'un guide établi en 2012 par la division criminelle du Département de justice américain, ne peut conduire à considérer qu'il a fait, même partiellement, application de la loi américaine pour trancher ce litige »²⁴³². L'arrêt s'inscrit dans la série d'arbitrages *Airbus* initiés par des agents commerciaux ou des agents d'affaires, dont les contrats ont été résiliés par Airbus à la suite de l'enquête diligentée par le Parquet national financier français, le *Serious Fraud Office* britannique et le

D. Mouralis ; *Rev. arb.* 2014, p. 389, note D. Vidal.

²⁴²⁸ Paris, 18 nov. 2004, préc.

²⁴²⁹ Paris, 21 févr. 2017, n° 15/01650, *Rép. Kirghizistan c/ Belokon*, préc.

²⁴³⁰ V. aussi Paris, 28 mai 2019, n° 16/11182, *Alstom Transport et Alstom Network UK Ltd c/ A BL* : *Rev. arb.* 2019, p. 850, note E. Gaillard ; *Gaz. Pal.* 2 juill. 2019, p. 22, note D. Bensaude, contre l'ordonnance d'*exequatur*, en raison d'« indices graves, précis et concordants » que des sommes versées servaient à financer une corruption d'agents publics (sentence rendue en suisse et recours en annulation rejeté par le tribunal fédéral suisse).

²⁴³¹ Paris, 28 mai 2019, n° 16/11182, préc. À mettre en corrélation avec, dans la même affaire, Paris, 10 avr. 2018, n° 16/11182, préc.

²⁴³² Paris, 15 sept. 2020, n° 19/09058, *Samwell* : *JurisData* n° 2020-019277 ; *Dalloz actualité*, 19 oct. 2020, obs. J. Jourdan-Marques ; *D.* 2020, p. 2484, obs. Th. Clay.

Department of Justice américain, ayant ensuite conduit à une convention judiciaire d'intérêt public (CJIP) conclue le 20 janvier 2020, classant ce type de contrats au rang des *reds flags*, justifiant le fait que le tribunal arbitral ait refusé de faire exécuter un contrat considéré comme un pacte corruptif. L'ensemble offre au juge de l'annulation des moyens considérables : ainsi, dans l'arrêt *Sorelec* du 17 novembre 2020, et alors que les arbitres n'avaient pas identifié de pacte de corruption, la question ne leur avait d'ailleurs pas été posée, la cour d'appel de Paris a recherché l'ensemble des indices permettant d'isoler un tel pacte, pour annuler la sentence²⁴³³. L'objectif est, très clairement, d'éviter de donner effet dans l'ordre juridique français, à un pacte de corruption, et ce en respectant l'impossibilité pour les arbitres de se prononcer sur l'existence d'une infraction pénale qui relève de la compétence exclusive du juge pénal.

L'utilisation du faisceau d'indices est un changement radical de méthode. Il en résulte en effet que le juge de l'annulation se reconnaît désormais un pouvoir plus étendu : « Si la mission de la cour d'appel, saisie en vertu de l'article 1520-5° du Code de procédure civile, est limitée à l'examen des vices énumérés par ce texte, aucune limitation n'est apportée au pouvoir de cette juridiction de rechercher en droit et en fait tous les éléments concernant les vices en question » de sorte que « lorsqu'il est prétendu qu'une sentence donne effet à un contrat obtenu par corruption, il appartient au juge de l'annulation (...) de rechercher en droit et en fait tous les éléments permettant de se prononcer sur l'illicéité alléguée de la convention et d'apprécier si la reconnaissance ou l'exécution de la sentence viole de manière effective et concrète l'ordre public international »²⁴³⁴. Parmi ces indices, certains contrats sont susceptibles d'intriguer comme les « contrats d'intermédiaire » prenant des formes diverses, du contrat d'agent d'affaires au contrat d'agence commerciale, permettant « d'habiller » des flux financiers discrets de sorte que la manière dont ces contrats sont présentés, ou ne le sont pas, pour vérifier l'existence d'une activité réelle et une « cause » à des versements financiers, participe de ces indices²⁴³⁵, mais également le doute sur l'origine de documents, la distorsion de concurrence ou l'activité habituelle de corruption²⁴³⁶. Une autre difficulté, levée par la cour d'appel de Paris, repose sur la question de la bonne ou de la mauvaise foi de la partie qui invoque le pacte de corruption. En effet, il n'est pas rare que la corruption soit demandée par la partie corrompue, à laquelle la partie corruptrice ne fait que céder. Or, la corruption est une faute, une fraude partagée de sorte que « l'éventuelle mauvaise foi de la partie débitrice est indifférente, dès lors qu'est seulement en cause le refus de l'ordre juridique français de prêter le secours des

²⁴³³ Paris, 17 nov. 2020, n°s 18/07347 et 18/02568, *Sorelec* : *GAR* 18 nov. 2020, obs. C. Sanderson ; *Dalloz actualité*, 24 déc. 2020, obs. J. Jourdan-Marques ; *D.* 2020, p. 1484, obs. Th. Clay.

²⁴³⁴ Paris, 4 mars 2014, préc. *Addé* : Paris, 27 sept. 2016, *SA Ancienne Maison Marcel Bouche* : *JDI* 2017, comm. 20, p. 1361, note E. Gaillard ; *D.* 2017, p. 2054, note S. Bollée : la cour d'appel « n'est liée, dans cet examen, ni par les appréciations portées par le tribunal arbitral, ni par la loi de fond choisie par les parties ».

²⁴³⁵ *Cf.* Paris, 10 avr. 2018, préc. – Paris, 28 mai 2019, préc. Comp. E. Teynier, *L'office de l'arbitre d'investissement : le cas de l'investissement illicite* : *Rev. arb.* 2019, p. 117.

²⁴³⁶ E. Gaillard, note ss Paris, 28 mai 2019, préc.

voies de droit au paiement de sommes pour une cause illicite »²⁴³⁷. L'admission du recours aboutit incontestablement à un contrôle du fond, *via* le recours à la violation de l'ordre public international, et à l'autonomie des arbitres internationaux. Toutefois, on peut considérer que l'arbitrage ne peut pas être l'occasion de faire entrer dans un ordre juridique, qui est l'ordre juridique français, des pratiques illicites (même quand, comme en l'espèce, les arbitres ne pouvaient identifier formellement la preuve de celles-ci, tandis que la cour identifiait des « indices graves, précis et concordants »)²⁴³⁸.

1616. – Bilan. On voit donc que la jurisprudence bascule d'un contrôle minimaliste voire « ultra minimaliste » en tant qu'il ne concernait que les violations les plus évidentes, vers un contrôle, qui n'est pas maximaliste, sauf à entrer dans le contrôle du fond de l'affaire²⁴³⁹, mais qui tend à circonvenir les situations dans lesquelles la reconnaissance d'une sentence aboutirait à couvrir des pratiques illicites, en tant que pénalement sanctionnées²⁴⁴⁰. La question se pose alors de savoir si la jurisprudence française va se contenter de ce domaine particulier, ou bien élargir ce type de contrôle, dont le but est d'écarter de l'insertion dans le droit français des sentences dont le contenu est ou peut être contraire à l'ordre public. Dans le premier cas, il s'agirait d'une forme de hiérarchie de l'ordre public, selon un critère qui demeurerait cependant à préciser²⁴⁴¹, dans le second d'un cas particulier, mais alors à justifier au regard d'autres formes d'illicéité, comme le commerce d'armes ou de drogues, voire de matières premières²⁴⁴², au risque cependant d'un contrôle tous azimuts des sentences, donc d'une forme indirecte de révision du fond des sentences, ce qui serait un revirement complet du droit de l'arbitrage, très peu vraisemblable. Au final, pour les parties qui, avant, pendant ou après un arbitrage, s'interrogent sur la pertinence ou la conformité d'un recours à l'arbitrage au regard de règle impérative,

²⁴³⁷ Paris, 28 mai 2019, préc.

²⁴³⁸ Comp. Paris, 15 sept. 2020, n° 19/09058, *Samwell*, préc., qui admet que l'arbitre retienne des critères autres que ceux développés par la cour d'appel de Paris dans l'arrêt du 28 mai 2019, par exemple pour retenir ceux utilisés par la justice américaine.

²⁴³⁹ V. cependant Paris, 16 janv. 2018, *MK Group : D.* 2018, p. 1635, note M. Audit, p. 966, obs. S. Clavel, p. 1934, obs. L. d'Avout, p. 2448, obs. Th. Clay ; *JDI* 2018, p. 883, note S. Bollée, p. 898, note E. Gaillard ; *Rev. arb.* 2018, p. 389, note S. Lemaire, à propos de la violation d'une règle formelle d'autorisation d'exploitation d'une mine au Laos, mais sans fraude ni corruption, la sentence étant annulée pour ne pas donner corps à la violation d'une règle laotienne.

²⁴⁴⁰ Et depuis : Cass. 1^{re} civ., 13 sept. 2017, n° 16-25.657 : *Procédures* 2017, 268, note L. Weiller ; *Rev. arb.* 2017, p. 900, obs. E. Gaillard ; *D.* 2017, p. 2559, obs. Th. Clay. *Contra*, lorsque la violation de règles d'ordre public ne suffit pas à établir une situation de corruption : Paris, 16 mai 2017, n° 15/17442, *République démocratique du Congo : D.* 2017, p. 2054, note S. Bollée, p. 2559, obs. Th. Clay. V. aussi, Paris, 10 avr. 2018, n° 16/11182 : *D.* 2018, p. 1934, obs. L. d'Avout, p. 2448, obs. Th. Clay (à propos d'une décision différant sa solution à la vérification que l'*exequatur* n'aboutirait pas à donner effet à un pacte de corruption). Dans cette décision, la cour reprenait son vocabulaire traditionnel, la violation « manifeste, effective et concrète de la conception française de l'ordre public international ».

²⁴⁴¹ Cf. J.-B. Racine, *Les normes porteuses d'ordre public dans l'arbitrage commercial international*, in E. Loquin et S. Manciaux (ss dir.), *L'ordre public et l'arbitrage*, LexisNexis, 2014, p. 5.

²⁴⁴² Comp. Paris, 16 janv. 2018, *MK Group*, préc.

notamment en termes de respect des règles de *compliance*, il n'est pas inutile de faire un tableau de bord des « risques arbitraux » concernés.

Encart 51

Arbitrage et *compliance*

1617. – Dans le cadre d'une politique de responsabilisation des entreprises, le droit français s'est doté d'un arsenal juridique en matière de *compliance* renforcé par la loi « Sapin II » n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 et la loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre. Si certains auteurs estiment que la *compliance* est une notion protéiforme dont la définition est « ouverte à tout un chacun »²⁴⁴³, d'autres la définissent comme étant « l'ensemble des processus qui permettent d'assurer le respect des normes applicables à l'entreprise par l'ensemble de ses salariés et dirigeants, mais aussi des valeurs et d'un esprit éthique insufflé par les dirigeants »²⁴⁴⁴. À cet effet, les entreprises sont tenues de mettre en place des programmes de conformité internes en vue de garantir notamment²⁴⁴⁵ la protection de l'environnement et le développement durable, le respect des droits de l'Homme²⁴⁴⁶ et la lutte contre la corruption²⁴⁴⁷. C'est ce dernier aspect financier qui retiendra ici l'attention car la gestion du risque dit « contentieux » auquel l'entreprise est amenée à être confrontée parmi d'autres risques juridiques²⁴⁴⁸ pose la question de savoir si la gestion du « risque arbitral » appelle un processus de mise en conformité spécifique. En réalité, il s'avère que certaines diligences semblent être nécessaires, avant, comme pendant et après, la procédure arbitrale pour éviter des questions de conformité et aider à y faire face.

1. Diligences pré-arbitrales

1618. – **Le bon choix du siège et de l'institution.** Les obstacles susceptibles de perturber la procédure arbitrale peuvent être évités en amont, dès la rédaction de la convention d'arbitrage. S'il importe de prendre le soin de choisir les divers éléments composant la procédure arbitrale (droit applicable à la procédure, désignation du siège et du centre d'arbitrage, etc.)²⁴⁴⁹, encore

²⁴⁴³ M.-A. Frison-Roche, *Le droit de la compliance* : D. 2016, 1871.

²⁴⁴⁴ Le Cercle de la compliance (www.cercledelacompliance.com/), in G. Péronne et E. Daoud, *Loi Sapin II, loi Vigilance et RGPD* : Dalloz IP/IT 2017, p. 584.

²⁴⁴⁵ X. Boucobza et Y.-M. Serinet, *Loi « Sapin II » et devoir de vigilance : l'entreprise face aux nouveaux défis de la compliance* : D. 2017, p. 1619 et s., § 3.

²⁴⁴⁶ V. *supra* n°s [301](#) et s. (Encart 14).

²⁴⁴⁷ V. *supra* n° [1599](#).

²⁴⁴⁸ F. Verdun, *Management du risque juridique*, LexisNexis, 2013. – A. Masson et M. Shariff, *Les stratégies juridiques des entreprises* : Rev. Lamy dr. aff. 1^{er} oct. 2010, n° 53.

²⁴⁴⁹ V. *supra* n° [495](#).

faut-il que ce choix soit informé. Ainsi, en ce qui concerne le siège de l'arbitrage, il serait prudent d'effectuer certaines vérifications avant de procéder à un choix afin d'éviter des surprises inattendues quant aux conditions imposées par le droit et les tribunaux du siège²⁴⁵⁰. Compte tenu de l'essor de la création des centres d'arbitrage, il semble nécessaire de vérifier que l'institution que les parties envisagent de choisir existe bien et fonctionne réellement et/ou non frauduleusement. Cette difficulté n'est pas une simple hypothèse d'école et s'est effectivement posée en pratique : une institution se présentant comme étant un centre d'arbitrage dénommé *National Arbitration Council* (NAC) a réussi à convaincre les clients de la banque *Citibank* d'entamer des arbitrages sous son égide, ce qui n'a pas été sans poser de graves problèmes²⁴⁵¹. Un autre cas s'est également posé aux États-Unis où une institution dénommée *International Court of Commerce* (ICC), utilisant donc, sans doute à dessein, les mêmes initiales que la CCI, se présentait comme un centre d'arbitrage dont la réalité a été sérieusement mise en cause²⁴⁵². Plus récemment, le géant pétrolier *Chevron Corp.* a été condamné par une sentence d'un montant de 18 milliards USD rendue sous l'égide d'un *International Arbitration Centre* (IAC) – jouant là encore avec le nom « International Court of Arbitration » rattachée à la CCI – au profit de trente-neuf demandeurs saoudiens et égyptiens prétendant être les successeurs d'une concession pétrolière, tandis que ce centre IAC, basé au Caire, ne semblait pas recouvrir d'existence institutionnelle²⁴⁵³.

1619. – Les diligences préliminaires s'imposent également à l'avocat qui viendrait à représenter l'une des parties à l'arbitrage. En effet, un devoir de vigilance s'impose à l'avocat²⁴⁵⁴ qui doit identifier le bénéficiaire effectif pour s'assurer que cette personne, d'une part, n'effectue pas une opération de blanchiment et, d'autre part, ne tombe pas sous le coup de sanctions internationales. Certes, l'avocat est exempté d'une telle obligation lorsqu'il intervient dans le cadre d'une procédure contentieuse (C. monét. fin., art. L. 562-3), mais des systèmes préventifs se mettent en place au sein des grandes structures, à titre préventif, avant l'ouverture d'un dossier, notamment lorsque l'opération présente un caractère complexe sans être nécessairement suspicieuse²⁴⁵⁵.

2. Diligences en cours de procédure arbitrale

1620. – **Conflits d'intérêts.** Une fois la procédure arbitrale entamée, l'enjeu qui se pose est de procéder à la constitution d'un tribunal arbitral régulier. Chacune des parties s'assure que l'arbitre qu'elle souhaite désigner ne

²⁴⁵⁰ V. *supra* n° 1102.

²⁴⁵¹ N. Blackaby et C. Partasides, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, Oxford University Press, 2015, p. 47, nbp n° 168.

²⁴⁵² L. Yong, « *Sham* » *arbitration court faces DC action* : GAR 21 avr. 2016.

²⁴⁵³ T. Jones, « *Sham* » *Cairo award – ICC seeks to intervene* : GAR 3 janv. 2019. – T. Jones, *Arbitrators convicted in Egypt over « sham » award* : GAR 1^{er} févr. 2019.

²⁴⁵⁴ C. monét. fin., art. L. 561-2.

²⁴⁵⁵ Conseil national des barreaux, *Guide pratique : Lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme*, 2017, p. 21.

présente pas un conflit d'intérêts avec elle, une telle démarche répondant à une logique de prévention des conflits d'intérêts et de récusations, et s'inscrit donc autant dans une logique d'éthique que d'économie procédurale.

1621. – Arbitrages factices. Il existe aussi des arbitrages pour lesquels la réalité du litige entre les protagonistes peut être mise en doute, de telle manière que l'arbitrage ne vise qu'à assurer un transfert d'argent dans un but ne correspondant pas à la solution d'un litige. La participation à un tel arbitrage est susceptible d'engager la responsabilité, notamment pénale, des instigateurs de la procédure et constitue donc un risque pénal à éviter pour tout responsable de la conformité. L'arbitrage est considéré comme frauduleux lorsque les parties conviennent de recourir à une procédure purement fictive et créent une « apparence » de litige alors qu'en réalité aucune procédure n'est entamée et aucune sentence rendue²⁴⁵⁶. L'arbitrage est également frauduleux lorsqu'une personne signe la sentence en sa soi-disant qualité d'arbitre alors qu'elle n'a ni instruit ni jugé l'affaire²⁴⁵⁷.

1622. – Une procédure risquée. Le *compliance officer*, un salarié particulier d'une société importante estimant que des risques de fraudes, corruption, etc., peuvent survenir, est très souvent confronté, en cours de procédure, à des dilemmes qui exposent la société partie à l'arbitrage à des brèches et risques non négligeables. C'est le cas notamment lors de la phase de production des documents où deux impératifs s'opposent et sont parfois difficiles à concilier : d'une part, le souci de protéger le secret des affaires²⁴⁵⁸ et la confidentialité des échanges entre l'avocat et son client, et, d'autre part, la recherche de la vérité et le souci de transparence pour prévaloir et convaincre le tribunal. Si, pour certains, la confidentialité de l'arbitrage suffit à protéger le caractère confidentiel et sensible des informations contenues dans le document à produire, on voit aussi des approches plus arrangeantes qui limitent la communication aux conseils de la partie adverse, même si, par respect du contradictoire, la partie peut consulter le document au cabinet de son conseil²⁴⁵⁹. Une solution plus originale a été adoptée par un tribunal arbitral, lequel a ordonné la création d'une *data room* électronique dans laquelle le document à produire est disponible sur un *cloud* en lecture seule²⁴⁶⁰. Outre les informations sensibles et susceptibles d'être dévoilées en cours d'arbitrage, certains scandales, notamment dans le cas d'arbitrages d'investissements impliquant parfois des affaires de corruption²⁴⁶¹ ou de violation des droits de l'homme²⁴⁶², exposent certaines sociétés parties à l'arbitrage à un risque judiciaire (de poursuites) et/ou médiatique qui ne peut

²⁴⁵⁶ *Nelson v. American Apparel*, Cal. App. 2d. Dist., 28 oct. 2008, n° B205937.

²⁴⁵⁷ S. Perry, *Lawyers charged in Geneva over fake arbitration* : GAR 3 déc. 2018.

²⁴⁵⁸ L. n° 2018-670, 30 juill. 2018, relative à la protection du secret des affaires (instaurant C. com., art. L. 151-1 et s.).

²⁴⁵⁹ O. Caprasse et R. Ziadé, *La confidentialité dans la procédure arbitrale* : Rev. arb. 2014, p. 593, resp. § 9 et § 53-54.

²⁴⁶⁰ Cass. belge, 2 nov. 2012, n° C.11.0018.N, *État belge v. Electrabel e.a.* (<https://juricaf.org/>, consulté le 11 déc. 2020).

²⁴⁶¹ V. *supra*, n° 1612.

²⁴⁶² V. *supra*, n° 301.

plus être négligé par ceux en charge de la conformité. Enfin, la protection des données et les questions de cybersécurité²⁴⁶³ durant l'arbitrage sont autant de nouveaux risques « arbitraux » auxquels ces responsables devront faire face dans le futur.

1623. – Rationalisation « compliant » des coûts et des flux financiers. Si les coûts sont « le point aveugle, le non-dit »²⁴⁶⁴ de l'arbitrage, ils peuvent, en raison de leur montant, poser de véritables défis, en termes de gestion de trésorerie et d'accès à la justice²⁴⁶⁵. Une gestion préventive du responsable de la conformité supposerait de disposer d'un budget en amont, selon des scénarios et d'autres critères comme le barème d'un centre ou les montants en litige théoriques, mais une telle rationalisation des coûts ne correspond toutefois pas à la réalité du marché. Un problème de gestion des flux financiers, d'une autre nature, a émergé depuis le début du siècle avec la multiplication des sanctions internationales. En effet, les institutions d'arbitrage sont soumises, en tant que personnes morales, à la loi de l'État du lieu de leur siège et sont donc tenues de respecter les sanctions internationales adoptées par ce dernier²⁴⁶⁶. Concrètement, les centres d'arbitrage doivent mener leurs activités dans le respect des sanctions imposées notamment par les Nations unies, l'Union européenne ou le Bureau américain de contrôle des actifs étrangers (OFAC). Ceci impose de nombreux échanges et explications avec les services concernés (notamment le Trésor), mais aussi les établissements concernés surtout si le dollar est la monnaie concernée par le litige. Cette nécessité d'échanger avec les divers interlocuteurs est susceptible de retarder le commencement de la procédure ou même l'acceptation du dossier par l'institution et le paiement des honoraires des arbitres.

1624. – La question du respect des sanctions internationales par l'institution d'arbitrage peut se poser dans trois hypothèses : soit l'une des parties à la procédure ou l'une de ses entités liées est directement visée par une sanction internationale ou est constituée dans un État sous embargo ; soit un arbitre ou un expert est ressortissant ou résident d'un État sous embargo ; soit l'objet du litige relève du champ d'application d'une sanction internationale. Par exemple, se pose la question de savoir si le centre d'arbitrage peut accepter le paiement des frais d'arbitrage par une partie visée par une sanction américaine ou encore accepter de payer un arbitre ressortissant ou résidant d'un État sous embargo par les États-Unis (ou même accepter sa désignation). Certains centres d'arbitrage, tels la CCI, proposent, que le litige soit administré selon une devise alternative, généralement l'euro, pour le calcul et le versement des paiements des honoraires d'arbitre et des frais d'arbitrage²⁴⁶⁷. Il importe de garder à l'esprit

²⁴⁶³ V. *supra*, n° 387.

²⁴⁶⁴ W. Ben Hamida et Th. Clay (ss dir.), *L'argent dans l'arbitrage*, Lextenso éd., 2013, p. 7, § 3.

²⁴⁶⁵ V. *supra* n° 304.

²⁴⁶⁶ ICC, LCIA et SCC, *The potential impact of the EU sanctions against Russia on international arbitration administered by EU-based institutions*, 17 juin 2015 (https://sccinstitute.com/media/80988/legal-insight-icc_lcia_scc-on-sanctions_17-june-2015.pdf, consulté le 6 juin 2019).

²⁴⁶⁷ Note aux parties et aux tribunaux arbitraux sur la conformité CCI, Chambre de commerce internationale,

que cette problématique se pose même lorsque le centre d'arbitrage est en dehors des États-Unis et ce, du fait du caractère extraterritorial des sanctions américaines²⁴⁶⁸.

3. Diligences lors de la phase d'exécution de la sentence

1625. – Sanctions internationales et gel d'actifs. Une fois que la sentence arbitrale est rendue exécutoire par une ordonnance d'*exequatur*, la partie qui prévaut est en mesure de saisir les biens de la partie condamnée aux fins d'exécuter la sentence. Il faut bien sûr rappeler que le créancier-investisseur qui bénéficie de la sentence ne doit pas avoir été impliqué, même indirectement, dans une opération de corruption qui, par des indices graves, précis et concordants²⁴⁶⁹, entacherait le respect par la sentence de la conception française de l'ordre public international et empêcherait son exécution²⁴⁷⁰. D'autres questions, touchant au respect de la réglementation internationale en matière de sanctions ou d'embargos²⁴⁷¹, peuvent se poser de la même manière. Mais, même si la reconnaissance est accordée par les tribunaux français, encore faut-il aussi que les biens qui seraient saisis, sur la base de la sentence reconnue et à exécuter, ne tombent pas sous le coup de sanctions internationales. En effet, le ministre chargé de l'économie peut ordonner le gel des actifs visés par des sanctions internationales, ce qui a pour effet d'interdire aux banques de mettre à disposition les actifs gelés²⁴⁷². Le gel d'actifs est donc un obstacle à l'exécution de la sentence nonobstant son *exequatur*. Néanmoins, il est possible dans certains cas et

29 sept. 2017, § 10-11 ; à noter que certains centres, au contraire, construisent leur promotion autour du fait que la loi applicable à leur siège et leur politique leur permettent d'éviter l'application du régime des sanctions.

²⁴⁶⁸ Commission des affaires étrangères, *Extraterritorialité des lois américaines : synthèse des travaux de la mission*, 5 oct. 2016. Rapport d'information déposé par la Commission des affaires étrangères et la Commission des finances sur l'extraterritorialité de la législation américaine, enregistré le 5 octobre 2016 (www.assemblee-nationale.fr/14/rap-info/i4082.asp, consulté le 11 déc. 2020).

²⁴⁶⁹ V. : S. Bollée et M. Audit, *La lutte contre le blanchiment, nouvel avatar d'un contrôle renforcé du respect de l'ordre public international*, note ss CA Paris, 21 févr. 2017 : *Rev. arb.* 2017, p. 929-941, spéc. p. 935. – E. Gaillard, *La corruption saisie par le juge du contrôle de l'ordre public international*, ss Paris, 28 mai 2019 : *Rev. arb.* 2019, p. 871, spéc. p. 877-878.

²⁴⁷⁰ CA Paris, 30 juin 2020, n° 17/22515. – Paris, 10 sept. 2019, n° 17/10639, *Gemstream c/ Visionael Corporation*. – Paris, 27 sept. 2016, n° 15/12614, *Indagro*. – Paris, 21 févr. 2017, n° 15/01650, *Belokon c/ Kirghizstan*. – Paris, 16 janv. 2018, n° 15/21703, *MK Group c/ Onix* : *D.* 2018, 1635, note M. Audit, 966, obs. S. Clavel, 1934, obs. L. d'Avout, et 2448, obs. Th. Clay ; *RTD com.* 2020, 283, obs. E. Loquin ; *Rev. arb.* 2018, 401, note S. Lemaire ; *JDI* 2018, 883, note S. Bollée, et 898, note E. Gaillard (rejet de l'argument au motif, comme dans l'affaire *MK Group*, que les sanctions américaines contre l'Iran ne participaient pas d'un « consensus international » et, ce faisant, ne relevaient pas de l'ordre public international). – Paris, 17 nov. 2020, nos 18/07347 et 18/02568, *Sorelec* : *GAR* 18 nov. 2020, obs. C. Sanderson ; *Dalloz actualité*, 24 déc. 2020, obs. J. Jourdan-Marques ; *D.* 2020, p. 1484, obs. Th. Clay.

²⁴⁷¹ V. *supra*, n° 915, sur la question des sanctions ; et sur celle de l'embargo : J.-B. Racine, *L'arbitrage commercial international et les mesures d'embargo* : *JDI* 2004, n° 1, p. 89, § 8. – Cass. 1^{re} civ., 15 janv. 2020 : *D.* 2020, p. 1970, obs. S. Bollée ; *Rev. crit. DIP* 2020, 526, note L. d'Avout ; *Dalloz actualité*, 27 févr. 2020, obs. J. Jourdan-Marques ; *D.* 2020, p. 1584, obs. Th. Clay ; *Rev. droit de la guerre économique* 2020/1, n° 15, obs. D. Mainguy in *droit-contentieux-guerre-eco.fr*. – Paris, 3 juin 2020 : *Gaz. Pal.* 13 juill. 2020, p. 32, obs. D. Bensaude ; *D.* 2020, 1970, obs. S. Bollée ; *Dalloz actualité*, 29 juill. 2020, obs. J. Jourdan-Marques ; *D.* 2020, p. 1584, obs. Th. Clay. – Paris, 13 avril 2021, n° 18/09809.

²⁴⁷² C. monét. fin., art. L. 562-3 et L. 562-5.

de manière ponctuelle de « lever » le gel et d'autoriser l'utilisation des fonds : cette demande d'autorisation est adressée, non au juge, mais au ministre chargé de l'économie et/ou (suivant les cas) au ministre de l'Intérieur²⁴⁷³. Il semble donc que l'effet des nouveaux régimes de sanctions internationales est de déjudiciariser le processus d'exécution des sentences arbitrales et d'en déplacer la responsabilité entre les mains du pouvoir politique qui peut, moins soumis au droit processuel, parfois en retarder l'issue. Cette approche est également suivie au niveau européen, les États membres désignant généralement le ministère de l'Économie comme autorité compétente pour connaître des demandes d'autorisation d'utiliser les actifs gelés²⁴⁷⁴.

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

1626. – Ce dernier cas, réservé à l'arbitrage interne, de recours en annulation de la sentence, est celui, prévu par l'article 1492, 6° du Code de procédure civile, dans lequel « la sentence n'est pas motivée ou n'indique pas la date à laquelle elle a été rendue ou le nom du ou des arbitres qui l'ont rendue ou ne comporte pas la ou les signatures requises ou n'a pas été rendue à la majorité des voix ». On ne s'attardera guère sur les exigences formelles attachées à la sentence, qui d'ailleurs ne sont pas complètes. L'article 1483 du Code de procédure civile énumère les conditions de validité formelle de la sentence, à peine de nullité, dont la mention du lieu où la sentence est rendue (qui emporte compétence du juge de la nullité) et le nom des parties. Cette mise en cohérence des deux textes permet en outre d'observer que l'article 1483, alinéa 2 du Code de procédure civile propose des techniques modérant la sévérité de la sanction promise « s'il est établi, par les pièces de la procédure ou par tout autre moyen, que les prescriptions légales ont été, en fait, observées » de telle manière que l'annulation sur le fondement de l'article 1492 devrait logiquement être écartée en de telles circonstances. Le seul élément qui n'est pas susceptible de faire l'objet d'une telle clémence est l'absence de motivation de la sentence, ne serait-ce que parce que le délibéré, secret, est inconnu des parties : la solution s'infère d'une part de la règle de l'article 1492, 6° du Code de procédure civile mais également du droit à un procès équitable²⁴⁷⁵, ce qui permet, alors, d'imposer la motivation de la sentence dans une sentence internationale, mais sur le fondement du respect

²⁴⁷³ C. monét. fin., art. L. 562-11, al. 3.

²⁴⁷⁴ Cf. Cons. CE, règl. (CE) n° 2580/2001, 27 déc. 2001, annexe, concernant l'adoption de mesures restrictives spécifiques à l'encontre de certaines personnes et entités dans le cadre de la lutte contre le terrorisme.

²⁴⁷⁵ Cf. Paris, 20 nov. 2018 : *Dalloz actualité*, 28 janv. 2020, obs. J. Jourdan-Marques. – Paris, 18 juin 2019, n° 17/04601.

de la mission de l'arbitre de l'article 1520, 3° du Code de procédure civile (V. *supra*, n° 1576). Le juge de l'annulation n'est donc pas compétent pour apprécier la qualité de la motivation, la contradiction de motifs par exemple, l'erreur dans la motivation, etc.²⁴⁷⁶

En revanche, l'article 1492, 6° du Code de procédure civile pose une exigence très claire : en l'absence de majorité des voix, cette situation doit être mentionnée dans la sentence, à peine d'annulation. Doit-on considérer que, *a contrario*, la sentence doit faire mention du fait que la sentence est rendue à la majorité ou à l'unanimité ? Outre qu'il convient toujours de se méfier des interprétations *a contrario* de règles d'ordre public, la cour d'appel de Paris considère que le fait que la sentence soit signée par tous les arbitres présume que la sentence a été rendue, au moins, à la majorité des voix²⁴⁷⁷, ce qui paraît tomber sous le sens.

§ 3. – L'effet du recours en annulation

1627. – Effets de la décision rejet ou admission du recours. Le juge de l'annulation peut donc rejeter le recours en annulation (A) ou le retenir (B) et annuler, en tout ou partie la sentence.

A. – Le rejet du recours en annulation

1628. – Fréquence du rejet. Le rejet du recours est, statistiquement, la solution la plus usuelle, ne serait-ce que parce que l'exercice d'un tel recours peut être le moyen, pour la partie qui a succombé, de retarder l'échéance de l'exécution de la sentence (sauf en matière d'arbitrage international, où le recours en annulation n'emporte pas d'effet suspensif de la sentence). La sentence entre alors dans l'ordre juridique français, dans la mesure où le rejet de la sentence emporte automatiquement *exequatur* de la sentence (CPC, art. 1498, al. 2, en matière d'arbitrage interne, art. 1527, al. 2, en matière d'arbitrage international).

1629. – Exercice abusif du recours en annulation. Par ailleurs, l'auteur du recours peut subir une condamnation pour exercice abusif du recours en annulation²⁴⁷⁸, situation exceptionnelle si l'on observe que l'exercice d'une voie de recours est un droit fondamental, mais qui peut dégénérer en abus, chaque fois que le recours se révèle purement formel. Tel est le cas de l'absence d'argument réel, « l'inanité du moyen proposé »²⁴⁷⁹. La sanction

²⁴⁷⁶ Cf. Cass. 1^{re} civ., 11 mai 1999, n° 95-18.190 : *Rev. arb.* 1999, p. 811, note E. Gaillard ; *RTD com.* 2000, p. 336, obs. E. Loquin.

²⁴⁷⁷ Paris, 19 déc. 2017, n° 16/11404 : *D.* 2018, p. 2448, obs. Th. Clay.

²⁴⁷⁸ Cf. H. Lécuyer, *Exercice abusif des voies de recours contre les sentences arbitrales : de quelques manifestations de l'ire du juge judiciaire* : *Rev. arb.* 2006, p. 573.

²⁴⁷⁹ Paris, 2 mars 2006 : *Rev. arb.* 2006, p. 733. – Cass. 1^{re} civ., 24 avr. 2013 : *Bull. civ.* 2013, I, n° 85. *Adde*, pour un recours dépourvu de moyen suivi d'un désistement : Paris, 30 mai 2006 : *Rev. arb.* 2006, p. 749.

peut être le prononcé d'une amende civile (CPC, art. 32-1, 559) et l'allocation de dommages et intérêts pour réparer le préjudice subi, par exemple si le recours, abusif, aboutit à révéler des informations qui auraient dû rester confidentielles, voire des dommages et intérêts sur le fondement de l'article 700 du Code de procédure civile²⁴⁸⁰. On observe par ailleurs une certaine sévérité du juge de l'annulation²⁴⁸¹, moins du fait de l'encombrement du rôle qu'un tel recours produit, ennui commun à tous les recours considérés comme abusifs, que pour des raisons relevant de la philosophie de l'arbitrage. Celle-ci implique en effet que les parties se soumettent à un certain nombre d'exigences, de loyauté, de confidentialité, *etc.*, qui fondent l'efficacité de l'arbitrage. Il est alors cohérent que le juge assurant l'efficacité de l'arbitrage manifeste une sévérité particulière à l'encontre de toute manifestation qui entre en contradiction avec ces exigences.

1630. – Retrait litigieux. Pour que le juge de l'annulation soit en mesure de se prononcer, faut-il qu'il y ait encore un litige au moment où il se prononce ? Il pourrait ne plus y avoir de litige parce que le demandeur a renoncé à poursuivre son action, si les parties ont transigé par exemple, mais également à l'occasion d'un recours en annulation, l'exercice d'un retrait litigieux au stade du contentieux de l'annulation ou de l'*exequatur* d'une sentence arbitrale. La question s'est posée récemment à l'occasion d'un litige opposant la République démocratique du Congo (RDC) à un entrepreneur bosniaque. Alors que la cour d'appel de Paris avait rejeté la demande fondée sur le retrait litigieux de la RDC, son arrêt était censuré par la Cour de cassation²⁴⁸² dans la mesure où la cour d'appel a déclaré irrecevable cette demande, alors que son admission remettrait en question la possibilité même de procéder à l'exécution forcée de la sentence ou du jugement d'*exequatur*. C'est donc un raisonnement conséquentialiste qui

²⁴⁸⁰ Outre le cas d'un recours en annulation, l'exercice d'une voie de recours n'est jamais neutre, car il implique un coût financier et juridique, devant la cour d'appel certes, mais également en cassation. Les parties doivent parfois s'acquitter des condamnations prononcées, étant entendu que le pourvoi peut parfois être radié en cas d'absence d'exécution, sur le fond de la créance qui fait l'objet de la sentence, ou même s'agissant de la condamnation prononcée par la cour d'appel contre la partie succombante au titre de l'article 700 du Code de procédure civile (CPC, art. 1009-1). V. Ord. Prem. Prés., 9 nov. 2017, n° 17-15076 ; contra : Ord. Prem. Prés., 1^{er} oct. 2020, n° 20-91007 (la radiation est « disproportionnée »).

²⁴⁸¹ H. Lécuyer, *Exercice abusif des voies de recours contre les sentences arbitrales : de quelques manifestations de l'ire du juge judiciaire*, *op. cit.*

²⁴⁸² Cass. 1^{re} civ., 28 févr. 2018, n° 16-22.112, *République démocratique du Congo* : JCP G 2018, 640, note Ph. Casson ; D. 2018, p. 1934, note S. Bollée, p. 22448, obs. Th. Clay ; *Rev. arb.* 2018, p. 389, note M. Laazouzi ; *RTD civ.* 2018, p. 341, obs. P.-Y. Gautier, p. 411, obs. H. Barbier ; *AJC* 2018, p. 187, note J. Jourdan-Marques ; *Procédures* 2018, 148, obs. L. Weiller : « Attendu que, pour déclarer irrecevable la demande de retrait litigieux formée par la République démocratique du Congo, l'arrêt retient que la mission de la cour d'appel, saisie en application des articles 1520 et 1525 du Code de procédure civile, est limitée à l'examen des vices énumérés par ces textes, de sorte que la demande qui tend, après une instruction du fond de l'affaire, à la libération de la République du Congo par le paiement au cessionnaire du prix de cession et de divers accessoires n'est pas comprise dans cette mission. Qu'en statuant ainsi, alors que l'exercice du retrait litigieux affecte l'exécution de la sentence, la cour d'appel a violé le texte susvisé [C. civ., art. 1699] ».

justifie que la cour d'appel, saisie d'une telle demande à l'occasion d'un recours en annulation d'une sentence revêtue de l'*exequatur*, doit examiner cette demande, sauf à ce que, au cours de l'exécution, l'existence du retrait litigieux soit ensuite invoquée. On sait que l'existence du retrait litigieux se justifie pour éviter qu'un financier puisse acquérir une créance litigieuse à vil prix pour, ensuite, obtenir paiement du montant de la dette. Le débiteur peut alors offrir, par le jeu du retrait litigieux, au cessionnaire/retrayant de payer non point le montant de la dette, mais celui de la cession. Il y a donc, ici, une forme de jeu entre le débiteur et le cédant, le premier estimant qu'il peut gagner devant le juge, ici arbitral, ne devant alors plus rien, le second qu'il peut l'emporter, réalisant ainsi son pari. La difficulté tient au fait que la mission du juge de l'annulation, en matière d'arbitrage international (et la question est voisine en matière d'arbitrage interne) est simplement un contrôle de la « validité » de la sentence rendue au regard des règles posées par l'article 1520 du Code de procédure civile de sorte qu'il est interdit de réviser au fond la sentence (V. *supra*, n° 1538).

1631. – Retrait litigieux et révision au fond de la sentence. Toute la question est alors de savoir si l'admission de la demande de retrait litigieux aboutit à réviser au fond la sentence. On pourrait considérer qu'il en est ainsi, précisément parce que, au moment de l'examen de la validité de la sentence rendue, le fond est posé, la dette existe par exemple, dans les conditions précisées par la sentence, de sorte qu'il n'y a plus de litige, celui-ci étant tranché. Par conséquent, la question du retrait litigieux ne relève pas de la mission du juge de l'annulation mais, éventuellement, de celle du juge de l'exécution²⁴⁸³, ce d'autant que le débiteur aurait pu invoquer le retrait litigieux devant le tribunal arbitral²⁴⁸⁴. En sens inverse cependant, la recevabilité du retrait litigieux n'aboutit pas à réviser au fond la sentence mais simplement à constater l'existence ou l'inexistence de la dette, du fait de la demande de retrait litigieux. Il faut donc bien que le juge de l'annulation procède à l'examen, au fond, de la demande de retrait litigieux, ce qui est certes étranger au fond de la sentence ne serait-ce que pour vérifier qu'il existe encore un litige, sans dépasser, alors, sa mission de juge de l'annulation. Peu importe aujourd'hui, si l'on se fonde sur l'arrêt de 2018, le juge de l'annulation doit donc contrôler s'il existe encore un litige avant d'exercer sa mission. Le danger de cette admission est alors d'ouvrir une

²⁴⁸³ Cf. déjà : Paris, 11 févr. 1969 : D. 1970, 522, note C. Larroumet. – Cass. 1^{re} civ., 9 janv. 1974, n° 72-14.488 : RTD civ. 1974, 808, obs. Y. Loussouarn.

²⁴⁸⁴ Dans cette espèce cependant, il semble que le cessionnaire n'ait eu connaissance de la cession qu'après la sentence rendue, sans toutefois que cette situation ait joué un rôle, en tout cas explicite, dans la décision de la Cour de cassation.

brèche, étroite certes, dans le jeu fermé des cas d'ouverture à un recours en annulation.

B. – L'admission du recours en annulation

1632. – L'accueil favorable du recours en annulation emporte l'annulation de la sentence (1°), mais aussi, éventuellement, un nouvel examen de l'affaire (2°). Il est assez usuel de considérer que l'accueil des recours en annulation est rare. Ce n'est pas tout à fait exact, le taux de réformation des sentences arbitrales est d'environ 15 à 20 % (Cf. *supra* Encart n° 48 ss n° 1503) ces dernières années²⁴⁸⁵, quel que soit le type de sentences, internes ou internationales. Il est plus exact de considérer que les recours en annulation sont rares, sans doute en raison de l'amélioration sensible de la qualité des sentences rendues, et donc du professionnalisme des arbitres, mais qu'ils demeurent, avec des arguments solides, d'autant que le recours n'est pas suspensif.

1° L'annulation de la sentence

1633. – Pouvoirs du juge en matière d'annulation de la sentence. Dans l'hypothèse où la cour d'appel annule la sentence, elle ne dispose que de ce pouvoir, déjà considérable : elle ne peut pas profiter de cette décision d'annulation pour en tirer des conséquences au fond et, par exemple, la réviser. Cette possibilité est retardée pour un arbitrage interne à une nouvelle audience à laquelle les parties doivent être invitées à présenter leurs moyens mais elle n'a pas été retenue pour l'arbitrage international, à la différence par exemple du droit anglais, y compris international, de l'arbitrage (*Arbitration Act*, art. 69). Le juge de l'annulation ne peut pas non plus renvoyer la cause devant le tribunal arbitral, comme, à nouveau en droit anglais ou en droit allemand, s'il ne peut être à nouveau réuni (ce qui est en général le cas) dans la mesure où l'annulation de la sentence n'affecte que la sentence, point la demande²⁴⁸⁶, mais inviter les parties à réunir un nouveau tribunal arbitral (si la convention d'arbitrage n'est pas considérée comme nulle ou inexistante)²⁴⁸⁷. En outre l'annulation d'une sentence emporte annulation de toutes les décisions, non considérées comme des sentences qui en seraient le préalable, ou la conséquence, comme une sentence rectificative ou en interprétation²⁴⁸⁸.

1634. – Nullité totale ou partielle de la sentence. La cour d'appel, juge de l'annulation, peut prononcer une nullité totale de la sentence ou une nullité

²⁴⁸⁵ Cf. Th. Clay, obs. in *D.* 2018, p. 2448.

²⁴⁸⁶ Cf. Cass. 2^e civ., 29 févr. 1984 : *Rev. arb.* 1996, p. 43, note B. Moreau.

²⁴⁸⁷ Comp. B. Moreau, *Les effets de la nullité de la sentence arbitrale*, *Études P. Bellet*, Litec, 1991, p. 403.

²⁴⁸⁸ Paris, 21 févr. 2012 : *Rev. arb.* 2012, p. 587, note Ch. Jarrosson.

partielle, n'affectant que les dispositions qui la vicent, par exemple lorsque certains éléments du dispositif sont *ultra petita*, ou contraires à l'ordre public ou encore lorsque la contrariété au principe de la contradiction ne concerne qu'un de ses éléments. Une telle nullité partielle n'est possible que pour autant que le caractère indivisible des différents éléments de la sentence ne puisse être démontré²⁴⁸⁹, ou que la connexité entre deux demandes ne soit établie²⁴⁹⁰.

1635. – Sentences partielles. La question est d'autant plus sensible lorsque les arbitres rendent plusieurs « sentences » partielles qui tranchent une partie des questions du litige, mais sans mettre fin à l'instance arbitrale, ce qui fait obstacle, à tout le moins en droit français de l'arbitrage, à la considération de ces « sentences » comme de « véritables sentences » (V. *supra*, n° 1384). Dans l'hypothèse où la sentence est rendue dans un siège qui reconnaît à cette décision la qualité de sentence, donc l'efficacité d'un recours, l'absence, en général, d'effet suspensif, a pour conséquence que la procédure arbitrale se poursuit, avec donc, en point de mire, le risque qu'une sentence partielle soit annulée, tandis qu'une sentence ultérieure est rendue, avec un risque majeur d'annulabilité de celle-ci. Si la sentence partielle est considérée comme une véritable sentence dans l'État du siège qui la reconnaît comme sentence et que la sentence ultérieure est rendue en France, la question devient assez complexe : il conviendrait en effet que la première soit exécutée en France pour qu'une conséquence puisse se développer sur la seconde, notamment si l'annulation avait pour effet de constater l'un des cas de l'article 1520 du Code de procédure civile, et notamment, le cas de la nullité ou de l'inexistence de la convention d'arbitrage ou du caractère irrégulièrement constitué du tribunal arbitral²⁴⁹¹.

1636. – Conséquences de l'annulation. L'annulation de la sentence produit l'anéantissement de la sentence ou de la partie annulée de celle-ci²⁴⁹². Toutefois, un tel anéantissement n'est jamais total, en ce sens qu'échappent aux effets de l'annulation et sont conservés les actes préalables au déclenchement de l'instance, et notamment la demande d'arbitrage ou la convention d'arbitrage, voire certains actes postérieurs dès lors qu'ils ne sont pas concernés par la cause de l'annulation. Par ailleurs, l'annulation d'une sentence est contenue dans les limites de celles-ci. Cette solution de principe pose difficulté dans des situations dans

²⁴⁸⁹ Cass. 2^e civ., 28 févr. 1990 : *Rev. arb.* 1991, p. 654 (indivisibilité non retenue). – Paris, 13 nov. 1997 : *Rev. arb.* 1998, p. 709, note Y.D. (divisibilité retenue). – Paris, 3 déc. 2009 : *Rev. arb.* 2010, p. 105, note R. Libchaber (atteinte au principe de contradiction).

²⁴⁹⁰ Paris, 16 nov. 2006 : *Rev. arb.* 2008, p. 109, note M. de Boissésou.

²⁴⁹¹ Comp. A. Pinna, *L'annulation d'une sentence arbitrale partielle* : *Rev. arb.* 2008, p. 615.

²⁴⁹² Cf. B. Moreau, *Les effets de la nullité de la sentence arbitrale*, préc.

lesquelles plusieurs sentences sont rendues, dans une même affaire, par un même tribunal arbitral, alors qu'un recours n'est engagé que contre l'une d'entre elles. La jurisprudence considère que la nullité d'une sentence ne peut s'étendre à d'autres sentences, préalables ou postérieures même s'il existe un lien de dépendance ou d'indivisibilité entre elles²⁴⁹³. Une exception est admise pour certaines sentences, comme la sentence rectificative d'une erreur matérielle²⁴⁹⁴, ou encore s'agissant d'une sentence postérieure à une sentence avant dire droit qui se serait prononcée sur la régularité de la constitution du tribunal arbitral, sentence partielle annulée ensuite²⁴⁹⁵.

1637. – La question de l'exécution d'une sentence annulée dans l'État du siège de l'arbitrage. L'annulation d'une sentence la prive d'effet de sorte qu'elle ne peut faire l'objet d'une exécution. La question est évidente en droit de l'arbitrage interne mais plus complexe en matière d'arbitrage international : la jurisprudence admet en effet qu'une telle sentence, annulée dans l'État du siège de l'arbitrage est susceptible d'être reconnue ou exécutée en France (V. *infra*, n° [1683](#)).

2° La survie du litige et ses conséquences

1638. – Les conséquences concrètes de l'annulation tiennent donc au fait que la convention d'arbitrage et les demandes demeurent, de telle manière que le litige demeure, qu'il va bien falloir soumettre, à nouveau, à un processus décisionnel, organisé de manière différente selon qu'il s'agit d'un arbitrage international (a) ou interne (b).

a) Arbitrage international

1639. – Impossibilité pour le juge de l'annulation de trancher le litige. En matière d'arbitrage international, prime est donnée à la solution conventionnelle de règlement du litige choisie par les parties et à l'autonomie du processus arbitral international. Ainsi, l'annulation de la sentence emporte impossibilité pour le juge de l'annulation de se saisir du litige pour le trancher, et donc l'obligation pour les parties de recommencer une procédure arbitrale. En effet, l'annulation de la sentence l'empêche, en totalité ou partiellement, d'intégrer l'ordre juridique français. Toutefois, l'autonomie de l'arbitrage international, plus importante qu'en matière d'arbitrage interne, fait obstacle à ce que la cour d'appel se saisisse du litige, ne serait-ce que parce que rien ne suppose que, à défaut de choix de l'arbitrage, les juridictions françaises auraient été choisies ou compétentes.

²⁴⁹³ Paris, 24 févr. 1995 : *Rev. arb.* 1996, p. 141, note Y. Derains. – Paris, 3 juill. 2007 : *Rev. arb.* 2007, p. 647.

²⁴⁹⁴ Paris, 3 juill. 2007, préc.

²⁴⁹⁵ Paris, 22 mars 2007 : *Rev. arb.* 2007, p. 347. – Paris, 21 nov. 2002 : *Rev. arb.* 2003, p. 240. *Adde* : A. Pinna, *L'annulation d'une sentence arbitrale partielle, op. cit.*

1640. – Recours subsidiaire au juge étatique. Toutefois, dans l'hypothèse dans laquelle la sentence est annulée en raison de l'incompétence du tribunal arbitral, il faudra alors recourir au juge étatique compétent. Hormis cette hypothèse, il convient donc de réunir à nouveau le tribunal arbitral, ou bien pour que les parties présentent différemment le litige, ou bien pour que le tribunal se saisisse des obstacles présentés par le juge de l'annulation (dans le cas par exemple de la contrariété de la sentence à l'ordre public international). En matière interne, la règle est identique, l'annulation conduit à réunir à nouveau le tribunal arbitral et, à défaut, le recours est porté devant la cour d'appel (CPC, art. 1502, al. 3). Or, en matière d'arbitrage international, une telle solution est exclue. Par conséquent, dans l'hypothèse dans laquelle le tribunal arbitral ne pourrait plus être réuni et dans la mesure où la sentence a été annulée, il faudrait alors pour les parties reconstituer un nouveau tribunal arbitral et recommencer la procédure.

b) Arbitrage interne

1641. – Recours automatique au juge étatique. En matière d'arbitrage interne, au contraire, l'article 1493 du Code de procédure civile, qui reprend le contenu de l'ancien article 1485 du même code, dispose que : « Lorsque la juridiction annule la sentence arbitrale, elle statue sur le fond de l'affaire dans la limite de la mission de l'arbitre, sauf volonté contraire des parties ». Il s'agit donc ici, sauf volonté contraire des parties, de constituer un nouveau tribunal arbitral pour « rejurer » l'affaire, d'assurer à la cour d'appel la faculté de juger au fond le litige, comme si elle se trouvait face à l'appel d'une décision étatique de première instance. La seule hypothèse dans laquelle la cour d'appel ne dispose pas de cette faculté est celle dans laquelle la sentence a été annulée en raison de l'incompétence du tribunal arbitral, et notamment dans la situation dans laquelle la convention d'arbitrage est annulée ou inopposable à l'une des parties, de sorte que les parties doivent saisir le juge étatique de première instance compétent, sans d'ailleurs que la cour ait à désigner la juridiction à saisir²⁴⁹⁶. Ainsi, la cour d'appel, juge de l'annulation, se transforme en cour d'appel « ordinaire » à laquelle le litige est dévolu, en tout ou partie selon les cas²⁴⁹⁷, et dans les conditions de la mission initialement confiée aux arbitres. Ordinairement, la cour d'appel organise la réouverture des débats, après ceux ayant eu pour objet le recours en annulation²⁴⁹⁸. Ainsi la cour d'appel doit statuer en droit ou en amiable composition, selon la nature de la mission confiée aux arbitres, le

²⁴⁹⁶ Cass. 1^{re} civ., 6 mars 2013 : *Rev. arb.* 2013, p. 404, note J. Pellerin. – Paris, 3 mars 2010 : *Rev. arb.* 2010, p. 389. V. aussi Cass. soc., 30 nov. 2011 : *Procédures* 2012, comm. 42, comm. L. Weiller ; *Procédures* 2012, comm. 75, obs. A. Budaga ; *JCP S* 2012, 1049, comm. S. Brissy ; *JCP G* 2011, 1417, obs. N. Dedessus-le-Moustier.

²⁴⁹⁷ Cf. J. Pellerin, *L'instance au fond devant la cour d'appel après annulation de la sentence arbitrale* : *Rev. arb.* 1993, p. 199.

²⁴⁹⁸ V. cependant, Cass. 2^e civ., 8 juill. 1987 : *Rev. arb.* 1989, p. 107, obs. J. Pellerin.

litige tel qu'il est apparu devant les arbitres dont la sentence a été annulée, de sorte que la cour d'appel doit, au mieux, réaliser un « arbitrage judiciaire »²⁴⁹⁹ : si la procédure est la procédure contentieuse ordinaire en matière d'appel (CPC, art. 1495), elle ne peut statuer que sur les demandes qui ont été portées devant les arbitres et correspondant à la convention d'arbitrage, elle ne peut faire intervenir un tiers. Toutefois, cette possibilité demeure supplétive, « sauf volonté contraire des parties » : les parties peuvent donc, par une volonté contraire clairement exprimée, s'opposer à ce que la cour d'appel, juge de l'annulation, statue au fond. La formule n'est pas très claire, mais on peut raisonnablement penser qu'il s'agit d'une volonté commune des parties, et non de la volonté de l'une des parties²⁵⁰⁰.

Section 3

Règles spécifiques à l'appel

1642. – Maintien de la possibilité d'appel (arbitrage interne). La réforme de 2011 a maintenu la possibilité pour les parties de choisir, au titre des recours ordinaires, la voie de l'appel. Toutefois, l'article 1489 du Code de procédure civile en fait une voie choisie par les parties, le recours ordinaire demeurant le recours en annulation. Cette situation est exceptionnelle dans la mesure où elle est contraire à l'esprit même de l'arbitrage et en contradiction avec le recours à un mode « alternatif » de règlement des litiges. Si les parties conservent donc la possibilité de choisir cette voie de recours en matière d'arbitrage interne, elle est exclue en matière d'arbitrage international : l'article 1518 du Code de procédure civile prévoit en effet, sans détour, que « la sentence rendue en France en matière d'arbitrage international ne peut faire l'objet que d'un recours en annulation ». Il reste que, même en matière internationale, cette proposition n'est pas exacte, dans la mesure où, de manière exceptionnelle, le recours en révision est également ouvert. En outre, cette exclusion ne vaut que pour les sentences internationales « rendues en France » ; naturellement en effet, la sentence internationale rendue à l'étranger dépend de la législation qui y est applicable, par exemple en Grande-Bretagne, où un *appeal on a point of the law* demeure possible (V. *supra*, n° 1499). Enfin, en matière d'arbitrage interne, la réforme de 2011, qui fait donc de l'appel une voie (très rarement) choisie, ne s'applique, aux

²⁴⁹⁹ Ph. Fouchard, *L'arbitrage judiciaire, Études offertes à P. Bellet*, Litec, 1991, p. 167.

²⁵⁰⁰ V. cependant, Colmar, 30 oct. 2019, n° 15/02482, *Lorh* : *Dalloz actualité*, 6 janv. 2020, obs. J. Jourdan-Marques.

termes de l'article 3, 1° du décret du 13 janvier 2011, que pour les conventions d'arbitrage conclues après le 1^{er} mai 2011, date de son entrée en vigueur.

1643. – Conventions d'arbitrage conclues avant le 1^{er} mai 2011. L'ancien article 1482 du Code de procédure civile, en vigueur avant l'entrée en vigueur du décret de 2011, disposait en effet la solution exactement inverse :

« La sentence arbitrale est susceptible d'appel à moins que les parties n'aient renoncé à l'appel dans la convention d'arbitrage. Toutefois, elle n'est pas susceptible d'appel lorsque l'arbitre a reçu mission de statuer comme amiable compositeur, à moins que les parties n'aient expressément réservé cette faculté dans la convention d'arbitrage ».

L'ancien article 1483 poursuit :

« Lorsque, suivant les dispositions de l'article 1482, les parties n'ont pas renoncé à l'appel ou qu'elles se sont expressément réservé cette possibilité dans la convention d'arbitrage, la voie de l'appel est seule ouverte, qu'elle tende à la réformation de la sentence ou à son annulation. Le juge d'appel statue comme amiable compositeur lorsque l'arbitre avait cette mission ».

1644. – Nature de la mission arbitrale. Dans ces conditions, il importe de distinguer en fonction de la mission que les arbitres avaient confiée aux arbitres : mission de statuer en droit ou en amiable compositeur. Avant comme après 2011, la mission est en principe de statuer en droit sauf si les parties ont confié aux arbitres la mission de statuer comme amiable compositeur (CPC, art. 1478, ancien art. 1474).

Si les parties n'ont pas déterminé la mission particulière de l'arbitre ou ont expressément choisi qu'il statuera en droit, l'appel est donc la voie normale et même la « seule » voie de recours. La voie du recours en annulation est donc irrecevable²⁵⁰¹. Les parties conservaient cependant la faculté, alors, de renoncer, dans la convention d'arbitrage, à l'appel, ouvrant la voie du recours en annulation. Toutefois, l'ancien article 1482 du Code de procédure civile n'exigeait pas que la renonciation à l'appel soit expresse, de sorte que cette renonciation peut résulter de l'interprétation de la convention pour rechercher si les parties ont, ou non, renoncé à cette faculté, par exemple si les parties ont indiqué que la sentence sera rendue « en dernier ressort »²⁵⁰² ou si le règlement d'arbitrage auquel les parties se réfèrent précise que la sentence sera rendue sous réserve d'une action en annulation, supposant donc que la voie de l'appel soit exclue²⁵⁰³, au contraire de formule plus vague comme celle par laquelle la sentence sera définitive²⁵⁰⁴.

Si au contraire les parties ont décidé dans la convention d'arbitrage que l'arbitre statuera en amiable composition, la solution s'inverse, la sentence est alors insusceptible d'appel, lequel serait alors irrecevable²⁵⁰⁵ et n'ouvre droit qu'à un recours en annulation à

²⁵⁰¹ Paris, 26 mai 1987 : *Rev. arb.* 1987, p. 509, note Ch. Jarrosson.

²⁵⁰² Paris, 17 janv. 2002 : *Rev. arb.* 2002, p. 899, note J.-G. Betto. – Cass. com. 19 mai 1987 : *Rev. arb.* 1988, p. 142, note P. Ancel.

²⁵⁰³ Paris, 12 mars 2009 : *Rev. arb.* 2009, p. 433. – Paris, 26 mai 2005 : *Rev. arb.* 2005, p. 796.

²⁵⁰⁴ Cass. 2^e civ., 15 juin 1988 : *Bull. civ.* 1988, II, n° 145.

²⁵⁰⁵ Paris, 2 oct. 2008 : *JCP G* 2009, I, 222, n° 5, obs. J. Ortsheidt, pour un centre d'arbitrage qui ouvrirait la voie

moins que les parties n'aient, dans la convention d'arbitrage, expressément « réservé » la voie de l'appel. Dans ce cas, la cour d'appel devra, comme l'arbitre, statuer en amiable composition. La « réserve » expresse par les parties s'entend d'ailleurs de la précision, expresse, que les parties ont choisi, dans cette situation, la voie de l'appel, ou que cette solution résulte de la rédaction de la clause compromissoire, par exemple si les parties y ont indiqué que l'arbitre rendra une sentence « en premier ressort »²⁵⁰⁶.

Par ailleurs, si les anciens articles 1482 et 1483 prévoient ces hypothèses de choix ou de renonciation dans la convention d'arbitrage, le choix postérieur des parties ou bien de choisir la voie de l'appel²⁵⁰⁷ ou bien d'y renoncer²⁵⁰⁸ demeure possible.

1645. – Effet dévolutif de l'appel : appel en vue de l'annulation ou de la réformation de la sentence. L'appel provoque, par principe, un effet dévolutif qui implique que la chose jugée par la sentence soit remise en cause et que la cour d'appel doive alors statuer à nouveau en fait et en droit²⁵⁰⁹, règle qui repose sur la lettre de l'article 561 du Code de procédure civile et est appliquée à l'arbitrage²⁵¹⁰. L'effet dévolutif ne se produit alors « pour le tout que lorsque l'appel tend à l'annulation du jugement ou si l'objet du litige est indivisible », aux termes de l'article 562 du Code de procédure civile²⁵¹¹. En revanche il n'est que partiel lorsque « l'appel défère à la cour la connaissance des chefs de jugement qu'il critique expressément et de ceux qui en dépendent ». Par conséquent, l'article 1490, alinéa 1^{er} du même code, qui indique que « l'appel tend à la réformation ou à l'annulation de la sentence », doit être lu à la lumière des articles 561 et 562 tels qu'ils existent après le décret du 6 mai 2017, à savoir la distinction entre l'appel visant à l'annulation de la sentence, qui emporte un effet dévolutif complet de la sentence ou qui vise à la réformation de la sentence qui suppose donc que l'effet dévolutif soit limité aux chefs de jugement qu'il critique, à moins que l'objet du litige soit indivisible.

1646. – Limitation conventionnelle de l'effet dévolutif. Par ailleurs l'effet dévolutif de l'appel d'une sentence est limité, de manière générale, par les stipulations retenues par les parties. La cour d'appel est donc dans une situation extraordinaire qui la place sous la dépendance des stipulations de la convention d'arbitrage²⁵¹². Avant comme après 2011 en effet, et comme en dispose l'article 1490, alinéa 2 du Code de procédure civile (la cour « statue (...) dans les limites de la mission du tribunal arbitral »), la cour d'appel doit statuer en fonction des limites posées dans le compromis qui

de l'appel au moment de notifier la sentence rendue en amiable composition.

²⁵⁰⁶ Paris, 18 oct. 2001 : *Rev. arb.* 2001, p. 923.

²⁵⁰⁷ Cass. 2^e civ., 7 déc. 2000, n° 99-10.728.

²⁵⁰⁸ Versailles, 16 oct. 1997 : *Rev. arb.* 1998, p. 572, note E. Loquin.

²⁵⁰⁹ Cass. 2^e civ., 27 mai 2004 : *Rev. arb.* 2004, p. 611, note M.-C. Rivier.

²⁵¹⁰ Cass. 2^e civ., 27 mai 2004, préc.

²⁵¹¹ Cass. com., 6 juin 2000 : *Bull. civ.* 2000, IV, n° 119.

²⁵¹² Cass. 1^{re} civ., 18 mai 2005 : *Bull. civ.* 2005, I, n° 208.

détermine l'objet du litige²⁵¹³. C'est le cas également d'une clause compromissoire qui déterminerait précisément l'objet du litige par exemple pour réserver à l'arbitrage certains points et non d'autres mais, en l'absence de précision dans la clause compromissoire, comme c'est très souvent le cas, la cour d'appel peut connaître de toutes les demandes formées par les parties devant le tribunal arbitral. Comme ce dernier, la cour d'appel peut connaître de toutes les demandes, principales, reconventionnelles ou incidentes, pour autant qu'elles s'inscrivent dans le cadre de la clause compromissoire²⁵¹⁴ mais non, de demandes nouvelles²⁵¹⁵. De même qu'elle doit statuer en droit ou en amiable composition selon le choix réalisé par la convention d'arbitrage. L'article 1490, alinéa 2 du Code de procédure civile dispose en effet que « la cour statue en droit ou en amiable composition dans les limites de la mission du tribunal arbitral ». Lorsque, en revanche, la sentence est annulée en raison de l'irrégularité de la saisine du tribunal arbitral, l'appel ne produit cependant pas d'effet dévolutif et ce peu important que, malgré l'irrégularité, les parties, l'appelant notamment, ont conclu au fond devant l'arbitre (mais pas devant la cour d'appel)²⁵¹⁶.

²⁵¹³ Cass. 2^e civ., 27 janv. 1998 : *Bull. civ.* 1998, II, n° 26. – Cass. 2^e civ., 23 févr. 1994 : *Rev. arb.* 1994, p. 715, note A. Hory.

²⁵¹⁴ Cass. 1^{re} civ., 13 mai 2015 : *Rev. arb.* 2015, p. 1179, note L. Weiller.

²⁵¹⁵ Paris, 27 sept. 2005 : *D.* 2006, p. 187, obs. Th. Clay ; *JCP G* 2006, I, 148, n° 3, obs. J. Ortsheidt.

²⁵¹⁶ Cass. com. 26 mars 1996 : *Rev. arb.* 1996, p. 242, note G. Canivet.

Les recours extraordinaires contre la sentence arbitrale

1647. – Les recours qui demeurent sont, par nature, d’exception, au regard du principe selon lequel le recours ordinaire contre une sentence arbitrale est le recours en annulation. Demeurent cependant d’autres recours, l’appel, exceptionnel (CPC, art. 1489) comme cela a déjà été présenté, mais encore la tierce opposition ou le recours en révision, médiatement mis en scène dans l’affaire *Tapie*.

Section 1

La tierce opposition

1648. – **Action réservée à l’arbitrage interne.** La tierce opposition est une voie de recours particulière ouverte à un tiers à une procédure qui se considère comme visé et lésé par la décision rendue, par exemple parce qu’un cocréancier, une caution, un contractant indirect, *etc.*, peut subir une mesure d’exécution ou bien parce que la sentence, opposable aux tiers, prend une position contraire aux intérêts de ce tiers. En droit processuel, toute personne peut former tierce opposition, à condition de justifier de son intérêt à agir et de ne pas avoir été partie ou représenté dans la décision objet de la tierce opposition (CPC, art. 583). En matière d’arbitrage, un tel recours est exclusivement réservé à l’arbitrage interne par l’article 1501 du Code de procédure civile. En effet, l’article 1501, qui n’est pas visé dans l’article 1506 du même code qui fixe la liste des articles de l’arbitrage interne applicables à l’arbitrage international, est donc considéré comme non applicable à l’arbitrage international. La tierce opposition est alors considérée comme irrecevable²⁵¹⁷, solution

²⁵¹⁷ Cass. 1^{re} civ., 8 oct. 2009, n° 07-21.990, *Assoc. de défense de la bibliothèque polonaise* : Bull. civ. 2009, I, n° 201 ; D. 2009, 2959, spéc. p. 2969, obs. Th. Clay ; JCP G 2010, I, 644, § 6, obs. J. Béguin. Mais V. Cass. 1^{re} civ., 26 mai 2021, n° 19-23.996, *Central Bank of Libya*, D. 2021, p. 1034 qui considère que la tierce opposition engagée non pas contre la sentence arbitrale, mais contre l’arrêt d’appel ayant accordé l’*exequatur* à la sentence arbitrale, est recevable, car constituant un recours de droit commun.

critiquable²⁵¹⁸, dans la mesure où la sentence, quelle que soit sa nature, est opposable aux tiers et alors que l'intervention volontaire du tiers à un recours en annulation est exclue par ailleurs (V. *supra*, n° 1514). À l'inverse, et contre l'idée de la réception d'un tel recours en matière d'arbitrage international, prévaut celle selon laquelle une telle action, pouvant être exercée des années après le rendu de la sentence arbitrale internationale attaquée fait peser sur celle-ci un risque majeur d'instabilité. Une sentence arbitrale internationale est considérée en droit français comme une « décision de justice internationale » qui, ce faisant est considérée comme « déterritorialisée » de telle manière que l'admission d'un tel recours risquerait, à rebours, de territorialiser arbitrairement la sentence internationale ou la sentence étrangère. Toute sentence régulièrement rendue et exécutée en France pourrait alors être critiquée en France, par un tiers, aboutissant en outre à une révision au fond de la sentence. La question de la tierce opposition, en matière d'arbitrage international, a toutefois pu se poser non pas contre la sentence mais contre l'arrêt qui confirme l'exequatur de celle-ci²⁵¹⁹. Là encore, et pour les mêmes raisons, la solution est critiquable en ce que qu'elle aboutit à fragiliser les sentences arbitrales exécutées en France. Par ailleurs, l'article 1524 du Code de procédure civile prévoit, pour les sentences internationales rendues en France, que l'ordonnance d'exequatur n'est susceptible d'aucun recours sauf dans le cas prévu à l'article 1522 et, s'agissant des sentences rendues à l'étranger, l'article 1525 du même code prévoit simplement l'appel comme recours, si on admet toutefois que ce texte doit être interprété strictement, solution pourtant validée par la Cour de cassation dans son arrêt *Central Bank of Libya* du 26 mai 2021.

Enfin, et au moins en matière interne, il convient que le tiers soit un véritable tiers à la sentence. La question se pose des « faux tiers » comme le sont les émanations d'État, telle une banque centrale, alors qu'un État est partie à une sentence²⁵²⁰ ou un fonds souverain²⁵²¹. Au-delà sont des « faux tiers » ceux « *qui ne sont pas tout à fait des tiers sans pour autant être parties au contrat* »²⁵²².

²⁵¹⁸ Cf. J. Jourdan-Marques, *Le contrôle étatique des sentences arbitrales internationales*, LGDJ, 2017, spéc. p. 132 et s.

²⁵¹⁹ Cass. 1^{re} civ., 26 mai 2021, n° 19-23.996. Paris, 30 oct. 2012, n° 11/08277, qui rejette la demande de tierce opposition, ce qui semble admettre sa recevabilité. Dans la même affaire, le conseiller de la mise en état a ensuite rejeté une tierce opposition à l'arrêt précité pour défaut d'intérêt à agir, la déclarant toutefois recevable, V. Paris, ord., 11 févr. 2016, n° 15/10883. La cour d'appel semble toutefois avoir tranché la question en considérant qu'une telle tierce opposition était irrecevable, Paris, 28 mai 2019, n° 16/21946 *Banque centrale de Lybie* : *Gaz. Pal.* 2 juill. 2019, p. 24, obs. D. Bensaude. Bensaude. – Paris, 5 sept. 2019, n° 18/17592, *Al Kharafi c. Libyan Investment Authority et Libyan Arab Foreign Investment Company*, *Rev. arb.*, 2020, p. 234, note. J.-Y. Garaud et C. Martini ; *D.* 2019, p. 2448, obs. Th. Clay ; *Gaz. Pal.* 19 nov. 2019, p. 24, obs. D. Bensaude, Cass. 1^{re} civ., 26 mai 2021, préc.

²⁵²⁰ Cass. 1^{re} civ., 6 févr. 2007, n° 04-13.107 et n° 04-13.109.

²⁵²¹ cf. Versailles, 14 janv. 2021, n° 19/06572, *SNPC c. Commisimpex* : « Le premier juge a rappelé au visa de l'article L 211-1 du Code des procédures civiles d'exécution que le droit de poursuite du créancier sur les biens

1649. – Compétence. La sentence arbitrale interne peut donc être frappée de tierce opposition devant la juridiction qui eût été compétente à défaut d'arbitrage, sous réserve des dispositions du premier alinéa de l'article 588. Ce recours s'entend du fait de l'opposabilité de principe de la sentence aux tiers, justifiant ainsi que ces derniers, qui estiment subir un grief du fait de la sentence, puissent disposer d'un tel recours. Le tiers doit alors établir son intérêt à agir²⁵²³. C'est le cas de la caution solidaire, du moins depuis 2015²⁵²⁴ et ce dans un contexte faisant l'objet d'un important débat doctrinal²⁵²⁵. La Cour de cassation se fonde d'ailleurs sur l'article 6, § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme et le droit effectif, de la caution solidaire, à l'accès à un juge, alors même qu'elle n'a pas été partie à la sentence arbitrale. Ce peut être n'importe quel tiers, par exemple une autre société du groupe auquel appartient une partie²⁵²⁶.

Ce n'est donc ni devant le tribunal arbitral, par hypothèse puisque ce tiers n'y est pas partie, ni devant le juge d'appui du tribunal arbitral, mais devant le juge qui aurait été compétent (et devant lequel la tierce opposition aurait été présentée au sens de l'article 587 du Code de procédure civile) à défaut d'arbitrage que la tierce opposition doit être présentée. L'article 1501 du Code de procédure civile réserve cependant l'hypothèse de la tierce opposition incidente, dans le cas où la sentence arbitrale est produite dans une instance devant un juge étatique : ce juge sera alors compétent pour examiner la tierce opposition.

Section 2

Le recours en révision

1650. – Arbitrage interne et international. Le recours en révision est une voie de recours qui permet de sanctionner une sentence arbitrale frappée de fraude et aboutissant à la rétractation de la sentence²⁵²⁷. Pour cette raison, d'ailleurs, et dans la mesure où le recours en révision a pour objet la sanction

de son débiteur, est étendu en cas de confusion de patrimoine, notamment aux organismes publics qui dépendent d'un Etat au point de n'en être qu'une émanation ».

²⁵²² C. Guelfucci Thibierge, *De l'élargissement de la notion de partie au contrat... à l'élargissement de la portée du principe de l'effet relatif*, RTD civ., 1994, p. 275, spéc. n° 10.

²⁵²³ Paris, ord., 11 févr. 2016, n° 15/10883.

²⁵²⁴ Cass. com., 5 mai 2015 : *Rev. arb.* 2015, p. 1115, note M. Mignot ; *JCP E* 2015, 1362, note J. Jourdan-Marques.

²⁵²⁵ É. Loquin, *Arbitrage et cautionnement* : *Rev. arb.* 1994, 235.

²⁵²⁶ Cf. Cass. com., 23 sept. 2014, n° 13-22.624, *iPF c/ CSF* : *Rev. arb.* 2014, p. 1023.

²⁵²⁷ 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. – Y. Derains, *La révision des sentences dans l'arbitrage international*, in *Liber Amicorum K.-H. Böckstiegel*, Carl Heymanns Verlag, 2001, p. 165. – D. Hascher, *La révision en arbitrage international*, in *Liber Amicorum C. Reymond. Autour de l'arbitrage*, Litec, 2004, p. 111.

d'une fraude, les parties ne sauraient, dans la convention d'arbitrage, renoncer à l'exercice de cette action. L'article 1502 du Code de procédure civile dispose que : « Le recours en révision est ouvert contre la sentence arbitrale dans les cas prévus pour les jugements à l'article 595 et sous les conditions prévues par les articles 594, 596, 597 et 601 à 603 du Code de procédure civile. Le recours est porté devant le tribunal arbitral. Toutefois, si le tribunal arbitral ne peut à nouveau être réuni, le recours est porté devant la cour d'appel qui eût été compétente pour connaître des autres recours contre la sentence ». Par ailleurs, depuis 2011, l'article 1506 du Code de procédure civile, en matière d'arbitrage international, renvoie à ce texte, moins le dernier alinéa, et ce malgré la formule de l'article 1518 du Code de procédure civile qui affirme que le recours en annulation est la seule voie de recours contre une sentence internationale ; le recours en révision, exceptionnel, est également une voie de recours possible. Avant le décret de 2011, le recours en révision n'était pas prévu contre une sentence internationale (CPC, ex-art. 1507), quoique la jurisprudence l'ait admis, en 1992, en cas de fraude, en se fondant sur les principes généraux du droit processuel²⁵²⁸.

1651. – Cas d'ouverture du recours en révision. Comme face à un jugement rendu par un juge étatique, le recours en révision a pour objet la contestation d'une sentence rendue et disposant de l'autorité de la chose jugée. Il est même possible qu'elle ait été exécutée. Toutefois, lorsqu'une partie estime que la sentence a été rendue sur la base d'une fraude²⁵²⁹, le recours en révision est ouvert. Le délai pour engager le recours est de deux mois à compter du jour où le cas de fraude a été découvert.

1652. – Notion de fraude. La notion de fraude, d'ailleurs, est un standard juridique laissé à l'interprétation des juges. L'article 595 du Code de procédure civile évoque de manière large que le recours en révision (judiciaire) est possible dans trois cas :

« 1. S'il se révèle, après le jugement, que la décision a été surprise par la fraude de la partie au profit de laquelle elle a été rendue ; 2. Si, depuis le jugement, il a été recouvré des pièces décisives qui avaient été retenues par le fait d'une autre partie ; 3. S'il a été jugé sur des pièces reconnues ou judiciairement déclarées fausses depuis le jugement ; 4. S'il a été jugé sur des attestations, témoignages ou serments judiciairement déclarés faux depuis le jugement ».

Ces cas s'organisent donc autour de la notion de fraude, essentiellement, si l'auteur du recours n'a pu, sans la fraude de la partie au bénéfice de laquelle la sentence a été rendue, « faire valoir la cause qu'il invoque avant que la décision soit passée en force de chose jugée ». Il peut s'agir d'une décision surprise par un cas de

²⁵²⁸ Cass. 1^{re} civ., 25 mai 1992, n° 90-18.210, *S^{té} Procofrance c/ S^{té} Fougerolle* : *Rev. crit. DIP* 1992, p. 699, note B. Oppetit ; *RTD civ.* 1993, p. 201, obs. R. Perrot ; *RTD com.* 1992, p. 593, obs. J.-C. Dubarry et E. Loquin ; *Rev. arb.* 1993, p. 91, et obs. M. de Boissésou, p. 3 ; *JDI* 1992, p. 974, note E. Loquin.

²⁵²⁹ Cf. J. Pellerin, *Le cas de la fraude*, in E. Loquin et S. Manciaux (ss dir.), *L'ordre public et l'arbitrage*, LexisNexis, 2014, p. 177.

fraude comme la présentation de fausses pièces, de pièces qui auraient dû être présentées aux arbitres mais qui ont été retenues (frauduleusement), de fausses attestations, témoignages, expertises, serments, et plus généralement « des manœuvres, machinations ou procédés quelconques de nature à donner à ses affirmations une apparence de véracité qui a trompé la sagacité des juges »²⁵³⁰.

La jurisprudence étend d'ailleurs le cas d'ouverture à l'hypothèse dans laquelle un arbitre a caché l'existence de liens professionnels et économiques avec l'autre partie²⁵³¹. La difficulté ici tient au fait qu'elle pourrait se cumuler avec l'un des cas d'ouverture d'un recours en annulation, celui de l'absence d'indépendance ou d'impartialité de l'arbitre, de telle manière que le recours en révision vise à sanctionner une fraude commise par les parties et non celle imputable à un arbitre, sauf à considérer que la fraude est partagée en quelque sorte, entre l'arbitre et la partie qui a, elle aussi, caché ce lien. Il est donc possible d'engager, conjointement (à supposer que les délais soient respectés), un recours en annulation contre la sentence et un recours en révision²⁵³². C'est d'ailleurs cette hypothèse qui est à l'origine de ce que l'on désigne comme l'affaire *Tapie* où la cour d'appel de Paris a retenu la recevabilité d'un recours en révision sur le fondement que l'un des coarbitres avait « surpris par fraude la décision du tribunal arbitral »²⁵³³. La cour d'appel de Paris a également retenu la fraude à l'ordre public international de procédure comme un cas d'ouverture d'un recours en annulation d'une sentence arbitrale²⁵³⁴.

1653. – Juge compétent. L'article 1502, alinéa 2 du Code de procédure civile prévoit que le recours doit être présenté devant le tribunal arbitral lui-même, lequel est considéré comme le plus à même de saisir la portée du litige, et dans la mesure où la sanction est la « rétractation » de la sentence. Toutefois, en matière d'arbitrage interne, l'article 1502, alinéa 3, prévoit que, lorsque le tribunal arbitral ne peut pas être réuni à nouveau, le recours doit être porté devant la cour d'appel qui aurait été compétente pour connaître les autres recours. L'hypothèse dans laquelle le juge ne peut pas être réuni pose difficulté, notamment lorsque le fondement de la révision repose sur la fraude qui pourrait directement ou indirectement être opposée à un arbitre ; il serait alors en effet juge et partie, ce qui justifie la compétence subsidiaire de la cour d'appel. Ce peut être cependant une simple impossibilité de fait, l'un des arbitres est décédé ou indisponible, ou une impossibilité de droit, le cas de la fraude opposée à un arbitre ou de

²⁵³⁰ Cf. Paris, 23 mai 1984 : *Gaz. Pal.* 1984, somm. p. 289.

²⁵³¹ Cass. 2^e civ., 12 févr. 2004 : *Rev. arb.* 2005, p. 359, note M.C. Rivier.

²⁵³² Cass. 1^{re} civ., 19 déc. 1995 : *Rev. arb.* 1996, p. 49, note D. Bureau ; *RTD com.* 1996, p. 667, obs. E. Loquin et J.-Cl. Dubarry. – Paris, 25 juin 2013 : *Rev. arb.* 2014, p. 120, note A. de Fontmichel.

²⁵³³ Paris, 15 févr. 2015 : *D.* 2015, 439, et 425, édito. Th. Clay, p. 1283, note D. Mouralis ; *JCP G* 2015, 289, note S. Bollée ; *Dalloz actualité*, 20 févr. 2015, obs. X. Delpech ; *Rev. arb.* 2015, p. 832, note P. Mayer ; *JCP G* 2015, 289, note S. Bollée ; *Gaz. Pal.* 3-4 avr. 2015, p. 17, note M. Boissavy ; *Procédures* 2015, étude 4, note L. Weiller et Cass. 1^{re} civ., 30 juin 2016 : *D.* 2016, p. 1505, p. 2025, obs. L. d'Avout et S. Bollée, p. 2589, obs. Th. Clay ; *Rev. crit. DIP* 2017, p. 245, note J.-B. Racine ; *JCP G* 2016, 954, note S. Bollée ; *Procédures* 2016, n° 290, obs. L. Weiller ; *Rev. arb.* 2016, p. 1123, note P. Mayer ; *Cah. arb.* 2017, p. 339, note M. Henry.

²⁵³⁴ Paris, 22 janv. 2019, n° 17-15605 : *Gaz. Pal.* 19 mars 2019, p. 34, note D. Bensaude.

manière plus générale, l'existence d'un cas de violation d'un droit à un procès équitable qui pourrait être opposé au tribunal arbitral.

1654. – Compétence en matière d'arbitrage international. En matière internationale, en revanche, et dans la mesure où l'article 1506 du Code de procédure civile ne renvoie pas à l'article 1502, alinéa 3 du même code et où la sentence est rendue en France, on pourrait raisonner de la même manière : le recours doit être présenté devant le tribunal arbitral et s'il ne peut se réunir, choisir la compétence subsidiaire de la cour d'appel de Paris, ou, peut-être plus sûrement, en déduire que si le tribunal arbitral ne peut plus se réunir, il convient de réunir un nouveau tribunal arbitral pour connaître du recours. Si en revanche la sentence internationale a été rendue à l'étranger, le recours en révision est difficile. La Convention de New York de 1958, notamment, prévoit que les sentences rendues à l'étranger ne peuvent être contrôlées que par la voie de l'*exequatur*, selon les critères que la convention énumère. On pourrait toutefois réserver le cas dans lequel la sentence est rendue à l'étranger mais selon la loi de procédure française, auquel cas le recours en révision pourrait certainement être ouvert, devant le tribunal arbitral uniquement, voire devant un tribunal à constituer. Il existe donc une grande incertitude sur la question de savoir si un recours est possible, en fonction de la juridiction à saisir. L'ancien article 1507 du Code de procédure civile avait été « trahi », par la jurisprudence française, en 1992, pour admettre le recours en révision contre une sentence arbitrale internationale, au nom du respect d'un principe général du droit, *fraus omnia corrumpit*, dont le moins que l'on puisse en dire est qu'il s'agit d'un standard juridique particulièrement flexible. Dès lors, ce principe, associé au droit à un procès équitable, et au droit à l'accès à un juge, peut servir utilement à valider sinon l'extension du moins l'efficacité des recours en révision, y compris contre des sentences arbitrales internationales, rendues en France ou selon la loi française de procédure. Dans tous les cas, la formation saisie devra se prononcer à nouveau, sur la forme et sur le fond.

L'exécution de la sentence arbitrale

1655. – Présentation. La procédure d'arbitrage est une alternative à une procédure étatique et la sentence rendue par le tribunal est équivalente à un jugement étatique, à l'*imperium* près, c'est-à-dire que la sentence ne dispose pas, en elle-même, de la force exécutoire, cette qualité qui permet d'obtenir l'exécution forcée de son contenu, y compris par le recours à la force publique. Rien n'y pourrait changer d'ailleurs, même pas la volonté des parties : un jugement dispose de la force exécutoire par l'effet de la loi, de même que manque cet effet au profit de la sentence, par l'effet de la loi. C'est en ce sens que la question de l'exécution de la sentence est essentielle, à au moins deux titres. Le premier consiste à déterminer le régime juridique permettant de conférer à la sentence l'*imperium* nécessaire pour qu'elle puisse faire l'objet d'une exécution forcée. C'est le régime de l'*exequatur*, dit aussi parfois plus grossièrement de l'exécution, qui se double d'une question éventuelle de reconnaissance s'agissant des sentences internationales. Le second consiste à identifier les techniques d'exécution proprement dites, appliquées à la matière de l'arbitrage et, singulièrement, des sentences internationales. La procédure d'arbitrage repose en tout cas sur un double fondement juridictionnel et contractuel, de sorte que la sentence, une fois rendue, emporte dessaisissement du tribunal arbitral, et que la suite, et notamment, la question de l'exécution de la sentence est du ressort des parties.

1656. – Exécution volontaire de la sentence. L'« esprit de l'arbitrage », qui fait de cette technique un mode de justice privée, sans doute moins contentieuse ou en tout cas moins agressive que le recours à la justice étatique, emporte pour conséquence que l'exécution volontaire de la sentence, une fois celle-ci rendue, demeure une option ouverte aux parties. Aucune formalité n'est en effet nécessaire pour que l'exécution spontanée de la sentence soit possible²⁵³⁵. L'exécution spontanée de la sentence n'est pas sans conséquence. L'exécution volontaire est équivalente à une acceptation tacite des termes de la sentence, comme en matière de

²⁵³⁵ E. Loquin, *Arbitrage – Sentence arbitrale : JCI. Procédure civile*, 24 juill. 2020, § 44.

jugement étatique (cf. CPC, art. 410, al. 2)²⁵³⁶. L'acceptation tacite résultant de l'exécution spontanée de la sentence s'analyse cependant également comme une renonciation à exercer une action visant à obtenir l'*exequatur* ou une voie de recours²⁵³⁷, de sorte qu'il est nécessaire que l'acceptation tacite soit également non équivoque, et qu'il convient de vérifier qu'il n'existe aucun doute sur les conséquences de cette acceptation tacite, notamment la connaissance du caractère non exécutoire de la sentence et des conséquences de celle-ci. En revanche, il n'est pas nécessaire, préalablement à l'exécution volontaire de la sentence, d'acquiescer à la sentence ou de renoncer à un recours, d'une manière quelconque, dans la mesure où elle équivaut à l'acceptation de la sentence et de la renonciation à tout recours.

1657. – Exécution contestée de la sentence. En revanche, en dehors des hypothèses d'exécution spontanée, l'abstention de l'ordre étatique à compter du moment de la constitution du tribunal arbitral, sauf éventuellement l'appui du juge pour régler les difficultés de l'arbitrage, notamment, grâce au principe « compétence-compétence », et l'exclusion de toute action susceptible de concurrencer la procédure arbitrale, a pour contrepartie que, au stade de l'exécution, un certain contrôle de la sentence soit réalisé, sauf à admettre qu'une sentence qui serait contraire à un minimum de règles élémentaires puisse intégrer l'ordre juridique français par le seul fait qu'il s'agisse d'une sentence arbitrale, ce qui est évidemment exclu, quel que soit le système juridique concerné.

1658. – Exécution et localisation de la sentence arbitrale internationale. L'exécution de la sentence arbitrale internationale pose un autre type de difficulté dans la mesure où, internationale, la sentence n'est pas « localisée » ; ou plus exactement n'est qu'apparemment localisée, au lieu du siège de l'arbitrage²⁵³⁸. Cette difficulté n'apparaît pas immédiatement, du fait des situations d'exécution volontaire de la sentence arbitrale. En outre, les sentences internationales n'ont d'autre valeur que celle que les ordres juridiques étatiques acceptent de leur conférer, et ce même si l'essor de l'arbitrage international tend à assurer à celles-ci une reconnaissance de plus en plus importante. Du reste, l'existence de conventions internationales sur la reconnaissance et l'exécution des sentences, largement ratifiées, et notamment la Convention de New York de 1958, permet de considérer que, assez paradoxalement, il est peut-être plus aisé d'obtenir l'exécution d'une sentence arbitrale internationale que d'une décision de justice émanant d'une

²⁵³⁶ CA Paris, 29 avr. 1982 : *Rev. arb.* 1983, p. 342, obs. Bernard.

²⁵³⁷ CA Paris, 11 sept. 2003, *Comptoir général du ressort c/ Garcia*, cité in A. Mourre, *Arbitrage – Sentence CA Paris*, 11 sept. 2003 : *Gaz. Pal.* 8 nov. 2003, p. 48.

²⁵³⁸ Sent. CCI n° 5832 (1988) : *JDI* 1988, p. 1198, obs. G.A.A. – Sent. CCI n° 5730 (1988) : *JDI* 1990, p. 1029, obs. Y. Derains.

juridiction étatique étrangère²⁵³⁹. Dès lors, apparaît au moins deux localisations possibles, celle du siège de l'arbitrage et celle du pays dans lequel la sentence est « étrangère ». En matière internationale, la question est d'autant plus complexe que chaque pays dispose d'une liberté de principe dans l'organisation de ces règles, en matière d'exécution comme de contrôle de la validité, même si, s'agissant de l'exécution et de la reconnaissance des sentences étrangères, la Convention de New York de 1958 dont plus de cent soixante États sont parties, assure une forme d'uniformisation minimale.

1659. – Imperium. Il demeure que l'exécution d'une sentence suppose que celle-ci puisse recevoir *l'imperium* d'un juge étatique et donc que la sentence intègre un ordre juridique étatique particulier, celui de l'exécution – ou celui de son annulation éventuelle dans la mesure où la question se pose dans des termes à peu près voisins (V. *supra*, n° 1603). Cette efficacité internationale conférée aux sentences par le ou les ordres juridiques étatiques qui les reçoivent ne peut cependant se concevoir sans qu'un certain contrôle soit exercé à cette occasion sur le contenu de la sentence et les conditions dans lesquelles elle a été rendue. Dès lors, le rôle d'un juge étatique, au moins, est essentiel pour assurer l'exécution de la sentence arbitrale internationale, en fonction des contraintes propres à chacun des droits internes dans lesquels elle est susceptible de faire l'objet d'une mesure d'exécution, contraintes qui s'exercent sous la forme d'un contrôle de la validité des sentences internationales, même s'il est moins intense que lorsqu'il s'agit d'un recours en annulation dont l'objet est, précisément, le contrôle de la validité de la sentence arbitrale.

1660. – « Multilocalisation » de la sentence arbitrale internationale. En l'absence d'exécution volontaire, la « localisation » de la sentence emporte très souvent un phénomène de « multilocalisation ». Ainsi, par exemple pour le cas français, l'article 1516 du Code de procédure civile dispose que pour les sentences internationales rendues en France, le juge de *l'exequatur* compétent est le président du tribunal judiciaire du siège de l'arbitrage, tandis que lorsqu'il s'agit d'une sentence internationale rendue à l'étranger, il s'agit du président du tribunal judiciaire de Paris. Ce dont il résulte que dans la situation d'une sentence arbitrale internationale dont le siège est situé à l'étranger, au moins deux juges pourraient conférer un titre à celle-ci, le juge du siège et le juge français, voire d'autres encore. Cette situation, qui peut sembler de prime abord assez curieuse, s'explique par le fait, en premier, que le droit de chacun des États concernés par la reconnaissance est en principe souverain pour conférer, ou non, des effets à la sentence

²⁵³⁹ P. Tercier, *Le grand succès de l'arbitrage commercial international et de la Convention de New York* : *Cah. arb. déc.* 2019, p. 653, spéc. p. 654.

internationale sur son territoire et ce, en fonction de considérations, en termes d'intensité du contrôle, variables. Dès lors, en l'absence d'un droit international matériel de l'arbitrage qui ferait l'objet d'une large réception, aucune raison objective ne permet à un juge d'un État particulier d'accorder une particulière confiance au juge d'un autre État, ce qui aurait pu justifier une concentration de la sentence en un seul lieu, celui du siège de l'arbitrage. Il s'explique également par le fait qu'il n'est pas rare que l'exécution de la sentence implique plusieurs États, sur lesquels des biens, objets de cette exécution, peuvent être localisés. Par conséquent, il est possible, en raison de la pluralité des droits internes de l'arbitrage international, qu'une sentence internationale soit considérée comme annulable dans un ordre juridique et valable dans un autre, ou susceptible d'exécution dans un État mais point dans un autre.

On mesure alors le poids du choix du siège de l'arbitrage international si celui-ci emportait localisation de la sentence : la loi arbitrale du lieu de ce siège disposerait, en fait, d'un effet international. Or, la plupart des droits internes de l'arbitrage international qui admettent un certain poids au juge du siège ne l'admettent pas de manière catégorique. Par exemple, en droit français, le juge français chargé d'apprécier l'*exequatur* d'une sentence internationale assure ce contrôle quand bien même la sentence aurait fait l'objet d'un recours en annulation rejeté par le juge du siège, et réciproquement d'ailleurs (V. *supra*, n° 1683). Bien des ordres juridiques refusent de considérer quelque valeur particulière à la décision, de validation ou d'annulation du juge du siège²⁵⁴⁰, la France notamment²⁵⁴¹.

1661. – Plan. C'est donc en dehors de cette situation que les difficultés liées à la question des conditions de l'*exequatur* de la sentence (Chapitre 1) ou dans celle de l'exécution proprement dite (Chapitre 2) peuvent être posées.

²⁵⁴⁰ Comp. J.-F. Poudret et S. Besson, *Droit comparé de l'arbitrage international*, Bruylant, 2002.

²⁵⁴¹ Cf. Cass. 1^{re} civ., 9 oct. 1994, *Norsolor* : *Rev. arb.* 1985, p. 431, note B. Goldman ; *JDI* 1985, p. 679, note Ph. Kahn ; *D.* 1985, p. 101, note J. Robert, à propos d'une sentence rendue à Vienne et annulée devant les juges étatiques autrichiens, mais ayant obtenu l'*exequatur* en France.

L'*exequatur* de la sentence arbitrale

1662. – L'*exequatur* de la sentence arbitrale. L'exécution, qu'il est usuel mais pas tout à fait exact d'envisager sous le terme classique d'*exequatur*, ou la reconnaissance d'une sentence arbitrale s'envisage de manière différente selon que la sentence est interne (Section 1) ou internationale (Section 2), pour des raisons évidentes : l'exécution d'une sentence interne rendue en France dépend intégralement de l'application des règles internes, tandis que l'exécution d'une sentence internationale, rendue en France à l'étranger, suppose, par hypothèse, qu'elle mette en œuvre les enjeux du commerce international et, donc, des lois applicables, du fond ou de la procédure qui ne sont pas nécessairement des règles françaises²⁵⁴². Il convient en outre de réserver quelques propos intéressant le droit conventionnel de l'exécution et de la reconnaissance des sentences internationales, en application de la Convention de New York de 1958 ou, plus marginalement, de la Convention de Genève de 1961 (Section 3).

Section 1

L'*exequatur* de la sentence arbitrale interne

1663. – L'*exequatur* de la sentence : mesure d'exécution forcée de la sentence. Dans les situations dans lesquelles l'exécution volontaire n'est pas assurée, les articles 1487 et 1488 du Code de procédure civile organisent les techniques permettant de conférer à la sentence arbitrale la force exécutoire nécessaire, la sentence en étant dépourvue, pour que des mesures d'exécution soient possibles en suite de celle-ci. La technique de l'*exequatur* permet d'obtenir cette force exécutoire, sous la réserve d'un contrôle

²⁵⁴² Le régime reste toutefois identique pour les sentences internationales et internes, V. Cass. 1^{re} civ., 13 janv. 2021, n° 19-22.932 : D. 2021, p. 86.

judiciaire préalable exercé par le juge étatique compétent pour la prononcer. Ainsi, l'*exequatur* permet de compléter la sentence en lui assurant la force exécutoire qui lui fait défaut, liée à l'absence d'*imperium* de la sentence arbitrale. C'est d'ailleurs ce lien judiciaire qui permet, au-delà des possibilités de recours, de relier le caractère privé d'une sentence à l'ordre juridique étatique, quel qu'il soit, ici interne. En effet, la partie qui demande l'*exequatur* de la sentence arbitrale doit en premier disposer d'une sentence exécutable, c'est-à-dire rendue et notifiée et ce faisant disposant de l'autorité de la chose jugée. Il convient ici d'observer la question du juge compétent (§ 1), de la procédure (§ 2) et des recours possibles contre l'ordonnance d'*exequatur* (§ 3), l'ensemble ayant été considérablement clarifié par la réforme du droit de l'arbitrage, en 2011 et, incidemment, par la loi du 9 juillet 1991 réformant les procédures civiles d'exécution.

§ 1. – Le juge de l'*exequatur*

1664. – Juge compétent. L'article 1487 du Code de procédure civile dispose que : « La sentence n'est susceptible d'exécution forcée qu'en vertu d'une ordonnance d'*exequatur* émanant du président du tribunal judiciaire dans le ressort duquel cette sentence a été rendue ». Avant 2011, il s'agissait du « juge de l'exécution du tribunal », formule imprécise en raison de l'absence de techniques claires de détermination de sa compétence. L'article L. 212-8, 2° du Code de l'organisation judiciaire prévoit alors que le tribunal judiciaire connaît, « à juge unique », « des demandes en reconnaissance et en *exequatur* des sentences arbitrales françaises ou étrangères ». Comme la décision rendue est une ordonnance (CPC, art. 1487, 1499 et 1500), laquelle est généralement rendue par le président du tribunal judiciaire, ou un juge qu'il a délégué à cet effet, c'est donc devant le président du tribunal judiciaire qu'une demande d'*exequatur* doit être rendue, ce qu'a décidé très clairement la Cour de cassation en 2003²⁵⁴³, ou s'il s'agit d'une sentence rendue à l'étranger, le tribunal judiciaire de Paris. Ce n'est donc pas le tribunal judiciaire en tant que formation de jugement qui est compétent, ce qui correspond d'ailleurs à la logique du contrôle restreint des sentences en phase d'*exequatur*.

1665. – Compétence territoriale. S'agissant de la compétence territoriale, le président compétent est celui dans le ressort du lieu où la sentence a été rendue. Lorsque nulle précision n'apparaît dans la sentence (il s'agit de l'une

²⁵⁴³ Cass. 1^{re} civ., 9 déc. 2003, n° 01-13.341, *Russie c/ Cie Noga d'importation et d'exportation* : D. 2004, somm. p. 3186, obs. Th. Clay ; JCP G 2004, II, 10029, note J.-G. Mahinga ; JCP G 2004, I, 119, n° 8, obs. J. Béguin, 133, n° 11, obs. L. Cadet ; *Rev. arb.* 2004, p. 337, note S. Bollée ; *RTD civ.* 2004, p. 547, obs. Ph. Théry ; *RTD com.* 2004, p. 258, obs. E. Loquin.

de ces mentions obligatoires mais non sanctionnées par la nullité de la sentence), il convient de se référer à la convention d'arbitrage. Si celle-ci fixe le lieu du siège de l'arbitrage, on peut considérer que les arbitres, exécutant la mission qui leur est ainsi confiée, y rendent leur sentence²⁵⁴⁴ et, dans le cas contraire, qu'il s'agit du lieu où les actes de la procédure arbitrale ont été réalisés, avec quelques difficultés toutefois si l'on imagine que plusieurs lieux ont été utilisés, permettant la compétence de plusieurs présidents, ou, plus sûrement, du premier saisi.

1666. – Exequatur par rejet du recours en annulation. Toutefois, si l'appel, lorsqu'il est prévu, ou un recours en annulation est engagé, l'article 1499, alinéa 2 du Code de procédure civile prévoit que celui-ci emporte « de plein droit », recours contre l'ordonnance d'*exequatur*. Le juge de l'*exequatur* est alors dessaisi. Dès lors, la cour d'appel saisie d'un tel recours et qui déciderait d'y faire droit, devrait en même temps annuler l'ordonnance d'*exequatur*. Inversement, le rejet du recours en annulation, ou de l'appel, confère, automatiquement²⁵⁴⁵, l'*exequatur* à la sentence arbitrale, ou à des parties de la sentence qui ne sont pas atteintes par la censure de la cour d'appel (CPC, art. 1498, al. 2).

1667. – Exequatur conféré par le premier président de la cour d'appel ou par le conseiller de la mise en état. Une autre exception à la compétence ordinaire du président du tribunal judiciaire repose sur l'hypothèse dans laquelle l'*exequatur* est ordonné par le premier président de la cour d'appel, ou le conseiller de la mise en état. Aux termes de l'article 497 du Code de procédure civile en effet, lorsqu'une sentence est assortie de l'exécution provisoire ou inversement lorsqu'elle ne l'est pas, les parties, engageant un recours (ou un appel), peuvent saisir le président de la cour d'appel, statuant en référé, ou le conseiller de la mise en état pour, dans l'un ou l'autre cas, obtenir la suspension de l'exécution provisoire ou, au contraire, que soit ordonnée cette exécution provisoire (V. *infra*, n° 1729). Dans les deux cas, le président, ou le conseiller de la mise en état, peuvent conférer l'*exequatur*, permettant donc des mesures d'exécution avant la décision sur le recours en annulation.

§ 2. – La procédure de l'*exequatur*

1668. – Requête en *exequatur*. Si avant 1980 et 1981, les demandes d'*exequatur* étaient formées par voie de requête, les réformes de 1980 et 1981 ont laissé un sentiment de flou, faute d'avoir précisé cette

²⁵⁴⁴ Cass. 1^{re} civ., 9 févr. 1994 : *Rev. arb.* 1995, p. 127, note P. Véron.

²⁵⁴⁵ Paris, 28 juin 2001 : *Rev. arb.* 2001, note H. Lécuyer.

question²⁵⁴⁶, désormais bien fixée depuis 2011 : « la procédure relative à la demande d'*exequatur* n'est pas contradictoire » (CPC, art. 1487, al. 2), la requête étant déposée par la partie la plus diligente au greffe de la juridiction (CPC, art. 1487, al. 3), même si c'est, en général, la partie qui a intérêt à obtenir l'exécution de la sentence qui y procède²⁵⁴⁷. En revanche, lorsque l'*exequatur* est sollicité par une partie devant la cour d'appel, par exemple à l'occasion d'un débat sur l'exécution provisoire de la sentence, la procédure suivie devrait être contradictoire, sauf à ce que l'on considère que l'article 1487 constitue le droit de la demande d'*exequatur*, quel que soit le juge devant lequel elle est portée. Il suffit de déposer un original de la sentence et d'un exemplaire de la convention d'arbitrage, ou d'une copie réunissant les conditions requises pour leur authenticité (CPC, art. 1487, al. 3). C'est ainsi au juge de s'assurer que les documents présentés aient l'apparence d'une sentence arbitrale.

1669. – Contrôle assuré par le juge de l'*exequatur*. L'article 1488 du Code de procédure civile, reprenant la jurisprudence antérieure considérant que le juge, saisi de façon non contradictoire, ne pouvait effectuer qu'un contrôle sommaire²⁵⁴⁸, prévoit que « l'*exequatur* ne peut être accordé si la sentence est manifestement contraire à l'ordre public ». Le juge de l'*exequatur* procède donc à un contrôle *prima facie*, vérifiant l'apparente conformité à l'ordre public ou, si l'on prend la formule de l'article 1488 à la lettre, le caractère manifestement contraire à l'ordre public de la sentence, ce qui revient à peu près au même²⁵⁴⁹. Un auteur constatait, en 1995 mais il y a peu de raison que la question ait profondément changé, que 99,77 % des sentences recevaient *exequatur*²⁵⁵⁰, de sorte que les refus d'*exequatur* sont très rares et, inversement, le contrôle *prima facie* se solde par un contrôle superficiel, ce qui s'explique très aisément par le fait qu'il faut ici de l'efficacité pour permettre la mise en œuvre de mesures d'exécution. C'est donc à l'occasion du recours contre la sentence qu'un contrôle complet et contradictoire pourra s'effectuer, quand bien même ce contrôle ne porterait que sur la validité de la sentence, et point sur le fond du litige (V. *supra*, n° 1520).

²⁵⁴⁶ V. toutefois, Cass. 1^{re} civ., 9 déc. 2003, préc.

²⁵⁴⁷ V. cependant, Cass. 1^{re} civ., 14 nov. 2007 : *JCP G* 2007, I, 164, n° 9, obs. J. Ortscheidt qui a admis qu'une partie, qui avait cédé la créance née d'une sentence (ici internationale) pouvait formuler une demande d'*exequatur*, parce que le cessionnaire avait accepté qu'elle poursuive, en leur nom, les démarches en vue d'obtenir paiement de la sentence.

²⁵⁴⁸ Cass. 1^{re} civ., 8 juill. 2015, n° 13-25.846 : *Procédures* 2015, étude 9, L. Weiller.

²⁵⁴⁹ Y. Strickler, *Arbitrage : JCI. Civil*, 1^{er} oct. 2020, § 27.

²⁵⁵⁰ S. Crépin, *Les sentences arbitrales devant le juge français. Pratique de l'exécution et du contrôle judiciaire depuis les réformes de 1980-1981*, préf. Ph. Fouchard, LGDJ, 1995, n° 148.

1670. – Caractères de l'évidence. Cette apparence de conformité à l'ordre public se signale par un certain nombre d'éléments. Le fait que la sentence est bien une sentence arbitrale, c'est-à-dire qu'elle en possède les caractéristiques, par exemple qu'il existe bien un litige²⁵⁵¹ (V. *supra*, n° 1393), mais point au regard de critères qui devraient être envisagés de manière contradictoire, par exemple, l'existence de difficultés relatives à la convention d'arbitrage ou la composition du tribunal arbitral : la sentence existe, en effet, elle présente les apparences de la conformité. C'est au juge du recours en annulation de trancher ces questions. Par conséquent, le juge de l'*exequatur*, pas plus que le juge de la validité de la sentence, ne contrôle la motivation de la décision, la rigueur du raisonnement, de sorte qu'il ne peut pas ajouter ou retrancher à celle-ci. Le contrôle, même réduit, demeure : le juge doit vérifier que la décision soumise est bien une sentence arbitrale²⁵⁵², qu'elle se présente comme telle, apparemment en tout cas (en ce sens que le juge n'a pas à vérifier que le nombre d'arbitres est bien conforme ou qu'elle n'est pas viciée d'une quelconque façon) et que la solution n'est pas manifestement contraire à l'ordre public²⁵⁵³.

1671. – Ordonnance d'*exequatur*. La décision qui prononce l'*exequatur* est une ordonnance, d'un type un peu particulier dans la mesure où elle n'obéit pas aux règles de l'article 493 du Code de procédure civile, excluant ce faisant l'application d'un certain nombre de règles propres aux ordonnances rendues par les juges étatiques. En effet, l'ordonnance d'*exequatur* n'est pas une décision provisoire mais une décision définitive²⁵⁵⁴ qui, d'ailleurs et contrairement à l'article 495 du Code de procédure civile, n'a pas à être motivée (sauf pour rejeter la demande), ou en tout cas qui peut parfaitement ne pas l'être dans la mesure où aucun texte ne l'exige : il suffit de constater le succès du contrôle *prima facie*. Autre spécificité, ou archaïsme, comme on voudra, l'*exequatur* est tout à la fois une décision et une matérialité, une formule, apposée sur l'original ou la copie de la sentence, de manière à la revêtir de la force exécutoire nécessaire à ce que des mesures d'exécution puissent immédiatement être entamées. Pour cette raison d'ailleurs, l'ordonnance qui accorde l'*exequatur* n'a pas à être motivée : elle se formalise par une mention directement apposée sur l'original ou sur la copie de la sentence arbitrale (CPC, art. 1487, al. 3)²⁵⁵⁵. Ce

²⁵⁵¹ Ph. Bertin, *Le rôle du juge dans l'exécution de la sentence arbitrale* : *Rev. arb.* 1983, p. 281. – J.-C. Peyre, *Le juge de l'exequatur : fantôme ou réalité ?* : *Rev. arb.* 1985, p. 231.

²⁵⁵² Un acte soumis à l'*exequatur* ne présente pas les caractères d'une décision juridictionnelle permettant de le qualifier de sentence arbitrale, si sa rédaction est équivoque et ne comporte pas les éléments nécessaires à son identification : V. CA Paris, 21 nov. 1991 : *Rev. arb.* 1992, p. 494.

²⁵⁵³ Cass. 2^e civ., 17 juin 1971 : *Bull. civ.* 1971, II, n° 222.

²⁵⁵⁴ CA Paris, 24 févr. 2015 : *Rev. arb.* 2015, p. 1149, note P. Giraud. – CA Paris, 4 juill. 2017, n° 16-15247 : *Cah. arb.* 2017, p. 552.

²⁵⁵⁵ E. Loquin, *Arbitrage – Sentence arbitrale* : *JCI. Procédure civile*, 24 juill. 2020, § 52.

n'est, au contraire, que lorsque le juge refuse l'*exequatur* qu'il doit motiver son ordonnance (CPC, art. 1488, al. 2). L'ordonnance est, en général, assortie de l'exécution provisoire (il est alors de bon aloi de la demander), ce qui n'est ni automatique ni strictement nécessaire²⁵⁵⁶, de sorte que des mesures d'exécution peuvent être immédiatement mises en œuvre, sauf à ce que la sentence ne soit pas elle-même exécutoire ou qu'un recours soit engagé.

1672. – Exequatur partiel. Enfin, le juge pourrait en principe accorder un *exequatur* limité, ou partiel, c'est-à-dire limité à une partie seulement de la sentence. La solution peut s'autoriser de l'analyse de l'article 1498, alinéa 2 du Code de procédure civile qui reconnaît que le premier président de la cour d'appel puisse conférer l'*exequatur* aux dispositions de la sentence qui ne sont pas atteintes par la censure de la cour ; par extension, le juge de l'*exequatur* devrait pouvoir accorder l'*exequatur* aux dispositions qui sont manifestement conformes à l'ordre public, à l'exception d'une partie pour laquelle il aurait un doute, à supposer toutefois que ces parties soient divisibles de ces dernières²⁵⁵⁷. Cette faculté de scinder la sentence, dans l'objectif notamment d'isoler une partie du dispositif qui serait problématique au regard du système du juge de l'exécution, semble autorisée par la Convention de New York, et est parfois utilisée, notamment dans les pays dont le système juridique serait enclin à reconnaître une sentence dans son montant principal, mais pas pour ce qui touche aux intérêts. De manière plus générale, tant que cet *exequatur* partiel est requis, sans intention de fraude ou de dissimulation d'une partie indissociable de la sentence par rapport à la section pour laquelle la reconnaissance est sollicitée, le principe même d'une telle approche ne doit pas poser difficulté²⁵⁵⁸.

§ 3. – Les recours contre l'ordonnance d'*exequatur*

1673. – Sens de l'ordonnance. En matière interne, les voies de recours diffèrent selon que l'ordonnance accorde ou refuse l'*exequatur*. Ce type d'ordonnance échappe aux règles de l'article 495 du Code de procédure civile : les voies de recours sont celles du droit commun ; il n'est pas possible ainsi de demander au juge de modifier ou de rétracter son ordonnance sur le fondement de l'article 497 du Code de procédure civile.

²⁵⁵⁶ Paris, 2 juin 2005, p. 1015, note P. Callé. – Paris, 22 sept. 2005. – Paris, 13 déc. 2005. – Paris, ord. CME, 27 juin 2006 : *Rev. arb.* 2007, p. 523, note J. Pellerin.

²⁵⁵⁷ Comp. Cass. 1^{re} civ., 28 avr. 1987 : *Rev. arb.* 1991, p. 345, note J.-H. Moitry et C. Vergine.

²⁵⁵⁸ V. not. M. King, I. Meredith, Partial Enforcement of International Arbitration Awards : *Arb. Int'l* 2010, vol. 26, p. 381.

1674. – Ordonnance qui rejette l'*exequatur*. L'ordonnance qui rejette l'*exequatur* peut, aux termes de l'article 1500 du Code de procédure civile, être frappée d'appel dans un délai d'un mois à compter de sa signification²⁵⁵⁹. La cour d'appel connaît alors, à la demande d'une partie, du recours en annulation (ou de l'appel) formé contre la sentence elle-même, si le délai pour l'exercer n'est pas expiré, ceci afin d'assurer une homogénéité du contrôle. L'objet de cette règle est de tenir compte de la complexité des procédures pouvant exister après le prononcé de la sentence. Ainsi, la sentence arbitrale peut être signifiée avant qu'un *exequatur* soit décidé, de sorte que le délai du recours en annulation, d'un mois, court avant même cette décision d'*exequatur*. Si donc, le délai du recours en annulation n'est pas expiré au moment de la requête en *exequatur*, la cour saisie pour réformer l'ordonnance ayant refusé l'*exequatur* « connaît », à la demande d'une partie (l'autre *a priori*) le recours en annulation²⁵⁶⁰. La cour peut donc accueillir le recours en annulation et ce faisant écarter la sentence de l'ordre juridique français et, par conséquent, éliminer l'*exequatur*, dépassant ce faisant l'appel contre l'ordonnance de refus d'*exequatur*²⁵⁶¹.

1675. – Délai du recours en annulation expiré. Si en revanche le délai de recours en annulation est expiré, la cour d'appel ne peut « connaître » ce recours, de sorte qu'elle ne peut réformer l'ordonnance d'*exequatur* que pour les motifs qui autorisaient, déjà, le président du tribunal judiciaire, à refuser ou admettre l'*exequatur*, à ceci près, toutefois, que la procédure devant la cour d'appel est contradictoire, ce qui devrait autoriser un contrôle plus complet de la validité de la sentence à l'aune de l'ordre public français. À ce stade, toutefois, la cour d'appel est placée dans une situation difficile : si en effet la conformité à l'ordre public constitue l'un des cas d'annulation d'une sentence (CPC, art. 1492, 6°), il demeure qu'il existe d'autres cas d'ouverture à annulation d'une sentence arbitrale. Le paradoxe est le suivant : ou bien la cour d'appel s'en tient à la règle, stricte, de la prescription du délai du recours en annulation laissant ainsi celui qui aurait pu l'engager à sa responsabilité, ou bien la cour d'appel considère qu'il n'est pas possible de laisser s'installer une sentence illicite dans le paysage français, même si, à bien des égards, la non-conformité à l'ordre public est, de loin, la question la plus importante.

1676. – En toutes circonstances toutefois, les parties ne peuvent développer, à l'occasion des débats concernant la réforme de l'ordonnance

²⁵⁵⁹ CA Paris, 6 mars 2014 : *Rev. arb.* 2014, p. 655, note J. Pellerin.

²⁵⁶⁰ Et plus seulement les « moyens que celles-ci auraient pu faire valoir contre la sentence par la voie d'un recours en annulation », comme avant 2011 (CPC, ancien art. 1489).

²⁵⁶¹ Si la cour est saisie d'un appel, la cour peut alors infirmer la sentence, y compris, mais pas seulement, sur le fondement de l'article 1492 du Code de procédure civile.

qui a refusé l'*exequatur*, des moyens incompatibles avec ceux présentés devant le tribunal arbitral ou qu'elles n'ont pas présentés, alors qu'elles auraient pu le faire en temps utile (CPC, art. 1466).

1677. – Ordonnance qui accorde l'*exequatur*. L'ordonnance qui accorde l'*exequatur* n'est susceptible d'aucun recours (CPC, art. 1499, al. 1). Elle ne peut davantage être rétractée ou être l'objet d'un recours en annulation. À titre d'exception indirecte toutefois, le recours en annulation (ou l'appel) emporte de plein droit recours contre l'ordonnance du juge ayant statué sur l'*exequatur* (CPC, art. 1499, al. 2). Le seul moyen, ordinaire, pour la partie souhaitant contester l'ordonnance qui accorde l'*exequatur* de le faire est d'engager une action en annulation, à supposer toutefois que le délai pour l'exercer ne soit pas prescrit. Un autre moyen, extraordinaire, consiste à engager un recours pour excès de pouvoir devant la cour d'appel²⁵⁶². La jurisprudence avait, avant 2011, retenu que le juge qui accorde l'*exequatur* à une sentence arbitrale alors qu'elle fait l'objet d'un recours en annulation excède ses pouvoirs²⁵⁶³. Cette décision semble aujourd'hui renforcée : le président du tribunal judiciaire est en effet dessaisi par le seul fait du recours en annulation au profit du premier président de la cour d'appel ou le conseiller de la mise en état.

1678. – Ordonnance du premier président ou du conseiller de la mise en état. L'ordonnance rendue dans ces conditions ne peut être rétractée, pas davantage que l'ordonnance qui accorde ou refuse l'*exequatur*²⁵⁶⁴. En revanche, rien, dans les règles relatives à l'arbitrage, n'envisage spécifiquement cette question, sans que la jurisprudence de la Cour de cassation soit fixée²⁵⁶⁵. On pourrait admettre alors que ces ordonnances sont soumises aux recours de droit commun²⁵⁶⁶, ou bien encore, parce que ces règles sont inadaptées au cas particulier de ces ordonnances d'*exequatur*, fussent-elles l'œuvre du premier président, que les règles propres aux ordonnances du juge de l'*exequatur* sont applicables, appel ou absence de recours, selon que l'ordonnance refuse ou accorde, finalement, l'*exequatur*.

²⁵⁶² Cf. D. Foussard, *Le recours pour excès de pouvoir dans le domaine de l'arbitrage* : *Rev. arb.* 2002, p. 579.

²⁵⁶³ Paris, 28 juill. 2001, préc. C'est aussi le cas d'une ordonnance d'*exequatur* rendue par le juge des référés (Cass. 1^{re} civ., 29 juin 1994 : *Rev. arb.* 1996, p. 400, note A. Hory), ou par une formation collégiale du tribunal judiciaire (Cass. 1^{re} civ., 9 déc. 2003, préc.).

²⁵⁶⁴ Paris, ord. prem. prés., 10 mars 1986 : *Rev. arb.* 1988, p. 325, note Th. Bernard.

²⁵⁶⁵ Comp. D. Foussard, *Le recours pour excès de pouvoir dans le domaine de l'arbitrage*, préc.

²⁵⁶⁶ Pourvoi en cassation indépendamment de la décision du fond contre l'ordonnance du premier président lorsque l'ordonnance met fin à l'instance, mais pourvoi qui ne peut s'effectuer qu'avec un recours sur l'arrêt au fond lorsqu'il s'agit d'une ordonnance du conseiller de la mise en état, ordonnance déferée, dans les deux cas, à la cour d'appel, dans les conditions de l'article 916, alinéa 1^{er}.

Section 2

La reconnaissance et l'*exequatur* de la sentence arbitrale internationale

1679. – Sources du droit français de la reconnaissance des sentences internationales. Le droit français de l'arbitrage international, depuis le décret de 2011 réformant le droit de l'arbitrage, connaît aux articles 1514 et suivants les règles en la matière. Toutefois, la France a signé et ratifié plusieurs conventions internationales dont la Convention de New York du 10 juin 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères et la Convention de Genève de 1961 sur l'arbitrage commercial international (V. *infra*, n° 1724). L'article VII de la Convention de New York dispose que toute partie intéressée peut « se prévaloir d'une sentence arbitrale de la manière et dans la mesure admises par la législation ou les traités du pays où la sentence est invoquée », ce dont il résulte qu'il suffit qu'un droit interne offre des solutions plus favorables que celles du droit conventionnel en matière de reconnaissance et d'exécution des sentences internationales pour que celles-ci priment. Or, précisément, les règles internes sont généralement considérées comme plus libérales que celles de la Convention de New York, de sorte que celle-ci est très peu invoquée devant les juridictions françaises, au bénéfice des articles 1514 et suivants du Code de procédure civile.

1680. – « Nationalité » de la sentence. La Convention de New York du 10 juin 1958 assure le principe et les conditions de la reconnaissance et de l'exécution d'une « sentence étrangère » dans l'un des États contractants. Son article I.1 utilise un vocabulaire évasif mais assez clair :

« La présente Convention s'applique à la reconnaissance et à l'exécution des sentences arbitrales rendues sur le territoire d'un État autre que celui où la reconnaissance et l'exécution des sentences sont demandées, et issues de différends entre personnes physiques ou morales. Elle s'applique également aux sentences arbitrales qui ne sont pas considérées comme sentences nationales dans l'État où leur reconnaissance et leur exécution sont demandées ».

Or, les droits nationaux peuvent comprendre des règles propres pour identifier une sentence « nationale » ou « non nationale » ou « étrangère », alors même que ces dernières sont l'objet de la Convention de New York, en vue de son exécution dans un autre État que celui de sa « nationalité ». Plusieurs critères concurrents peuvent être mobilisés ; la nationalité des parties, celle des arbitres, le siège de l'arbitrage, voire la loi de procédure applicable. Par exemple, en droit interne, les recours contre l'ordonnance d'*exequatur* sont envisagés de manière différente selon que la sentence

a été rendue en France ou hors de France. Dès lors, et par ailleurs, le droit français de l'arbitrage traite de manière distincte les sentences internes, c'est-à-dire sans qu'un élément d'extranéité n'apparaisse, et les sentences internationales. Ainsi, une sentence mettant en présence des parties françaises, dans un litige dans lequel s'applique, ou est choisi, le droit français, avec un siège en France demeure une sentence internationale si le litige « met en jeu les intérêts du commerce international ». En revanche, le droit français de l'arbitrage ne connaît pas le sens de l'expression « sentence étrangère » de la Convention de New York. Ainsi, les sentences internes étrangères ou les sentences internationales seront traitées, en France, comme des sentences internationales.

1681. – La question de la reconnaissance et de l'*exequatur* des sentences internationales pose, en premier, des difficultés de principe et pratiques majeurs du fait de la multilocalisation des sentences internationales et de la position originale de la jurisprudence française (§ 1) avant d'envisager la procédure proprement dite de reconnaissance et d'*exequatur* (§ 2) et les recours contre la décision d'*exequatur* (§ 3).

§ 1. – Difficultés liées à la multilocalisation des sentences arbitrales internationales

1682. – **Conséquences de la « multilocalisation » de la sentence arbitrale internationale.** Comme déjà signalé, le caractère international de la sentence arbitrale internationale emporte pour conséquence que la localisation de la sentence dépend des ordres juridiques internes et notamment de l'ordre juridique dans lequel une partie entend que la sentence soit intégrée. Certes, le siège de l'arbitrage emporte compétence du juge de ce siège, mais avec des conséquences variables selon les droits internes. Trois questions en découlent, celle de l'exécution en France d'une sentence annulée par le juge du siège (A), celle du sort de la sentence interne étrangère annulée par le juge du siège (B) et celle, contraire du premier cas, de la non-reconnaissance d'une sentence validée par le juge du siège (C), auxquelles il faut, enfin, ajouter la question de l'exécution des sentences rendues par le CIRDI (D).

A. – L'exécution d'une sentence annulée dans l'État du siège de l'arbitrage

1683. – **Jurisprudence *Norsolor-Hilmarton-Putrabali*.** Si l'annulation d'une sentence la prive d'effet, il en résulte qu'elle ne peut faire l'objet d'une exécution. Évidente en droit de l'arbitrage interne, la question est plus complexe en matière d'arbitrage international. En effet, la sentence est annulée par le juge du siège de sorte que l'on peut en déduire ou bien qu'il

suffit de faire confiance au juge du siège pour en déduire l'inefficacité, générale, de la sentence dans les éventuels autres États d'exécution, ou bien au contraire que l'annulation fait simplement obstacle à l'entrée de la sentence dans l'État du siège, mais qu'elle demeure une sentence, internationale, susceptible donc d'intégrer un autre ordre juridique, dans lequel l'exécution de la sentence serait souhaitée. Tout dépend donc du degré de confiance dans la décision du juge du siège, soit que son office soit réduit au minimum dans le contrôle de la sentence, soit que ce contrôle soit important : en toute hypothèse on peut concevoir qu'il est difficile à un juge d'un État donné de faire une entière confiance dans la décision du juge d'un autre État, ne serait-ce qu'en raison des différences existant soit en termes de procédure soit en termes de culture ou d'expérience juridiques en matière d'arbitrage, ou encore en raison de conceptions différentes des raisons d'annuler ou de l'ordre public international. Par exemple, la jurisprudence française considère qu'il lui est toujours possible de contrôler la validité de la sentence, y compris au stade de l'*exequatur* demandé en France, que la sentence ait été annulée ou que le recours ait été rejeté dans l'État du siège²⁵⁶⁷.

1684. – Convention de New York. La Convention de New York de 1958 (art. V.1.e) présume cependant cette confiance en tant qu'elle prévoit que l'annulation de la sentence au lieu où elle a été rendue fait obstacle à l'exécution de celle-ci dans un autre État signataire. Or, cette cause de rejet de l'exécution est écartée en droit français au nom de la règle de l'autonomie de l'arbitrage international, solution posée dans une série d'affaires retentissantes, à compter de l'affaire *Norsolor*²⁵⁶⁸ en 1984, qui a inauguré la série d'arrêtés qui fondent la possibilité pour le juge français d'exécuter ou de reconnaître en France une sentence annulée dans le pays du siège. Le caractère plus favorable du droit interne de l'arbitrage international par comparaison aux règles de la Convention de New York, en application de l'article VII de cette dernière²⁵⁶⁹, apparaît de manière très nette, mais également de manière très discutée²⁵⁷⁰. La solution de l'arrêt

²⁵⁶⁷ Cf. Paris, 12 févr. 1993 : *Rev. arb.* 1993, p. 255, note D. Hascher.

²⁵⁶⁸ Cass. 1^{re} civ., 9 oct. 1984, *Norsolor* : *Rev. arb.* 1985, p. 431, note B. Goldman ; *JDI* 1985, p. 679, note Ph. Kahn ; *D.* 1985, p. 101, note J. Robert.

²⁵⁶⁹ « Les dispositions de la présente convention ne portent pas atteinte à la validité des accords multilatéraux ou bilatéraux conclus par les États contractants en matière de reconnaissance et d'exécution des sentences arbitrales et ne privent aucune partie intéressée du droit qu'elle pourrait avoir de se prévaloir d'une sentence arbitrale de la manière et dans la mesure admises par la législation ou les traités du pays où la sentence est invoquée. »

²⁵⁷⁰ Dans cette affaire, la société française *Norsolor* était liée avec une société de droit turc, *Pabalk*, par un contrat de représentation commerciale contenant une clause compromissoire renvoyant au règlement d'arbitrage de la CCI, avec une référence à son article 13 précisant que la loi applicable serait la loi de conflit la plus appropriée, tenant compte des usages du commerce et des stipulations du contrat. Les arbitres avaient considéré difficile de retenir une loi particulière et décidé d'appliquer la *lex mercatoria*, et que, sur le principe

Norsolor ne s'imposait, d'un strict point de vue de technique juridique, en aucune manière de telle sorte que l'on peut considérer qu'il s'agit là d'un choix délibéré, de nature politique ou philosophique, de la Cour de cassation de tenir pour indifférente la décision étrangère d'annulation d'une sentence arbitrale internationale.

1685. – Justification des solutions. Cette solution valide, d'ailleurs, deux logiques théoriques. La première est extérieure au droit de l'arbitrage international ou, plus exactement, commune à toutes les décisions de la Cour de cassation : celle-ci est libre d'interpréter les règles de droit applicables, notamment si les règles du droit international conventionnel le favorisent. La seconde est propre au droit de l'arbitrage international. Les sentences arbitrales internationales, en effet, ne sont pas considérées comme intégrant par nature un ordre juridique national déterminé et en particulier l'ordre juridique du lieu où la sentence a été rendue²⁵⁷¹, de sorte que l'on peut sans difficulté considérer que, à défaut, le tribunal arbitral qui l'a rendue appartient à un ordre juridique autonome²⁵⁷². Ainsi, dans l'affaire *Hilmarton*²⁵⁷³, qui fit alors particulièrement débat²⁵⁷⁴, en 1994, la Cour de cassation a considéré, alors qu'une sentence arbitrale internationale avait été annulée par le Tribunal fédéral suisse, que l'*exequatur* obtenu en France était régulier car « la sentence rendue en Suisse était une sentence internationale qui n'était pas intégrée dans l'ordre juridique de cet État, de sorte que son existence demeurait établie malgré son annulation ». La solution a été confirmée dans l'affaire *Putrabali*, en 2007²⁵⁷⁵, dans laquelle

de bonne foi, la rupture du contrat était imputable à la société française. La société turque avait demandé et obtenu l'*exequatur*, contre laquelle *Norsolor* avait fait opposition (possible alors) sur le fondement que les arbitres s'étaient comportés en amiables compositeurs, recours rejeté. Or, la cour d'appel de Vienne avait annulé la sentence parce que les arbitres n'avaient pas appliqué la loi de conflit applicable mais retenu la *lex mercatoria* (qualifié de « droit mondial d'une validité incertaine ». La cour d'appel de Paris avait, sur le fondement de l'article V, e de la Convention de New York, infirmé le jugement validant l'*exequatur*, arrêt alors censuré par la Cour de cassation : sur le fond ne pas retenir la sentence signifierait l'intrusion d'une incohérence dans le droit français en rejetant une sentence qui fait application de la *lex mercatoria*, pleinement reconnue en droit français.

²⁵⁷¹ Comp. E. Gaillard, *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, Adi-Poche, spéc. n° 65.

²⁵⁷² Comp. Cass. 1^{re} civ., 12 oct. 2011 : *D.* 2011, p. 3023, obs. Th. Clay ; *JCP G* 2011, I, 1432, n° 6, obs. Ch. Seraglini.

²⁵⁷³ Cass. 1^{re} civ., 23 mars 1994, *Hilmarton* : *Rev. arb.* 1994, p. 327, note Ch. Jarrosson ; *JDI* 1994, p. 701, note E. Gaillard ; *Rev. crit. DIP* 1995, p. 356, note B. Oppetit ; *RTD com.* 1994, p. 702, obs. E. Loquin. *Adde* : Cass. 1^{re} civ., 10 mars 1993, *Ocean Linex* : *Rev. arb.* 1993, p. 255, note D. Hascher ; *JDI* 1993, p. 360, note Ph. Kahn ; CA Paris, 29 sept. 2005, *Bechtel c/ gouv. de Dubaï* : *Rev. arb.* 2006, p. 695.

²⁵⁷⁴ Cf. Ph. Fouchard, *La portée internationale de l'annulation de la sentence arbitrale dans son pays d'origine* : *Rev. arb.* 1997, p. 329. – J.-F. Poudret, *Quelle solution pour en finir après l'affaire Hilmarton ? Réponse à Philippe Fouchard* : *Rev. arb.* 1998, p. 1. – E. Gaillard, *L'exécution des sentences annulées dans leur pays d'origine* : *JDI* 1998, I, p. 645.

²⁵⁷⁵ Cass. 1^{re} civ., 29 juin 2007, *Putrabali* : *JDI* 2007, p. 1236, note Th. Clay ; *Rev. arb.* 2007, p. 507, note E. Gaillard ; *RTD com.* 2007, p. 682, obs. E. Loquin ; *JCP G* 2007, I, 216, n° 7, obs. Ch. Seraglini. *Adde* P. Ancel, *L'arbitrage : une juridiction internationale autonome* : *RJDA* 2007, p. 883. – Ph. Pinsolle, *L'ordre juridique arbitral et la qualification de la sentence arbitrale de décision de justice internationale, à propos de l'arrêt Putrabali du 29 juin 2007* : *Cah. arb.* 2007/3, p. 14. – L. Degos, *La consécration de l'arbitrage en tant que justice*

elle affirmait que « la sentence internationale, qui n'est rattachée à aucun ordre juridique étatique, est une décision de justice internationale dont la régularité est examinée au regard des règles applicables dans le pays où sa reconnaissance et son exécution sont demandées, qu'en application de l'article VII de la Convention de New York du 10 janvier 1958, la société Rena Holding était recevable à présenter en France la sentence rendue à Londres le 10 avril 2011 conformément à la convention d'arbitrage et au règlement de l'IGPA, et fondée à se prévaloir des dispositions du droit français de l'arbitrage international, qui ne prévoit pas l'annulation de la sentence dans son pays d'origine comme cause de refus de reconnaissance et d'exécution de la sentence rendue à l'étranger », de sorte que la question de l'*exequatur*, en France, est autonome de la validité de la sentence²⁵⁷⁶.

La solution française repose sur l'idée que l'article 1502 du Code de procédure civile (applicable à l'époque, aujourd'hui l'article 1520), qui identifie les cas d'annulation d'une sentence, ne prévoit pas le cas identifié dans l'article V.1.e de la Convention de New York et sur l'idée que l'article VII de la Convention de New York qui considère que le contenu de la Convention ne prive pas une partie du droit de se prévaloir d'une sentence dans la mesure retenue par la législation du pays dans lequel elle est invoquée. Par conséquent, l'article VII permet d'écarter les dispositions de cette convention lorsque le droit qui accueille la sentence contient des dispositions plus favorables à son efficacité, faveur que la Cour de cassation française retient en considérant que l'article 1520 ne comprend pas l'hypothèse de l'annulation dans le pays d'origine. Par ailleurs, on pourrait ajouter, au-delà de la solution de la Cour de cassation française, que l'article 1514 du Code de procédure civile, en matière d'exécution et de reconnaissance d'une sentence internationale, prévoit simplement que l'exécution ou la reconnaissance dépendent de la méconnaissance manifestement contraire à l'ordre public international, sans reprendre le contenu de l'article V.1.e de la Convention de New York et en considérant, alors, que l'annulation de la sentence par le juge du siège n'est pas un élément de l'ordre public international.

Il s'agit donc d'une interprétation, assez audacieuse, des dispositions du droit français de l'arbitrage international. La solution consiste en effet à refuser qu'il existe une condition permettant le refus de l'*exequatur* en France lorsque la sentence a fait l'objet d'une annulation à l'étranger, en ce que la règle de la Convention de New York considère que la sentence n'existe plus et ne peut donc plus intégrer un ordre juridique, notamment français, et à ajouter, ce faisant, à la lettre du Code de procédure civile. Elle aboutit, au contraire, à considérer que l'annulation de la sentence à l'étranger n'affecte la sentence que dans l'État où l'annulation a été prononcée, indépendamment de l'existence même de la sentence dans l'ordre juridique international, c'est-à-dire respecter à la lettre le Code français de procédure civile. Il s'agit alors de considérer, en outre, que la sentence internationale annulée à l'étranger

autonome : D. 2008, p. 1429. V. aussi Paris, 20 nov. 2012 : *Rev. arb.* 2012, p. 882. – Paris, 4 déc. 2012 : *Rev. arb.* 2013, p. 411, note Cl. Debourg.

²⁵⁷⁶ Paris, 29 sept. 2005 : *JCP G* 2006, I, 148, n° 7, obs. Ch. Seraglini ; D. 2005, p. 363, obs. Th. Clay. Dès lors, l'autorité de la chose jugée de la décision d'*exequatur* de la sentence annulée s'oppose à la reconnaissance en France de l'effet de la sentence rendue, après annulation de la première : Cass. 1^{re} civ., 29 juin 2007, préc.

n'intègre pas l'ordre juridique de cet État et qu'elle demeure ce qu'elle est, un acte de justice internationale.

1686. – Extraterritorialité de la règle française ? Cette interprétation n'a de juridique et de caractère implacable que l'apparence. En réalité, il s'agit de permettre au droit français d'admettre l'exécution d'une sentence qui a été annulée dans un État alors qu'elle ne l'aurait sans doute pas été par le juge français, notamment lorsque le juge étranger a considéré que le fait, pour les arbitres, de retenir une règle impérative qui ne s'imposait pas nécessairement (pour le dire clairement, une règle prohibant des actes de corruption, de blanchiment d'argent, *etc.*), dans l'affaire *Hilmarton*, ou que le rejet de la sentence aboutirait à retenir une solution incohérente, comme dans l'arrêt *Norsolor* ou dans l'arrêt *Putrabali*. La sentence annulée, incorrectement selon la conception française de l'ordre public international (V. *infra*, n° 1590), justifie son exécution en France, tout au moins. La solution produit ainsi un effet d'extraterritorialité du droit français de l'arbitrage international, notamment au regard des conceptions françaises du *fond* de la validité d'une sentence internationale, notamment les critères français, et nouveaux, de l'ordre public international. La Cour de cassation prend donc au sérieux le fait que le Code de procédure civile n'érige pas en cas de rejet d'une demande de reconnaissance ou d'*exequatur* l'hypothèse de l'annulation d'une sentence dans son pays d'origine (V. *supra*, n° 1685). Par conséquent, la sentence, annulée dans son pays d'origine, n'est pas entrée dans le système juridique de celui-ci de sorte que l'existence de la sentence demeure, avec cette formule innovante et élégante, comme une « décision de justice internationale » et que la décision de reconnaissance en France n'était pas, en soi, contraire à l'ordre public international²⁵⁷⁷.

1687. – Une « décision de justice internationale ». La solution est aujourd'hui bien établie²⁵⁷⁸, encore qu'une objectivation de la solution méritait consolidation. C'est dans l'affaire *Putrabali* rendue en 2007²⁵⁷⁹ que cette consolidation s'est solidifiée : « 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 ». En l'espèce, une société française, *Rena Holding*, était en litige

²⁵⁷⁷ Cass. 1^{re} civ., 23 mars 1994, *Hilmarton*, préc. : « La sentence rendue en Suisse était une sentence internationale qui n'était pas intégrée dans l'ordre juridique de cet État », V. B. Goldman, *Une bataille judiciaire autour de la lex mercatoria, l'affaire Norsolor* : *Rev. arb.* 1983, p. 379.

²⁵⁷⁸ Cf. Paris, 14 janv. 1997, *Chomalloy* : *Rev. arb.* 1997, p. 395, note Ph. Fouchard. En l'espèce, la solution *Hilmarton* a été reprise, malgré l'existence d'une convention bilatérale entre la France et l'Égypte admettant l'application de la Convention de New York, donc l'article VII de la convention. *Adde* Paris, 29 sept. 2005 : *Rev. arb.* 2006, p. 695, note H. Muir Watt (*idem*, convention bilatérale avec les Émirats arabes unis).

²⁵⁷⁹ Cass. 1^{re} civ., 29 juin 2007, *Putrabali*, préc.

avec une société indonésienne, *Putrabali*, à propos de la perte d'une cargaison transportée par cette dernière. Un arbitrage s'est tenu à Londres sous l'égide d'un centre d'arbitrage spécialisé, et une sentence a été rendue en 2001, défavorable à la société *Putrabali*. Cette sentence a été partiellement annulée par la *High Court* de Londres sur un « point de droit » et la *Court* a considéré que le défaut de paiement par l'acheteur français était fautif. Un deuxième arbitrage a abouti à une nouvelle sentence, rendue en 2003, cette fois favorable au vendeur *Putrabali*. Or, la société française avait demandé, et obtenu, l'*exequatur* de la première, tandis que *Putrabali* lui opposait la deuxième sentence (et non le jugement d'annulation).

1688. – Disponibilité de la « décision de justice internationale ». C'est donc parce que la sentence, même annulée dans son pays d'origine, est une décision de justice internationale qu'elle demeure « disponible » pour être candidat à l'intégration d'un ordre juridique national comme l'ordre juridique français, pour y être reconnu ou recevoir l'*exequatur*. Par conséquent si la demande d'*exequatur* en France est recevable, mais finalement rejetée, c'est au nom des seules règles françaises, et non par un effet de circulation de la décision d'annulation du pays d'origine (décision qui n'est pas, par ailleurs, susceptible d'*exequatur* en France²⁵⁸⁰). Cette solution peut être envisagée de deux manières. La première validerait la question de « l'autonomie » de l'ordre juridique arbitral international, comme bras armé de la *lex mercatoria*. La seconde, au contraire, impose un rattachement nécessaire d'une sentence arbitrale à un ordre juridique étatique interne pour l'y intégrer, selon les procédures applicables. Dans cette conception, il serait déraisonnable de conférer un effet international à la décision d'annulation rendue dans le pays d'origine, faute d'unification internationale des règles matérielles de contrôle des sentences internationales. À défaut, il faudrait admettre qu'il existerait une forme d'opposabilité des règles processuelles du pays d'origine, quel qu'il soit, que ces règles soient ou non compatibles avec celles du pays dans lequel la sentence cherche à recevoir l'*exequatur*. La conception française, plus relativiste, aboutit au contraire à dissocier la sentence arbitrale, rendue sur le fondement de règles d'un droit arbitral donné, celui du siège de celle-ci, des règles, ici françaises, permettant à cette sentence d'intégrer le système juridique français. D'ailleurs, cette formulation relativiste est parfaitement réversible : une sentence arbitrale internationale rendue en France et annulée en France pourrait intégrer un ordre juridique étranger, à supposer toutefois que celui-ci retienne la position française. De même, une sentence arbitrale interne annulée à

²⁵⁸⁰ Paris, 29 sept. 2005, préc.

l'étranger, sur le fondement des règles de cet État, pourrait faire l'objet d'une demande d'*exequatur* en France²⁵⁸¹.

1689. – Application internationale. Or, cette solution a suscité un débat considérable en France²⁵⁸² alors que bien des pays ne partagent pas cette conception²⁵⁸³, qui demeure assez isolée, sinon aux États-Unis et encore selon les « circuits »²⁵⁸⁴, aux Pays-Bas²⁵⁸⁵, en Belgique²⁵⁸⁶ ou en Autriche²⁵⁸⁷. Les critiques se fondent sur le manque de clarté de la jurisprudence française, notamment l'idée que la sentence annulée est une « décision de justice internationale », mais également sur le fondement retenu, l'article VII de la Convention de New York²⁵⁸⁸, les conséquences en termes de défiance (*no weight*) dans la décision du juge de l'annulation²⁵⁸⁹, critiques qui sont précisément le fondement de la solution française. La version française de l'article V.1 prévoit que la « reconnaissance et l'exécution de la sentence ne seront refusées (...) », tandis que la version anglaise précise que

²⁵⁸¹ Paris, 24 nov. 2011 : *Rev. arb.* 2012, p. 134, note M. Laazouzi.

²⁵⁸² *Pro* : Ph. Fouchard, *La portée internationale de l'annulation de la sentence arbitrale dans son pays d'origine*, préc. – E. Gaillard, *L'exécution des sentences annulées dans leur pays d'origine* : *JDI* 1998, p. 645 ; *Constance et bien-fondé de la jurisprudence française sur la reconnaissance des sentences annulées au siège*, note ss Paris, 31 mars 2005 : *Rev. arb.* 2006, p. 665, *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, op. cit., spéc. n° 125. – A. Mourre, *À propos des articles V et VII de la Convention de New York et de la reconnaissance des sentences annulées dans leur pays d'origine : où va-t-on après les arrêts Termo Rio et Putrabali* : *Rev. arb.* 2008, p. 263. Et *contra* : J.-F. Poudret, *Quelle solution pour en finir avec Hilmarton ? Réponse à Philippe Fouchard* : *Rev. arb.* 1998, p. 7. – H. Muir Watt, *La sentence annulée dans son pays d'origine : voyage au bout de la fiction*, note ss Paris, 29 sept. 2005 : *Rev. arb.* 2006, p. 695.

²⁵⁸³ Comp. en Allemagne : CA Munich, 30 juill. 2012, aff. n° 34 Sch 18/10 et Cour fédérale de justice, 23 avr. 2013, BGH III ZB 59/12 : *Rev. arb.* 2014, p. 489, obs. G. Flecke-Giammarco et Th. Granier.

²⁵⁸⁴ US District Court of Columbia (2nd circ.), 2 août 2016, *Pemex*, US District Court of Columbia, 31 juill. 1996, *Chromalloy* : *Rev. arb.* 2007, p. 439 : « The US public policy in favor of final and binding arbitration of commercial disputes is unmistakable, and supported by treaty, by statute and by case law. The FAA and the implementation of the Convention (...) is an emphatic federal policy in favor of arbitral dispute resolution (...). À decision by this court to recognize the decision of the Egyptian court would violate this clear IS public policy ». V. dans la même affaire, Paris, 14 janv. 1997 : *Rev. arb.* 1997, p. 396, note Ph. Fouchard. Toutefois tous les « circuits » ne proposent pas la même solution : US Court of Appeal, District of Columbia, 25 mai 2007, *Termo Rio* : *Rev. arb.* 2007, p. 553, note J. Paulsson, *adde*, *Rev. arb.* 2006, p. 786, note J. Paulsson, Court of Appeal of USA (2^e circ.), 12 août 1999, *Baker Marina* : *Rev. arb.* 2000, p. 135, note E. Gaillard.

²⁵⁸⁵ CA Amsterdam, 28 avr. 2009, *Yukos* : *Rev. arb.* 2009, p. 557, note S. Bollée. – Cour suprême des Pays-Bas, 25 juin 2010, *Yukos* : *Cah. arb.* 2010, p. 1155, note M. Leijten et R. Sschellars.

²⁵⁸⁶ Trib. 1^{re} inst. Bruxelles, 6 déc. 1988, *Sonatrach*, XV Year Book Comm. Arb. 1990, p. 370, confirmé par CA Bruxelles, 9 janv. 1990 ; cf. W. W. Park, *International Forum Selection*, Kluwer, 1995, p. 76 et 132.

²⁵⁸⁷ Cour suprême d'Autriche, 20 oct. 1993, *Radenska* : *Rev. arb.* 1998, p. 419, note P. Lastenouse et P. Senkovic. V. aussi Cour suprême d'Autriche, 26 janv. 2005, XXXth Year Book Comm. Arb. 2005, p. 425 : « The enforcement in another state of an arbitral award that has been set aside in the country of the seat for violation of public policy is the logical consequence of international (new state bound) arbitration. Making an international arbitral award dependant on state approval in the country of origin would deprive international arbitration of its independence ». – Cour suprême d'Autriche, 23 févr. 1998, *Radenska* : *Rev. arb.* 1999, p. 385, note P. Lastenouse et P. Senkovic.

²⁵⁸⁸ À bien des égards, les critiques de la doctrine américaine (G. B. Born, *op. cit.*) sont démonstratives d'une certaine ignorance des méthodes décisionnelles de la Cour de cassation, qui ne s'embarrasse pas de préciser les motivations intellectuelles de ces arrêts : l'utilisation de l'article VII était un moyen habile de prétendre interpréter l'article 1502 ancien du Code de procédure civile à la lettre. À l'inverse, la méthode américaine rend hommage au *check and balances* justifiant tout à la fois la décision *Chromalloy* et les suivantes.

²⁵⁸⁹ G. B. Born, *International Commercial Arbitration*, voll. III, *International Arbitral Award*, op. cit., p. 3627.

« recognition and enforcement of the award *may* be refused », ce qui supposerait qu'il permet de dépasser les circonstances ensuite posées.

1690. – Difficultés pratiques. La solution française peut susciter des difficultés pratiques importantes. Il est ainsi usuel que l'annulation d'une sentence arbitrale internationale provoque une nouvelle procédure arbitrale, de sorte que deux sentences, éventuellement contradictoires, peuvent être présentées sur la base d'une demande d'*exequatur*. Dans cette situation, la première sentence présentée est susceptible de produire des effets en France²⁵⁹⁰. Une partie devient donc créancière, en France, sur la base de l'ordonnance d'*exequatur* obtenue, tandis qu'elle est (éventuellement) débitrice, sur le fondement de la seconde sentence (à supposer qu'elle soit contraire à la première, annulée dans l'État du siège) qui ne pourra cependant pas avoir d'effet en France mais uniquement dans l'État du siège (où dans un autre État où l'*exequatur* serait acceptée), en raison de l'autorité de la chose jugée qui s'attache à l'*exequatur* de la première sentence et qui s'oppose à l'accueil de la seconde ou au jugement d'annulation.

B. – Le sort de la sentence étrangère interne annulée dans le pays du siège

1691. – Devenir de la sentence étrangère interne annulée. Si la jurisprudence *Norsolor-Hilmarton-Putrabali* peut se targuer de bénéficier d'une justification théorique innovante mais implacable, à savoir que la sentence arbitrale internationale – et étrangère – est une décision de justice internationale qui n'est rattachée à aucun ordre juridique étatique, ce qui permet au juge français de reconnaître une sentence annulée par le juge du siège, qu'en est-il du sort, en France (ou ailleurs), d'une sentence interne annulée dans son pays d'origine ? La justification théorique cesse *a priori* alors pourtant que la cour d'appel de Paris considère que les dispositions du Code de procédure civile sont « applicables à la fois aux sentences arbitrales internationales et aux sentences rendues à l'étranger, quel que soit, pour ces dernières, leur caractère interne ou international »²⁵⁹¹, s'écartant donc de la motivation de l'arrêt *Putrabali* alors même que d'une part le caractère interne ou international d'un arbitrage ne dépend ni du droit applicable au fond ni du droit applicable à la procédure arbitrale ni de la volonté des parties, mais de la

²⁵⁹⁰ Cass. 1^{re} civ., 10 juin 1997, *Hilmarton* : *Rev. arb.* 1997, p. 376, note Ph. Fouchard ; *JDI* 1997, p. 1033, note E. Gaillard. – Cass. 1^{re} civ., 29 juin 2007, *Putrabali*, préc.

²⁵⁹¹ Paris, 21 mai 2019, *NGC/EGPC* : *Dalloz actualité*, 7 juin 2019, obs. J. Jourdan-Marques, 28 juin 2019, obs. L. Weiller. Observons toutefois que cet arrêt intervient en troisième lieu devant la cour, pour confirmer l'ordonnance d'*exequatur*, après deux cassations, l'une fondée sur le non-respect du principe du contradictoire, l'autre pour violation des articles 1520, alinéa 1^{er} et 1525 du Code de procédure civile.

nature économique de l'opération et que d'autre part le juge avait considéré que l'arbitrage n'était pas purement interne. Peu importe dès lors la nature de la sentence étrangère annulée dans l'État du siège, sa reconnaissance demeure possible. Mais alors, il faut reconsidérer la nature même de la sentence arbitrale étrangère interne qui est en principe comprise comme une norme juridique intégrée dans cet ordre juridique, voire désintégrée lorsqu'elle y est annulée, pour en faire une forme d'acte juridique privé, comme un effet conventionnel de la convention d'arbitrage qui ne deviendrait une norme juridique intégrée dans un ordre juridique qu'après sa réception dans un ordre juridique, quel qu'il soit. Le défi posé par une telle conception n'est pas négligeable : elle revient à retirer, du point de vue français, toute autorité au législateur étranger quant à l'effet des normes arbitrales internes qu'il pose, au profit du moins-disant en la matière et, ce faisant, à altérer la sécurité juridique à laquelle peuvent s'attendre les parties à un arbitrage étranger interne.

C. – La non-reconnaissance de la sentence validée à l'étranger

1692. – Le contraire de la jurisprudence *Putrabali*. Une autre question, plus discrète, est celle, inverse, d'une sentence bénéficiant d'un contrôle rejeté de validité devant le juge, non français, du siège de l'arbitrage et dont l'exécution serait demandée en France. La solution est, bien que symétrique de celle résultant de la jurisprudence *Putrabali*, un peu différente dans la mesure où le rejet de l'annulation a supposé un contrôle complet de la sentence, bien supérieur à celui qui apparaît, à tout le moins s'agissant du juge de l'*exequatur*. Pourtant, la Convention de New York de 1958 ne formule, sur cette question, aucune directive ou avis, laissant les États libres de refuser l'*exequatur*, dans le cadre des griefs qu'elle précise dans son article V. Ainsi, en droit anglais, les juges attachent une considération particulière, en général, à la décision rendue par le juge du siège, de sorte que le rejet du recours en annulation est un élément très favorable à sa reconnaissance. Or la jurisprudence française, dans la logique autonomiste de la jurisprudence *Putrabali*, ne se sent en rien liée par la décision du siège validant une sentence pour en refuser l'*exequatur* en France²⁵⁹². En effet, on ne voit pas en quoi une décision de validation aurait quelque autorité en France, notamment dans des circonstances mettant en jeu des questions

²⁵⁹² Paris, 12 févr. 1993, *Unichips* : *Rev. arb.* 1993, p. 276 (3^e esp.), note D. Hasher ; *RTD com.* 1993, p. 645, obs. J.-C. Dubarry et E. Loquin, « la décision du Tribunal fédéral suisse du 1^{er} juillet 1991, qui sur le fondement de la loi suisse (LDIP) applicable à l'arbitrage, a rejeté le recours en annulation de la sentence formé par les sociétés Unichips, ne saurait avoir pour effet de supprimer ou d'exclure le contrôle, par le juge français, de l'efficacité internationale de la sentence pour permettre son insertion dans l'ordre juridique français, que ce contrôle soit effectué au regard de la Convention de New York ou du droit commun français ».

d'ordre public international, où les conceptions, et les modes de contrôle, peuvent varier selon les ordres juridiques considérés.

D. – L'exequatur des sentences CIRDI

1693. – Exequatur automatique. Enfin, pour être complet, la convention de Washington pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États prévoit que les sentences rendues sous l'égide du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) sont exécutoires comme les jugements nationaux, sur simple présentation d'une copie certifiée conforme par le Secrétaire général du CIRDI, de sorte d'une part que l'exequatur d'une telle sentence est inutile et d'autre part que le contrôle de cette sentence par un juge particulier ne leur est pas applicable²⁵⁹³.

§ 2. – La procédure de reconnaissance et d'exécution de la sentence arbitrale internationale

1694. – Les règles relatives à ces questions, prévues aux articles 1514 à 1517 du Code de procédure civile, s'intègrent dans un chapitre intitulé « La reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales rendues à l'étranger ou en matière d'arbitrage international », distinguées des articles 1518 et suivants qui envisagent les questions relatives aux voies de recours²⁵⁹⁴, procédant à une distinction très heureuse, notamment au regard des dispositions prévalant avant la réforme de 2011. Cette réforme, modernisant le droit de l'arbitrage, et le droit de l'arbitrage international en particulier, assure un renforcement de l'efficacité et de l'autorité de la sentence, notamment en simplifiant le formalisme et l'autorité des sentences internationales rendues en France, et en favorisant la rapidité de l'exécution, notamment en supprimant l'effet suspensif des recours engagés.

1695. – Différence entre reconnaissance et exequatur de la sentence. Si la sentence bénéficie, en elle-même, par nature en quelque sorte, de l'autorité de la chose jugée et emporte dessaisissement du tribunal arbitral, il demeure que la sentence ne bénéficie pas de l'autorité de la force exécutoire d'un jugement, exactement comme en matière de sentence interne et pour

²⁵⁹³ V. I. Fadlallah, *La distinction 'treaty claims – contract claims' et la compétence de l'arbitre (CIRDI : faisons-nous fausse route ?)* : *Gaz. Pal.* 7 déc. 2004, p. 3.

²⁵⁹⁴ L'article 1521 du Code de procédure civile permet toutefois, dans le cadre d'un recours en annulation, au premier président ou au conseiller de la mise en état, de conférer l'exequatur à la sentence. Sur l'interaction entre ces fondements, V. Paris, 29 oct. 2019, n° 19/12047.

les mêmes raisons d'ailleurs, à savoir le caractère privé de la justice rendue, auquel on pourrait ajouter le fait que la sentence est, ici, en outre, internationale, donc non française. L'article 1514 du Code de procédure civile effectue une distinction entre la reconnaissance et l'*exequatur* : « Les sentences arbitrales sont reconnues ou exécutées en France si leur existence est établie par celui qui s'en prévaut et si cette reconnaissance ou cette exécution n'est pas manifestement contraire à l'ordre public international », qui renvoie essentiellement à la Convention de New York de 1958 sans conséquence réelle en droit français. La reconnaissance correspond à la réception par l'ordre juridique français de l'existence de la sentence, quels que soient ses caractères. L'intérêt de la reconnaissance repose sur l'hypothèse dans laquelle une partie souhaite invoquer une sentence rendue, par exemple à l'occasion d'un autre litige : la sentence reconnue dispose, comme sentence, de l'autorité de la chose jugée, dont elle peut alors se prévaloir. La procédure d'*exequatur*, qui emporte reconnaissance de la sentence, confère à celle-ci la force obligatoire qui lui faisait défaut, permettant son exécution forcée. Elle est donc, en pratique, bien plus importante que la reconnaissance²⁵⁹⁵.

1696. – Procédure de reconnaissance et d'*exequatur*. La procédure est identique lorsqu'il s'agit d'obtenir la reconnaissance ou l'*exequatur* d'une sentence internationale. En matière d'*exequatur*, il s'agit pour une partie à une sentence, et à défaut d'exécution spontanée, de permettre d'obtenir la force exécutoire de celle-ci en vue de son exécution forcée. L'article 1516, alinéa 1^{er} du Code de procédure civile distingue la sentence rendue en France et celle rendue à l'étranger. Pour les sentences rendues en France, le juge compétent pour recevoir la requête est le tribunal judiciaire du ressort du lieu où elle a été rendue, tandis que pour les sentences rendues à l'étranger il s'agit du tribunal judiciaire de Paris. Toutefois, plusieurs hypothèses permettent d'obtenir l'*exequatur*, ou son rejet, sans que le juge normalement compétent, le président du tribunal judiciaire, soit saisi. Ainsi, aux termes de l'article 1524 du Code de procédure civile, lorsqu'un recours en annulation est engagé contre une sentence rendue en France, celui-ci « emporte de plein droit, dans les limites de la saisine de la cour, recours contre l'ordonnance du juge ayant statué sur l'*exequatur* ou dessaisissement de ce juge ». Le juge saisi concurremment serait donc automatiquement dessaisi, de sorte que s'il rendait une ordonnance d'*exequatur*, celle-ci devrait être annulée par la cour chargée du recours²⁵⁹⁶. En outre, l'article 1527 du Code de procédure civile dispose que « le rejet de l'appel ou

²⁵⁹⁵ Sur cette distinction et les conséquences du principe d'arrêt des poursuites individuelles sur l'*exequatur*, V. Cass. com., 12 nov. 2020, n° 19-18.849.

²⁵⁹⁶ Cf. Paris, 28 juin 2001 : *Rev. arb.* 2001, p. 729, note H. Lécuyer (en matière interne, identique).

du recours en annulation confère l'exequatur à la sentence arbitrale ou à celles de ses dispositions qui ne sont pas atteintes par la censure de la cour », de sorte que l'arrêt de rejet de l'appel ou du recours en annulation assure un succédané, automatique²⁵⁹⁷, d'ordonnance d'exequatur, sans que la cour ait à se prononcer à ce sujet. Enfin, l'article 1421 du Code de procédure civile dispose que lorsqu'une sentence internationale rendue en France fait l'objet d'un recours en annulation, avant que de recevoir exequatur, celui-ci peut être conféré par le premier président de la cour d'appel saisie, ou par le conseiller chargé de la mise en état.

La procédure proprement dite d'exequatur est précisée aux articles 1515 à 1517 du Code de procédure civile, dans des conditions voisines de celles prévalant en matière d'arbitrage interne. La saisine du président du tribunal judiciaire s'effectue de manière gracieuse, ce que précise l'article 1516, alinéa 2 du Code de procédure civile : la procédure « n'est pas contradictoire ». Elle s'effectue par voie de requête « déposée par la partie la plus diligente au greffe de la juridiction accompagnée de l'original de la sentence et d'un exemplaire de la convention d'arbitrage ou de leurs copies réunissant les conditions requises pour leur authenticité », aux termes de l'article 1516, alinéa 3 du Code de procédure civile. Si la sentence n'est pas rédigée en français, elle doit être traduite, la partie requérante pouvant être « invitée » à produire une traduction réalisée par un « traducteur inscrit sur une liste d'experts judiciaires ou un traducteur habilité auprès des autorités judiciaires ou administratives d'un autre État membre de l'Union européenne, d'un État partie à l'accord sur l'Espace économique européen ou de la Confédération suisse » (CPC, art. 1515).

1697. – Examen *prima facie*. Par conséquent, la procédure d'exequatur emporte un examen *prima facie* de la sentence, sans examen au fond, celui-ci étant réservé à l'examen d'un recours, éventuel. C'est en effet un contrôle limité que suggèrent les articles 1514 et 1515 du Code de procédure civile. Le premier, en effet, dispose que l'exequatur suppose que l'exécution ne soit pas « manifestement contraire à l'ordre public international », tandis que le second impose que les documents remis au support de la requête, original ou copie réunissent « les conditions requises pour leur authenticité ». S'agissant de la première condition, il convient donc que l'ordre public international ne soit pas « manifestement » violé, invitant ainsi à ce contrôle limité, résultant d'une simple lecture de la sentence²⁵⁹⁸, dans la mesure, en outre, où la procédure n'est pas contradictoire. Une ordonnance d'exequatur partiel, dans le cas où la sentence rendue comprend des éléments divisibles de décisions, est alors, comme en matière interne, parfaitement possible²⁵⁹⁹. S'agissant de la seconde, il s'agit des mêmes éléments qu'en matière interne.

²⁵⁹⁷ Paris, 14 déc. 1999 : *Rev. arb.* 2000, p. 471, note J.-B. Racine.

²⁵⁹⁸ TGI Paris, réf., 2 févr. 1996 : *Rev. arb.* 1998, p. 577, à propos d'une sentence rendue à Londres par un arbitre unique, alors qu'une procédure collective avait été ouverte en France.

²⁵⁹⁹ Cass. 1^{re} civ., 28 avr. 1987 : *Rev. arb.* 1991, p. 345, note J.-H. Moitry et C. Vergne ; v. *supra*, n° 1672.

En toute hypothèse, le juge de l'*exequatur* ne peut modifier, retrancher ou ajouter à la sentence²⁶⁰⁰.

1698. – Exequatur. Dès lors, « l'*exequatur* est apposé sur l'original ou, si celui-ci n'est pas produit, sur la copie de la sentence arbitrale » ou sur la traduction de la sentence (CPC, art. 1517), comme conséquence d'une ordonnance d'*exequatur* (CPC, art. 1516), qui n'a pas à être motivée, lorsqu'il s'agit d'accorder *exequatur*, et qui doit l'être dans le cas contraire (CPC, art. 1517, al. 3). L'ordonnance d'*exequatur*, et sa mention sur la sentence ou sa traduction, permettent alors les mesures d'exécution forcée et ce, indépendamment du prononcé de l'exécution provisoire dans la mesure où l'appel n'est plus suspensif, depuis l'entrée en vigueur du décret de 2011.

1699. – Intérêt à agir ? La question se pose également de savoir si la demande d'*exequatur* doit être supportée par un intérêt à agir, par exemple en raison de la présence en France de biens appartenant au débiteur condamné par la sentence objet de l'*exequatur*. Un raisonnement par l'absurde pourrait, en effet, permettre de considérer que la demande d'*exequatur*, dont l'objet est de permettre des mesures d'exécution forcée dans le pays considéré, est dépourvue de tout intérêt dès lors que l'absence de biens dans ce pays appartenant au débiteur rend inutile toute telle mesure d'exécution. Une conception plus libérale de l'accueil d'une demande d'*exequatur* consiste au contraire à considérer que l'intérêt à agir d'une telle demande repose sur le seul fait d'obtenir le principe de l'*exequatur* ou de la reconnaissance d'une sentence²⁶⁰¹. Cette conception libérale est d'ailleurs largement partagée, y compris devant le juge anglais où il faut démontrer que le juge est internationalement compétent et *convenient*²⁶⁰².

1700. – Compétence du juge administratif. De la même manière que le recours en annulation contre une sentence internationale portant sur un contrat mettant en jeu une personne publique emporte une distinction de compétence entre le juge ordinaire de l'annulation et le juge administratif, primeur étant donnée à ce dernier lorsque que le litige met en jeu des règles impératives du droit public français relatives à l'occupation du domaine public ou à la commande publique depuis les jugements du Tribunal des conflits en 2013 et 2017 dans les affaires *Inserm* et *Ryanair* (V. *supra*, n° 1526), la question se pose en matière d'*exequatur* et de recours contre la

²⁶⁰⁰ Cass. 1^{re} civ., 14 déc. 1983 : *Rev. arb.* 1984, p. 483, note M.-C. Rondeau-Rivier.

²⁶⁰¹ Cf. Cass. 1^{re} civ., 26 juin 2019, n° 17-19.240 : *D.* 2019, p. 1398, p. 1956, obs. L. d'Avout, S. Bollée et E. Farnoux ; *JCP G* 2019, 916, note A. Danet ; *Rev. crit. DIP* 2020, p. 295, note F. Marchadier : « l'intérêt à agir existe dès lors que le demandeur à l'*exequatur* est la partie au procès au profit de laquelle la décision étrangère a été rendue ».

²⁶⁰² Comp. au Canada, Cour suprême du Canada, *Chevron Corp. c/ Yaiguaje*, 2015 SCC 42, (2015) 3 S.C.R. 69.

décision d'*exequatur*. Dans l'affaire *Ryanair*²⁶⁰³, le Conseil d'État avait considéré que le recours en annulation relevait, dans cette stricte situation, du tribunal administratif²⁶⁰⁴, tandis que la Cour de cassation considérait que sa compétence s'imposait, en toute circonstances, pour l'*exequatur* d'une sentence, quelle que soit la nature du litige, rendue en France ou à l'étranger²⁶⁰⁵. Retenant la solution rendue dans l'affaire *Inserm* à propos du recours en annulation, le Tribunal des conflits étendait la solution en matière d'*exequatur*²⁶⁰⁶.

Encart 52

L'*exequatur* d'une sentence – Aspects pratiques

1701. – Si le Code de procédure civile apporte un certain nombre de précisions concernant l'*exequatur* d'une sentence, il ne dit pas tout de cette procédure particulière.

1. L'introduction de la requête. Les règles de droit commun des procédures sur requêtes n'ont pas vocation à s'appliquer ici.

La requête peut prendre la forme d'une lettre adressée au greffe de la juridiction compétente – pour ce qui concerne Paris, le Bureau d'ordre civil du tribunal judiciaire.

Elle doit simplement indiquer l'identité du requérant et apporter des informations de base sur l'arbitrage (références, date de signature et parties à la convention d'arbitrage, institution ayant administré l'arbitrage, date de

²⁶⁰³ T. confl., 24 avr. 2017, *Ryanair* : D. 2017, p. 2054, obs. S. Bollée ; *AJDA* 2017, p. 981, obs. G. Odinet et S. Roussel.

²⁶⁰⁴ CE, 19 avr. 2013, *Ryanair* : D. 2013, p. 1445, note P. Cassia, p. 2293, obs. S. Bollée, p. 2936, obs. Th. Clay ; *JCP G* 2013, 748, note S. Lemaire, 784, n° 7, obs. J. Ortscheidt ; *AJDA* 2013, p. 1271, obs. X. Domino et A. Bretonneau ; *RD imm.* 2013, p. 362, obs. S. Braconnier ; *Rev. arb.* 2013, p. 761, note M. Laazouzi ; *RTD com.* 2014, p. 326, obs. E. Loquin.

²⁶⁰⁵ Cass. 1^{re} civ., 8 juill. 2015, *Ryanair*. – Cass. 1^{re} civ., 8 juill. 2015, *Ryanair* : D. 2015, p. 2031, obs. S. Bollée, p. 2588, obs. Th. Clay ; *AJDA* 2016, p. 671, note F. Lombard ; *RTD com.* 2016, p. 71, obs. E. Loquin : « 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 la reconnaissance et l'exécution est demandée ; qu'il résulte des textes susvisés [Conv. New York 10 juin 1958 et CPC, art. 1516] que l'*exequatur* des sentences arbitrales rendues à l'étranger est exclusif de tout jugement sur le fond et relève de la compétence des juridictions judiciaires ».

²⁶⁰⁶ T. confl., 24 avr. 2017, *Ryanair*, préc. : « lorsqu'une sentence arbitrale a été rendue sur le fondement d'une convention d'arbitrage, dans un litige né de l'exécution ou de la rupture d'un contrat conclu entre une personne morale de droit public française et une personne de droit étranger, exécuté sur le territoire français, mettant en jeu les intérêts du commerce international, il appartient en principe à la juridiction judiciaire, statuant dans les conditions prévues au titre II du livre IV du Code de procédure civile, d'une part, de connaître d'un recours formé contre la sentence si elle a été rendue en France et, d'autre part, de se prononcer sur une demande tendant à ce que la sentence, rendue en France ou à l'étranger, soit revêtue de l'*exequatur* ; que, toutefois, dans le cas où le contrat à l'origine du litige sur lequel l'arbitre s'est prononcé est soumis aux règles impératives du droit public français relatives à l'occupation du domaine public ou à celles qui régissent la commande publique, le recours contre la sentence rendue en France et la demande d'*exequatur* relèvent de la compétence de la juridiction administrative ».

reddition de la sentence dont il est demandé l'*exequatur*, identité des arbitres, etc.).

2. Les documents à soumettre. La requête est accompagnée de la sentence dont il est demandé l'*exequatur* et de la convention d'arbitrage.

Conformément aux articles 1487 et 1515 du Code de procédure civile, si l'original de la sentence doit être fourni, des copies « réunissant les conditions requises pour leur authenticité » peuvent suffire. La « minute » de la sentence n'est pas nécessaire et les copies ne doivent pas non plus être certifiées conformes.

Une traduction doit également être fournie dans le cas où la sentence et la convention d'arbitrage ne sont pas en français. Cette traduction n'a pas nécessairement à être assermentée bien que ce soit souvent le cas en pratique.

Il convient enfin d'apposer, sur la première page de l'original et de la copie de la sentence (ou de ses deux copies) une mention manuscrite par laquelle il est formellement demandé l'*exequatur* et l'apposition de la formule exécutoire sur la sentence.

3. L'apposition de l'*exequatur*. L'*exequatur* et la formule exécutoire sont ensuite directement apposés sur l'original de la sentence, sur sa traduction lorsqu'elle est rédigée dans une langue étrangère à celle du lieu de l'*exequatur*, ou sur une copie lorsque l'original n'est pas fourni.

La procédure peut prendre entre deux à trois jours et deux semaines. L'ordonnance est accordée dans l'écrasante majorité des cas, voire, selon certains, à 99 %²⁶⁰⁷.

§ 3. – Les recours contre l'ordonnance d'*exequatur*

1702. – Procédure du recours contre l'ordonnance d'*exequatur*. Les articles 1522 à 1525 du Code de procédure civile organisent la procédure de recours contre l'ordonnance qui rejette ou accorde *exequatur* à une sentence internationale, par voie d'appel. On peut présenter ces règles du point de vue de la nature de l'ordonnance, selon qu'elle refuse ou qu'elle accorde l'*exequatur*, ou en fonction de son origine, sentence rendue en France ou à l'étranger.

1703. – Sentence rendue en France ou à l'étranger. Si une ordonnance qui refuse l'*exequatur* est toujours susceptible d'appel²⁶⁰⁸, en revanche, s'agissant d'une ordonnance qui accorde l'*exequatur*, un appel n'est possible, aux termes

²⁶⁰⁷ Bien que les seules statistiques disponibles datent de près de vingt-cinq ans (S. Crépin, *Les sentences arbitrales devant le juge français, Pratique de l'exécution et du contrôle judiciaire depuis les réformes de 1980-1981*, LGDJ, 1995, p. 120), la pratique d'aujourd'hui semble conforme.

²⁶⁰⁸ Voire d'un appel-nullité, pour excès de pouvoir : cf. D. Foussard, *Le recours pour excès de pouvoir dans le domaine de l'arbitrage* : *Rev. arb.* 2002, p. 579.

de l'article 1524 du Code de procédure civile, que dans deux situations, par renvoi à l'article 1522, celle dans laquelle la sentence a été rendue à l'étranger et celle dans laquelle les parties ont, « par convention spéciale », renoncé au recours en annulation. Cette distinction est parfaitement cohérente avec les règles établies en matière de voie de recours : si la sentence a reçu *exequatur*, l'annulation de la sentence emporte, de plein droit, recours contre l'ordonnance ayant statué sur l'*exequatur* (CPC, art. 1524, al. 2). Il en résulte que lorsqu'une sentence a été rendue en France, et que celle-ci a reçu *exequatur*, il appartient à l'autre partie d'engager un recours en annulation contre la sentence (et non contre l'ordonnance d'*exequatur*) ; dès lors, le rejet du recours en annulation emporte *exequatur* de la sentence (CPC, art. 1527). Il convient donc de distinguer selon l'origine de la sentence, qu'elle soit rendue en France (A) ou à l'étranger (B).

A. – La sentence a été rendue en France

1704. – Décision qui accorde l'*exequatur*. Si l'on observe la sentence du point de vue de son origine, il en résulte que, s'agissant d'une sentence rendue en France, l'appel contre l'ordonnance d'*exequatur* n'est possible que si cette ordonnance refuse (de façon motivée) l'*exequatur* (CPC, art. 1523, 1524). Il n'est donc pas possible d'exercer un recours contre l'ordonnance qui a accordé l'*exequatur* d'une sentence internationale rendue en France. Toutefois, lorsque les parties à l'arbitrage international ont renoncé à exercer un recours en annulation, l'appel contre l'ordonnance d'*exequatur* demeure possible même en cas d'ordonnance l'accordant, pour l'un des motifs évoqués à l'article 1520 du Code de procédure civile (cas d'ouverture en annulation), mais seulement pour infirmer l'ordonnance d'*exequatur*, pas pour contourner l'accord des parties et prononcer l'annulation de la sentence.

1705. – Décision qui rejette l'*exequatur*. S'il s'agit d'une ordonnance de refus d'*exequatur*, l'appel contre cette ordonnance peut, « à la demande d'une partie », se prononcer sur l'annulation de la sentence (CPC, art. 1523), sauf bien entendu dans le cas où les parties y ont renoncé. On retrouve alors, comme en matière d'arbitrage interne, la question de savoir si le délai pour exercer le recours en annulation est, ou non, expiré. Ce délai est d'un mois, à compter de la signification de la sentence. Si ce délai est expiré au moment de l'appel contre l'ordonnance de non-*exequatur*, ce qui suppose que la sentence a été notifiée plus d'un mois auparavant, l'appel est alors limité à l'*exequatur*, mais le débat, contradictoire, permet à la cour d'examiner les arguments en faveur ou en défaveur de la sentence avec plus d'attention que ne l'a fait, *prima facie*, le président du tribunal judiciaire, quoique sur les mêmes fondements (CPC, art. 1514 et 1515). Si le délai n'est pas expiré, il

suffit alors à l'une des parties (l'intimé en pratique) de « demander », par une demande reconventionnelle, à la cour de se prononcer sur la validité de la sentence (CPC, art. 1523), pour l'un des cas prévus par l'article 1520 du Code de procédure civile. La réception des arguments en faveur de l'annulation aboutira alors à l'annulation de la sentence, la question du rejet de l'*exequatur*, alors confirmée, devenant insignifiante.

B. – La sentence a été rendue à l'étranger

1706. – Recours contre la décision rendue en France. S'il s'agit d'une sentence rendue à l'étranger, aucun recours en annulation contre la sentence ne peut être exercé en France, par hypothèse, dans la mesure où les recours contre cette sentence sont exercés au lieu du siège de l'arbitrage. Ne reste donc que l'hypothèse dans laquelle une décision, en France, a pour objet la sentence rendue à l'étranger. C'est le cas, notamment, de la décision accordant l'*exequatur* ou la reconnaissance à la sentence rendue à l'étranger. Par ailleurs, cette décision d'*exequatur* est très simple et organisée sans procédure contradictoire. Par conséquent, le seul moyen de discuter, contradictoirement, et en France, de la sentence, est le recours contre la décision d'*exequatur*²⁶⁰⁹. Dans ce cas, l'appel est ouvert dans le délai d'un mois à compter de la signification de la décision, en pratique de l'ordonnance d'*exequatur* (CPC, art. 1525). Cette ordonnance se présentant comme un tampon apposé sur la sentence, il convient en pratique de notifier la sentence revêtue de l'*exequatur* afin de faire courir les délais de recours.

1707. – Compétence. Un appel, nécessairement devant la cour d'appel de Paris, est ainsi possible contre l'ordonnance d'*exequatur*, qu'elle l'accorde ou qu'elle le rejette. Toutefois, l'article 1525 du Code de procédure civile dispose que le refus de la reconnaissance ou de l'*exequatur* n'est possible que pour les cas de l'article 1520 du Code de procédure civile, soit les cas d'annulation de la sentence. On peut donc en déduire que l'appel contre l'ordonnance d'*exequatur* a, en réalité, pour objet la sentence elle-même, ce outre l'examen des conditions de recevabilité du recours²⁶¹⁰. Dans tous les cas, l'article 1527 dispose que :

« L'appel de l'ordonnance ayant statué sur l'*exequatur* et le recours en annulation de la sentence sont formés, instruits et jugés selon les règles relatives à la procédure

²⁶⁰⁹ À noter qu'un tiers ne peut former en principe tierce opposition contre l'arrêt statuant sur une ordonnance d'*exequatur*, V. Paris, 28 mai 2019 : *Gaz. Pal.* 2 juill. 2019, p. 24, obs. D. Bensaude.

²⁶¹⁰ Paris, 10 nov. 1987 : *Rev. arb.* 1989, p. 669, note A.-D. Bousquet (sur CPC, ex-art. 1502), irrecevabilité de l'appel par celui qui a formé la demande d'*exequatur* et l'a obtenu. – Paris, 18 nov. 2010 : *Rev. arb.* 2011, p. 982, défaut de personnalité juridique du demandeur, Cass. 1^{re} civ., 12 nov. 2020, n° 19-18.849, à propos d'une ordonnance d'*exequatur* d'une sentence condamnant un débiteur placé ensuite sous le bénéfice d'une procédure collective, sauf à méconnaître le principe, d'ordre public international, de suspension des poursuites.

contentieuse prévues aux articles 900 à 930-1, c'est-à-dire les règles de droit commun ».

Par application de l'article 1466 du Code de procédure civile qui consacre la règle de l'estoppel, auquel il est fait renvoi par l'article 1503, 3°, les parties ne peuvent invoquer des arguments qu'elles n'auraient pas soulevés devant le tribunal arbitral²⁶¹¹, de quelque exception que ce soit, sauf des dispositions d'ordre public²⁶¹².

Section 3

Le droit conventionnel de l'exécution et de la reconnaissance des sentences

1708. – Rareté de l'utilité en droit français de l'arbitrage. Le caractère « libéral » du droit français de l'arbitrage conduit à une faible utilité de l'invocation des conventions internationales en matière d'arbitrage²⁶¹³, ce d'autant que l'article VII de la Convention de New York prévoit son caractère subsidiaire lorsque la législation d'un État signataire est plus favorable de ces dispositions. D'autres pays, comme la Suisse, dont le droit de l'arbitrage est très développé, y font au contraire directement référence. Il demeure que ces conventions internationales créent une sorte de droit « étalon » permettant à chaque pays de se comparer à l'aune de ces dispositions, notamment alors que de nombreux États ne connaissent que celles-ci.

1709. – Protocole de Genève de 1923 et Convention de Genève de 1927. De nombreuses conventions internationales, d'importance variable, existent ou ont existé qui montrent l'évolution dans le temps de l'importance de l'arbitrage. Ainsi, le Protocole de Genève du 24 septembre 1923 sur « les clauses d'arbitrage » assurait déjà, entre États contractants, l'exécution des sentences arbitrales. La Convention de Genève du 26 septembre 1927 intéressait la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères. Ces deux conventions cessent de produire leurs effets aux États

²⁶¹¹ Cf. Paris, 31 janv. 2008 : *Rev. arb.* 2008, p. 487, note L.-M. Pillebout. – Paris, 4 mai 2006 : *Rev. arb.* 2008, p. 488.

²⁶¹² Cf. Cass. 1^{re} civ., 6 juill. 2005 : *D.* 2005, p. 3060, obs. Th. Clay ; *JCP G* 2005, I, 179, n° 6, obs. J. Ortscheidt, considérant comme irrecevable « en vertu de la règle de l'estoppel » l'argument selon lequel le tribunal arbitral aurait statué sans convention d'arbitrage.

²⁶¹³ V. par ex., Paris, 29 sept. 2005 : *Rev. arb.* 2006, p. 695, note H. Muir Watt ; *JCP G* 2005, I, 148, n° 7, obs. Ch. Seraglini.

contractants par la mise en œuvre de la Convention de New York de 1958. On peut signaler également la Convention de Washington du 18 mars 1965 pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États, dite Convention « CIRDI ». Cette Convention, très importante, et adoptée par plus de 150 États, a été signée par la France en 2011. Toutefois, les sentences rendues sous l'égide de la convention CIRDI et du règlement d'arbitrage CIRDI présentent cette particularité que tout contrôle de la sentence au stade de son exécution est exclu (Conv. CIRDI, art. 53 et 55)²⁶¹⁴ et que les recours en annulation se développent devant un comité *ad hoc* (Conv. CIRDI, art. 52 ; Règl. CIRDI, art. 50 et s.). Depuis, deux Conventions internationales importantes coexistent, la Convention de New York du 10 juin 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (§ 1) et la Convention de Genève du 21 avril 1961 sur l'arbitrage commercial international (§ 2).

§ 1. – La Convention de New York du 10 juin 1958 sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères

1710. – Importance. La Convention de New York est le plus important outil juridique unifié de reconnaissance et d'exécution des sentences arbitrales étrangères²⁶¹⁵, plus exactement des sentences arbitrales rendues en application d'une loi étrangère. Son importance doit être soulignée. Elle constitue en premier une forme de droit uniforme de la reconnaissance et de l'exécution des sentences étrangères au sein des États signataires. En effet, dans la mesure où la question du contrôle de validité d'une sentence est « nationalisée » en quelque sorte et dans la mesure où le juge compétent est celui du siège de la sentence, reste donc l'ultime question en termes d'efficacité de la sentence, à savoir celle de l'exécution ou de la reconnaissance d'une sentence, rendue sous l'égide d'un droit d'un État (voire sous l'égide de règles non étatiques), éventuellement contrôlée par un juge d'un autre État et visant à mettre en œuvre des procédures d'exécution dans d'autres États. La convention facilite ainsi cette exécution et cette reconnaissance, soit parce qu'un État contractant dispose d'un droit efficace

²⁶¹⁴ V. Cass. 1^{re} civ., 11 juin 1991 : *JDI* 1991, p. 1005, note E. Gaillard. Pour des mesures conservatoires en application d'une sentence CIRDI en revanche : Cass. 1^{re} civ., 18 nov. 1986 : *JDI* 1987, p. 125, note E. Gaillard.

²⁶¹⁵ Cf. J.-D. Bredin, *La Convention de New York du 10 juin 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères* : *JDI* 1960, p. 1002. – G. G. Born, *International Commercial Arbitration*, vol. III, *International Arbitral Awards*, *op. cit.*, p. 3394 et s. – F.-X. Train, *Reconnaissance et exécution des sentences arbitrales étrangères : le droit français au prisme de la Convention de New York* : *RID comp.* 2014, vol. 66, n° 2.

en cette matière, soit parce qu'il n'en dispose pas, le droit de la Convention de New York faisant alors fonction de droit étatique.

1711. – Champ d'application. Favorisant l'exécution et la reconnaissance des sentences étrangères dans un État partie à la Convention de New York de 1958, celle-ci ne définit cependant pas la notion de « sentence » qu'elle utilise, celle-ci demeurant donc de la compétence des législations nationales (V. *supra*, n° 1382). Par ailleurs, la convention prévoit deux mécanismes assurant la possibilité pour les États contractants d'émettre des réserves (Conv. New York, art. I, 3). La première prévoit la possibilité pour un État de subordonner l'application de la convention à une exigence de réciprocité de sorte que, à défaut de réciprocité, l'État fait application de son droit national de l'exécution, et la seconde de n'appliquer la convention qu'à des rapports commerciaux²⁶¹⁶.

1712. – Traitement le plus favorable. Une troisième réserve, générale, dite « règle du traitement le plus favorable », est posée à l'article VII qui dispose que :

« Les dispositions de la présente Convention ne portent pas atteinte à la validité des accords multilatéraux ou bilatéraux conclus par les États contractants en matière de reconnaissance et d'exécution de sentences arbitrales et ne privent aucune partie intéressée du droit qu'elle pourrait avoir de se prévaloir d'une sentence arbitrale de la manière et dans la mesure admises par la législation ou les traités du pays où la sentence est invoquée ».

Par conséquent, il suffit que la législation interne, ou une autre convention internationale, prévoie des dispositions plus favorables à l'exécution ou à la reconnaissance d'une sentence, pour qu'elle prévale sur les dispositions de la Convention de New York²⁶¹⁷. Inversement, si tel n'est pas le cas, les dispositions de la convention s'imposent : il n'est pas possible, par exemple, alors que le droit national autorise le mécanisme d'exécution de la sentence, de refuser d'accorder l'*exequatur* à une sentence sur le fondement des dispositions de la convention²⁶¹⁸. En revanche, l'article VII, interprété largement, permet, si le droit national favorise l'exécution, au juge français d'accorder l'*exequatur* à une sentence qui aurait été annulée dans le pays du siège (V. *supra*, n° 1683).

1713. – Motifs d'un refus d'exécuter ou de reconnaître une sentence étrangère. C'est dans ces conditions que le refus d'*exequatur*, par un juge national, doit reposer sur un certain nombre de griefs visés par la Convention, dans son article V. Certains de ces griefs sont considérés comme

²⁶¹⁶ La France a émis la première réserve, la seconde, également émise, a été levée en 1989.

²⁶¹⁷ Comme l'a écrit un auteur, la Convention de New York « ne fait qu'établir un seuil » : J. Paulsson, *L'exécution des sentences arbitrales dans le monde de demain* : *Rev. arb.* 1998, p. 635.

²⁶¹⁸ Cf. Cass. 1^{re} civ., 21 nov. 2006 : *Rev. arb.* 2006, p. 1086. – Cass. 1^{re} civ., 10 mars 1993 : *Rev. arb.* 1993, p. 255, note D. Hascher.

devant être prouvés par la partie qui s'oppose à l'*exequatur*, les autres pouvant être relevés d'office par le juge de l'*exequatur*.

1714. – Grievs devant être prouvés par une partie. La mise en œuvre de la Convention de New York se présente comme favorable à l'exécution des sentences étrangères en ce sens que c'est à la partie qui s'oppose à l'*exequatur* d'établir que cette exécution n'est pas possible, à la différence de la solution prévalant sous l'égide de la Convention de Genève de 1927 qui obligeait, au contraire, le demandeur à démontrer que la sentence présentait toutes les conditions permettant l'*exequatur*.

L'article V, 1 envisage cinq cas, qui correspondent, globalement, à ceux de l'article 1520 du Code de procédure civile, celui de l'invalidité de la convention d'arbitrage, celui de la violation du principe du contradictoire dans la procédure arbitrale ayant conduit à l'adoption de la sentence, celui du dépassement des termes de la convention d'arbitrage, celui de l'irrégularité de la constitution du tribunal arbitral et la question de l'annulation de la sentence dans l'État du siège, donc les questions de conformité de la sentence aux règles d'ordre public de l'État du siège.

1715. – Invalidité de la sentence arbitrale. Le cas de l'invalidité de la sentence est envisagé par l'article V, 1, a) de la Convention de New York comme la situation dans laquelle les parties à la convention d'arbitrage « étaient, en vertu de la loi à elles applicable, frappées d'une incapacité, ou que ladite convention n'est pas valable en vertu de la loi à laquelle les parties l'ont subordonnée ou, à défaut d'une indication à cet égard, en vertu de la loi du pays où la sentence a été rendue ». Il convient donc pour la partie qui s'oppose à l'*exequatur* d'établir que la convention d'arbitrage est nulle, illégale ou illicite, qu'une partie est incapable ou, plus sûrement, que la personne qui la représente ne dispose pas des pouvoirs nécessaires, le tout au regard de la loi applicable à la convention d'arbitrage ou, à défaut, en vertu de la loi du pays du siège, s'agissant de la validité de la convention d'arbitrage, ou de la loi personnelle des parties, pour les questions d'incapacité ou de pouvoirs.

1716. – Violation du principe du contradictoire. L'article V, 1, b) de la Convention de New York précise que la partie qui s'oppose à l'*exequatur* peut établir que « la partie contre laquelle la sentence est invoquée n'a pas été dûment informée de la désignation de l'arbitre ou de la procédure d'arbitrage, ou qu'il lui a été impossible, pour une autre raison, de faire valoir ses moyens ». Le cas est plus théorique que pratique dans la mesure où la question du respect du contradictoire dépend de la loi de la procédure applicable à l'arbitrage²⁶¹⁹, même si le refus d'*exequatur* peut être demandé indépendamment de l'absence de grief établi par celui qui s'y oppose.

²⁶¹⁹ Cf. en droit français : Paris, 25 mars 2004 : *Rev. arb.* 2004, p. 471, note J. Ortscheidt (sur l'absence d'exigence, en droit français, d'obligation faite aux arbitres de demander aux parties à s'expliquer sur le point

1717. – Dépassement de la mission. L'article V, 1, c) prévoit dans un ensemble vaste le fait que « la sentence porte sur un différend non visé dans le compromis ou n'entrant pas dans les prévisions de la clause compromissoire, ou qu'elle contient des décisions qui dépassent les termes du compromis ou de la clause compromissoire ; toutefois, si les dispositions de la sentence qui ont trait à des questions soumises à l'arbitrage peuvent être dissociées de celles qui ont trait à des questions non soumises à l'arbitrage, les premières pourront être reconnues et exécutées », qui correspondent, globalement à des cas de dépassement des pouvoirs confiés au tribunal arbitral, sans toutefois que cela corresponde exactement aux logiques d'*ultra* ou d'*infra petita* de l'article 1520, 3° du Code de procédure civile qui renvoient aux demandes des parties. En effet, le cas de l'article V, 1, c) de la Convention de New York se réfère uniquement aux termes de la convention d'arbitrage, en général peu précis sur le litige traité par le tribunal arbitral. Il convient donc que le litige ne corresponde pas aux termes de la convention d'arbitrage pour que l'exécution ou la reconnaissance puisse, sur ce fondement, être refusée.

1718. – Irrégularité de la constitution du tribunal arbitral. L'article V, 1, d) de la Convention de New York vise la situation dans laquelle « la constitution du tribunal arbitral ou la procédure d'arbitrage n'a pas été conforme à la convention des parties, ou, à défaut de convention, qu'elle n'a pas été conforme à la loi du pays où l'arbitrage a eu lieu ». La conformité de la constitution du tribunal arbitral, au regard de ce grief, s'apprécie en fonction des termes de la convention d'arbitrage, à laquelle, par extension, on peut ajouter les termes du règlement d'arbitrage auquel la clause compromissoire fait éventuellement référence.

À défaut, c'est par rapport à la loi du siège de l'arbitrage que cette conformité peut s'apprécier avec cependant une difficulté, non réglée par ce texte, liée à l'éventuel caractère d'ordre public de la loi du siège en matière de constitution du tribunal arbitral. *A priori*, et notamment, pour un juge français, on voit mal comment il pourrait faire prévaloir les règles conventionnelles sur les règles impératives du pays du siège, à supposer cependant qu'elles soient établies comme telles. Le risque est que l'État du siège valide une sentence rendue par un tribunal arbitral constitué conformément aux règles conventionnelles mais contraire aux règles d'ordre public du siège (à supposer que le juge de l'annulation, du siège donc, valide une telle solution) mais que, en France, l'exécution soit impossible, en raison de l'appréciation première des règles impératives du siège.

Inversement, existe la possibilité qu'une sentence soit invalidée parce que le tribunal a respecté la convention d'arbitrage (le juge de l'annulation appliquant donc les règles impératives de l'État du siège, rendant possible l'*exequatur* en France).

de départ d'intérêts légaux). – Cass. 2^e civ., 3 oct. 2002 : *Rev. arb.* 2004, p. 585 (sur l'absence d'obligation pour le tribunal arbitral à s'expliquer sur l'analyse d'éléments comptables).

Une telle solution est d'ailleurs cohérente avec la possibilité, choisie par la jurisprudence française, de permettre l'exécution d'une sentence annulée dans l'État du siège (V. *supra*, n° 1683).

1719. – Annulation de la sentence rendue dans le pays du siège.

L'article V, 1, e) de la Convention de New York est celui qui, en France, a suscité le plus de difficulté, à travers le fait que « la sentence n'est pas encore devenue obligatoire pour les parties ou a été annulée ou suspendue par une autorité compétente du pays dans lequel, ou d'après la loi duquel, la sentence a été rendue ».

La plupart des pays signataires de la Convention de New York s'en tiennent à la lettre de l'article V, 1, e) de la Convention de New York, à savoir que l'annulation de la sentence dans le pays du siège emporte l'impossibilité, pour le juge ou l'autorité chargé de prononcer l'*exequatur* de la sentence de la rejeter (V. *supra*, n° 1684). Tel n'est pas le cas de la France, entre autres, qui considère que ce texte doit se conjuguer avec l'article VII qui propose la règle du traitement le plus favorable. Or, le droit français de l'exécution est alors plus favorable que la convention en acceptant l'exécution d'une sentence annulée à l'étranger, dans la mesure où, d'une part, l'article 1520 du Code de procédure civile ne connaît pas ce cas de refus d'exécution et, d'autre part, où, annulée par le juge de l'annulation du siège, elle demeure, comme une « décision de justice internationale » (V. *supra*, n° 1689).

Outre la question de l'annulation de la sentence, l'article V, 1, e) envisage le cas d'une sentence « non obligatoire ». Or, la convention ne définit ni le terme « sentence » ni le terme « obligatoire », de sorte que ce peut être la loi du siège de la sentence qui devrait permettre de mesurer le caractère non obligatoire ou obligatoire d'une sentence ou bien ce peut être une notion non tranchée par la convention, renvoyant alors à la loi de l'État dans lequel la reconnaissance est demandée. En droit français par exemple, une sentence n'est pas « obligatoire » si elle ne présente pas les caractères d'une sentence, notamment si elle ne permet pas de mettre fin à l'instance arbitrale (V. *supra*, n° 1382).

1720. – Grievs pouvant être relevés d'office par l'autorité chargée d'accorder l'*exequatur* : inarbitrabilité et contrariété à l'ordre public de la sentence. L'article V, 2, a) et b) définissent deux cas de relevé d'office possibles par le juge : le fait que « a) d'après la loi de ce pays, l'objet du différend n'est pas susceptible d'être réglé par voie d'arbitrage » et « b) que la reconnaissance ou l'exécution de la sentence serait contraire à l'ordre public de ce pays ».

Le premier cas ne pose pas de difficulté, à ceci près que la question de l'arbitrabilité ou l'inarbitrabilité dépend de la loi du pays dans lequel la demande d'*exequatur* est formulée (V. *supra*, n° 260), pour le droit français). À le prendre au pied de la lettre, l'article 2060 du Code civil apparaît très restrictif, à ceci près que la jurisprudence française accorde à la notion d'arbitrabilité une conception beaucoup plus libérale pour les sentences internationales (ou internes mais étrangères) que pour les sentences internes (V. *supra*, n° 263), en sorte que c'est la conception internationale de l'arbitrabilité qui prévaut ici.

Le deuxième cas, celui de la contrariété de la sentence à « l'ordre public » aurait pu poser des difficultés majeures en regard de la différence, parfois majeure, de conception de « l'ordre public » selon les droits considérés. La formule de l'article V, 2, *b*) renvoie à la conception de l'ordre public de l'État dans lequel la demande d'*exequatur* est formulée : c'est donc la conception internationale de l'ordre public qui est ici considérée et non la conception interne.

1721. – Procédure. L'article III de la Convention de New York consacre la très grande facilité permettant d'obtenir l'*exequatur* d'une sentence étrangère :

« Chacun des États contractants reconnaîtra l'autorité d'une sentence arbitrale et accordera l'exécution de cette sentence conformément aux règles de procédure suivies dans le territoire où la sentence est invoquée, aux conditions établies dans les articles suivants. Il ne sera pas imposé, pour la reconnaissance ou l'exécution des sentences arbitrales auxquelles s'applique la présente Convention, de conditions sensiblement plus rigoureuses, ni de frais de justice sensiblement plus élevés, que ceux qui sont imposés pour la reconnaissance ou l'exécution des sentences arbitrales nationales ».

Il en résulte que les règles de procédure de l'État (signataire) dans lequel une demande d'*exequatur* est formulée ne peuvent être sensiblement plus défavorables, s'agissant des règles de procédures proprement dites et des règles accessoires liées aux coûts de son obtention, que celles qui s'appliquent pour l'exécution ou la reconnaissance de sentences internes. Elles peuvent être différentes, mais pas plus défavorables.

1722. – Documents à fournir. L'article IV de la Convention de New York précise également les documents à fournir à l'autorité chargée de l'*exequatur*, à savoir l'original « dûment authentifié » de la sentence ou une copie « réunissant les conditions requises pour son authenticité, et l'original de la convention d'arbitrage ou une copie, dans les mêmes conditions ». En outre, la convention précise si la sentence ou la convention d'arbitrage sont rédigées dans une langue autre que la ou les langues officielles du pays dans lequel l'*exequatur* de la sentence est demandé, une traduction, réalisée par un traducteur officiel, devra être produite. Par « authentifié », il faut entendre une exigence supérieure à la production d'un simple « original », mais dans des conditions non précisées par la Convention de New York. Peu importe alors la méthode d'authentification, pourvu qu'elle soit le résultat d'une autorité reconnue dans le pays d'accueil de la sentence, dans des conditions ne faisant pas douter de cette originalité : une autorité judiciaire, un notaire, voire un huissier, les agents diplomatiques ou consulaires d'un État quelconque, *etc.* Il résulte de ces exigences une certaine ambiguïté dans la mesure où l'autorité chargée de l'*exequatur* pourrait donc refuser celle-ci dans le cas où ces exigences ne seraient pas réunies, ce qui crée un nouveau cas de refus d'*exequatur*, alors même que de nombreux pays, dont la France, proposent des règles plus légères. L'article 1516 du Code de procédure civile par exemple n'exige que la production de l'original de la sentence ainsi qu'un exemplaire de la convention d'arbitrage. Pour toutes ces conditions,

l'article VII de la convention peut donc certainement permettre de retenir, pour une demande d'*exequatur* en France, l'application des règles françaises.

1723. – Sursis à statuer sur l'exécution de la sentence. Enfin, l'article VI de la Convention de New York prévoit que :

« Si l'annulation ou la suspension de la sentence est demandée à l'autorité compétente visée à l'article V, paragraphe 1, e, l'autorité devant qui la sentence est invoquée peut, si elle l'estime approprié, surseoir à statuer sur l'exécution de la sentence ; elle peut aussi, à la requête de la partie qui demande l'exécution de la sentence, ordonner à l'autre partie de fournir des sûretés convenables ».

Ce texte offre donc une grande latitude à l'autorité chargée de prononcer l'*exequatur* pour surseoir à exécuter dans le cas où, dans le pays du siège, l'annulation ou la suspension de la sentence serait, parallèlement, demandée, de manière à déjouer les éventuelles manœuvres dilatoires de la partie qui souhaiterait obtenir le refus de l'exécution, par une action en annulation dans l'État du siège visant à paralyser la première. Si les textes français ont bien retranscrit cette faculté d'« aménager » l'exécution (V. *infra*, n^{os} 1732 et s.), on peut dire que le sursis à statuer n'est guère une option légale ou jurisprudentielle retenue.

§ 2. – La Convention de Genève du 21 avril 1961 sur l'arbitrage commercial international

1724. – Présentation. La Convention de Genève du 21 avril 1961 sur l'arbitrage commercial international dite aussi « Convention européenne », par opposition à la Convention de New York, a été ratifiée par la France et trente autres États. Elle se présente comme un ensemble plus large que la précédente. Elle présente ainsi des solutions conventionnelles intéressant l'arbitrage international, de la convention d'arbitrage, la constitution du tribunal arbitral ou la question de la motivation, à l'annulation de la sentence, dont certaines constituent des propositions importantes ou des particularités. La Convention de Genève de 1961 fait aux arbitres, dans son article VIII, l'obligation de motiver, sous la double exception d'une disposition contractuelle contraire, ou s'il y a eu soumission à une loi de procédure qui ne fait pas de la motivation un usage, mais à moins cependant qu'une des parties ne réclame la motivation.

En outre, s'agissant de son champ d'application, l'article 1^{er} précise que la convention s'applique aux conventions d'arbitrage conclues entre personnes ayant leur résidence habituelle ou leur siège dans des États contractants différents. Ce n'est donc pas le siège de l'arbitrage qui détermine le critère d'application de la convention, mais le lieu de résidence ou du siège des parties.

La convention ne réserve, par ailleurs, pas ou peu de place à la question de l'exécution ou de la reconnaissance des sentences, sinon de manière indirecte dans l'article IX, 2 qui traite par ailleurs de la question de l'annulation de la sentence et encore en renvoyant à la Convention de New York pour les parties qui sont signataires des deux conventions :

« Dans les rapports entre États contractants également Parties à la Convention de New York du 10 juin 1958 sur la Reconnaissance et l'Exécution des Sentences arbitrales étrangères, le paragraphe 1 du présent article a pour effet de limiter aux seules causes d'annulation qu'il énumère l'application de l'article 5, paragraphe 1 (e) de la Convention de New York ».

L'exécution proprement dite de la sentence arbitrale

1725. – L'exécution de la sentence est l'aboutissement normal de la procédure. À défaut d'exécution spontanée (V. *supra*, n° 1656), qui court-circuite à la fois le temps du recours et celui de l'*exequatur*, mais dont la réalité (statistique notamment) est encore trop connue ou étudiée, l'exécution de la sentence est le processus final, une fois les recours et/ou l'*exequatur* purgés ou obtenus. L'*exequatur*, en effet, n'est souvent que la première étape qui conduit à l'exécution d'une sentence et, ordinairement, qui conduit à l'exécution, en France, d'une sentence internationale ou interne. Le juge joue alors un rôle décisif, que ce soit à propos de la question de l'exécution provisoire de la sentence (Section 1) ou de l'exécution proprement dite (Section 2).

Section 1

L'exécution provisoire de la sentence arbitrale

1726. – **Recours et exécution provisoire de la sentence (interne).** Contrairement à la solution prévalant en matière d'arbitrage international où la sentence est exécutoire même en présence d'un recours en annulation (CPC, art. 1526, al. 1 et V. *infra*, n° 1732), l'exercice d'une voie de recours contre une sentence rendue en matière interne emporte un effet suspensif de celle-ci (cf. CPC, art. 1496). La question du prononcé de l'exécution provisoire de la sentence par les arbitres n'intéresse donc que les sentences internes.

1727. – **Exécution provisoire prononcée par le tribunal arbitral.** Le prononcé par le tribunal arbitral de l'exécution provisoire permet de contrarier cet effet suspensif éventuel²⁶²⁰. Dès lors, la partie qui le souhaite

²⁶²⁰ J. Ortscheidt, *L'octroi et l'arrêt de l'exécution provisoire des sentences arbitrales en France* : *Rev. arb.* 2004, p. 9,

peut obtenir des mesures d'exécution provisoires, à supposer toutefois que la sentence soit revêtue préalablement de l'*exequatur*²⁶²¹. L'article 1484 du Code de procédure civile autorise ainsi les arbitres (internes) à prononcer l'exécution provisoire de la sentence, et l'article 1496 du même code confirme que l'exercice des voies de recours emporte suspension des effets de la sentence, sauf prononcé de l'exécution provisoire de celle-ci. Avant 2011, l'ancien article 1479 du Code de procédure civile procédait par renvoi aux articles 514 à 526 du même code, en matière de jugements étatiques, de sorte que s'appliquait l'article 515 du Code de procédure civile qui permet le prononcé d'office de l'exécution provisoire, en sorte qu'une telle décision ne peut être critiquée comme ayant été prononcée *ultra petita*²⁶²². L'article 1484, prévalant depuis 2011, ne procède plus à un tel renvoi, mais précise que la sentence « peut être assortie de l'exécution provisoire », ce qui pourrait laisser penser que la solution n'a pas changé.

La prudence devrait cependant conduire les arbitres à organiser un débat entre les parties avant de se prononcer, de même les inciter à motiver la décision d'exécution provisoire, sur des arguments traditionnels tels que l'urgence ou l'existence d'un péril imminent pour une partie, notamment lorsqu'elle n'est pas demandée au départ par l'une ou l'autre des parties²⁶²³, ne serait-ce que pour éviter les critiques devant le juge chargé de l'exécution ou de suspension de l'exécution provisoire. De même, du fait de l'absence de renvoi et de la formule de l'article 1484 (« la sentence peut... »), il en résulte qu'une sentence interne ne dispose plus de l'exécution provisoire de droit, notamment les mesures d'expertises ordonnées par le tribunal arbitral²⁶²⁴.

1728. – De deux choses l'une donc : ou bien l'une des parties demande l'exécution provisoire de la sentence (à supposer qu'une clause de la convention d'arbitrage ne l'impose pas) et un débat doit s'installer sur ce point entre les parties ; ou bien les parties ne le demandent pas, ce qui laisse la possibilité au tribunal arbitral de prononcer, d'office, l'exécution provisoire, ce qui devrait l'inciter, par prudence, à organiser un débat entre les parties. On peut ajouter en outre que, pour la même raison, il ne semble plus que certaines sentences soient assorties, de droit, de l'exécution provisoire, notamment celles ordonnant des mesures provisoires, de telle manière qu'elle devrait donc être ordonnée.

1729. – Convention sur l'exécution provisoire. L'exécution provisoire peut en outre être décidée par les parties. Il peut s'agir, dans la convention d'arbitrage, ou par renvoi à un règlement d'arbitrage qui le prévoirait, de

spéc. p. 11.

²⁶²¹ Comp. J. Ortscheidt, *L'octroi et l'arrêt de l'exécution provisoire des sentences arbitrales en France* : *Rev. arb.* 2004, p. 9.

²⁶²² Paris, 23 juin 1983 : *Rev. arb.* 1984, p. 527, obs. Th. Bernard. – Paris, 14 févr. 1985 : *Rev. arb.* 1987, p. 325, note P. Level.

²⁶²³ Paris, 14 févr. 1985, préc.

²⁶²⁴ Cf. CPC, ancien art. 1479. – Montpellier, 21 févr. 1991 : *Rev. arb.* 1991, p. 655, note J. Pellerin.

décider que la sentence arbitrale bénéficiera automatiquement de l'exécution provisoire²⁶²⁵, dans la mesure où les règles concernant l'exécution provisoire ne participent pas des principes directeurs du procès et qu'elles sont supplétives de la volonté des parties. Il n'est alors *a priori* pas nécessaire que le tribunal la prononce : celle-ci se déduit de la convention initiale des parties²⁶²⁶. À bien des égards d'ailleurs, la solution inverse devrait être également possible pour priver le tribunal arbitral de la possibilité de prononcer l'exécution provisoire.

1730. – Exécution provisoire ordonnée par le juge. En toute hypothèse, l'exécution provisoire de la sentence pourrait être accordée, en tout ou partie, par le juge étatique²⁶²⁷. Ce n'est toutefois pas le juge d'appui qui dispose de cette faculté, mais le premier président statuant en référé ou, dès qu'il est saisi, le conseiller de la mise en état, aux termes de l'article 1497, 2° du Code de procédure civile. Toutefois, cette possibilité n'est offerte que dans un certain nombre de situations particulières. En premier, la compétence du premier président se justifie par le fait qu'il convient qu'un recours en annulation ait été engagé contre la sentence. Le recours saisit la cour d'appel compétente, emportant la compétence traditionnelle du premier président pour prononcer une mesure d'exécution provisoire ; par ailleurs, en l'absence de recours, la sentence revêtue de l'*exequatur* permet d'obtenir l'exécution forcée de la sentence (exécution provisoire ou pas).

En outre, il convient que la sentence soit susceptible d'une telle demande, qui ne soit pas assortie d'une exécution provisoire, partielle par exemple. Tel est le cas d'une sentence dans laquelle les parties n'ont pas demandé d'exécution provisoire, ou que, demandée, elle n'a pas été décidée par le tribunal arbitral, dans les conditions ordinaires des demandes d'exécution provisoire de l'article 525-1 du Code de procédure civile, supposant la démonstration d'une situation de nécessité et de compatibilité avec l'affaire, dans la mesure où la première condition étant satisfaite, on se trouve dans la situation normale d'application des règles de saisine du premier président de la cour d'appel²⁶²⁸.

1731. – Suspension de l'exécution provisoire : « conséquences manifestement excessives ». Il est par ailleurs loisible aux parties de demander la suspension de l'exécution provisoire lorsque celle-ci a été décidée dans la sentence. Cette demande échappe au tribunal arbitral qui est naturellement dessaisi du seul fait du prononcé de la sentence. Le même article 1497 du Code de procédure civile qui érige le premier président en

²⁶²⁵ Cf. Cass. 2^e civ., 21 nov. 2002 : *Rev. arb.* 2004, p. 283, note E. Loquin.

²⁶²⁶ Cass. 2^e civ., 21 nov. 2002, n° 01-02.705 : *Rev. arb.* 2004, p. 283.

²⁶²⁷ E. Loquin, *Arbitrage – Sentence arbitrale : JCI. Procédure civile*, 24 juill. 2020, § 47.

²⁶²⁸ Autre est la question du recours contre la décision du premier président, non prévue par les règles spéciales du droit de l'arbitrage et renvoyant alors au droit commun en la matière : rendue par le premier président, la décision est *a priori* susceptible de pourvoi (en matière judiciaire : Cass. 2^e civ., 30 mai 2002, n° 00-20.638), mais point si c'est le conseiller de la mise en état (Cass. 2^e civ., 7 mai 1980 : *Gaz. Pal.* 1980, 2, p. 669, note J. Viatte).

autorité compétente pour prononcer une exécution provisoire qui n'aurait pas fait l'objet d'une décision du tribunal arbitral, assure, à ce dernier ou au conseiller de la mise en état, la faculté d'y surseoir, plus exactement « arrêter ou aménager » l'exécution de la sentence « lorsqu'elle risque d'entraîner des conséquences manifestement excessives »²⁶²⁹, ce qui, en pratique, conduit à apprécier l'actif disponible du débiteur et de le comparer au montant de la créance due au titre de la sentence arbitrale.

La demande suppose qu'un recours en annulation ait été exercé pour emporter la compétence prévue par l'article 1497 ; elle n'est pas suspensive de l'exécution en elle-même ni ne permet au juge de la suspension de se prononcer sur la recevabilité du recours. Elle suppose également que la sentence n'a pas fait l'objet d'une exécution spontanée ; le juge de la suspension ne disposant d'aucune compétence pour remettre en cause des exécutions accomplies, ce qui reviendrait en outre à se prononcer sur des demandes de restitutions, voire sur le fond²⁶³⁰. Pour conclure donc, la situation dans laquelle une mesure d'exécution provisoire a été prononcée ou ne l'a point été, permettant d'envisager que l'une des parties cherche à faire échec ou obtenir la mesure demandée, suppose qu'elle engage rapidement un recours (ou un appel lorsqu'il est possible) aux fins de déclencher la compétence prévue par l'article 1497 du Code de procédure civile.

1732. – Suspension de l'exécution provisoire d'une sentence internationale, compétence(s) et critères (« lésion grave des droits »). Le recours en annulation engagé contre une sentence internationale n'est pas suspensif (CPC, art. 1526, al. 1^{er}, V. *infra*, n° 1732) : la sentence est exécutoire par principe, sans que le tribunal ait besoin de la prononcer. Par conséquent, à la différence des arbitrages internes où la question se pose de l'obtention de l'exécution provisoire, en matière d'arbitrage international, la question est celle de sa suspension, c'est-à-dire de l'arrêt des mesures d'exécution entamées sur le fondement de l'exécution provisoire automatique.

L'article 1526, alinéa 2 du Code de procédure civile prévoit que le premier président statuant en référé, ou le conseiller de la mise en état, peut arrêter ou aménager l'exécution de la sentence si cette exécution est susceptible de « léser gravement les droits » de l'une des parties, ce qui suppose une analyse économique du créancier ou du débiteur²⁶³¹. Le critère prévalant en matière d'arbitrage international est donc distinct de celui posé en matière d'arbitrage interne où il s'agit de prévenir des « conséquences manifestement excessives » de l'exécution, sans toutefois que la différence, en dehors du vocabulaire utilisé, relève de l'évidence. Il demeure que l'article 1526, alinéa 2 ne permet pas au juge de la suspension de se prononcer sur

²⁶²⁹ CA Lyon, 7 mars 2011 : *Rev. arb.* 2011, p. 565.

²⁶³⁰ Cass. 2^e civ., 24 sept. 1997 : *Bull. civ.* 1997, II, n° 238.

²⁶³¹ Cf. J. Pellerin et L. de Maria, *Le sursis à exécution de la sentence internationale ou étrangère en cas de recours* (art. 152, al. 2), note ss Paris, ord., 11 juill. 2014. – Paris, ord. CME, 27 mars 2014. – CME, 3 avr. 2014 : *Cah. arb.* 2014, p. 783. – I. Michou, *L'exécution provisoire de la sentence internationale*, in M. de Fontmichel et J. Jourdan-Marques (ss dir.), *L'exécution des sentences arbitrales internationales*, LGDJ, 2017, p. 119. – Paris, ord. CME, 1^{er} déc. 2020, n° 20/08033.

le sérieux d'un recours en annulation par ailleurs engagé²⁶³² : ce ne sont donc que les conséquences supposées de l'exécution qui sont en débat. Les « lésions graves aux droits » de l'une ou l'autre des parties peuvent être, en premier, de nature économique, par exemple parce que le fait de payer une dette décidée par la sentence (soumise par ailleurs à un recours en annulation) risquerait d'aboutir à l'arrêt de *toute activité* du débiteur²⁶³³, solution qui, si elle devait prospérer, serait de nature à grandement limiter les arrêts d'exécution. La lésion grave des droits peut également être caractérisée lorsque la restitution des fonds obtenus par le créancier à la sentence risque de se heurter à des obstacles²⁶³⁴, lorsque le créancier ne détient que des actifs à l'étranger²⁶³⁵, en raison de l'absence d'effet de l'infirmité d'une ordonnance d'*exequatur* en dehors de l'ordre juridique français²⁶³⁶, ou plus généralement lorsqu'il n'existe aucune garantie de restitution, par exemple lorsque les capacités contributives du créancier à la sentence sont insuffisantes²⁶³⁷. Cela étant les « lésions graves des droits » d'une partie peuvent reposer sur d'autres critères qu'économiques²⁶³⁸, il pourrait s'agir d'une question de réputation par exemple, même si la sévérité de la solution précédente permet de douter qu'une telle solution puisse véritablement triompher, s'agissant de l'arrêt de l'exécution, sinon de l'aménagement de celle-ci.

La question est d'ailleurs identique selon que des mesures d'exécution n'ont pas encore été engagées ou, au contraire, qu'elles ont commencé²⁶³⁹ : le premier président ou le conseiller de la mise en État est compétent pour traiter la question du *principe* de l'arrêt ou de l'aménagement de l'exécution d'une sentence. Cela ne signifie cependant pas qu'il soit compétent sur la *validité* des mesures d'exécution qui auraient été engagées, lesquelles sont de la compétence du juge de l'exécution, sur le fondement de l'article L. 213-6 du Code de l'organisation judiciaire et la compétence exclusive qu'il institue.

1733. – Suspension et difficulté d'exécution. Une autre difficulté liée aux sentences internationales repose sur le fait que de telles sentences peuvent en principe faire l'objet de mesures d'exécution dans tous les pays dans lesquels la partie qui a succombé dispose de biens ou d'avoirs, notamment lorsque cette partie est un État ou l'émanation d'un État et que certains des pays dans lesquels cette exécution peut être envisagée ne disposent pas de règle protégeant de manière effective et efficace

²⁶³² Paris, ord., 30 juin 2020, n° 20/01484, *Sanofi Winthrop Industrie : Dalloz actualité*, 29 juill. 2020, obs. J. Jourdan-Marques. – Paris, ord., 30 juin 2020, n° 20/04017 : *Dalloz actualité*, 29 juill. 2020, obs. J. Jourdan-Marques.

²⁶³³ Paris, ord., 30 juin 2020, *CSPI*, préc. – Paris, ord., 4 juill. 2014, n° 14/12102.

²⁶³⁴ Paris, ord., 23 avr. 2013, n° 13/02612. – Paris, 3 juill. 2015, n° 15/12614. – Paris, 30 juin 2020, n° 20/04017. – Paris, 4 nov. 2020, n° 20/09273.

²⁶³⁵ Paris, ord., 30 juin 2016, n° 16/11761. – Paris, 11 oct. 2018, n° 18/14564.

²⁶³⁶ Paris, ord., 3 juill. 2015, n° 15/12614. – Paris, 11 oct. 2018, n° 18/14564.

²⁶³⁷ Paris, ord., 9 févr. 2017, n° 16/18843. – Paris, 17 déc. 2015 : *Cah. arb.* 2016, p. 951, note P. Pic.

²⁶³⁸ Paris, ord., 30 juin 2020, n° 20/01484, *Sanofi Winthrop Industrie*, préc. – Paris, 22 oct. 2019, n° 19/04161, *Féd. de Russie c/ JSC Oshadbank : Dalloz actualité*, 6 janv. 2020, obs. J. Jourdan-Marques ; *Rev. arb.* 2020, 477, note R. Dethomas ; *D.* 2020, p. 2484, obs. Th. Clay.

²⁶³⁹ Paris, ord., 30 juin 2020, n° 20/01484, *Sanofi Winthrop Industrie*.

l'immunité d'exécution d'une telle partie. La question était notamment posée à l'occasion d'un recours en annulation contre une sentence rendue dans un litige opposant une banque ukrainienne et la Fédération de Russie : si le recours en annulation n'est pas suspensif, le conseiller de la mise en état peut arrêter ou aménager l'exécution provisoire. Toutefois, l'appréciation de la situation des parties suppose une analyse concrète et actuelle et non hypothétique, ce qui doit faire obstacle à la réception de ce type d'argument qui, du reste, n'aurait pas d'effet automatique à l'étranger²⁶⁴⁰. La règle s'interprète strictement : ainsi le premier président peut être saisi en référé, mais dès lors qu'un conseiller de la mise en état est désigné, celui-ci est alors seul compétent pour se prononcer sur l'effet suspensif de la sentence²⁶⁴¹. La juridiction dispose alors seulement d'une alternative, faire cesser l'effet suspensif, ou l'aménager, éventuellement d'office²⁶⁴², à supposer toutefois que soit démontrée l'existence de la potentialité d'une « lésion grave aux droits de l'une des parties », celle qui a succombé. La formule est inédite et ouvre à de larges interprétations, d'autant qu'elle diffère²⁶⁴³ de celle de l'article 1497, alinéa 1^{er} du Code de procédure civile qui évoque le « risque » d'entraîner « des conséquences manifestement excessives ». L'hypothèse de lésion grave tient essentiellement aux conséquences matérielles de l'exécution provisoire, le risque de faillite ou les difficultés économiques présentes de la partie qui a succombé et introduit le recours²⁶⁴⁴. Ce peut être à l'inverse, le risque de non-restitution en cas d'annulation par la partie qui a triomphé²⁶⁴⁵. Les juges tiennent en tout cas aussi compte de l'absence d'avantage significatif pour la partie qui a triomphé de la suspension²⁶⁴⁶.

1734. – Recours. Aucune voie de recours d'ordre général n'est ouverte à l'encontre d'une ordonnance du conseiller de la mise en état rendue sur le fondement de l'article 1526 du Code de procédure civile. Aux termes de l'article 916 du Code de procédure civile :

« Les ordonnances du conseiller de la mise en état ne sont susceptibles d'aucun recours indépendamment de l'arrêt sur le fond. Toutefois, elles peuvent être déférées par requête à la cour dans les quinze jours de leur date lorsqu'elles sont pour effet de mettre fin à l'instance, lorsqu'elles constatent son extinction ou lorsqu'elles ont trait à des mesures provisoires en matière de divorce ou de séparation de corps. Elles peuvent être déférées dans les mêmes conditions lorsqu'elles statuent sur une exception de

²⁶⁴⁰ Paris, 22 oct. 2019, n° 19/04161, *Féd. de Russie c/ JSC Oschadbank* : *Dalloz actualité*, 6 janv. 2020, obs. J. Jourdan-Marques ; *Rev. arb.* 2020, 477, note R. Dethomas ; *D.* 2020, p. 2484, obs. Th. Clay.

²⁶⁴¹ Paris, ord., 11 juill. 2014, préc.

²⁶⁴² Paris, CME, 27 mars 2014 : *D.* 2014, p. 2255, obs. Th. Clay.

²⁶⁴³ Cf. Paris, ord. prem. prés., 18 oct. 2011 : *Rev. arb.* 2012, p. 395, obs. Ch. Jarrosson et J. Pellerin.

²⁶⁴⁴ Paris, CME, 27 mars 2014, préc., mais comp. Paris, ord., 13 juill. 2012 : *D.* 2012, p. 3003, obs. Th. Clay.

²⁶⁴⁵ Paris, ord. prem. prés., 4 nov. 2020, n° 20/09273 : *Dalloz actualité*, 24 déc. 2020, obs. J. Jourdan-Marques.

²⁶⁴⁶ Paris, CME, 3 avr. 2014, préc.

procédure, sur un incident mettant fin à l'instance, sur la fin de non-recevoir tirée de l'irrecevabilité de l'appel ou la caducité de celui-ci ou sur l'irrecevabilité des conclusions et des actes de procédure en application des articles 909, 910, et 930-1 ».

Ces cas exceptionnels de déféré ne couvrent pas, de prime abord les ordonnances rendues sur le fondement de l'article 1526²⁶⁴⁷. La jurisprudence a toutefois pu dégager un déféré-nullité afin de sanctionner tout excès de pouvoir²⁶⁴⁸.

Section 2

L'exécution proprement dite de la sentence arbitrale

1735. – Rôle du juge de l'exécution. En matière d'arbitrage, interne ou international, comme de jugements internes, le rôle des procédures civiles d'exécution et du juge de l'exécution est essentiel²⁶⁴⁹ dans la mesure où ils permettent d'éviter que des décisions de justice demeurent lettres mortes : il ne sert à rien de disposer d'un droit, ou mieux d'un jugement, si celui-ci ne peut être exécuté efficacement. Il convient donc de distinguer les règles qui intéressent « l'exécution » d'une sentence au sens de l'*exequatur* ou de la reconnaissance, et celles qui intéressent « l'exécution » au sens des voies d'exécution. C'est ce deuxième sens, et les institutions juridiques qui lui sont associées, qui est ici utilisé. En ce sens, le juge de l'exécution²⁶⁵⁰ n'est pas le juge de l'*exequatur* qui est le président du tribunal judiciaire ou son délégué, statuant à juge unique. Le juge de l'exécution, dit aussi « JEX », est un juge spécialisé (qui peut être d'ailleurs le président du tribunal judiciaire, ce qui constitue l'une des sources de confusion) qui exerce une fonction judiciaire traditionnelle, contradictoire, saisi par une assignation, de manière très différente donc de la saisine et de la mission du juge de l'*exequatur*. Aux termes de l'article L. 313-6 du Code de l'organisation judiciaire, le juge de l'exécution est chargé, d'une part de trancher les litiges liés à l'exécution d'un titre exécutoire et, d'autre part, en l'absence de titre exécutoire par le créancier, de l'autoriser à prendre une mesure conservatoire. Parmi les titres exécutoires cités par l'article L. 111-3 du Code de l'organisation judiciaire,

²⁶⁴⁷ Paris, 19 févr. 2013 : *Gaz. Pal.* 2013, p. 1802, note J. Pellerin.

²⁶⁴⁸ *Ibid.* ; V. aussi : Paris, 12 juin 2018, n° 18/00593, non publié.

²⁶⁴⁹ CEDH, 19 mars 1997, *Hornsby c/ Grèce* : *Rec. CEDH* 1997, I, 495 ; *D.* 1998, p. 74, obs. N. Fricero ; *JCP G* 1997, II, 22949, obs. O. Dugrip et F. Sudre ; *AFDI* 1997, p. 571, obs. V. Coussirat-Coustère ; *AJDA* 1997, p. 986, obs. J.-F. Flauss ; *RTD civ.* 1997, p. 1007, obs. J.-P. Marguénaud.

²⁶⁵⁰ Pour une étude complète, D. Mouralis, *Le contentieux des sentences arbitrales internationales devant le juge de l'exécution* : *Cah. arb.* 2017/2, p. 189. – M.-C. Rivier, *L'arbitrage et le droit des procédures civiles d'exécution* : *Dr. et proc.* 2005, p. 198.

figurent « les sentences arbitrales déclarées exécutoires par une décision non susceptible d'un recours suspensif d'exécution » : une sentence arbitrale est donc un titre exécutoire lorsqu'elle est revêtue de l'*exequatur* (en France). L'ordonnance accordant l'*exequatur* n'étant pas susceptible de recours et le recours en annulation n'étant pas suspensif, il en résulte que l'ordonnance accordant l'*exequatur* vaut titre exécutoire et donc compétence du juge de l'exécution.

1736. – Rôle résiduel du juge étatique durant l'instance arbitrale. Une fois la sentence rendue, la compétence du juge de l'exécution ne fait pas de doute. Durant l'instance arbitrale en revanche, cette compétence pourrait être discutée. En effet, même avant la constitution du tribunal arbitral, les parties peuvent chercher à obtenir des mesures provisoires ou conservatoires (V. *supra*, n^{os} 1261 et s.). Or le principe de spécialité qui s'attache à la compétence arbitrale fait que le tribunal arbitral n'est pas compétent pour ordonner des mesures dans une situation d'urgence, ou des mesures *in futurum* en général²⁶⁵¹. Du reste, quand bien même le tribunal se verrait reconnaître la compétence nécessaire, *via* la convention d'arbitrage ou un règlement d'arbitrage²⁶⁵², pour prononcer de telles mesures d'urgence, provisoire ou conservatoire, il demeure qu'une telle sentence, à supposer qu'elle constitue une véritable sentence, ce qui n'est pas le cas dans la conception française (V. *supra*, n^o 1385), supposerait qu'elle soit revêtue de l'*exequatur* pour que puissent être entreprises ensuite les mesures d'exécution nécessaires. L'article 1449 du Code de procédure civile conforte d'ailleurs la potentialité du parallèle de telles procédures.

1737. – Plan. On peut ainsi envisager, brièvement, la question du contentieux de l'exécution d'une sentence arbitrale (§ 1) et la compétence du juge de l'exécution (§ 2).

§ 1. – Le contentieux de l'exécution d'une sentence arbitrale

1738. – Application du droit français de l'exécution. Si la question de savoir si le droit français s'applique pour les cas dans lesquels l'exécution d'une sentence arbitrale interne se présente devant le juge français de l'exécution ne pose pas de difficulté, il convient de rappeler que lorsqu'il

²⁶⁵¹ Cf. A. Hory, *Mesures d'instruction in futurum et arbitrage* : *Rev. arb.* 1996, p. 191.

²⁶⁵² Comp. Cass. 1^{re} civ., 18 nov. 1986 : *JDI* 1987, p. 125, note E. Gaillard : « Le pouvoir du juge étatique d'ordonner des mesures conservatoires ne peut être écarté que par une convention expresse des parties ou par une convention implicite résultant de l'adoption d'un règlement d'arbitrage qui comporterait une telle renonciation ». V. cependant A. Hory, *Mesures d'instruction in futurum et arbitrage*, *op. cit.*

s'agit de sentences étrangères ou internationales, le droit français de l'exécution s'applique aussi²⁶⁵³, mais non sans difficulté parfois. En toute hypothèse le contentieux de l'exécution d'une sentence arbitrale est plural mais comporte deux grandes alternatives, lorsqu'il s'agit de favoriser cette exécution ou, au contraire, y faire obstacle. Ce sont ces dernières mesures qui, par nature, appellent les remarques les plus importantes.

1739. – Mesures favorisant l'exécution d'une sentence. Au titre des demandes favorisant l'exécution de la sentence, on peut citer le fait que le juge de l'exécution est compétent pour répondre aux demandes visant à rendre possible l'exécution de la sentence arbitrale, essentiellement en résolvant les difficultés qui entravent les mesures d'exécution, la contestation de la qualité du titre. D'autres mesures, non spécifiques à la matière de l'arbitrage, ressortissent de la compétence du juge de l'exécution, qu'il s'agisse, pour le créancier, de s'opposer à une demande de mainlevée d'une mesure d'exécution, de demander à prononcer une astreinte²⁶⁵⁴, obtenir des intérêts moratoires ou condamner le débiteur à des dommages et intérêts.

1740. – Résolution des difficultés d'exécution. Les difficultés d'exécution se retrouvent, en général, alors que l'huissier chargé d'exercer une mesure d'exécution d'une sentence exécutoire et rencontre une « difficulté », il peut alors dresser procès-verbal et saisir le juge de l'exécution, à moins que le créancier n'exerce cette action (CPC ex., art. R. 151-1).

1741. – Abus du droit d'exercer une mesure d'exécution et prise en compte d'autres créances. En premier, le juge de l'exécution peut condamner le créancier à des dommages et intérêts en cas d'abus de droit de saisir le juge de l'exécution. Application ordinaire, mais rare, de la règle de l'abus du droit d'agir, cette possibilité est ouverte pour le débiteur, à supposer toutefois qu'il démontre un préjudice autre que la privation des biens ou des sommes objets de la mesure d'exécution, et que la mesure présente un caractère abusif, c'est-à-dire déraisonnable. Une mesure d'exécution comporte, en effet, et par nature, un désagrément pour le débiteur, ne serait-ce qu'en termes de privation rapide et brutale de trésorerie, d'obtenir une indemnisation²⁶⁵⁵. En second, le juge de l'exécution est compétent pour statuer sur la contestation sur le paiement de la dette,

²⁶⁵³ Cass. 1^{re} civ., 30 juin 2004, n^{os} 01-10.269 et 01-11.718 : *D.* 2004, p. 3185, obs. Th. Clay ; *JCP G* 2005, I, 676, n^o 6, obs. J. Béguin ; *Rev. arb.* 2005, p. 655, note R. Libchaber.

²⁶⁵⁴ Paris, 26 janv. 2021, n^o 19/18582. V. aussi : Paris, 12 janv. 2021, n^o 17/07290 qui juge que le prononcé d'une astreinte relève du pouvoir discrétionnaire des arbitres.

²⁶⁵⁵ Cass. 2^e civ., 9 janv. 2014, n^o 13-14.325 : *D.* 2014, p. 1466, obs. A. Leborgne ; *Procédures* 2014, comm. 71, obs. L. Weiller. – Caen, 1^{re} ch. civ., 25 janv. 2012, n^o 12/03761, cité par D. Mouralis, *Le contentieux des sentences arbitrales internationales devant le juge de l'exécution*, art. cit., n^o 94.

soit par d'autres créanciers qui estimeraient devoir être payés par priorité, soit par le débiteur.

1742. – Obstacles à l'exécution de la sentence. Plusieurs obstacles peuvent avoir pour objectif d'entraver l'exécution de la sentence. Nous ne retiendrons ici que les spécificités propres à l'arbitrage, et en signalerons simplement deux : le contrôle de la régularité d'une mesure pratiquée par le créancier (A) ou retarder ou aménager l'exécution (B).

A. – Le contrôle de la régularité d'une mesure pratiquée par le créancier

1743. – Ce contrôle peut porter sur la régularité d'une mesure conservatoire (1°) ou d'une mesure d'exécution (2°).

1° Régularité d'une mesure conservatoire

1744. – Créance fondée en son principe. La règle permettant de pratiquer une mesure conservatoire repose sur la vérification que la créance est fondée en son principe et que son recouvrement est menacé. Le premier critère permet en effet d'envisager des situations intéressant la régularité d'une sentence, soit en amont, à l'occasion d'une demande d'autorisation d'une mesure conservatoire, soit en aval, à l'occasion de la demande de mainlevée d'une mesure pratiquée, s'agissant notamment des conditions dans lesquelles l'*exequatur* a été octroyé et ce de plusieurs manières²⁶⁵⁶. Lorsque la sentence est revêtue de l'*exequatur*, la question ne pose guère de difficulté.

1745. – Absence d'*exequatur* en France. Le juge de l'exécution, appelé à statuer sur le titre fondant la créance à l'origine de la mesure conservatoire, peut statuer sur la régularité de la sentence arbitrale, notamment internationale, n'ayant pas fait l'objet d'une décision d'*exequatur*, quand bien même il n'est pas le juge de l'*exequatur*. En effet, l'*exequatur*, accordé par le juge compétent à cet effet, se distingue de la reconnaissance de la sentence internationale dont l'objectif est simplement de reconnaître l'autorité de la chose jugée de la sentence. La reconnaissance consiste donc à reconnaître l'existence d'une sentence et l'absence de contrariété manifeste à l'ordre public international. Or cette preuve que la sentence, non revêtue de l'*exequatur*, peut être reconnue²⁶⁵⁷, puisqu'elle ne l'est pas, ici, par

²⁶⁵⁶ Sur l'existence du principe de la créance d'une sentence annulée, V. Paris, 28 févr. 2019 : *Gaz. Pal.* 2019, p. 26, obs. D. Bensaude.

²⁶⁵⁷ En effet la décision du juge de l'exécution n'est pas équivalente à une décision d'*exequatur* ni à une reconnaissance, faute de compétence à cet effet et en raison de ce qu'il ne s'agit que d'un élément de fait pour le juge, incident, de sorte que l'autorité de la chose jugée n'est reconnue qu'à l'effet de la mesure conservatoire autorisée ou levée (Cass. ass. plén., 13 mars 2009, n° 08-16.033 : *JCP G* 2009, II, 10077, note Y.-

hypothèse, doit être apportée par le créancier (CPC ex., art. R. 512-1, al. 2). À défaut (ou si une autorisation préalable s'imposait, V. *supra*, n° 1735), le juge de l'exécution doit rejeter la mesure ou ordonner la mainlevée d'une mesure déjà mise en œuvre. *A priori* marginale, cette situation prend tout son sens dans les hypothèses dans lesquelles la sentence internationale ou étrangère a été annulée dans son pays d'origine alors qu'une partie cherche à obtenir son exécution en France. Si en bonne logique, le juge de l'exécution pourrait alors se laisser convaincre par le raisonnement du juge (étranger) ayant prononcé l'annulation de la sentence, il demeure que ce raisonnement apparent est, on le sait, contrarié en droit français par la jurisprudence *Hilmarton-Putrabali* qui permet au contraire au juge français de reconnaître une telle sentence nonobstant son annulation dans un autre pays (V. *supra*, n° 1683).

1746. – Exequatur obtenu ou rejeté définitivement en France. La situation est ici celle dans laquelle le juge de l'exécution statue au moment où la sentence a, entre-temps, bénéficié de l'*exequatur* en France. La sentence est alors exécutoire, sans que le juge de l'exécution ne puisse statuer sur le bien-fondé de l'*exequatur* ou de la reconnaissance, de sorte que le juge de l'exécution ne peut s'opposer à une mesure quelconque, sauf situation marginale, par exemple parce que la sentence a décidé que l'exigibilité de la créance était subordonnée à la réalisation d'une condition qui se révèle impossible, ou encore que plusieurs sentences imbriquées subissent des sorts, en termes d'annulation et d'*exequatur*, distincts²⁶⁵⁸. Lorsque, à l'inverse, le juge de l'exécution statue à un moment où l'*exequatur* a été rejeté par une décision définitive, la sentence n'est alors pas entrée dans l'ordre juridique français, elle n'est pas un titre exécutoire et la mesure conservatoire pratiquée aurait dû faire l'objet d'une autorisation préalable du juge de l'exécution (CPC ex., art. L. 511-1), de sorte qu'il doit prononcer la mainlevée.

2° Régularité d'une mesure d'exécution

1747. – Caractère exécutoire de la sentence. Le juge de l'exécution doit en premier lieu vérifier que la sentence possède bien les caractères d'un titre exécutoire, c'est-à-dire le caractère exécutoire de la sentence, le fait

M. Serinet ; *Dr. et proc.* 2009, p. 266, obs. E. Putman). En outre, le créancier qui a pratiqué une mesure conservatoire avant que la sentence ne soit revêtue de l'*exequatur* doit, dans le mois suivant, déposer une requête en vue d'obtenir une sentence exécutoire ; à défaut, à nouveau le juge de l'exécution devra ordonner la mainlevée de la mesure, sauf à ce que la sentence fasse l'objet d'un recours en annulation (dont le rejet confère *exequatur* à la sentence).

²⁶⁵⁸ Paris, pôle 4, ch. 8, 1^{er} déc. 2011, n° 10/11157, *Emeth Distribution c/ N.* – Paris, pôle 4, ch. 8, 20 mai 2010, n° 09/15571, cité par D. Mouralis, *Le contentieux des sentences arbitrales internationales devant le juge de l'exécution*, art. cit. spéc., n° 64.

qu'elle a reçu l'*exequatur* en France²⁶⁵⁹ ou qu'il s'agit d'une sentence organisée par le CIRDI qui est exécutoire en elle-même : cette appréciation simple ne doit pas le conduire à apprécier la régularité de la sentence elle-même, qui relève de la compétence du juge de l'*exequatur*.

Toutefois, les mesures d'exécution se développent en suite d'une sentence ayant reçu *exequatur*, indépendamment des suites du contentieux sur la sentence elle-même, qu'il s'agisse d'un recours en annulation contre la sentence ou d'un contentieux sur l'*exequatur*, de sorte que, au moment où le juge de l'exécution statue, il se peut qu'une autre décision ait annulé la sentence ou lui ait retiré l'*exequatur*, l'excluant rétroactivement de l'ordre juridique français. Dans ce cas, la sentence perd ses caractères de titre exécutoire. Le juge de l'exécution doit alors selon les cas soit se considérer comme incompétent pour prononcer une mesure d'exécution, soit prononcer la mainlevée des mesures effectuées sur le fondement de la sentence, à moins que, la mesure ayant été effectuée à son terme, ce soit au tour du *solvens* d'engager des mesures à rebours contre l'*accipiens*, ou une action en enrichissement sans cause ou encore en responsabilité civile, ce qui n'est pas toujours aisé en pratique.

1748. – Sentence annulée à l'étranger. Plus complexe est l'hypothèse dans laquelle la sentence est annulée à l'étranger, dans le pays du siège par exemple ou encore que la sentence, qui aurait reçu l'*exequatur* en France, se la verrait refusé dans un autre pays. Dans ce cas, la décision étrangère serait sans autorité juridique automatique en France et ce, tant en vertu de la jurisprudence *Hilmarton-Putrabali* (V. *supra*, n° 1683), que de la Convention de New York de 1958²⁶⁶⁰, ce à la différence, notable, de la situation qui serait celle d'un jugement étatique étranger emportant une mesure d'exécution en France²⁶⁶¹.

1749. – Prescription de la sentence. Les sentences se prescrivent par dix ans, sauf si les actions en recouvrement se prescrivent par un délai plus long (CPC ex., art. L. 111-4) et ce à compter de la date de l'*exequatur* de la sentence, du moins s'agissant des obligations échues que sanctionne la sentence, alors que les intérêts moratoires ou les créances échues après l'*exequatur* se prescrivent par la règle de droit commun, par cinq ans²⁶⁶². La dichotomie ainsi établie entre les créances échues et non échues au jour de l'*exequatur* est curieuse, ce d'autant que l'article 2221 du Code civil précise que « la prescription extinctive est soumise à la loi régissant le droit qu'elle

²⁶⁵⁹ Cass. 1^{re} civ., 4 juill. 2007, nos 05-16.586 et 05-16.605 : D. 2008, p. 451, note Th. Clay : *Rev. huissiers* 2007, p. 344, note G. Cuniberti ; D. 2007, p. 2025, note X. Delpech.

²⁶⁶⁰ Conv. New York, art. 5(1, e) : « La reconnaissance et l'exécution de la sentence ne seront refusées, sur requête de la partie contre laquelle elle est invoquée, que si cette partie fournit à l'autorité compétente du pays où la reconnaissance et l'exécution sont demandées la preuve : (...) e) Que la sentence n'est pas encore devenue obligatoire pour les parties ou a été annulée ou suspendue par une autorité compétente du pays dans lequel, ou d'après la loi duquel, la sentence a été rendue ».

²⁶⁶¹ Cass. 1^{re} civ., 21 oct. 2015, n° 14-18.674.

²⁶⁶² Cass. 1^{re} civ., 4 nov. 2015, n° 14-11.881 : D. 2016, p. 1045, obs. H. Gaudemet-Tallon, p. 1279, obs. A. Leborgne.

affecte » de sorte que les créances non échues devraient être soumises à la loi de la créance, non à celle des mesures d'exécution²⁶⁶³.

1750. – Modalités processuelles de la mesure d'exécution. Par ailleurs, la mesure d'exécution suppose un certain nombre de formalités relevant du droit de l'exécution, et, s'agissant de la spécificité de l'arbitrage, la notification de la sentence arbitrale revêtue de l'*exequatur* (CPC, art. 503).

1751. – Débiteur faisant l'objet d'une procédure collective. Le principe est connu en droit français, l'ouverture d'une procédure collective interrompt ou interdit non seulement une procédure en cours²⁶⁶⁴ mais également toute mesure d'exécution contre le débiteur fondée sur une créance antérieure et qui n'a pas encore produit son effet attributif (C. com., art. L. 622-21, II), de sorte que le juge de l'exécution doit ordonner la mainlevée d'une mesure d'exécution (ou d'une mesure conservatoire) dans cette situation, même celles découlant d'une sentence arbitrale exécutoire. Il en est d'ailleurs de même lorsque la procédure collective a été ouverte dans un autre État de l'Union européenne, si la loi du pays de l'ouverture de cette procédure collective prévoit le même effet.

B. – Les mesures retardant ou aménageant l'exécution de la sentence arbitrale

1752. – Sursis à statuer. *A priori*, le juge de l'exécution ne peut pas suspendre l'exécution d'une sentence arbitrale exécutoire par exemple en présence d'un recours en révision d'une sentence²⁶⁶⁵ ou en présence d'une procédure pénale ouverte par ailleurs²⁶⁶⁶, l'article 4 du Code de procédure pénale n'étant pas applicable au juge de l'exécution, de sorte que le juge de l'exécution dispose d'une simple faculté de surseoir à statuer.

1753. – Délais de grâce, arrêt de l'exécution. Autre est la question d'une demande de délai de grâce dans les termes de l'article 1343-5 du Code civil. Justifiée par les difficultés financières, établies, du débiteur une telle demande permet au juge d'aménager l'exécution de la sentence arbitrale. En aucun cas cependant, le juge de l'exécution ne peut en revanche arrêter l'exécution, situation uniquement possible lorsque sa poursuite risque de léser gravement les droits d'une partie, en matière d'arbitrage international. L'article 1526 du Code de procédure civile prévoit en effet que si le recours en annulation ou l'appel contre l'ordonnance ayant accordé l'*exequatur* ne

²⁶⁶³ Cf. D. Mouralis, *Le contentieux des sentences arbitrales internationales devant le juge de l'exécution*, art. cit., spéc. n° 75.

²⁶⁶⁴ V. *supra*, n°s 1324 et s.

²⁶⁶⁵ Cf. Paris, 31 oct. 2013, n° 12/16688 : *Rev. arb.* 2013, p. 460, note N. Meyer-Fabre.

²⁶⁶⁶ Cass. 2^e civ., 23 nov. 2006, n° 06-11.200.

sont pas suspensifs, le président de la cour, statuant en référé (ou le conseiller de la mise en état) peuvent arrêter ou aménager l'exécution de la sentence arbitrale internationale, rendue en France ou à l'étranger (V. *supra*, n° 1731). La Cour de cassation a pu également connaître la question d'un aménagement de l'exécution d'une sentence, non par le conseiller de la mise en état dans le cadre d'une procédure d'*exequatur* devant la Cour d'appel, mais par le juge des référés, saisi sur le fondement de l'article 873 du Code de procédure civile, en raison d'un risque de dommage imminent²⁶⁶⁷. Ce peut être le cas, comme en matière d'aménagement de l'exécution au sens de l'article 1526, alinéa 2 du Code de procédure civile, lorsqu'il existe un risque de non-restitution par le créancier, sans actif en France, des montants qu'il aurait saisis, suite à une annulation ultérieure de l'ordonnance d'*exequatur*²⁶⁶⁸. Cette hypothèse pourrait ainsi ouvrir la voie à de nouvelles mesures pour les parties succombantes.

§ 2. – La compétence du juge de l'exécution

1754. – Il convient ici de distinguer la compétence matérielle (A) et la compétence territoriale (B) du juge de l'exécution.

A. – Compétence matérielle du juge de l'exécution

1755. – **Compétence matérielle du juge de l'exécution.** La compétence du juge de l'exécution est déterminée par l'article L. 213-6 du Code de l'organisation judiciaire²⁶⁶⁹ : pour identifier quatre types de demandes, celles relatives à une mesure d'exécution forcée (1°), des mesures conservatoires (2°), à la responsabilité civile liée à l'exécution de la sentence (3°) ou pour résoudre les difficultés relatives à la sentence exécutoire (4°). À noter que, par exception à la compétence du juge de l'exécution, le conseiller de la mise en état de la cour d'appel dans le ressort

²⁶⁶⁷ Cass. 1^{re} civ., 13 janv. 2021, *Matra*, n° 19-23.633 (risque de double indemnisation) ; Paris, 28 mai 2021, RG n° 21/04233 (non reconnaissance d'un risque de non restitution).

²⁶⁶⁸ V. *supra*, n° 129.

²⁶⁶⁹ COJ, art. L. 213-6 : « Le juge de l'exécution connaît, de manière exclusive, des difficultés relatives aux titres exécutoires et des contestations qui s'élèvent à l'occasion de l'exécution forcée, même si elles portent sur le fond du droit à moins qu'elles n'échappent à la compétence des juridictions de l'ordre judiciaire. Dans les mêmes conditions, il autorise les mesures conservatoires et connaît des contestations relatives à leur mise en œuvre. Le juge de l'exécution connaît, sous la même réserve, de la procédure de saisie immobilière, des contestations qui s'élèvent à l'occasion de celle-ci et des demandes nées de cette procédure ou s'y rapportant directement, même si elles portent sur le fond du droit ainsi que de la procédure de distribution qui en découle. Il connaît, sous la même réserve, des demandes en réparation fondées sur l'exécution ou l'inexécution dommageables des mesures d'exécution forcée ou des mesures conservatoires. Le juge de l'exécution exerce également les compétences particulières qui lui sont dévolues par le Code des procédures civiles d'exécution ».

duquel la sentence est rendue, est compétent pour suspendre l'exécution d'une sentence en cas de « lésion grave » (CPC, art. 1526, al. 2)²⁶⁷⁰.

1° Les mesures d'exécution forcée

1756. – Exécution forcée. Il s'agit de l'une des principales causes de saisine du juge de l'exécution, à la fois pour contester une mesure d'exécution forcée déjà engagée, pour contrôler une procédure de saisie, obtenir l'expulsion d'un immeuble, mais encore pour traiter la question, devenue sensible, des immunités d'exécution.

1757. – Contestation d'une mesure d'exécution forcée. Usuellement, le créancier titulaire d'une sentence revêtue de l'*exequatur* et donc d'un titre exécutoire fait pratiquer par un huissier de justice, en France, des mesures d'exécution, des saisies notamment. Le débiteur peut saisir le juge de l'exécution pour contester ces mesures et obtenir leur mainlevée, voir des dommages et intérêts si ces mesures sont abusives ou inutiles (CPC ex., art. L. 212-2). Particulièrement techniques, ces règles de procédure, essentielles, peuvent être rapidement présentées, au regard du titre exécutoire particulier qu'est une sentence arbitrale, notamment internationale²⁶⁷¹. Il s'agit principalement de mesures portant sur des créances de sommes d'argent, auxquelles est condamné le débiteur, en vue d'une saisie de créances de sommes d'argent²⁶⁷² *via* la procédure de saisie-attribution²⁶⁷³, la saisie de biens meubles incorporels, notamment des titres de sociétés comme des parts sociales²⁶⁷⁴, des biens meubles corporels²⁶⁷⁵, même placés dans un coffre-fort²⁶⁷⁶, y compris des véhicules²⁶⁷⁷, un navire²⁶⁷⁸ ou un aéronef²⁶⁷⁹ au moment où ces véhicules se trouvent en France ou de biens

²⁶⁷⁰ V. *supra*, n° 1731.

²⁶⁷¹ V. C. Brenner, *Procédures civiles d'exécution*, Dalloz, 8^e éd., 2015. – M. et J.-B. Donnier, *Voies d'exécution et procédures de distribution*, LexisNexis, 8^e éd., 2009. – N. Fricero, *Procédures civiles d'exécution*, Gualino, 2016. – S. Guinchard et T. Moussa (ss dir.), *Droit et pratique des voies d'exécution*, Dalloz, 8^e éd., 2015. – A. Leborgne, *Droit de l'exécution*, Dalloz, 2^e éd., 2014. – S. Piedelièvre, *Procédures civiles d'exécution*, Economica, 2016. – R. Perrot et Ph. Théry, *Procédures civiles d'exécution*, Dalloz, 2013.

²⁶⁷² CPC ex., art. L. 211-1 à L. 213-6 ; R. 211-1 à R. 213-10.

²⁶⁷³ CPC ex., art. L. 211-1 à L. 211-5 ; R. 211-1 à R. 211-13.

²⁶⁷⁴ CPC ex., art. L. 231-1 et L. 233-1 ; R. 231-1 à R. 233-9.

²⁶⁷⁵ CPC ex., art. L. 221-1 à L. 221-6 ; R. 221-1 à R. 221-61.

²⁶⁷⁶ CPC ex., art. L. 223-1 à L. 223-2 ; R. 223-1 à R. 223-13.

²⁶⁷⁷ CPC ex., art. L. 223-1 à L. 223-2 ; R. 223-1 à R. 223-13.

²⁶⁷⁸ C. transports, art. L. 5000-1 à L. 5000-6 ; L. 5114-20 à L. 5114-29 ; D. n° 67-967, 27 oct. 1967, art. 26 à 58. Un « navire » est compris comme un « engin habituellement dévolu à une navigation maritime » et un « bateau » comme une embarcation naviguant sur les fleuves et les rivières, avec des règles particulières pour les grosses unités (supérieures à vingt tonnes ou dont le déplacement dépasse dix mètres cubes). « Navires » « bateaux », font alors l'objet de règles particulières (C. transports, art. L. 4000-1 à L. 4000-3 ; L. 4111-1 ; L. 4123-1 ; R. 4123-1 à R. 4123-27). *Adde* : Y. Tassel et L. Lauvergnot, *Navire et bateau. – Mesures d'exécution : JCl. Voies d'exécution*, Fasc. 890.

²⁶⁷⁹ C. transports, art. L. 6100-1, L. 6123-1 à L. 6123-3 ; C. aviation, art. R. 123-1 à R. 123-9 et D. 123-1 à D. 123-2.

immeubles²⁶⁸⁰ situés en France. Par ailleurs, lorsque la sentence arbitrale reconnaît un droit de propriété sur un bien meuble corporel se trouvant en France, le propriétaire peut pratiquer une mesure de saisie-attribution afin de prendre possession de son bien²⁶⁸¹.

1758. – Contrôle d'une procédure de saisie. Le juge de l'exécution est appelé à intervenir à l'occasion d'une procédure de saisie, par exemple lorsque plusieurs créanciers sont en concours²⁶⁸², mais encore après la saisie d'un immeuble. Il doit, par un jugement d'orientation, autoriser la vente amiable ou forcée de celui-ci, de même que pour les navires. La difficulté ici tient également au fait que d'autres juridictions que le juge de l'exécution sont compétentes, par exemple pour le cas particulier de l'Alsace-Moselle²⁶⁸³. C'est aussi celui de la saisie d'aéronefs où c'est le tribunal judiciaire qui est compétent pour autoriser la vente ou trancher les contestations relatives à la saisie²⁶⁸⁴ comme c'est le cas également des situations dans lesquelles le juge de l'exécution est appelé à se prononcer sur le bien-fondé d'une mesure d'exécution.

1759. – Autres hypothèses. Le juge de l'exécution est appelé à intervenir à l'occasion d'une procédure de saisie, par exemple lorsque plusieurs créanciers sont en concours²⁶⁸⁵, mais encore après la saisie d'un immeuble, il doit, par un jugement d'orientation, autoriser la vente amiable ou forcée de celui-ci, de même que pour les navires. De même, le juge de l'exécution est en principe compétent pour ordonner l'expulsion d'un immeuble. L'article L. 411-1 du Code des procédures d'exécution pose en effet qu'une telle mesure peut être décidée en vertu d'une décision de justice exécutoire, donc d'une sentence arbitrale, interne ou internationale, ayant reçu l'*exequatur*, logique qui n'est cependant pas toujours celle du juge de l'exécution²⁶⁸⁶, au rebours pourtant de tous les raisonnements considérant d'une part l'équivalence entre ces deux types de décisions et, d'autre part, la traditionnelle faveur à l'arbitrage du droit français.

²⁶⁸⁰ CPC ex., art. L. 223-1 à L. 223-2 ; R. 223-1 à R. 223-13.

²⁶⁸¹ CPC ex., art. L. 222-1 ; R. 222-1 à R. 222-16.

²⁶⁸² CPC ex., art. R. 221-40 et R. 251-8.

²⁶⁸³ C. transports, art. R. 4123-26.

²⁶⁸⁴ C. aviation, art. R. 123-5 et s.

²⁶⁸⁵ CPC ex., art. R. 221-40 et R. 251-8.

²⁶⁸⁶ Cf. TGI Paris, JEX, 30 janv. 1997 : *Rev. huissier* 1997, p. 102. V. cependant M.-C. Rivier, *L'arbitrage et le droit des procédures civiles d'exécution*, art. cit.

Encart 53

Exécution et immunité d'exécution sous le régime de la loi « Sapin II »

1760. – Immunité d'exécution, loi « Sapin II ». La loi « Sapin II » du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique a institué un régime légal de l'immunité d'exécution contre les biens des États étrangers, en soumettant les mesures d'exécution en France visant les biens d'un État étranger à une autorisation préalable d'un juge de l'exécution (CPC ex., art. L. 111-1-1 et L. 111-1-2) et à la condition de la renonciation par l'État concerné à l'immunité d'exécution pour ce qui concerne les biens diplomatiques, renonciation dont les conditions sont renforcées et, réciproquement, les possibilités d'exécution réduites²⁶⁸⁷.

1761. – Avant la loi Sapin II, la jurisprudence proposait un régime beaucoup plus libéral, soumettant les mesures d'exécution contre les biens d'un État étranger en France, dans un premier temps, à la double condition que l'État y ait renoncé, de manière « expresse et spéciale » (c'est-à-dire portant sur des biens contractuellement déterminés par cet État)²⁶⁸⁸, puis même sans renonciation spéciale ni affectation particulière des biens (et donc éventuellement contre des biens relevant de missions diplomatiques ou consulaires)²⁶⁸⁹, c'est-à-dire en adoptant une position assez souple s'agissant de l'exécution forcée contre des biens d'États étrangers (validant notamment les renonciations contenues dans un règlement d'arbitrage), considérée comme plus libérale que la position d'autres États similaires. Échappaient – et échappent encore – dont à l'immunité d'exécution en l'absence de renonciation tous, mais uniquement, les biens affectés à une activité économique ou commerciale relevant du droit privé à l'origine de la demande en justice, à la différence donc de biens affectés à une mission étatique²⁶⁹⁰.

²⁶⁸⁷ R. Bismuth, *L'immunité d'exécution après la loi Sapin II* : JDI 2018, doctr. 4. Pour un panorama des immunités d'exécution, v. E. Gaillard et J. Younan, *State Entities in International Arbitration*, IAI Series No. 4, *Juris*, 2008.

²⁶⁸⁸ Cass. 1^{re} civ., 28 sept. 2011, n° 09-72.057, *NML Capital c/ Argentine* : JDI 2012, comm. 9, p. 668, G. Cuniberti ; *Gaz. Pal.* 28 févr. 2012, n° 59, p. 14, note Cl. Brenner ; *Rev. crit. DIP* 2012, p. 124, note H. Gaudemet-Tallon. – Cass. 1^{re} civ., 28 mars 2013, nos 11-10.450, 11-13.323 et 10-25.938, *NML Capital c/ Argentine* : D. 2013, p. 1728, note D. Martel ; JDI 2013, comm. 10, p. 899, note G. Cuniberti ; *RDC* 2013, p. 1485, note M. Laazouzi ; *Rev. crit. DIP* 2013, p. 671, note H. Muir Watt ; *Rev. arb.* 2013, p. 989, note L. Franc-Menget. – Cass. 1^{re} civ., 5 mars 2014, n° 12-22.406, *Romak c/ Ouzbékistan* : D. 2014, p. 1466, A. Leborgne. *Adde* Ph. Leboulanger, *La renonciation à l'immunité d'exécution : désordre ou pragmatisme ?*, in *Mél. P. Mayer*, LGDJ, 2015, p. 455. – D. Cohen, *Immunité d'exécution des États et arbitrage international*, LGDJ, 2015, p. 159.

²⁶⁸⁹ Cass. 1^{re} civ., 13 mai 2015, n° 13-17.751, *Commissions Import Export (Commisimpex) c/ Congo* : D. 2015, p. 1908, obs. I. Gallmeister, p. 1936, note S. Bollée, p. 2031, obs. L. d'Avout, p. 2588, obs. Th. Clay ; *JCP G* 2015, 759, note M. Laazouzi ; *Rev. crit. DIP* 2015, p. 653, note H. Muir Watt.

²⁶⁹⁰ Comme un chasseur des forces aériennes russes exposé au salon international du Bourget, peu important qu'il ne soit pas armé (TGI Bobigny, JEX, 2 juill. 2003, n° 01/06987, *Russie c/ Sté Noga*, inédit, cité par J. Vinuales, comm. ss déc. TIDM, 15 déc. 2012 : JDI 2013, comm. 9).

1762. – Apports de la loi Sapin II. La loi Sapin II revient donc très clairement sur cette position libérale notamment à travers l'exigence d'une autorisation préalable du juge de l'exécution. En d'autres termes, le créancier qui dispose d'une sentence arbitrale revêtue de l'*exequatur* ne peut pas, contrairement aux principes du droit de l'exécution, procéder aux mesures d'exécution qu'il jugerait utiles, mais doit demander l'autorisation du juge de l'exécution pour y procéder. Il en résulte qu'un tel créancier devrait donc, en premier, obtenir l'*exequatur*, puis l'autorisation du juge de l'exécution, puis enfin se soumettre éventuellement au contrôle de la régularité des mesures prises, si l'autorisation est donnée. Le mécanisme est censé transposer les conditions de la règle de l'immunité d'exécution des États posées par la Convention des Nations unies du 2 décembre 2004 sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, ratifiée par la France mais non encore entrée en vigueur faute de ratifications suffisantes, quand bien même celle-ci ne prévoit pas une telle autorisation.

L'article L. 111-1-2 du Code des procédures civiles d'exécution prévoit alors que l'autorisation ne peut être donnée que lorsque l'une des trois conditions posées est remplie (qui ne sont donc pas cumulatives) :

- l'État étranger a expressément consenti à l'application d'une telle mesure (*cf.* aussi Conv. Nations unies, 2 déc. 2004, art. 7, qui précise qu'il peut s'agir d'un consentement *via* un accord international, un contrat écrit ou une déclaration faite devant un juge), ce qui suscite la question de la renonciation à l'immunité d'exécution par l'État et la forme, la nature et la portée de celle-ci ;

- l'État étranger a réservé ou affecté ce bien à la satisfaction de la demande qui a fait l'objet de la procédure ;

- ou encore lorsqu'un jugement ou une sentence arbitrale a été rendu contre l'État étranger et que le bien de cet État soumis à la mesure d'exécution est « spécifiquement utilisé ou destiné à être utilisé par cet État autrement qu'à des fins de service public non commercial » et entretient un lien avec « l'entité contre laquelle la procédure a été intentée ».

Le mécanisme français est donc plus restrictif que le texte de la Convention des Nations unies qui précise en outre que l'immunité d'exécution ne peut être invoquée lorsque l'État étranger a lui-même intenté cette procédure ou y est intervenu ou y a participé de quelque façon que ce soit sauf bien entendu s'il participe précisément pour invoquer son immunité ou fait valoir un droit à l'égard d'un bien objet d'une procédure d'exécution (Conv. Nations unies, 2 déc. 2004, art. 7).

En outre, il convient de préciser que si les dispositions de la loi « Sapin II » n'ont pas vocation à s'appliquer aux litiges nés avant son entrée en vigueur, la Cour de cassation a considéré que « compte tenu de l'impérieuse nécessité, dans un domaine touchant à la souveraineté des États et à la préservation de leurs représentations diplomatiques, de traiter de manière identique des situations similaires, l'objectif de cohérence et de sécurité juridique impose de revenir à la jurisprudence confortée par la loi nouvelle »²⁶⁹¹.

²⁶⁹¹ Cass. 1^{re} civ., 10 janv. 2018, n° 16-22.494. – Cass. 1^{re} civ., 24 janv. 2018, n° 16-16.511 : *Gaz. Pal.* 24 juill. 2018, n° 309J7, p. 22, note D. Bensaude : « Attendu, cependant, que la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 a introduit, dans le Code des procédures civiles d'exécution, deux nouvelles dispositions ; que, selon l'article L. 111-

1763. – Biens concernés. La troisième condition, qui vise les biens concernés par l'immunité d'exécution est celle qui pose et posera sans doute le plus de difficultés. L'article L. 111-1-2, 3° du Code des procédures civiles d'exécution vise certains biens pouvant bénéficier de l'immunité d'exécution :

- les comptes bancaires utilisés dans le cadre des fonctions de la mission diplomatique ou consulaire de l'État, de ses missions internationales ou de ses délégations dans des organes internationaux ;
- les biens de caractère militaire ;
- les biens faisant partie du patrimoine culturel de cet État ou de ses archives ;
- les biens faisant l'objet d'une position d'intérêt scientifique, culturel ou historique, les créances fiscales ou sociales de cet État ;
- les biens diplomatiques qui bénéficient en outre d'une immunité autonome (CPC ex., art. L 111-1-3).

Tous les autres biens – et cet ensemble ne recouvre pas la distinction du droit administratif français entre le patrimoine public ou privé de l'État – ne sont donc pas soumis à la renonciation.

La mesure se présente comme une règle d'exception, en ce sens que toute personne qui engage son patrimoine dans un contrat ou un litige doit en répondre, à moins qu'une règle, comme celle relative à l'immunité d'exécution, vise à protéger certains biens des États, ceux qui sont affectés à une mission de souveraineté, dans le but de garantir l'exercice de cette souveraineté. Dans cette situation, le terme « affecté » pourrait poser difficulté, dans la mesure où l'affectation peut être naturelle (les locaux d'une ambassade), légale (les biens militaires) ou volontaire²⁶⁹². On peut penser que l'esprit du texte vise à exclure les affectations volontaires, dès lors que les biens concernés s'écarteraient de la liste de l'article L. 111-1-2 du Code des procédures civiles d'exécution.

Il l'exclut d'autant plus que les biens visés doivent entretenir un lien avec la procédure intentée : un tel lien est en principe identifié dès lors que la procédure est engagée contre un État et qu'il s'agit d'obtenir l'exécution d'une sentence prononcée contre cet État. À défaut, il faudrait une démonstration impossible par le requérant ; à l'inverse, il serait sans doute frauduleux, pour l'État, de se soustraire à ses obligations par une affectation artificielle de

1-2 de ce code, sont considérés comme spécifiquement utilisés ou destinés à être utilisés par l'État à des fins de service public non commerciales les biens, y compris les comptes bancaires, utilisés ou destinés à être utilisés dans l'exercice des fonctions de la mission diplomatique de l'État ou de ses postes consulaires ; qu'aux termes de l'article L. 111-1-3, des mesures conservatoires ou des mesures d'exécution forcée ne peuvent être mises en œuvre sur les biens, y compris les comptes bancaires, utilisés ou destinés à être utilisés dans l'exercice des fonctions de la mission diplomatique des États étrangers ou de leurs postes consulaires, de leurs missions spéciales ou de leurs missions auprès des organisations internationales qu'en cas de renonciation expresse et spéciale des États concernés ; Attendu que ces dispositions législatives, qui subordonnent la validité de la renonciation par un État étranger à son immunité d'exécution, à la double condition que cette renonciation soit expresse et spéciale, contredisent la doctrine isolée résultant de l'arrêt du 13 mai 2015, mais consacrent la jurisprudence antérieure (Cass. 1^{re} civ., 28 sept. 2011, n° 09-72.057. – Cass. civ., 28 mars 2013 (2 arrêts), n°s 10-25.938 et 11-10.450) ; que certes, elles concernent les seules mesures d'exécution mises en œuvre après l'entrée en vigueur de la loi et, dès lors, ne s'appliquent pas au présent litige ; que, toutefois, compte tenu de l'impérieuse nécessité, dans un domaine touchant à la souveraineté des États et à la préservation de leurs représentations diplomatiques, de traiter de manière identique des situations similaires, l'objectif de cohérence et de sécurité juridique impose de revenir à la jurisprudence confortée par la loi nouvelle ».

²⁶⁹² V. sur l'affectation d'un immeuble, TJ Paris (JEX), 25 juin 2020, n° 16/00166 : D. 2020, p. 2484, obs. Th. Clay.

certaines de ses biens. Par exemple, des immeubles acquis par un État pour loger du personnel, même diplomatique²⁶⁹³, ne sont pas des biens affectés à une mission de souveraineté.

En revanche, la question se pose des sommes, valeurs, titres et biens détenus par un fonds d'investissement souverain. Il appartient alors à celui qui entreprend des mesures d'exécution contre un tel fonds, de démontrer ou bien que ce fonds, et donc les valeurs dont il est propriétaire, ne sont pas des émanations de l'État, par exemple parce que le fonds dispose d'une véritable autonomie d'action par rapport à l'État et à défaut, l'absence d'indépendance organique et fonctionnelle du fonds en fait une émanation de l'État²⁶⁹⁴ ou bien, dans ce dernier cas, que ces biens ne sont pas spécifiquement utilisés ou destinés à être utilisés à des fins de services publics non commerciales, ce qui est le cas de biens, titres ou valeurs d'un fonds souverain.

La question se pose encore des immeubles d'un État, qui ne seraient pas affectés à une mission étatique, de certains meubles, dont les créances d'un État à l'endroit d'un tiers. C'est également le cas des biens affectés à une activité économique « ordinaire », civile, agricole ou commerciale. La question se pose ainsi de savoir si la renonciation s'impose dans le cas de mesures réalisées visant les créances dues par un tiers à l'État : une distinction peut s'imposer entre des créances relevant de la matière civile ou commerciale ou des sommes relevant de la catégorie des ressources d'un État, comme des redevances d'une concession²⁶⁹⁵.

1764. – Renonciation à l'immunité d'exécution. L'essentiel de la jurisprudence se concentre sur cette question et sur la forme que doit revêtir la renonciation d'un État à l'immunité d'exécution, qui doit être expresse et spéciale. Avant la loi Sapin II, la jurisprudence avait abaissé le niveau d'exigence de la forme de la renonciation qu'elle avait posée préalablement dans un arrêt de 2015²⁶⁹⁶, n'exigeant qu'une renonciation spéciale, se prononçant dans une affaire dans laquelle un deuxième arrêt, rendu en 2018, après l'entrée en vigueur de la loi « Sapin II » donc, et exigeant, à nouveau, une renonciation expresse et spéciale²⁶⁹⁷. Dans cette affaire la société *Commisimpex*, en litige avec la République du Congo, avait, sur la base d'une

²⁶⁹³ Cf. Cass. 1^{re} civ., 25 janv. 2005, n° 03-18.176. – Cass. 1^{re} civ., 19 nov. 2008, n° 07-10.570 (personnel militaire).

²⁶⁹⁴ Paris, 5 sept. 2019, n° 18/17592, *AL-Kharafi c/ LIA et LAFICO* : *Gaz. Pal.* 19 nov. 2019, p. 24, note D. Bensaude. Dans cette affaire, une sentence avait condamné la Libye à payer une somme de 1,5 milliard de dollars à une société koweïtienne. Cette dernière avait obtenu l'*exequatur* de la sentence en France et avait obtenu la saisie de sommes détenues par une banque française appartenant à la Libyan Investment Authority (LIA) et la Libyan Arab Foreign Investment Company (LAFICO). Or la cour d'appel avait considéré que la LIA et la LAFICO étaient dépourvues d'indépendance organique de sorte que les biens objets de la saisie faisaient partie du patrimoine de l'État.

²⁶⁹⁵ Paris, 15 févr. 2018, n° 17/1908, *Rép. Kazakhstan*.

²⁶⁹⁶ Cass. 1^{re} civ., 13 mai 2015, *Commissions Import Export (Commisimpex) c/ Congo*, préc. V. ensuite, TJ Paris, JEX, 25 juin 2020, n° 16/00166 : *D.* 2020, p. 2484, obs. Th. Clay, ordonnant la levée d'une saisie sur des biens appartenant à la République du Congo en raison de l'immunité d'exécution dont jouit celle-ci.

²⁶⁹⁷ Cass. 1^{re} civ., 10 janv. 2018 : *D.* 2018, p. 541, note B. Haftel, p. 966, obs. F. Jault-Seseke, p. 1223, obs. A. Leborgne, p. 1934, obs. L. d'Avout, p. 2448, obs. Th. Clay ; *JCP G* 2018, 157, n° 9, obs. C. Nourissat, 294 et 295, concl. N. Ancel et note M. Laazouzi, 687, § 5, obs. J. Morel-Maroger ; *Rev. crit. DIP* 2018, p. 315, note D. Alland ; *RTD civ.* 2018, p. 353, obs. L. Usinier et P. Deumier ; *Rev. arb.* 2018, note D. Cohen. *Adde* Cass. 1^{re} civ., 24 janv. 2018 ; *D.* 2018, p. 1934, obs. L. d'Avout, p. 2448, obs. Th. Clay ; *JCP G* 2018, 687, n° 5, obs. J. Morel-Maroger ; *JDJ* 2018, p. 570, obs. J.-S. Bazille et R. Bismuth.

convention d'arbitrage qui prévoyait que l'État renonçait à toute immunité, y compris d'exécution, obtenu une sentence qu'elle entendait faire exécuter sur des comptes d'une mission diplomatique à Paris et à l'UNESCO. Or, si l'arrêt de 2015, fondé sur le « droit coutumier international », n'exigeait qu'une renonciation expresse, il renvoyait ce faisant à l'article 19, a) de la Convention des Nations unies sur les immunités du 17 janvier 2005²⁶⁹⁸. C'est donc pour se conforter au texte de la loi « Sapin II » que l'arrêt de 2018 exigeait, contrairement aux règles internationales rappelées dans l'arrêt de 2015, une renonciation expresse et spéciale. Or la jurisprudence considère désormais que l'arrêt de 2018, en tant qu'il revient sur celui de 2015, assure l'application immédiate, y compris aux litiges nés avant la loi « Sapin II », de ses dispositions. Une renonciation expresse et spéciale s'impose donc, renforçant l'immunité d'exécution sur les biens des États et, inversement, rendant plus difficile l'exécution sur ces biens.

À bien des égards, il convient donc de distinguer selon les biens visés et ce depuis l'entrée en vigueur de la loi Sapin II. Si en effet, avant la loi Sapin II de 2016, on pouvait concevoir que la jurisprudence rendue en la matière pouvait sembler affectée d'un certain flou, s'agissant des caractères de la renonciation de l'État²⁶⁹⁹, sans doute en raison des différences existant entre les règles internationales et l'absence de règle légale interne, les choses sont plus nettes depuis. La renonciation expresse et spéciale à l'immunité d'exécution n'est exigée de manière expresse que lorsque l'État y renonce s'agissant de biens diplomatiques²⁷⁰⁰, de sorte que pour les autres biens (et notamment les biens non diplomatiques mais de souveraineté), la renonciation ne devrait être qu'expresse²⁷⁰¹.

1765. – Renonciation « expresse ». Reste à mesurer la nature d'une renonciation « expresse ». Or, on observe qu'une telle renonciation est souvent précisée dans la convention d'arbitrage, dans un règlement d'arbitrage auquel la clause fait référence, voire dans le contrat litigieux lui-même ou dans un accord bilatéral d'investissement. Toutefois, comme le précise un arrêt du 5 septembre 2019²⁷⁰², l'article 19 de la Convention des

²⁶⁹⁸ CEDH, 23 mars 2010, n° 15869/02, *Cudak c/ Lituanie*, § 64 et s. : *AJDA* 2010, 2362, chron. J.-F. Flauss ; *RFDA* 2011, 987, chron. H. Labayle et F. Sudre.

²⁶⁹⁹ Cf. Cass. 1^{re} civ., 28 sept. 2011, n° 09-72.057 : *D.* 2011, p. 2412 ; *Rev. crit. DIP* 2012, 124, note H. Gaudemet-Tallon (condition de spécialité réservée aux biens diplomatiques). – Cass. 1^{re} civ., 28 mars 2013, n°s 11-10.450, 10-25.938 : *D.* 2013, p. 1728, note D. Martel, p. 1574, obs. A. Leborgne, et p. 2293, obs. S. Bollée ; *Rev. arb.* 2013, 989, note L. Franc-Menget ; *RDC* 2013, 1845, note M. Laazouzi (généralisation à tous les biens de l'État). – Cass. 1^{re} civ., 13 mai 2015, préc. (renonciation expresse y compris pour des biens diplomatiques). – Cass. 1^{re} civ., 10 janv. 2018 (application de la loi Sapin II).

²⁷⁰⁰ CPC ex., art. L. 111-1-3 : « Des mesures conservatoires ou des mesures d'exécution forcée ne peuvent être mises en œuvre sur les biens, y compris les comptes bancaires, utilisés ou destinés à être utilisés dans l'exercice des fonctions de la mission diplomatique des États étrangers ou de leurs postes consulaires, de leurs missions spéciales ou de leurs missions auprès des organisations internationales qu'en cas de renonciation expresse et spéciale des États concernés ».

²⁷⁰¹ Paris, 5 sept. 2019, préc. « Il convient, cependant, d'examiner, en premier lieu, l'existence d'une renonciation de l'État libyen à son immunité d'exécution, laquelle, s'agissant de biens dont il n'est pas discuté qu'ils ne sont pas utilisés ou destinés à être utilisés dans l'exercice de sa mission diplomatique, doit être, contrairement à ce qu'a retenu le premier juge, expresse et non pas expresse et spéciale, la nature des biens n'ayant à être examinée qu'en l'absence de renonciation expresse à l'immunité d'exécution ».

²⁷⁰² Paris, 5 sept. 2019, préc.

Nations unies, du 2 décembre 2004 sur l'immunité juridictionnelle des États et de leurs biens, non entrée en vigueur, mais ratifiée par la France, convention qui reflète le droit international coutumier et dont les dispositions pertinentes ont été transposées par la loi Sapin II, dispose « qu'aucune mesure de contrainte postérieure au jugement, telle que saisie, saisie-arrêt ou saisie-exécution, ne peut être prise contre des biens d'un État en relation avec une procédure intentée devant un tribunal d'un autre État excepté si et dans la mesure où : a) L'État a expressément consenti à l'application de telles mesures dans les termes indiqués : i) Par un accord international ; ii) Par une convention d'arbitrage ou un contrat écrit ; (...) », de sorte que l'engagement pris d'exécuter immédiatement une sentence arbitrale n'est pas équivalent à une renonciation expresse, dépourvue d'incertitude et d'équivoque. Dès lors, la clause, dans un contrat d'investissement, selon laquelle un État s'engage à exécuter les sentences arbitrales rendues au bénéfice d'un investisseur n'est pas équivalente à une telle renonciation²⁷⁰³, à la différence de la jurisprudence antérieure²⁷⁰⁴. De même la clause dans la Charte de l'énergie, renvoyant au règlement de la CCI, fondement d'un arbitrage par laquelle les parties s'engagent à exécuter les sentences sans délai et renoncent à toutes voies de recours, ne vaut pas renonciation²⁷⁰⁵. Il en faut donc plus et ce sera là encore affaire de circonstances et en fonction du cas d'espèce.

1766. – Récapitulatif. De cet ensemble, dans lequel se mêlent des éléments complexes liés à l'application immédiate de la loi « Sapin II » mais aussi des éléments de fond liés aux trois conditions de l'article L. 111-1-2 du Code des procédures civiles d'exécution, on peut tirer une méthode. Il convient en effet, pour qu'une mesure d'exécution contre des biens d'un État soit possible, que l'État y ait consenti, de manière expresse (ou spéciale et expresse pour des biens diplomatiques) ou que les biens soient réservés à la satisfaction de la demande, ou encore que ces biens de l'État ne soient pas affectés à une mission de souveraineté, c'est-à-dire qu'ils soient « spécifiquement utilisés ou destinés à être utilisés par cet État à des fins de service public non commercial » et entretiennent un lien avec « l'entité contre laquelle la procédure a été intentée ».

1767. – Immunité d'exécution, loi « Sapin II », dispositions « anti-fonds vautours ». L'article 60 de la loi « Sapin II » a en outre créé de nouvelles règles s'agissant de l'exécution forcée à l'encontre des biens d'un État étranger à l'initiative du détenteur d'un titre de créance mentionné à l'article L. 213-1, A du Code monétaire et financier ou de tout instrument ou droit de l'article L. 211-41 de ce code présentant des caractéristiques analogues à celles d'un titre. Derrière ce vocabulaire technique on découvre, par exception aux articles L. 111-1-1 et suivants du Code des procédures civiles d'exécution, l'impossibilité pour le juge de l'exécution d'autoriser une mesure d'exécution forcée sur un bien d'un État étranger de façon à

²⁷⁰³ CA Paris, 6 nov. 2013, n° 13/11017, *Polo Garments Majunga c/ Madagascar* : *JurisData* n° 2013-025372. – Paris, 5 sept. 2019, préc.

²⁷⁰⁴ Cass. 1^{re} civ., 6 juill. 2000, n° 98-19.068, *Creighton (sté) c/ Qatar* : *D.* 2001, p. 2139, note J. Moury ; *RTD com.* 2001, p. 409, obs. E. Loquin ; *Rev. arb.* 2001, p. 114, note P. Leboulanger.

²⁷⁰⁵ Paris, 15 févr. 2018, n° 17/1908, *Rép. Kazakhstan*.

empêcher certains fonds, dits « vautours », d'acquiescer des créances exigibles contre des États en situation de difficulté financière puis de saisir les biens de cet État, à l'étranger pour autant que certaines conditions techniques sont rassemblées²⁷⁰⁶, faisant écho aux procédures engagées notamment contre l'Argentine.

2° Les mesures conservatoires

1768. – Principe. En droit français, une mesure conservatoire peut être exercée par toute personne disposant d'une créance qui « paraît fondée dans son principe » si des « circonstances » risquent de menacer son recouvrement (CPC ex., art. L. 511-1), sans l'autorisation du juge de l'exécution, encore qu'une telle autorisation, qui est facultative, est de nature à renforcer la sécurité de la mesure. Par conséquent le fait de disposer d'une sentence arbitrale, même non encore revêtue de l'*exequatur*, permet de disposer d'une telle créance.

La partie qui bénéficie de cette décision arbitrale peut procéder à une mesure conservatoire, une saisie conservatoire par exemple, sur un bien meuble, des droits sociaux, des valeurs mobilières (CPC ex., art. L. 521-1 et s.), ou demander à ce qu'une sûreté judiciaire conservatoire lui soit accordée sur un immeuble, un fonds de commerce, etc. (CPC ex., art. L. 531-1), sous la réserve de la mainlevée demandée par le débiteur. La règle comporte des exceptions pour certains biens, comme les aéronefs, qui supposent une autorisation préalable du tribunal judiciaire²⁷⁰⁷, ou un navire²⁷⁰⁸. En outre une exception générale concerne les biens d'un État étranger dans la mesure où la loi « Sapin II » impose une autorisation préalable pour une mesure d'exécution forcée ou une mesure conservatoire (V. *supra*, n° 1760).

²⁷⁰⁶ « 1° L'État étranger figurait sur la liste des bénéficiaires de l'aide publique au développement établie par le comité de l'aide au développement de l'Organisation de coopération et de développement économiques lorsqu'il a émis le titre de créance ; 2° Le détenteur du titre de créance a acquis ce titre alors que l'État étranger se trouvait en situation de défaut sur ce titre de créance ou avait proposé une modification des termes du titre de créance ; 3° La situation de défaut sur le titre de créance date de moins de quarante-huit mois au moment où le détenteur du titre de créance sollicite du juge une ordonnance sur requête l'autorisant à pratiquer une mesure d'exécution forcée ou une mesure conservatoire, ou la première proposition de modification des termes du titre de créance date de moins de quarante-huit mois au moment où le détenteur du titre de créance sollicite du juge une ordonnance sur requête l'autorisant à pratiquer une mesure d'exécution forcée ou une mesure conservatoire, ou une proposition de modification, applicable au titre de créance, a été acceptée par des créanciers représentant au moins 66 % du montant en principal des créances éligibles, indépendamment du seuil requis, le cas échéant, pour l'entrée en vigueur. »

²⁷⁰⁷ La règle, antérieure à la loi de 1991 sur les procédures civiles d'exécution, vise le « juge d'instance », ce qui autorise aujourd'hui diverses interprétations, visant à lui substituer le juge de l'exécution (Cass. 2^e civ., 25 nov. 1999, n° 98-12.758, *GPA Fokker 100 c/ Air Gabon*. V. aussi Y. Tassel et L. Lauvergnat, *Aéronefs : sûretés et exécution* : *JCl. Voies d'exécution*, Fasc. 901, n° 78. – S. Guinchard et T. Moussa [ss dir.], *Droit et pratique des voies d'exécution*, Paris, Dalloz, 8^e éd., 2015, n° 726.31 mais *contra* : Montpellier, 2^e ch., 6 janv. 2004, n° 03/05282, pour une compétence concurrente).

²⁷⁰⁸ C. transports, art. L. 6123-1.

3° La responsabilité civile relative à l'exécution d'une sentence arbitrale

1769. – Le juge de l'exécution est en outre compétent pour statuer sur les actions en responsabilité en rapport avec l'exécution ou l'inexécution d'une sentence arbitrale, peu importe que la mesure d'exécution forcée ou la mesure conservatoire soit, ou non, en cours au moment de la saisine du juge de l'exécution²⁷⁰⁹. Il peut ainsi, lorsque ces mesures se révèlent avoir été demandées de manière abusive, condamner le créancier à réparer le préjudice subi par le débiteur et, inversement, la résistance abusive de ce dernier peut justifier la réparation du préjudice subi par le créancier²⁷¹⁰ pour autant que le fait dommageable ait un lien avec la mesure d'exécution, encore que cette compétence soit concurrente avec celle d'un tribunal judiciaire²⁷¹¹. Tout est ici affaire d'équilibre et de circonstances dans l'appréciation de l'excès ou de l'abus entre un créancier pressé et zélé et un débiteur pas trop récalcitrant.

4° Difficultés relatives à la sentence exécutoire

1770. – **Compétence générale du juge de l'exécution.** L'article L. 213-6, alinéa 1^{er} du Code de l'organisation judiciaire assure au juge de l'exécution une compétence générale pour connaître « des difficultés relatives aux titres exécutoires », ce qui s'applique aux sentences arbitrales exécutoires. Le juge de l'exécution peut ainsi, au titre de ces difficultés, interpréter la sentence ou préciser le sens de son dispositif, sans toutefois la modifier, ce qui pose difficulté en cas de problème de traduction d'une sentence arbitrale étrangère ou internationale²⁷¹², mais également régler la question de la compensation entre des créances, calculer le montant des intérêts, liquider une astreinte. Il en résulte que le juge de l'exécution est bien seul compétent pour régler les difficultés liées à la mise en œuvre d'une sentence exécutoire, et non un autre juge comme le juge des référés²⁷¹³, par exemple si une mesure conservatoire ou d'exécution intéresse un tiers à la sentence²⁷¹⁴.

²⁷⁰⁹ Cass. 2^e civ., 26 janv. 2017, n° 15-26.000, *Wistar (sté) c/ TBI (sté)*.

²⁷¹⁰ CPC ex., art. L. 121-2 et 121-3.

²⁷¹¹ Paris, pôle 2, ch. 1, 21 juin 2011, n° 09/19983, *Russie c/ C⁶ Noga d'importation et d'exportation*.

²⁷¹² CA Versailles, 16^e ch., 7 juill. 2016, n° 16/03409, *Orion Satellite Communications c/ Russian Satellite Communications Company*, interprétant CA Versailles, 16^e ch., 31 mars 2016, n° 15/00782 : *Bull. arrêts CA Versailles* nov. 2016, obs. D. Mouralis. – Paris, 31 janv. 2013, n° 12/10267, *Orion Satellite Communications c/ Russian Satellite Communications Company* : *Rev. arb.* 2013, p. 460, note N. Meyer-Fabre.

²⁷¹³ V. toutefois : CA Paris, Pôle 1, ch. 8, 28 mai 2021, *SB c/ ACT et MM Bank* ; RG n° 21/04233.

²⁷¹⁴ Cf. Paris, 11 sept. 2019, n° 19/04988, *Bouygues c/ BNP Paribas* : *Gaz. Pal.* 19 nov. 2019, n° 363y8, p. 26, note D. Bensaude. Dans cette affaire une sentence avait été rendue dans un litige qui opposait trois partenaires dans un compte commun ouvert à la BNP et qui répartissait les sommes entre les trois. La société Bouygues avait alors sollicité d'un juge des référés l'exécution de la sentence, alors que l'un avait demandé l'annulation de la sentence (déclaré irrecevable), l'autre obtenu l'*exequatur* et la saisie du compte, laquelle avait fait l'objet d'une mainlevée, contre laquelle un recours était engagé. Le juge des référés s'était déclaré compétent mais sans faire droit à la demande et la cour d'appel, dans cet arrêt, considérait que, s'agissant de régler des difficultés relatives à des mesures d'exécution forcée engagée, le juge des référés était incompétent sur le fondement de l'article L. 213-3 du Code de l'organisation judiciaire.

B. – Compétence territoriale du juge de l'exécution

1771. – Compétence interne du juge de l'exécution. Lorsque la sentence est interne et que les mesures d'exécution ou conservatoire demeurent internes, le juge territorialement compétent est celui du lieu du domicile (français) du débiteur s'agissant d'une mesure conservatoire, ou celui du lieu de réalisation de la mesure d'exécution pour ce dernier cas. La mainlevée doit ensuite être demandée au même juge que celui qui a autorisé une mesure conservatoire (ou sans autorisation, au lieu du domicile du débiteur) et les difficultés et contestations sont présentées au juge du lieu d'exécution de la mesure d'exécution.

1772. – Compétence pour une mesure portant sur un bien appartenant à un État étranger. En suite de la loi « Sapin II », l'article R. 111-1 du Code des procédures civiles d'exécution introduit par le décret n° 2017-892 du 6 mai 2017 dispose que le juge de l'exécution du tribunal judiciaire de Paris est exclusivement compétent pour connaître des mesures conservatoires ou d'exécution à l'encontre des biens d'un État étranger en application des articles L. 111-1-1 et suivants du même code.

1773. – Compétence internationale du juge français de l'exécution pour des mesures conservatoires ou d'exécution. La question de la compétence internationale du juge de l'exécution semble réglée par l'article R. 121-2 du Code des procédures civiles d'exécution qui dispose qu'« à moins qu'il n'en soit disposé autrement, le juge de l'exécution territorialement compétent, au choix du demandeur, est celui du lieu où demeure le débiteur ou celui du lieu d'exécution de la mesure. Lorsqu'une demande a été portée devant l'un de ces juges, elle ne peut l'être devant l'autre » et poursuit que « si le débiteur demeure à l'étranger ou si le lieu où il demeure est inconnu, le juge compétent est celui du lieu d'exécution de la mesure »²⁷¹⁵. Ce texte n'est pas prévu, au départ, pour régler ce type de difficultés mais, en l'absence de règle spécifique, il permet utilement de trancher les conflits internationaux de compétence. Ainsi, l'article R. 121-2 du Code des procédures civiles d'exécution envisage trois logiques de compétence du juge français de l'exécution, lorsqu'il s'agit de prononcer une mesure d'exécution forcée (1°), d'autoriser une mesure conservatoire concernant un bien situé en France (2°), de trancher une contestation d'une mesure conservatoire ou d'exécution forcée réalisée en France (3°) ou encore pour résoudre toute autre difficulté relative à une sentence exécutoire en France (4°). On ajoutera enfin quelques propos de droit comparé (5°).

²⁷¹⁵ Comp. aussi, CPC ex., art. L. 511-2 : « Le juge compétent pour autoriser une mesure conservatoire est celui du lieu où demeure le débiteur ».

1° Mesure d'exécution localisée en France

1774. – Ainsi, le juge de l'exécution compétent pour des mesures d'exécution forcée, « à moins qu'il n'en soit disposé autrement » est celui « du lieu où demeure le débiteur ou celui du lieu d'exécution de la mesure ». Si le débiteur demeure en France, donc, le juge français de l'exécution est compétent si la mesure s'exécute en France ; pour une mesure d'exécution à l'étranger, il s'agira de saisir le juge compétent du lieu d'exécution. Si le débiteur demeure à l'étranger, ou si son domicile est inconnu, il en est de même, le juge de l'exécution forcée est celui du lieu d'exécution de la mesure. La règle est, très opportunément, compatible avec celles du règlement Bruxelles I bis et de la Convention de Lugano qui reconnaissent la compétence exclusive du juge de l'État du lieu d'exécution de la mesure (Règl. Bruxelles I bis, art. 24[5] ; Conv. Lugano, art. 22[5]).

2° Mesure conservatoire concernant un bien localisé en France

1775. – **Autorisation exceptionnelle.** Comme déjà observé, une autorisation préalable du juge de l'exécution s'impose, par exception, pour certaines mesures conservatoires ou d'exécution forcée comme la saisie d'un aéronef ou d'un navire ou d'un bien d'un État étranger, et, dans les autres cas, le créancier peut solliciter une autorisation, non exigée par la loi, afin de renforcer la sécurité de la mesure envisagée, et éviter un débat ultérieur sur la mainlevée ou la validité de la mesure, par exemple si la sentence, étrangère, n'est finalement pas reconnue en France ou si l'*exequatur* est refusé. Dans ces hypothèses, la sentence est définitivement dépourvue de tout effet exécutoire et ce, rétroactivement. Par conséquent, la mesure conservatoire doit faire l'objet d'une mainlevée, accompagnée éventuellement d'une indemnisation. Si, au contraire, la mesure conservatoire a été réalisée sur la base d'une autorisation préalable, le juge de l'exécution peut la maintenir, pour autant que les conditions de base de la mesure conservatoire soient rassemblées (créance fondée en son principe et recouvrement menacé).

1776. – La difficulté associée à une telle mesure, du point de vue du droit de l'arbitrage, consiste à ménager les éventuels recours contre la sentence elle-même : une demande d'autorisation préalable d'effectuer une mesure conservatoire doit donc être, expressément, accompagnée de réserves ou d'arguments dans le sens de l'absence d'acquiescement de la sentence arbitrale, éventuellement même d'une demande de « donner acte » en ce sens, par exemple dans des situations de compensation entre une créance

née d'une sentence et une autre dette (ou réciproquement), ce qui emporte volonté de payer ainsi la somme due²⁷¹⁶.

1777. – Compétence territoriale. La compétence territoriale du juge français s'impose alors de manière exclusive pour la saisie conservatoire d'un aéronef (C. aviation, art. R. 123-9) ou pour les navires (Conv. Bruxelles, 10 mai 1952, sur la saisie conservatoire des navires de mer, art. 4 et 5)²⁷¹⁷. S'agissant de l'autorisation d'une mesure conservatoire portant sur un autre bien, la compétence du juge de l'exécution est assurée si le débiteur demeure en France (CPC ex., art. R. 121-2 et 511-2). Cette compétence vaut aussi lorsque le débiteur est domicilié en France et qu'il s'agit de prononcer des mesures conservatoires sur des biens situés à l'étranger conformément aux dispositions du règlement Bruxelles I bis ou de la convention de Lugano²⁷¹⁸. Si en revanche le débiteur demeure à l'étranger, un conflit de compétence peut s'élever, à ceci près que l'article R. 121-2, alinéa 2 pose le principe de la compétence du juge du lieu d'exécution de la mesure conservatoire de l'article R. 511-2. Par conséquent, le juge de l'exécution français est compétent pour autoriser une mesure conservatoire sur un bien d'une personne demeurant à l'étranger²⁷¹⁹, alors que le juge étranger peut, en fonction des règles de procédure applicables, être également compétent.

3° Contestation d'une mesure conservatoire ou d'exécution forcée en France

1778. – Pour les mêmes raisons, le juge français de l'exécution est compétent pour traiter des contestations relatives à une mesure d'exécution ou les mesures conservatoires réalisées sur le territoire français y compris si le débiteur demeure à l'étranger.

4° Difficulté relative à une sentence arbitrale exécutoire en France

1779. – L'article 213-6 du Code de l'organisation judiciaire assure que le juge de l'exécution est compétent pour connaître de toutes les « difficultés relatives aux titres exécutoires et des contestations qui s'élèvent à l'occasion de l'exécution forcée » en France, ce qui recouvre les sentences arbitrales revêtues de l'*exequatur*. Cette compétence ne pose pas de difficulté dès lors qu'il s'agit de traiter l'une de ces difficultés qui surgirait à l'occasion de la

²⁷¹⁶ Cf. Cass. 2^e civ., 1^{er} févr. 2001, n° 98-19.158, *Morruzzi c/ Beck*. – CA Lyon, 6^e ch., 17 mars 2016, n° 14/07776, *B. c/ F.*

²⁷¹⁷ Cass. com., 5 janv. 1999, n° 93-19.688, *Jupiter Maritime Corporation c/ DVA, navire Gure Maiden* : *Bull. civ.* 1999, IV, n° 2 ; *DMF* 1999, p. 130, rapp. J.-P. Rémy et A. Vialard.

²⁷¹⁸ Cf. D. Mouralis, *Le contentieux des sentences arbitrales internationales devant le juge de l'exécution*, art. cit., spéc. n° 27.

²⁷¹⁹ Cass. 2^e civ., 9 nov. 2006, n° 04-19.138 : *Bull. civ.* 2006, II, n° 310 ; *Gaz. Pal.* 7 oct. 2007, n° 280, p. 14, obs. C. Brenner ; *RTD civ.* 2007, p. 181, obs. R. Perrot ; *Procédures* 2007, n° 40, obs. R. Perrot.

contestation d'une mesure conservatoire ou d'exécution pratiquée en France. En quelque sorte, ce texte serait l'accessoire de l'article R. 212-2 du Code des procédures civiles d'exécution et devrait être interprété strictement, en ce sens que le juge de l'exécution ne serait pas compétent pour connaître de difficultés relatives à une sentence arbitrale, interne ou internationale, qui a reçu l'*exequatur* en France si aucune mesure d'exécution forcée ou conservatoire n'est accomplie dans ce même pays²⁷²⁰.

5° Droit comparé

1780. – Les textes français, malgré les obstacles dressés sur le chemin du créancier détenteur d'une sentence internationale rendue en sa faveur, donnent l'image d'un système qui, sur ce plan aussi, va plus loin encore que la Convention de New York, en favorisant la circulation des sentences internationales ou étrangères. C'est ainsi que l'existence d'actifs du débiteur situés en France (par exemple un compte bancaire), indépendamment de la nationalité des parties (donc même toutes étrangères), suffit à donner compétence au juge français de l'exécution à qui est soumis de telles sentences comme titres exécutoires. Pourtant, tous les systèmes ne retiennent pas cette solution libérale et la philosophie des règles de la Convention de New York²⁷²¹, surtout quand le débiteur est un État. Ainsi, aux Émirats Arabes Unis, une décision avait établi que la seule existence d'un compte bancaire dans le pays, sans que l'État étranger débiteur et qui en est détenteur n'y soit « domicilié » – ce qui paraît par hypothèse difficile, voire impossible – ne suffit pas à donner compétence au juge émirati de l'exécution de la sentence étrangère²⁷²². En droit suisse, système pourtant favorable à l'arbitrage, les tribunaux exigent aussi indépendamment des questions d'immunité, un *nexus* suffisant entre les actifs (en l'occurrence immobiliers) appartenant à un État et sur lesquels le créancier entend exécuter la sentence, et la créance reconnue dans cette dernière. Ainsi, la seule présence d'actifs en Suisse ou le fait que le tribunal ayant rendu la sentence y ait siégé ne constituent pas des liens suffisants²⁷²³. Il est vrai toutefois que, en France²⁷²⁴ comme ailleurs²⁷²⁵, exécuter une sentence

²⁷²⁰ Cass. 2^e civ., 6 nov. 2008, n° 07-17.445 : D. 2008, p. 1168, note A. Leborgne ; Dr. et proc. 2009, p. 104, note G. Cuniberti ; Procédures 2009, n° 13, obs. R. Perro. – Cass. 1^{re} civ., 28 mai 2015, n° 13-27.750.

²⁷²¹ Même s'il est vrai que, *stricto sensu*, la Convention (Art. V(2)(b)) n'est pas explicite sur la question.

²⁷²² C. cass. de Dubaï, 18 août 2013, *CCI c/ Ministère de l'irrigation du Gouvernement du Soudan* (Aff. n° 156/2013), appliquant les règles propres à la procédure civile (et contrairement à une jurisprudence antérieure *Airmech*).

²⁷²³ V. en dernier lieu : ATF, 7 sept. 2018 (Décision n° 5A_942/2017), une jurisprudence toutefois constante et ancienne (qui a plus de 100 ans), en ligne sans doute avec la « neutralité diplomatique » affichée par la Confédération helvétique.

²⁷²⁴ V. *supra*, n°s 1520 et s. Encart 53.

²⁷²⁵ Ainsi, même le système fédéral américain, pourtant très libéral, exige un tel lien territorial avec les actifs à saisir, même si les conditions sont plus souples à satisfaire et ne sont pas spécifiques au fait que le débiteur est

contre un Etat souverain, demeure une voie semée de plus d'embûches que lorsque la débitrice est une personne privée.

un État.

Liste des encarts

Partie 1

1. L'arbitrage : une juridiction contractuelle à trois temps
2. Un triangle au centre du schéma arbitral
3. Tableau de synthèse : comment distinguer les différents modes de règlement des différends ?
4. Quel droit transitoire pour le décret de 2011 et le nouvel article 2061 du Code civil de 2016 ?
5. Les sources nationales françaises du droit de l'arbitrage
6. Le volume des dossiers administrés par les principaux centres d'arbitrage
7. Les principaux systèmes arbitraux dans le monde
8. Durée moyenne et médiane des arbitrages selon les données des principaux centres
9. Les frais d'arbitrage d'un centre à l'autre : combien ça coûte réellement ?
10. L'arbitrage est-il une mode ?
11. Arbitrage interne ou international ? Les bonnes questions pour la bonne qualification
12. L'arbitrage aux deux facettes : les principales différences de régime en un coup d'œil ?

Partie 2

13. Droit de l'arbitrage et droit des contrats : je t'aime, moi non plus !
14. Arbitrage et droits de l'Homme : dans la forme et au fond
15. Arbitrage et action de groupe
16. « Art-bitrage »
17. *Trust arbitration* : Ayez confiance !
18. Clauses d'arbitrage optionnelles
19. Cas concrets relatifs au caractère manifestement nul ou inapplicable de la clause compromissoire : où mettre le curseur ?
20. Les émanations d'État : une extension de l'État ?

Partie 3

21. Les qualités de l'arbitre : le meilleur et le pire
22. L'arbitre écologique : avoir l'esprit et la main verts
23. L'arbitre technologique : maîtriser toute l'information ?
24. Relations sociales et impartialité de l'arbitre
25. La « saga Tecnimont » : les faits notoires, entre obligation de révélation de l'arbitre et obligation de réaction rapide des parties
26. Petit « guide âne » des révélations : que révéler ? Comment révéler ?

27. Le secrétaire administratif
28. Qui désigner ? Comment désigner ?
29. Clause de « gel » de la loi
30. Choisir la *lex mercatoria* comme loi du fond d'un litige arbitral ?
31. Ce que le respect du contradictoire implique et n'implique pas
32. *Due process paranoia* et tactiques guerrières : quand la peur paralyse le conflit
33. Bifurquer : pour quoi faire ?
34. La procédure accélérée arbitrale : un gain de temps ?
35. Être de bon conseil en arbitrage
36. *Estoppel* : pour éviter la contradiction abusive
37. *Privilege* et confidentialité
38. Faire le choix des bons rails procéduraux selon le facteur « temps »
39. Brexit : et après ?
40. La vie d'une audience étalée sur une semaine : les grandes étapes
41. Les techniques et tableaux de production documentaire
42. Préparer un témoin : comment et jusqu'où ?
43. La preuve « expertale » : du rapport d'expert à son contre-interrogatoire
44. L'arbitre d'urgence : de l'urgence de son recours et de ses mesures
45. Une mesure provisoire très particulière : la garantie pour frais arbitraux
46. 28 USC 1782 : un goût de *discovery* et un risque d'importation

Partie 4

47. Autorité de la chose arbitrée et opposabilité de la sentence
48. Panorama statistique des recours et de leurs issues devant la cour d'appel de Paris de 2010 à 2020
49. Le recours en annulation : comment l'introduire en pratique
50. L'affaire *Yukos*, contrôle de la compétence, entre autres choses
51. Arbitrage et *compliance* : ou comment gérer le « risque arbitral »
52. L'*exequatur* d'une sentence : aspects pratiques
53. Exécution et immunité d'exécution sous le régime de la loi « Sapin II »

Bibliographie indicative

- M.-E. Ancel, P. Deumier, M. Laazouzi, *Droit des contrats internationaux*, Sirey, 2^e éd., 2019.
- B. Audit, L. D'Avout, *Droit international privé*, LGDJ, 2018.
- M. Audit, S. Bollée, P. Callé, *Droit du commerce international et des investissements étrangers*, LGDJ, 3^e éd., 2019.
- J. Béguin, M. Menjucq (dir.), *Traité de droit du commerce international*, Paris, LexisNexis, 3^e éd., 2019.
- L. Benraïs, Ch. Butruille-Cardew, N. Fricero, B. Gourchs-Gelzer, G. Payan, *Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD)*, Dalloz, 3^e éd., 2017.
- N. Blackaby, M. Hunter, C. Partasides, A. Redfern, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, Oxford, 6^e éd., 2018.
- M. de Boissésou, *Le droit français de l'arbitrage interne et international*, préf. P. Bellet., GLN Joly, 1990.
- G. B. Born, *International Commercial Arbitration, Vol. I, International Arbitration Agreements; Vol. II, International Arbitral Procedures, Vol. III, International Arbitral Awards*, Kluwer Law International, 2^e éd., 2014.
- L. Cadet, E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, LexisNexis, 10^e éd., 2020.
- C. Chainais, F. Ferrand, L. Mayer, S. Guinchard, *Procédure civile, Droit interne et européen du procès civil*, 34^e éd., Dalloz, 2018.
- Th. Clay, *L'arbitre*, Dalloz, 2001. – (dir.), *Le nouveau droit français de l'arbitrage*, Lextenso, 2011. – *Code de l'arbitrage commenté*, LexisNexis, 2^e éd., 2021.
- D. Cohen, *Arbitrage et sociétés*, préf. B. Oppetit, LGDJ, 1993.
- G. Cornu, J. Foyer, *Procédure civile*, PUF, 3^e éd., 1998.
- R. David, *L'arbitrage dans le commerce international*, Economica, 1982.
- O. Diallo, *Le consentement des parties à l'arbitrage international*, préf. J.-M. Jacquet, PUF, 2010.
- I. Fadlallah et D. Hascher, *Les grandes décisions du droit de l'arbitrage international*, Dalloz, 2019.
- J. Fry, S. Greenberg, Fr. Mazza, *The Secretariat's Guide to ICC Arbitration*, ICC Publishing, 2012.
- M. de Fontmichel, *Le faible et l'arbitrage*, préf. Th. Clay, Economica, 2013.
- Ph. Fouchard, *L'arbitrage commercial international*, Dalloz, 1965.

- Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldmann, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, 1996.
- E. Gaillard, *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, Martinus Nijhoff, Académie de Droit International de La Haye, 2008.
- E. Gaillard, J. Younan (eds.), *State Entities in International Arbitration*, IAI Series on International Arbitration, n° 4, JurisNet, 2008.
- E. Gaillard, Y. Banifatemi (eds.), *Precedent in International Arbitration*, IAI Series on International Arbitration, n° 5, JurisNet, 2008.
- J. Ghestin, Ch. Jamin, M. Billiau, *Traité de droit civil. Les effets du contrat*, Paris, LGDJ, 2^e éd., 1994.
- S. Guinchard (dir.), *Droit et pratique de la procédure civile*, 10^e éd., Dalloz, 2021.
- S. Guinchard, F. Ferrand, C. Chainais, L. Mayer, *Procédure civile, Droit commun et spécial du procès civil, MARD et arbitrage*, Dalloz, 35^e éd., 2020.
- B. Hanotiau, A. Mourre, *Player's Interaction in International Arbitration*, Dossier of the ICC Institute of World Business Law, ICC Publ., 2012.
- B. Hanotiau, E. Schwartz (eds.), *Multiparty Arbitration*, Dossier of the ICC Institute of World Business Law, Vol. 7, 2010.
- A. Hyder Ali, J. Wessel, A. de Gramont, R. Melliske, *The International Arbitration Rulebook: A Guide to Arbitral Regimes*, Kluwer Law International, 2019.
- Ch. Jarrosson, *La notion d'arbitrage*, Paris, LGDJ, 1987.
- J. Jourdan-Marques, *Le contrôle étatique des sentences arbitrales internationales*, préf. Th. Clay, LGDJ, 2017.
- C. Kessedjian, V. Pironon, *Droit du commerce international*, PUF, 2^e éd., 2013.
- Ch. Leben (dir.), *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, A. Pedone, 2015.
- E. Loquin, *L'arbitrage du commerce international*, Joly, 2015.
- E. Loquin, S. Manciaux (dir.), *L'ordre public et l'arbitrage*, LexisNexis, 2014.
- M. McIlwrath, J. Savage, *International Arbitration and Mediation: A Practical Guide*, Kluwer Law International, 2010.
- A. Malatesta, R. Sali (ed.), *The rise of transparency in international arbitration*, Juris Publishing, 2013.
- P. Mayer (dir.), *Arbitrage et droit de l'Union européenne*, LexisNexis, 2012.
- P. Mayer, V. Heuzé, B. Remy, *Droit international privé*, LGDJ, 12^e éd., 2019.
- H. Motulsky, *Écrits, Études et notes sur l'arbitrage*, préf. Cl. Reymond, Dalloz, 1974.
- M.-L. Niboyet, G. de Geouffre de La Pradelle, *Droit international privé*, LGDJ, 7^e éd., 2020.

- B. Oppetit, *Théorie de l'arbitrage*, PUF, 1998.
- M. Paulsson, *The 1958 New York Convention in Action*, Kluwer Law International, 2016.
- J.-F. Poudret, S. Besson, *Droit comparé de l'arbitrage international*, Bruxelles, Bruylant, 2002.
- J.-B. Racine, *Droit de l'arbitrage*, PUF, 2016.
- J.-B. Racine, F. Siiriainen, *Droit du commerce international*, Dalloz, 3^e éd., 2018.
- A. Redfern et M. Hunter, *Droit et pratique de l'arbitrage commercial international*, traduit par E. Robine, LGDJ, 2^e ed., 1994.
- J. Robert, B. Moreau, *L'arbitrage, droit interne, droit international privé*, Dalloz, 6^e éd., 1993.
- M. Scherer, N. Bassiri, M. S. Abdel Wahab, *International Arbitration and the COVID-19 Revolution*, Kluwer Law International, 2020.
- Th. Schulz, F. Ortino, *The Oxford Handbook of International Arbitration*, Oxford, 2020.
- Ch. Seraglini, J. Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, LGDJ, 2^e éd., 2019.
- A. C. Smutny, A. de Lotbinière McDougall, M. P. Daly, *A Practical Guide to International Arbitration*, Juris, 2020.
- F.-X. Train, *Les contrats liés devant l'arbitre du commerce international : Étude de jurisprudence arbitrale*, préf. I. Fadlallah, LGDJ, 2003.
- A. J. Van den Berg (ed.), *Arbitration Advocacy in Changing Times*, ICCA Congress Series, No. 15, Kluwer Law International, 2011.
- A. J. Van den Berg (ed.), *Legitimacy: Myths, Realities, Challenges*, ICCA Congress Series, No. 18, Kluwer Law International, 2015.
- A. J. Van Den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958, Towards A Uniform Judicial Interpretation*, Kluwer Law International, 1981.
- Th. H. Webster, M. W. Bühler, *Handbook of ICC Arbitration: Commentary, Precedents, Materials*, Sweet and Maxwell, 4^e éd., 2018.

Index alphabétique

(Les chiffres renvoient aux numéros des alinéas)

A

AAA, [V. Association](#).

Abus, [80](#), [973](#), [978](#).

- appel abusif, [1537](#).
- clause abusive, [V. Consommation](#).
- de majorité / minorité, [V. Sociétés](#).
- du droit d'exercer une mesure d'exécution, [1741](#), [1769](#).
- de position dominante, [35](#), [155](#), [353](#) et s., [356](#), [431](#), [1026](#), [1052](#).
- recours abusif, [1546](#), [1629](#).

ABS, [545](#), [573](#) et s., [640](#).

Abstention de l'arbitre, [V. Arbitre](#).

Acceptation par l'arbitre de sa mission, [V. Mission de l'arbitre](#).

Accessoire, [V. Clause compromissoire](#).

Achmea, [57](#), [118](#), [1129](#).

Acte de mission, [506](#), [1093](#) et s.

- acceptation, [13](#).
- mission de l'arbitre, [V. ce mot](#).
- notion, [1093](#) et s.
- objet du litige, [1002](#), [1153](#), [1452](#), [1576](#).
- rédaction [171](#), [1452](#).
- utilité [1093](#).
- validité, [151](#).

Action de groupe (*class action*), [308](#), [323](#) et s., [327](#) et s., [326](#) et s.

Administration de la preuve, [V. Preuve](#).

ADR, [V. MARC](#).

Alstom, [509](#) (nbp), [545](#) (nbp), [916](#) (nbp), [1293](#) (nbp), [1613](#), [1614](#) (nbp).

Amiable composition, [907](#) et s.

- adaptation du contrat, [908](#).
- appel de la sentence, [1644](#).
- application de l'équité, [908](#), [1579](#).
- clause, [908](#).
- contenu, [908](#).
- droit applicable au fond du litige, [V. ce mot](#).
- équité, [19](#), [90](#), [438](#), [907](#), [910](#), [1438](#).
- motivation de la sentence, [1438](#), [1454](#), [1456](#).
- notion, [1386](#), [1438](#).
- ordre public, [909](#).
- principe de la contradiction, [V. Principe de la contradiction](#).
- procédure, [1438](#).

– recours en annulation, 1579, 1626 et s.

Amicus curiae, 300, 302.

Annulation de la sentence, *V. Recours en annulation*.

Anti-suit injunction, 59, 129, 675, 845, 1319.

Appel, 1498, 1504, 1508, 1547 et s., 1594.

– abusif, *V. Abus*.

– amiable composition, *V. ce mot*.

– *appeal on a point of law*, 1499, 1551.

– appel-nullité, 527, 786, 852 et s., 1508.

– clause d’appel, 1642 et s.

– contre l’ordonnance *d’execatur*, 1461, 1519, 1540.

– contre la sentence, 1498 et s., 1510.

– convergence avec le recours en annulation, 1505.

– délais, 1511.

– divergence avec le recours en annulation, 1508.

– effet dévolutif, 1491, 1645 et s.

– effet suspensif, 1515.

– *estoppel*, *V. ce mot*.

– exclusion dans l’arbitrage international, 1499, 1642.

– juge compétent, 1641.

– mission arbitrale, 1644.

– recevabilité des moyens, 1412, 1470, 1474, 1507 et s.

– recours contre l’arrêt d’appel, 34, 1519.

– règles de procédure applicables, 1505.

– renonciation, *V. ce mot*.

– retrait litigieux, 1630.

Arbitrabilité,

– art, 395.

– contrôle, 274 et s.

– corruption, *V. ce mot*.

– critères, 262 et s.

– définition, 260.

– droit administratif, 264, 280 et s., 1527.

– droit bancaire et financier, 346 et s.

– droit de la concurrence, *V. Concurrence*.

– droit de la consommation, *V. Consommation*.

– droit de la distribution, 371 et s.

– droit de la famille, 263, 397 et s.

– droit de la santé, 396.

– droits de l’Homme, 301 et s.

– droit immobilier, 263, 383 et s.

– droit fiscal, 292 et s.

– droit maritime, 377.

– droit pénal, *V. Procédure pénale*.

– droit de la propriété intellectuelle, *V. Propriété intellectuelle*.

– droit de l’environnement, 295 et s.

- droit des procédures collectives, [V. Procédures collectives](#).
- droit des sociétés, [V. Sociétés](#).
- droit de la santé, [396](#) et s.
- droit des assurances, [303](#), [349](#) et s.
- droit du sport, [V. Sport](#).
- droit du travail, [V. Travail](#).
- droits extrapatrimoniaux, [263](#).
- état et capacité des personnes, [263](#), [398](#).
- état et personnes publiques, [264](#), [280](#) et s.
- fraude, [V. ce mot](#).
- libre disponibilité des droits, [262](#) et s., [266](#), [383](#).
- lois de police, [270](#) et s.
- notion, [269](#).
- objective (*ratione materiae*), [260](#) et s.
- ordre public, [36](#), [191](#), [230](#), [264](#) et s., [271](#) et s., [293](#), [297](#).
- parties faibles, [304](#) et s.
- subjective (*ratione personae*), [260](#), [280](#) et s.

Arbitrage,

- accéléré, [V. ce mot](#).
- *Ad hoc*, [14](#), [62](#), [63](#), [89](#), [135](#), [136](#), [137](#), [141](#), [508](#), [510](#).
- administré, [V. Institution d'–](#).
- amiable composition, [V. ce mot](#).
- autonomie de l'–, [V. ce mot](#).
- avantages de l'–, [76](#), [87](#), [93](#), [116](#), [498](#) et s.
- centres d'–, [V. ce mot](#).
- choix de l'arbitre, [78](#).
- commercial, [29](#), [31](#) et s., [156](#), [216](#).
- communauté arbitrale, [V. « société arbitrale »](#). [sous Arbitrage](#).
- confidentialité de l'–, [V. ce mot](#).
- consentement à l'–, [V. ce mot](#).
- consolidation d'–, [1016](#), [1300](#).
- contractuel, [1492](#), [1496](#), [1518](#), [1655](#).
- contrat d'organisation de l'–, [V. Contrat](#).
- coût(s) de l'–, [V. ce mot](#).
- critiques de l'–, [12](#), [24](#), [26](#).
- d'investissements, [V. Arbitrage d'investissements](#).
- d'urgence, [V. ce mot](#).
- de « qualité », [79](#), [728](#), [1437](#), [1443](#).
- de groupe, [323](#).
- définition de l'–, [1](#), [4](#) et s., [9](#).
- délai de l'–, [V. ce mot](#).
- délocalisation de l'–, [114](#) et s., [1494](#).
- dématérialisation de l'–, [114](#), [708](#) et s., [1183](#) et s., [1248](#).
- durée, [83](#), [963](#), [1003](#).
- efficacité, [1389](#), [1400](#) et s., [1517](#), [1629](#).
- et *compliance*, [V. ce mot](#).

- et contrat, [13](#).
- et convention européenne des droits de l'homme, [V. Droits de l'homme](#).
- flexibilité, [77](#), [82](#), [950](#), [1003](#), [1208](#), [1581](#).
- forcé, [11](#), [24](#), [25](#) et s., [201](#), [336](#).
- fournisseurs de valeurs, [111](#).
- frontières, [6](#) et s.
- histoire, [3](#), [21](#) et s., [47](#).
- *imperium*, [91](#).
- inconvéniens, [498](#) et s.
- institution juridictionnelle, [6](#) et s., [15](#).
- institutionnel, [63](#), [66](#), [80](#), [138](#), [141](#), [142](#), [149](#), [508](#).
- institutions d'--, [V. Centres d'arbitrage](#).
- interne/international, [1](#), [6](#), [37](#), [58](#), [165](#) et s., [1415](#) et s.
- justice étatique, [240](#) et s., [251](#) et s.
- justice privée, [251](#) et s.
- justice volontaire, [77](#), [1456](#), [1576](#), [1641](#), [1655](#), [1729](#).
- légitimité, [12](#), [122](#) et s.
- marché de l'--, [112](#).
- « *Med-Arb* », [V. Médiation](#).
- mission juridictionnelle, [870](#) s.
- mode, [5](#), [10](#), [18](#), [20](#), [130](#), [1489](#), [1642](#), [1656](#).
- multipartite, [91](#), [491](#), [541](#), [821](#) et s., [990](#), [993](#).
- nature juridique, [V. Qualification](#).
- neutralité, [V. ce mot](#).
- notion, [5](#) et s., [22](#).
- origine(s), [V. Histoire](#).
- personnes publiques, [V. ce mot](#).
- pratique (de l'--), [59](#), [97](#).
- qualification (critères), [4](#) et s.
- rapidité de l'--, [83](#).
- rapidité, [83](#), [995](#) et s., [1492](#), [1694](#).
- règlements d'arbitrage, [V. ce mot](#).
- siège de l'--, [V. ce mot](#).
- sociologie, [3](#), [6](#), [24](#), [60](#), [94](#) et s.
- « société arbitrale », [102](#) et s., [112](#), [730](#) et s.
- souplesse de l'--, [82](#).
- sources contractuelles, [6](#).
- sources conventionnelles internationales, [5](#), [47](#).
- sources européennes, [52](#).
- sources nationales, [58](#).
- sources privées, [59](#).
- sportif, [V. Sport](#).
- tronqué, [803](#), [844](#), [1413](#).
- Arbitrage accéléré**, [928](#), [938](#), [1018](#) et s.
 - conditions, [1018](#) et s.
 - décisions, [1018](#) et s.

– effets, [1161](#), [1223](#).

Arbitrage d'investissement, [11](#), [50](#) et s., [57](#), [157](#) et s., [296](#).

– critiques, [118](#).

– recours en annulation (CIRDI), [1502](#).

– traité(s), [1570](#), [1679](#), [1712](#).

Arbitrage d'urgence [508](#), [1267](#) et s.

– compétence, [1267](#).

– conditions, [1018](#) et s., [1270](#) et s.

– décisions, [1018](#) et s., [1271](#) et s. [1405](#).

Arbitre(s) :

– abstention, [805](#), [825](#), [833](#), [844](#), [872](#).

– acceptation de la mission, [V. Mission de l'arbitre](#).

– ami, [739](#) et s.

– amoureux, [744](#) et s.

– avocat, [816](#).

– boutique d'–, [79](#).

– capacité, [687](#).

– compétence, [V. ce mot](#).

– compétence-compétence, [V. ce mot](#).

– contrat d'–, [V. ce mot](#).

– contrat de collaboration arbitrale, [V. Contrat](#).

– décès, [492](#), [1303](#).

– définition, [13](#).

– délibération [V. Délibéré](#).

– démission, [492](#), [825](#), [833](#), [844](#), [872](#), [1413](#), [1441](#).

– déontologie, [713](#), [1441](#).

– désignation, [V. Désignation de l'arbitre](#).

– disponibilité, [83](#), [702](#).

– droits [V. Droits de l'arbitre](#).

– écologique, [295](#), [704](#) et s.

– égalité hommes / femmes, [121](#), [694](#) et s.

– empêchement, [687](#), [689](#), [803](#), [825](#), [833](#), [844](#), [872](#), [1413](#), [1582](#).

– endormi, [746](#) s.

– fantôme, [820](#).

– juge (comparaison), [17](#), [57](#).

– honoraires, [V. ce mot](#).

– immunité, [V. ce mot](#).

– impartialité [V. ce mot](#).

– *imperium*, [V. ce mot](#).

– incompatibilités professionnelles, [687](#), [700](#) s., [1572](#).

– indépendance, [V. ce mot](#).

– irrégularités de désignation, [V. Désignation de l'arbitre](#).

– langue parlée, [V. Langue\(s\)](#).

– liberté de désignation par les parties, [V. Désignation de l'arbitre](#).

– liens entre –, [755](#).

– liste d'–, [702](#).

- magistrats, 79, 700, 816.
- mandataire, 823, 861, 1467.
- mission de l'–, *V. ce mot.*
- nationalité, 81, 513, 690 et s., 702.
- neutralité, *V. ce mot.*
- nomination, *V. Désignation.*
- nombre d'–, 511 et s., 794.
- obligations, *V. Obligations de l'arbitre.*
- partisan, 724, 794.
- personne morale, 686, 688.
- personne physique, 686.
- président du tribunal arbitral, *V. ce mot.*
- prestataire de services, 13, 865, 971.
- professeur de droit, 700, 816.
- profession, 80, 101, 686, 699 et s.
- qualités personnelles, 686 s., 689.
- qualités professionnelles, 699 s.
- qualités technologiques, 701, 708 s., 811.
- récusation, *V. Récusation de l'arbitre.*
- religion, 696 s.
- remboursement des frais, *V. Frais.*
- remplacement, 789, 844, 1305, 1413.
- responsabilité, *V. ce mot.*
- rétraction, 805, 833.
- révélation, *V. ce mot.*
- révocation, 689, 875.
- robot, 1253.
- saisine, *V. Tribunal arbitral.*
- salarié, 700.
- sélection, 8, 81 et s., 692, 698, 703, 704, 810 et s.
- « société arbitrale », 101.
- unique, *V. Désignation de l'arbitre.*
- urgence, *V. Arbitrage d'urgence.*

Association, 144.

- American Arbitration Association (AAA), 66, 325, 537, 749, 1144.
- association française d'arbitrage (AFA), 66, 1293.
- chambre de commerce internationale (CCI), *V. ce mot.*
- comité français de l'arbitrage (CFA), 59.
- International Bar Association (IBA), 68, 719, 896.

Astreinte(s) :

- décidée(s) par l'arbitre, 942, 1002, 1210, 1217, 1262, 1264, 1466.
- décidée(s) par le juge de l'exécution, 1739, 1770.
- sentence, 1390.

Audience, 1157 et s.

- nécessité, 1158 et s.
- témoins, 1237 et s.

– virtuelle, [1432](#), [1582](#).

Autonomie :

- articulation avec le caractère accessoire, [222](#).
- de l'arbitrage, [46](#), [128](#), [1491](#) et s., [1548](#).
- de la convention d'arbitrage, [205](#), [209](#) et s., [211](#), [830](#), [1400](#).
- de l'institution arbitrale, [1490](#).
- de la volonté, [12](#), [14](#), [698](#), [906](#).
- des règles de procédure, [921](#) et s., [941](#).
- par rapport au compromis, [210](#).
- par rapport au contrat principal, [205](#), [211](#) et s., [1560](#) et s.
- par rapport aux lois étatiques, [215](#) et s.

Autorité de la chose jugée de la sentence, [V. Chose jugée](#).

AVME, [756](#), [765](#).

Avocats, [V. Conseil\(s\)](#).

Azran, [876](#).

B

Bâillon, [V. Procédure bâillon](#), [734](#).

Baux, [385](#).

Bechtel, [1685](#) (nbp).

Bin Kamil, [467](#).

Bomar Oil, [480](#).

Bonne administration de la justice, [928](#), [1016](#), [1026](#), [1052](#), [1157](#), [1492](#).

Bonne foi, [620](#), [724](#), [812](#), [896](#) et s., [1025](#), [1029](#), [1040](#), [1051](#), [1060](#), [1579](#), [1592](#).

Brevets, [V. Propriété intellectuelle](#).

C

Capacité de compromettre, [435](#) et s., [440](#) et s., [465](#) et s.

- droit interne, [435](#) et s.
- droit international, [465](#) et s.
- des personnes morales, [289](#), [447](#) et s., [452](#), [941](#).
- des personnes physiques, [440](#) et s., [445](#).
- état et organismes d'état et personne publique, [452](#) et s.

Carter, [221](#).

Cautionnement, [567](#), [630](#) et s., [1471](#).

Célérité, [V. aussi Efficacité](#).

- de l'arbitrage, [83](#), [790](#), [869](#), [995](#) et s., [1389](#), [1469](#).
- obligation de l'arbitre, [V. ce mot](#).

Centre(s) d'arbitrage, [66](#) et s., [71](#) et s., [139](#), [686](#), [938](#) [V. aussi institution\(s\) d'arbitrage](#).

- AAA, [66](#), [325](#) et s.
- CCI, [V. Chambre de commerce internationale](#).
- centre d'arbitrage et de médiation de l'OMPI, [388](#), [410](#), [1018](#), [1057](#), [1195](#).
- CIArb, [68](#).

- CIRDI., [V. ce mot.](#)
- chambre arbitrale de Paris, [144](#), [508](#), [992](#).
- CMAP, [66](#), [509](#).
- cour arbitrale pour l'art, [395](#).
- LCIA., [V. ce mot.](#)
- HKIAC, [66](#), [72](#) et [96](#), [462](#), [1272](#).
- PCA, [1293](#).
- SCC, [66](#), [96](#), [708](#), [1265](#) et s.
- SIAC, [66](#), [72](#), [96](#), [112](#), [509](#), [1293](#).
- TAS., [V. ce mot.](#)

Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), [510](#).

- arbitrage d'investissements, [V. ce mot.](#)
- convention CIRDI, [V. Convention internationale.](#)

Cesareo, [1470](#), [1474](#).

Cession :

- de contrats, [221](#), [575](#) et s., [599](#).
- de créances et dettes, [220](#), [563](#) et s., [569](#), [599](#).
- de droit sociaux, [337](#) et s., [342](#), [591](#).
- d'entreprise, [V. Transmission.](#)

Cimat, [576](#).

Chaînes de contrats, [221](#), [573](#), [574](#), [605](#), [1294](#).

Chambre de commerce internationale (CCI), [28](#), [47](#), [59](#), [63](#) et s., [95](#), [144](#), [509](#).

Choix [10](#), [14](#), [76](#).

- de l'arbitrage, [10](#), [78](#), [498](#) et s., [506](#), [508](#) et s.
- de l'arbitre, [76](#) et s., [87](#), [114](#), [434](#), [499](#), [511](#) et s., [690](#), [695](#) et s., [698](#), [706](#), [806](#) et s.
- de la langue, [515](#) et s., [966](#), [1140](#) et s., [1170](#), [1386](#).
- de la loi applicable au fond, [V. Droit applicable au fond du litige.](#)
- de règles de procédure, [919](#) et s., [1581](#).
- du siège de l'arbitrage, [514](#) et s., [884](#), [923](#), [1113](#) et s., [1618](#), [1660](#).

Chose jugée :

- autorité de la -, [17](#), [20](#), [850](#), [1359](#), [1465](#) et s., [1475](#) et s.
- concentration des moyens et des demandes, [1470](#).
- conditions, [1467](#), [1470](#).
- contestation, [1465](#).
- décision du juge d'appui, [850](#).
- étendue, [1467](#) et s.
- exécution, [44](#), [48](#), [49](#), [91](#), [1479](#).
- fin de non-recevoir, [1507](#).
- inconciliabilité avec une autre décision de justice, [1590](#).
- motifs de soutien, [1469](#).
- motif décisive, [1469](#).
- opposabilité, [V. ce mot.](#)
- ordre public, [1470](#).
- parties, [9](#) et s., [807](#).

- sentence définitive, [16](#) et s., [251](#), [1459](#), [1465](#), [1479](#), [1481](#), [1492](#).
- sentence mixte, [1402](#).
- sentence partielle, [1466](#), [1482](#).
- tiers, [4](#) et s., [9](#), [12](#), [15](#), [19](#), [1471](#) et s.

Circulation de la convention d'arbitrage, [561](#) et s.

- accessoire, [571](#) et s.
- apport, [570](#).
- cession de contrat, [575](#) et s.
- cession de créance, [563](#) et s.
- dation en paiement, [569](#).
- d'entreprise, [590](#) et s.
- différence avec l'extension/ le rayonnement, [601](#).
- fondements, [598](#) et s.
- mandataire substitué, [595](#).
- personnes morales, [578](#) et s.
- personnes physiques, [584](#) et s.
- procédure collective, [594](#).
- subrogation, [567](#) et s.
- substitution, [596](#) et s.
- terminologie, [561](#).
- transmission :
 - à titre particulier d'un droit, [562](#) et s.
 - à titre universel, [577](#) et s.

Circulation de la sentence, [V. Sentence](#).

Clause abusive, [V. Consommation](#).

Clause attributive de juridiction, [249](#), [255](#), [840](#), [845](#), [1137](#).

Clause blanche, [486](#) et s., [493](#) et s., [808](#), [819](#), [830](#), [844](#).

Clause d'arbitrage/compromissoire, [10](#) et s., [31](#) et s., [156](#), [185](#) et s. [V. aussi](#)

[Convention d'arbitrage](#).

- acceptation, [V. Consentement](#).
- arbitrabilité, [V. ce mot](#).
- asymétrique, [808](#).
- autonomie de la –, [V. Autonomie](#).
- caractère accessoire, [197](#), [218](#) et s., [250](#).
- caractère autonome, [V. Autonomie](#).
- caractère contractuel, [203](#) et s., [558](#).
- caractère conventionnel, [198](#) et s.
- caractère dérogatoire, [224](#) et s.
- caractère procédural, [247](#) et s.
- caractère(s), [197](#) et s.
- clause abusive, [V. Abus](#).
- consentement à la –, [V. ce mot](#).
- différence avec le compromis, [V. Compromis](#).
- domaine de validité, [V. Arbitrabilité](#).
- forme, [185](#) et s.
- histoire, [21](#) et s., [186](#) et s.

- inopposabilité, [V. Opposabilité.](#)
- nullité, [V. ce mot.](#)
- principe de validité, [33](#), [188](#) et s., [458](#) et s., [464](#), [467](#), [474](#), [525](#), [634](#), [679](#).
- rédaction, [495](#) s.

Clause d'arbitrage / compromis optionnelle, [500](#) et s.

Clause d'arbitrage / compromis par référence, [477](#) et s.

- conditions, [481](#) et s.
- validité, [477](#) et s.

Clause de minuit, [495](#).

Clause grise, [234](#), [241](#), [315](#).

Clause pathologique, [430](#), [455](#) et s., [495](#) et s., [674](#), [834](#), [867](#), [1293](#), [1536](#).

Commercialité, [31](#) et s.

- de l'arbitrage, [V. Arbitrage.](#)
- réserve de commercialité, [33](#), [48](#), [167](#).

Commission des Nations unies pour le droit commercial international (CNUDCI), [510](#).

- arbitrage d'investissement, [V. ce mot.](#)
- convention CNUDCI, [V. Convention internationale.](#)
- loi-type sur l'arbitrage commercial international, [70](#), [185](#), [485](#), [691](#), [712](#), [751](#), [786](#), [788](#), [801](#), [923](#), [948](#), [990](#), [1206](#), [1275](#), [1499](#), [1501](#), [1508](#), [1547](#) et s., [1551](#) et s., [1578](#), [1592](#).
- règlement d'arbitrage, [V. ce mot.](#)

Compétence :

- appel d'un refus d'exequatur, [1707](#).
- compétence-compétence, [V. ce mot.](#)
- décision d'incompétence du tribunal arbitral, [540](#) et s., [1401](#), [1560](#), [1562](#) et s.
- de l'arbitre ou du tribunal arbitral, [15](#), [118](#), [1557](#).
- du conseiller de la mise en état, [1506](#) et s., [1516](#), [1544](#) et s., [1561](#), [1665](#), [1667](#), [1678](#), [1732](#) et s.
- du juge administratif, [286](#), [409](#), [1516](#), [1526](#) et s., [1533](#), [1700](#).
- du juge d'annulation, [1508](#), [1523](#), [1538](#) et s., [1548](#), [1639](#).
- du juge d'appui, [829](#), [837](#) s., [843](#), [846](#) et s.
- du juge étatique, [1394](#), [1502](#), [1640](#) et s., [1730](#) et s.
- du juge de l'exécution, [1755](#), [1770](#), [1771](#) et s.
- du juge de l'exequatur, [1484](#), [1664](#) et s., [1735](#) et s., [1739](#), [1745](#) et s.,
- du juge des référés, [1516](#), [1732](#).
- exequatur de la sentence, [1730](#) et s.
- recours en annulation, [1523](#), [1542](#) et s.
- recours en révision, [1524](#), [1653](#) et s.
- territoriale, [1665](#).
- tierce opposition, [V. ce mot.](#)

Compétence-compétence, [29](#), [521](#) et s., [531](#) et s., [551](#) et s., [675](#), [1401](#).

- autonomie de la convention d'arbitrage, [V. Autonomie.](#)
- contrôle ultérieur du juge, [1559](#).
- difficulté de constitution du tribunal arbitral, [830](#) et s.
- effet négatif, [523](#), [533](#) et s., [544](#) et s., [551](#) et s.

- effet positif, 523, 533 et s., 536 et s.

Compliance, V. Fraude.

Compromis, 26.

- autonomie, *V. ce mot.*
- conditions de validité, 27 et s., 332.
- définition, 185.
- différences avec la clause compromissoire, 190 et s., 194 et s., 331.
- domaine de validité, 193, 332.
- histoire, 186 et s.

Conciliation, 20 (Encart 3), 505 et s., 984.

Concurrence (Droit de la – :

- arbitrabilité, 353 et s.
- lois de police, 903, 915, *V. ce mot.*
- ordre public, 1527, 1611.

Confidentialité, 85, 242.

- étendue, 1062 et s.
- fondement, 1055, 1056.
- obligation de l'arbitre, 864, 1419, 1582.
- principe procédural, 1054 et s., 1492, 1622, 1629.
- sanctions, 1069 et s.

Conflit de juridictions, 1527 et s.

Conflit de lois, *V. Droit applicable au fond.*

Connaissance, *V. Consentement.*

Connexité, 1294, 1318.

Conseil(s), 105, 1035 et s., 1064 et s., 1238, 1241.

Consentement à l'arbitrage, 10 et s., 200, 422 et s., 463 et s., 481, 1416, 1492, 1527.

- absence, 1558, 1561, 1563.
- acceptation, 38, 138, 147.
- arbitrage forcé, *V. Arbitrage.*
- caractéristiques, 425 et s.
- connaissance, 421, 425, 428, 480, 481, 482, 483, 608, 616, 619, 633, 639, 644.
- différé, 11.
- existence, 423 et s.
- expression, 11, 427 et s.
- international, 457 et s., 463 et s.
- interne, 422 et s.
- offre, 11, 90, 118, 408, 424.
- portée *ratione materiae*, *V. Rayonnement de la convention d'arbitrage.*
- portée *ratione personae*, *V. Rayonnement de la convention d'arbitrage.*
- preuve, 11.
- validité, 432 et s.
- vices, 433, 1532, 1563, 1574.
- volonté contractuelle, 10 et s., 422 et s.

Consommation (droit de la) –, [33](#).

- action de groupe, [V. ce mot](#).
- arbitrabilité, [304](#) et s., [234](#), [310](#) et s.
- arbitrage international, [316](#), [318](#) et s.
- arbitrage interne, [310](#) et s.
- clause abusive, [193](#), [201](#), [233](#) et s., [236](#), [238](#), [241](#), [244](#) et s., [249](#), [307](#), [315](#) et s., [320](#) et s., [484](#), [553](#).
- consommateur, [33](#), [169](#), [193](#), [234](#), [236](#) et s., [305](#) et s., [310](#) et s.
- position dominante, [V. Abus](#).
- principe de compétence-compétence, [236](#), [319](#) et s., [553](#).
- protection, [236](#), [503](#).
- prunier, [V. ce mot](#).
- PWC, [V. ce mot](#).

Constitution du tribunal arbitral, [V. Désignation de l'arbitre](#).

Contradictoire, [V. Principe de la contradiction](#).

Contrat(s), [13](#).

- administratif(s), [280](#) et s., [286](#) et s.
- chaîne de –, [V. ce mot](#).
- d'arbitre, [V. ce mot](#).
- de collaboration arbitrale, [13](#), [868](#), [870](#).
- de travail, [V. ce mot](#).
- de transport maritime :
- d'organisation de l'arbitrage, [38](#), [147](#), [867](#), [900](#).
- droit des –, [13](#), [202](#) et s.
- groupe de –, [V. ce mot](#).

Contrat d'arbitre, [861](#) et s., [147](#), [540](#), [698](#).

- honoraires, [V. Honoraires des arbitres](#).
- nature juridique, [861](#).
- obligations de l'arbitre, [V. ce mot](#).
- obligations des parties, [865](#).
- régime, [862](#).

Convention d'arbitrage, [861](#) et s., [147](#), [540](#), [698](#).

- absence, [V. Moyens d'un recours en annulation](#).
- autonomie, [V. ce mot](#).
- capacité de compromettre, [V. ce mot](#).
- caractères, [V. Clause compromissoire / Caractères](#).
- cession de contrat, [V. Cession](#).
- cession de créance, [V. Cession](#).
- chaîne de contrats, [V. ce mot](#).
- choix du droit applicable par les parties, [V. Droit applicable](#).
- circulation, [V. ce mot](#).
- clause abusive, [V. Abus](#).
- clause blanche, [V. ce mot](#).
- clause compromissoire, [V. ce mot](#).
- clause d'appel, [V. Appel](#).
- clause grise, [V. ce mot](#).
- clause pathologique, [V. ce mot](#).

- compétence-compétence, [V. ce mot.](#)
 - compromis, [V. ce mot.](#)
 - conditions de fond de la –, [259](#) et s.
 - régime interne, [421](#) et s.
 - régime international, [457](#) et s.
 - conditions de forme de la –, [468](#) et s.
 - arbitrage interne, [468](#) et s.
 - arbitrage international, [474](#) et s.
 - consentement, [V. ce mot.](#)
 - convention sur l'exécution provisoire, [1729](#).
 - définition, [185](#).
 - désignation des arbitres, [V. Désignation de l'arbitre.](#)
 - droit applicable, [460](#) et s., [517](#) et s.
 - effet relatif, [556](#) et s.
 - effets, [531](#) et s., [555](#) et s.
 - évolution, [38](#).
 - extension, [V. Rayonnement.](#)
 - extinction, [666](#) et s., [675](#) et s.
 - formes/types, [11](#), [185](#) s.
 - groupe de contrats, [V. ce mot.](#)
 - groupe de sociétés, [V. ce mot.](#)
 - indivisibilité, [V. Groupe de contrats.](#)
 - inopposabilité, [V. Opposabilité.](#)
 - interprétation, [1576](#), [1644](#).
 - novation, [674](#).
 - nullité ou inapplicabilité manifeste, [V. ce mot.](#)
 - objet du litige, [471](#) et s.
 - opposabilité, [V. ce mot.](#)
 - optionnelle, [V. Clause d'arbitrage optionnelle.](#)
 - portée, [507](#).
 - pouvoir de compromettre, [V. Capacité de compromettre.](#)
 - privilèges de juridiction, [V. ce mot.](#)
 - rayonnement, [V. ce mot.](#)
 - rédaction, [505](#).
 - règles matérielles, [461](#).
 - règles supplétives, [487](#) et s.
 - renonciation, [V. ce mot.](#)
 - renonciation aux immunités et privilèges de juridiction, [V. Immunités.](#)
 - séparabilité, [V. Autonomie.](#)
 - transmission, [V. Circulation de la convention d'arbitrage.](#)
 - validité, [33](#), [458](#) et s.
 - verbale, [11](#), [469](#), [474](#).
 - vices du consentement, [V. Consentement.](#)
- Conventions internationales / Traités, [51](#).**
- convention européenne des droits de l'Homme, [V. Droits de l'Homme.](#)
 - convention de Genève (26 septembre 1927), [47](#), [1709](#).

- convention de Genève (21 avril 1961), [47](#), [53](#), [289](#), [456](#), [923](#), [1443](#), [1709](#), [1724](#) et s.
 - convention des Nations Unies de Mérida (9 décembre 2003), [1613](#) et s.
 - convention des Nations Unies pour le développement du commerce international (CNUDCI), [31](#), [61](#) et s.
 - convention des Nations Unies sur les accords de règlement internationaux résultant de la médiation (Convention de Singapour sur la médiation), [20](#), [98](#).
 - convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences étrangères du 10 juin 1958, dite Convention de New York, [48](#), [53](#), [98](#), [185](#), [201](#), [458](#), [475](#), [801](#), [923](#), [1100](#), [1138](#), [1140](#), [1152](#), [1261](#), [1382](#), [1386](#), [1442](#) et s., [1493](#), [1501](#), [1550](#), [1587](#), [1593](#), [1654](#), [1658](#), [1662](#), [1679](#) et s., [1684](#) et s., [1692](#) et s., [1708](#) et s., [1710](#) et s., [1719](#) et s., [1724](#).
 - annulation de la sentence dans l'État du siège, [1121](#), [1139](#), [1502](#), [1719](#).
 - champ d'application, [1711](#).
 - constitution irrégulière du tribunal arbitral, [1718](#).
 - contrariété à l'ordre public, [1720](#).
 - dépassement de la mission, [1717](#).
 - invalidité d'une sentence, [1715](#).
 - irrespect du principe du contradictoire, [1716](#).
 - traitement le plus favorable, [49](#), [1712](#).
 - convention pour le Règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États du 18 mars 1965, dite « Convention de Washington ou CIRDI » (18 mars 1965), [50](#), [289](#), [788](#), [1443](#), [1502](#), [1693](#), [1709](#).
 - convention pénale sur la corruption, (1999) [1613](#).
 - convention relative à l'organisation de coopération et de développement économiques (14 décembre 1960), [1613](#).
 - exequatur, [1693](#).
 - protocole de Genève (24 septembre 1923), [29](#), [47](#), [185](#), [1709](#).
 - réciprocité, [48](#).
 - traités de protection des investissements, [118](#), [157](#) et s., [424](#).
- Corruption**, [44](#), [1323](#), [1612](#) et s.
- convention de Mérida, [1613](#).
 - convention OCDE, [1613](#).
 - faisceau d'indices, [1611](#).
 - ordre public international, [903](#) et s., [912](#) et s., [1450](#), [1590](#), [1612](#) et s.
- Coût(s) de l'arbitrage**, [88](#) et s., [136](#), [231](#) et s., [243](#), [1138](#) et s., [1343](#), [1408](#), [1623](#).
- avance, [1408](#).
 - allocation (critères), [1357](#) et s.
 - barème, [1342](#) et s.
 - défaut, [676](#), [1349](#).
 - frais internes, [1354](#).
 - frais de l'arbitre, [1343](#).
 - frais administratifs, [1344](#) et s., [1624](#).
 - honoraires des arbitres, [V. ce mot](#).
 - impécuniosité d'une partie, [1350](#).
 - preuve, [1361](#).

- provision, 1347, 1394.
- raisonnable (caractère), 1361.
- sentence sur les –, 1357, 1408.
- tiers financeurs, *V. ce mot.*
- typologie, 1341 et s.

D

Dalico, 216, 273, 316, 457, 461.

Dallah, 462.

Dambricourt, 28.

Délai(s) de l'arbitrage, 36, 83, 149, 864, 999, 1333.

- détermination, 1101 et s., 1430, 1484, 1580.
- expiration / Extinction de l'instance, 1333, 1462, 1486.
- interruption (de l'instance), *V. ce mot.*
- légal, 1580.
- point de départ, 857, 1452.
- prorogation, 825, 846, 848, 864, 876, 1101, 1394, 1480, 1580.
- suspension, *V. ce mot.*

Délibéré 1408 et s., 1445

- « bonnes pratiques », 1445 et s.
- collégialité, 1412, 1441, 1449.
- date, 1411 et s.
- forme, 1412, 1414, 1441.
- majorité des voix, 1411, 1415 et s., 1441, 1626.
- obligation, 1412, 1440.
- opinion dissidente, *V. ce mot.*
- preuve, 1417.
- refus de signer, 1413, 1421, 1441.
- rôle du président, 1416, 1449.
- secret, 34, 1054, 1069, 1411, 1418 et s., 1440.
- tronqué, 1413.
- violation, 1420.

Demande d'arbitrage, *V. Introduction de l'instance.*

Démission, *V. Arbitre.*

Déni de justice, 149, 231, 244 et s., 841 et s., 926, 1135, 1350.

Désignation de l'arbitre, 19, 78, 793 et s.

- acceptation de leur mission, *V. Mission de l'arbitre.*
- arbitrage institutionnel, 823 s., 854.
- arbitrage multipartite, 491, 821.
- arbitre unique, 512, 795, 824.
- *Beauty contest*, 815.
- choix de la loi par les parties, *V. Choix.*
- clause blanche, *V. ce mot.*
- du président du tribunal arbitral, 796.

- égalité des parties dans la désignation des arbitres, [V. Égalité des parties](#).
- imparité, [473](#), [794](#) et s., [1421](#).
- irrégularité de désignation, [689](#), [790](#), [801](#), [832](#), [1575](#).
- loi applicable, [819](#).
- modalités de –, [685](#), [806](#) et s.
- nombre d'arbitres, [V. Arbitre](#).
- par un centre d'arbitrage [823](#) et s., [854](#).
- par la convention d'arbitrage, [817](#) et s.
- par le juge d'appui, [825](#) et s.
- par les parties, [146](#), [810](#) et s.
- qualités requises, [V. Arbitre](#).

Dispositif de la sentence [V. Sentence](#).

Dispositions impératives [903](#), [913](#) et s., [925](#).

Documents (preuve documentaire), [1175](#) et s.

- administration, [1192](#) et s.
- caractères, [1187](#) et s.
- contradictoire, [1218](#).
- culture juridique, [1196](#).
- électronique, [1183](#) et s.
- faux, [1209](#).
- forme et présentation, [1179](#) et s.
- loyauté, [1219](#).
- production forcée / volontaire, [931](#), [1204](#), [1210](#), [1307](#), [1308](#) et s.
- détenus par les parties, [1210](#) et s.
- détenus par les tiers, [1021](#), [1210](#), [1309](#) et s.
- *Redfern Schedule*, [1204](#), [1213](#), [1215](#).
- règlement IBA sur l'administration de la preuve, [68](#) et s.
- rôle de l'arbitre / des parties, [1198](#) et s.
- typologie, [1180](#) et s.

Dommages-intérêts :

- juge de l'exequatur, [1739](#), [1741](#), [1757](#).
- punitifs, [1546](#), [1629](#).
- recours abusif, [V. Abus](#).
- responsabilité des arbitres, [V. Responsabilité](#).

Dow Chemical, [639](#) et s.

Droit applicable à la convention d'arbitrage international, [V. Convention d'arbitrage](#).

Droit applicable au fond, [161](#), [517](#) et s., [879](#) et s., [885](#), [891](#) et s., [895](#).

- amiable composition, [907](#) et s., [1579](#).
- *charia*, [902](#).
- choix d'un droit non-étatique, [896](#) et s.
- choix d'une loi étatique, [890](#) et s.
- conflit de lois, [895](#), [1579](#).
- contrat sans loi, [906](#).
- détermination par les arbitres, [885](#) et s., [912](#) et s.
- détermination par les parties, [883](#) et s.

- droits de l’Homme, 913.
- équité, 907.
- gel de la loi applicable, 892 et s.
- *lex mercatoria*, 897, 899, 903.
- liberté de choix, 879, 883 et s.
- limites à l’autonomie de la volonté, 911 et s.
- lois de police, 915, [V. ce mot.](#)
- ordre public, 913 et s. [V. ce mot.](#)
- lois de police, 915.
- lois extraterritoriales, 916, 1686 et s.
- méthode de détermination, 895 et s.
- ordre public, 913.
- preuve du –, 1190 et s.
- principes généraux du commerce international, 898 et s.
- principe UNIDROIT, [V. UNIDROIT.](#)
- règles impératives, 903, 913.
- règles modèles, 901.
- usages du commerce international, [V. Usages.](#)

Droits (catégories / domaines) :

- administratif, 178 et s., 266, 280 et s.
- de l’environnement, 295 et s., 298 et s., 704, 1617.
- de l’Homme, [V. ce mot.](#)
- de la concurrence, [V. Concurrence.](#)
- de la consommation, [V. Consommation.](#)
- de la famille, [V. Arbitrabilité.](#)
- de la propriété intellectuelle, [V. ce mot.](#)
- de la propriété, [V. Arbitrabilité.](#)
- de la santé, 396.
- des entreprises en difficultés, 915, 1324 et s.
- des sociétés, [V. Sociétés.](#)
- fiscal, [V. Arbitrabilité.](#)
- maritime, [V. Arbitrabilité.](#)

Droits de l’arbitre [V. aussi Arbitre\(s\).](#)

- abstention, [V. ce mot.](#)
- démission, [V. ce mot.](#)
- empêchement, [V. Arbitre\(s\).](#)
- exception d’inexécution de ses obligations, [V. Obligations de l’arbitre.](#)
- immunité, [V. arbitre.](#)
- liberté de jugement, 1376, 1418, 1440, 1562, 1611.
- rémunération, [V. Honoraires de l’arbitre.](#)

Droit de l’arbitrage (droit interne) :

- convention d’arbitrage interne, [V. Convention d’arbitrage.](#)
- critères, 1443, 1536, 1588 et s., 1592.
- décret de 2011, 22, 37, 39 et s.
- loi NRE (2001), 35, 187, 193, 311.
- loi « Justice XXI^e siècle » (2016), 38, 304.
- loi programmation et de réforme de la justice (2019), 45, 865.

- loi « Sapin II », (2016), 292, 916, 1760 et s.
- (et) réforme du droit français des contrats, 112.

Droit de l'arbitrage (droit international) :

- convention d'arbitrage international, *V. Convention d'arbitrage*.
- convention de Genève (1927), *V. ce mot*.
- convention de Genève (1961), *V. ce mot*.
- convention de New York (1958), *V. ce mot*.
- convention (CIRDI) de Washington (1965), *V. ce mot*.
- droit de l'Union européenne, *V. Union européenne*.
- protocole de Genève (1923), *V. ce mot*.

Droits de la défense, 946, 971 et s., 983.

- exigence de motivation de la sentence, *V. Motivation de la sentence*.
- principe d'égalité, *V. ce mot*.
- principe de contradiction, *V. Principe de la contradiction*.
- principe de loyauté, 1025 et s.

Droits étrangers, 59.

- Afrique du Sud, 394.
- Algérie, 75, 456, 538, 903, 1321 (nbp).
- Allemagne, 4, 61, 74, 118, 165, 174, 198, 211, 243, 247, 294, 307, 327, 350, 369, 408, 531, 637, 676, 691 (nbp), 747, 788, 801, 966, 1046, 1217, 1227, 1317, 1556, 1633.
- Angleterre, 4, 12, 28, 56, 66, 71, 75, 82 et s., 85, 87, 97, 113, 125, 165, 198, 226, 228, 268, 335, 341, 362, 401, 404, 458, 462, 485, 504, 517, 540, 585 et s., 627, 636, 653 et s., 660, 675, 717 (nbp), 719, 779 (nbp), 801, 888 (nbp), 890 (nbp), 901, 930, 1007, 1118, 1120 (nbp), 1125 (nbp), 1140 (nbp), 1191 (nbp), 1227 et s. (nbp), 1234 (nbp), 1237 (nbp), 1245 (nbp), 1300 (nbp), 1307 (nbp), 1317, 1359, 1369, 1389, 1442, 1493, 1511, 1551 et s., 1563, 1633, 1692.
- Australie, 71, 75, 85 (nbp), 99 (nbp), 113 (nbp), 362, 401, 691 (nbp), 845, 1059 (nbp), 1125 (nbp), 1245 (nbp), 1252 (nbp), 1369.
- Autriche, 68 (nbp), 74, 350 (nbp), 369, 383 (nbp), 936 (nbp), 1125 (nbp), 1249 (nbp), 1252 (nbp), 1556 (nbp), 1660 (nbp), 1689.
- Arabie Saoudite, 697.
- Argentine, 291, 1551.
- Bahreïn, 61, 75, 165 (nbp).
- Belgique, 165, 171, 211 (nbp), 247 (nbp), 268, 341, 373, 538, 540, 880 (nbp), 990 (nbp), 1245 (nbp), 1534 (nbp), 1552, 1556 (nbp), 1609, 1622 (nbp), 1689.
- Brésil, 73, 268, 303 (nbp), 1124, 1551.
- Canada, 61, 73 (nbp), 99 (nbp), 118, 159 (nbp), 308, 335, 394, 401, 410, 499 (nbp), 691 (nbp), 696 (nbp), 916 (nbp), 978, 1338, 1563, 1699.
- Chine, 20 (nbp), 22 (nbp), 72, 113 (nbp), 142, 149 (nbp), 361, 502 (nbp), 938 (nbp), 1150 (nbp), 1253 (nbp), 1551.
- Égypte, 75, 96 (nbp), 118 (nbp), 167, 381, 387 (nbp), 485, 687 (nbp), 691, 695, 880 (nbp), 964, 1121 (nbp), 1253 (nbp), 1328 (nbp).
- Émirats Arabes Unis, 75, 97, 290, 303 (nbp), 383 (nbp), 451, 453 (nbp), 456, 514, 585, 1121 (nbp), 1140, 1164, 1369, 1687 (nbp), 1780.

- Espagne, 74 (nbp), 327 (nbp), 350 (nbp), 408, 456, 675, 696, 788, 801, 880 (nbp), 1275, 1441, 1511, 1610 (nbp).
- États-Unis, 4 (nbp), 10 (nbp), 12 (nbp), 18 (nbp), 20 (nbp), 21 (nbp), 66, 68 (nbp), 73, 78, 82, 95, 98 et s. (nbp), 112 et s. (nbp), 117 (nbp), 119 (nbp), 158, 159 (nbp), 187 (nbp), 234, 268, 277, 294, 308, 324 et s., 335, 329, 348 (nbp), 350 (nbp), 354, 361 et s., 364, 394, 401, 404 (nbp), 458, 485 (nbp), 494, 504, 554, 620, 622, 627, 636, 675, 719, 749, 845, 884 (nbp), 888 (nbp), 916, 930 (nbp), 931, 933 (nbp), 990, 1042, 1046 et s., 1065, 1103 (nbp), 1113 (nbp), 1118, 1136, 1192, 1196 et s., 1203, 1210 (nbp), 1224 et s. (nbp), 1227, 1232, 1234 (nbp), 1237 (nbp), 1249 (nbp), 1253 (nbp), 1295, 1307 (nbp), 1308 et s., 1317, 1363, 1390 (nbp), 1442 (nbp), 1443, 1511, 1551 et s., 1557, 1561 et s., 1592, 1613, 1615, 1618, 1624, 1689.
- Finlande, 350 (nbp), 797 (nbp).
- Hong Kong, 71 et s., 75, 91 (nbp), 113, 141 (nbp), 165, 494, 691 (nbp), 1125 (nbp), 1273, 1369, 1499.
- Inde, 71, 83, 113 (nbp), 143, 404 (nbp), 691 (nbp), 719 (nbp), 1121 (nbp), 1123 (nbp), 1299 (nbp), 1579 (nbp).
- Indonésie, 4 (nbp), 43 (nbp).
- Irlande, 268, 350 (nbp), 462, 1126 (nbp), 1551.
- Italie, 6 (nbp), 21 (nbp), 55 (nbp), 74 (nbp), 83, 188, 211 (nbp), 327 (nbp), 341, 350 (nbp), 369, 394, 410, 451, 485, 496 (nbp), 691 (nbp), 1552, 1556 (nbp).
- Jordanie, 691, 695.
- Liban, 75, 168 (nbp), 305 (nbp), 456, 678 (nbp).
- Maroc, 75, 303 (nbp), 456, 1425 (nbp).
- Mexique, 159 (nbp), 485.
- Pays-Bas, Pays-Bas, 91 (nbp), 211 (nbp), 232 (nbp), 303, 327 (nbp), 335, 350 (nbp), 376 (nbp), 485, 538, 691, 695, 1016, 1158 (nbp), 1245 (nbp), 1247 (nbp), 1249 (nbp), 1253 (nbp), 1275, 1295, 1300 (nbp), 1552, 1556 (nbp), 1570, 1609 (nbp), 1689.
- Pérou, 456, 620.
- République tchèque, 1028.
- Singapour, 71 et s., 75, 85 (nbp), 97, 112, 113 (nbp), 462, 489 (nbp), 509, 627, 691 (nbp), 934 (nbp), 1121 (nbp), 1137 (nbp), 1192 (nbp), 1273, 1293, 1294 (nbp), 1369, 1499, 1551, 1563.
- Suède, 68 (nbp), 74, 85 (nbp), 118 (nbp), 335, 347 (nbp), 350 (nbp), 805, 866, 891, 1059 (nbp), 1273, 1359, 1534 (nbp).
- Suisse, 4 et s., 49, 58, 74, 91 (nbp), 161 (nbp), 165, 166 (nbp), 211 (nbp), 268, 291, 294, 341, 369, 394, 408, 417 (nbp), 418, 424 (nbp), 451, 489 (nbp), 538, 540, 620, 623, 636, 675 et s., 691 (nbp), 797, 880 (nbp), 891, 896 (nbp), 903, 916 (nbp), 923 (nbp), 925 (nbp), 990, 1007, 1118, 1125 (nbp), 1150 (nbp), 1152, 1158 (nbp), 1245 (nbp), 1294, 1394 (nbp), 1408 (nbp), 1441, encart 47 (nbp), 1552, 1557, 1592, 1614 (nbp), 1685, 1686 (nbp), 1692 (nbp), 1696, 1780.
- Syrie, 691, 695.
- Tunisie, 75, 291 (nbp), 381, 538.

– Union européenne. *V. ce mot.*

Droits de l'Homme / Droits humains, 127, 301 et s., 1617.

– arbitrabilité, *V. ce mot.*

– convention européenne des droits de l'Homme (CEDH), 54, 124, 301 et s., 712, 925, 983, 1310, 1443.

– cour européenne des droits de l'Homme, 408, 988, 1310, 1564.

– garanties fondamentales de bonne justice, *V. Garantie.*

– principes processuels, 943 et s.

Droits religieux :

– droit ecclésiastique, 696.

– droit musulman, 6, 401, 902.

– droit hébraïque, 401.

Dubaï, 75, 97.

Due process paranoia, *V. Principe de la contradiction.*

Dutco, 149 (nbp), 490, 807, 822, 926 (nbp), 989 et s., 991, 993, 1573.

E

Eco Swiss, 361.

Égalité des parties, 807, 822.

– dans la désignation des arbitres, 807 s., 821, 1573.

– dans la procédure arbitrale, 987 et s., 1418, 1440, 1539, 1573, 1582, 1585, 1590, 1601.

Emanation d'État, 656, 657 et s.

Ensembles contractuels, *V. Groupe de contrats.*

Équité, 3, 19, 90, 129, 907 et s.

Estoppel, 898, 930, 1025, 1046 et s., 1517, 1530, 1584, 1707.

État et organismes d'État et personne publique :

– aptitude à compromettre, 447 et s., 452 et s., 456.

– arbitrabilité, *V. ce mot.*

– arbitrage d'investissement, *V. ce mot.*

– clauses de « gel », 892 et s.

– contrats administratifs, *V. Contrat(s).*

– contrats d'–, *V. Contrat(s).*

– convention d'arbitrage conclu par un –, *V. ce mot.*

– groupement(s) public(s), *V. ce mot.*

– immunités, *V. ce mot.*

– pouvoir de compromettre, 452 et s.

Éthique, 896, 1039, 1047.

– code –, 1039.

– de l'arbitre, 1419, 1620.

Soft law, 59, 63, 69, 720, 896.

Exception de litispendance, *V. Procédures parallèles.*

Exécution de la sentence, 48, 49, 1655 et s., 1725 et s.

– application du droit français, 1738.

– absence d'exequatur, 1745.

– caractère exécutoire de la sentence, 1747.

- compétence du juge de l'exécution, *V. Compétence*.
- contestée, 1657.
- contrôle d'une mesure conservatoire, 1744.
- contrôle d'une mesure d'exécution, 1743.
- dans l'État du siège, 1683 et s.
- délais de grâce, 1753.
- immunité d'exécution, *V. Immunités*.
- localisation, 1494, 1658, 1660, 1682 et s.
- mesures conservatoires, 1470, 1743 et s., 1768 et s., 1773, 1775 et s., 1778 et s.
- mesures d'exécution forcée, 1516, 1663 et s., 1733, 1747 et s., 1750, 1756 et s., 1773 et s., 1778 et s.
- procédure collective du débiteur, *V. ce mot*.
- provisoire, *V. Exécution provisoire de la sentence*.
- rôle du juge de l'exécution, *V. Compétence*.
- sentence annulée à l'étranger, 1683 et s., 1691 et s., 1748.
- spontanée, 1656, 1725, 1731.
- suspension de l'exécution, 1731 et s., 1753.
- volontaire, 1656.

Exécution provisoire de la sentence, 1726 et s.

- arbitrage international, 1732.
- arbitrage interne, 1727.
- convention sur l'–, 1729.
- prononcée par le juge, 1730.
- recours, 1734.
- suspension, 1731.

Exequatur (arbitrage interne), 1387, 1662 et s.

- appel contre ordonnance d'–, *V. Appel*.
- conseiller de la mise en état, *V. Compétence*.
- contrôle de la sentence, 1490 et s., 1501, 1540, 1669.
- juge compétent, 1664.
- ordonnance d'exequatur, 34, 1671, 1698.
- partiel, 1672.
- premier président de la Cour d'appel, 1667, 1678, 1732.
- procédure, 1668 et s.,
- procédure de saisie, 1758 et s., 1777.
- recours contre l'ordonnance d'exequatur, exequatur accordé, 1677, 1746.
- recours contre l'ordonnance d'exequatur, rejet de l'exequatur, 1674, 1705, 1710 et s., 1746.
- rejet du recours en annulation, 1488, 1666.
- requête, 1668, 1701.
- sursis à statuer, 1723.

Exequatur et reconnaissance (arbitrage international), 1387, 1679 et s.

- automatique, 1693.
- compétence, 1696, 1707.
- compétence du juge administratif, 1700.

- contrôle, [55](#), [1490](#) et s., [1501](#).
- contrôle *prima facie*, [1697](#), [1501](#).
- convention de Genève (1927), [V. Convention internationale](#).
- convention de New York (1958), [V. Convention internationale](#).
- intérêt à agir, [1537](#), [1699](#).
- modalités pratiques, [1750](#).
- multi-localisation, [1494](#), [1660](#) et s.
- nationalité de la sentence, [1680](#).
- non-reconnaissance de la sentence validée à l'étranger, [1692](#).
- notification de l'ordonnance d'exequatur, [1461](#).
- ordonnance d'exequatur, [1671](#), [1698](#).
- procédure, [1694](#) et s., [1721](#) et s.
- protocole de Genève (1923), [V. Convention internationale](#).
- reconnaissance, [49](#), [129](#), [1695](#).
- recours contre l'ordonnance d'obtention/rejet d'exequatur, [1704](#), [1705](#).
- requête, [1668](#), [1701](#).
- saisies, [1758](#) et s., [1777](#).
- sentence internationale annulée dans l'État du siège, [903](#), [1683](#) et s.
 - application internationale, [1689](#).
 - décision de justice internationale, [1689](#).
 - justification, [1685](#).
- sentence CIRDI, [1693](#).
- sentence étrangère interne annulée dans l'État du siège, [1691](#).

Expédia, [363](#).

Expert(s), [300](#), [388](#), [1228](#) et s.

Expertise, [499](#), [1228](#) et s., [1510](#).

Extension de la convention d'arbitrage, [V. Rayonnement](#).

F

Faillite, [365](#) et s., [687](#), [886](#), [1294](#).

Faits,

- charge de la preuve, [V. Preuve](#).
- preuve(s) des –, [1189](#).
- requalification, [1190](#), [1468](#), [1477](#) et s., [1493](#), [1539](#), [1590](#), [1608](#), [1615](#).
- rôle du tribunal arbitral, [1193](#) et s., [1205](#) et s., [1412](#), [1447](#) et s.

Fast-Track Arbitration, [V. Arbitrage accéléré](#).

Fin de l'instance, [V. Instance](#).

Financement :

- coûts, [V. ce mot](#).
- par un conseil, [1042](#).
- par un tiers financeur, [V. Tiers financeur](#).

Fonctionnaire, [228](#), [700](#).

Fond du litige, [V. Droit applicable au fond](#).

For, [6](#), [231](#), [1191](#).

Force exécutoire de la sentence, [17](#), [1492](#), [1501](#), [1655](#) et s., [1663](#).

Force majeure, 396, 896.

Force obligatoire des conventions, 198, 534, 557, 1319.

Forclusion, 786, 819.

Frais de l'arbitrage, *V. Coûts*.

Fraude, 164, 171, 173 et s., 176.

– arbitrabilité, *V. ce mot*.

– compliance, *V. ce mot*.

– de l'arbitre, 864, 871, 876, 1413, 1422, 1424.

– ordre public, *V. ce mot*.

– procédurale, 1599, 1602.

– recours en révision / Rétraction de la sentence, 1652.

– tierce opposition, *V. ce mot*.

G

Galakis, 270, 298, 377, 455.

Ganz, 271, 581.

Garanties,

– autonome(s) / à première demande, 631.

– de procès équitable / fondamentales de bonne justice, 149, 229, 242, 301, 807,

938, 1009.

Genève, 37, 66 (encart 6), 74, 97, 112, 1114.

Granarolo, 363.

Golshani, 1046, 1048, 1050.

Gosset, 29.

Groupe de contrats, 559, 604 et s., 619.

– approches objectives/subjectives, 615 et s.

– chaîne de contrats, *V. ce mot*.

– ensemble contractuel, 605 et s., 607.

– fondements de rayonnement, 614 et s.

– indivisibilité, 372, 529, 605 et s., 617 et s., 619.

– séquestre, 610.

– volonté des parties, 1558.

Groupe(s) de sociétés,

– extension / rayonnement, 637 et s.

– société(s), *V. ce mot*.

– société mère, 639.

Groupements publics, 649 et s.

H

Hardship, *V. Force majeure*.

Hecht, 31, 33, 461.

Hilmarton, 49, 169, 889 (nbp), 903, 1118 (nbp), 1139 (nbp), 1569, 1683, 1685 et s., 1689 et s. (nbp), 1691, 1745, 1748.

Himpurna California Energy Mtd c/ Republic of Indonesia, 284 (nbp), 975.

Histoire de l'arbitrage, *V. Arbitrage*.

Hong Kong, 66 (encart 6), 1163.

Honoraires des arbitres, 84, 88 et s., 243, 510, 676, 865 et s., 1342 et s.

- contrat d'arbitre, *V. ces mots*.
- devise, 1624.
- frais, *V. Coûts de l'arbitrage*.
- provision, 90, 676, 865.
- révision, 865.
- solidarité, 866.
- TVA, 865.

I

IBA Rules, 719 et s., 733, 750, 752 et s., 766, 770 et s., 791, 814, 1584.

Immunité :

- de l'arbitre, 792, 864, 873, 876.
- de juridiction, 1762, 1765.
- d'exécution, 44, 1536, 1569, 1733, 1756, 1760 et s.
 - biens concernés, 1763, 1780.
 - « fonds vautours », 1767.
- renonciation à l'immunité de juridiction/exécution, 1764.

Imparité du tribunal arbitral, 794 et s., 801 et s.

- exigence d'imparité du tribunal arbitral, 794, 801, 1572.
- sanction, 802 et s.

Indépendance et impartialité (de l'arbitre), 13, 19, 45, 69, 78, 114, 173, 434,

685, 692, 699 et s., 711 et s.

- amitié, 721, 736, 739 et s.
- arbitrage de qualité, 728.
- courant d'affaires, 727.
- défaut, 790 et s., 1575.
- devoir de curiosité, 756, 764, 766, 768.
- devoir de réaction, 756 et s., 767 et s., 769, 777, 970.
- doute raisonnable, 715, 718, 723, 726 et s., 733, 736, 754, 756.
- *evident partiality*, 719.
- faits notoires, 755 et s.
- *IBA Rules*, *V. ce mot*.
- impartialité, 729 et s.
- indépendance, 723 et s.
- liens d'intérêts, 726.
- listes, 718 et s.
- neutralité, 693, 730.
- obligation de révélation, 750 et s.
- recours en annulation, 1575.
- récusation, *V. ce mot*.
- réseaux sociaux, 740, 775.
- standards, 718 et s.

Impartialité, [V. Indépendance et impartialité de l'arbitre](#).

Imperium, [17](#), [91](#) et s., [228](#), [251](#), [971](#), [1019](#), [1024](#), [1136](#), [1217](#), [1245](#), [1266](#).

– d'un juge étatique, [1659](#), [1391](#), [1663](#).

Inarbitrabilité, [V. Arbitrabilité](#).

Incidents de l'instance arbitrale, [V. Suspension de l'instance](#).

INCOTERMS, [897](#) et s., [901](#).

Indépendance de la clause d'arbitrage, [V. Autonomie](#).

Indivisibilité, [V. Groupe de contrats](#).

Injonction :

– *anti-suit injunction*, [V. ce mot](#).

– du tribunal arbitral, [958](#), [1406](#).

Inopposabilité, [V. Opposabilité](#).

Inserm, [455](#) (nbp), [1528](#), [1700](#).

Instance arbitrale :

– acte de mission, [V. ce mot](#).

– amiable composition, [V. ce mot](#).

– audience, [V. ce mot](#).

– autonomie de la volonté, [V. autonomie](#).

– célérité, [V. ce mot](#).

– communication des mémoires et pièces, [V. Mémoires](#).

– comparution et représentation des parties, [1245](#).

– confidentialité, [V. ce mot](#).

– contradiction, [V. Principe de la contradiction](#).

– délai de l'arbitrage, [V. ce mot](#).

– délibéré, [V. ce mot](#).

– détermination des règles applicables, [932](#) et s.

– droits de la défense, [V. ce mot](#).

– durée, [1003](#), [1158](#), [1169](#).

– égalité des parties, [V. ce mot](#).

– fin de l'instance, [1330](#) et s., [1332](#) et s., [1335](#) et s., [1386](#), [1411](#).

– incidents, [V. Suspension de l'instance](#).

– injonction, [V. ce mot](#).

– interruption, [V. Suspension](#).

– intervention des tiers, [1092](#) et s., [1235](#), [1518](#).

– introduction, [1074](#) et s., [1080](#) et s., [1086](#), [1096](#) et s.

– langue, [V. ce mot](#).

– liberté des parties, [1586](#), [1581](#).

– lien d'–, [857](#).

– mesures d'instruction, [551](#), [864](#), [982](#), [1002](#), [1072](#), [1095](#), [1154](#), [1194](#), [1203](#),

[1206](#) et s., [1736](#).

– point de départ, [V. Commencement de l'arbitrage](#).

– pouvoir des arbitres, [V. Arbitre](#).

– preuves, [V. ce mot](#).

– principes directeurs du procès, [944](#) et s. [V. ce mot](#).

– procédures collectives, [V. Interruption de l'instance](#).

– production des preuves, [V. Preuve](#).

– règles de procédure, [939](#) et s.

- récusation de l'arbitre, [V. ce mot.](#)
- renonciation à l'instance arbitrale, [V. Renonciation.](#)
- représentation des parties, [V. Conseils.](#)
- requête d'arbitrage, [V. Introduction de l'instance.](#)
- siège, [V. ce mot.](#)
- suspension, [V. ce mot.](#)
- témoignages, [V. Témoins.](#)

Institution(s) d'arbitrage, [9](#), [21](#), [23](#), [62](#), [63](#), [64](#), [66](#), [67](#), [68](#), [138](#), [139](#), [140](#), [488](#), [508](#).

- centres d'arbitrage, [V. ce mot.](#)
- contrat de collaboration arbitrale, [V. Contrat.](#)
- contrat d'organisation de l'arbitrage, [V. Contrat.](#)
- coûts, [V. ce mot.](#)
- désignation des arbitres, [V. Désignation de l'arbitre.](#)
- diversité, [70](#), [101](#).
- éthique, [69](#), [704](#) et s., [914](#), [1029](#), [1039](#) et s., [1047](#), [1175](#).
- mission administrative, [150](#) et s.
- mission juridictionnelle, [5](#).
- multiplication, [96](#).
- prorogation du délai d'arbitrage, [V. Délai d'arbitrage.](#)
- récusation des arbitres, [V. ce mot.](#)
- règlement d'arbitrage, [V. ce mot.](#)
- responsabilité, [155](#) et s., [798](#), [964](#), [1618](#) et s.
- rôle(s), [823](#) et s., [1443](#).
- sentences, [1137](#) et s.
- statut(s), [141](#) et s.

Intel Corp v. Advanced Micro Devices, Inc., [1309](#), [1311](#).

Intérêts moratoires, [1739](#), [1749](#).

Interprétation :

- de la convention d'arbitrage, [V. Convention d'arbitrage.](#)
- de la sentence arbitrale, [825](#), [1403](#), [1404](#), [1394](#), [1403](#), [1428](#) et s., [1442](#), [1467](#), [1484](#) et s., [1619](#), [1715](#).
- liberté de requalifier, [1190](#).

Interruption de l'instance arbitrale, [V. Suspension.](#)

Intervention :

- devant le tribunal arbitral, [1092](#), [1514](#).
- d'un tiers, [200](#), [1518](#).
- volontaire, [1092](#).

Introduction de l'instance, [950](#), [1075](#) et s.

- acte de mission, [V. ce mot.](#)
- avance de frais, [V. Coûts.](#)
- demande introductive, [1076](#) et s., [1073](#) et s.
- intervention d'un tiers, [V. ce mot.](#)
- premières étapes / mémoires, [1086](#).
- rôle de l'institution, [1096](#) et s., [1099](#) et s., [1101](#), [1108](#) et s., [1130](#).

Investissements, [V. Arbitrage d'investissement.](#)

J

Jaguar, 316 et s., 553.

Jivraj c/ Hashwani, 698, 823 (nbp).

Juge administratif, 179 et s.

- appel de la sentence devant le juge administratif, 1522, 1528 et s.
- compétence, *V. ce mot.*
- modalités du contrôle, 1530.

Juge d'appui, 428 et s., 488 et s., 510 et s.

- abstention, décès, démission, empêchement, récusation, remplacement et révocation de l'arbitre, 687, 689, 700, 751, 769, 777, 781 et s., 822, 825 et s., 1441.
- *anti-suit injunction*, 845.
- appel-nullité, 852.
- arbitrage international :
 - compétence, 837, *V. ce mot.*
 - conditions, 839 s.
 - privilège de juridiction, 842.
- autorité de la chose jugée des décisions du juge d'appui, *V. Chose jugée.*
- caractère subsidiaire, 829, 836.
- conditions d'intervention, 828 et s.
- existence d'une difficulté dans la constitution du tribunal arbitral, 831 et s.
- existence d'un litige non tranché, 832.
- décision, 850.
- désignation de l'arbitre, 489 et s., 751 et s., 793 et s.
- excès de pouvoir, 852.
- modalités de saisine, 844 et s.
- nullité ou irrégularité manifeste, 830 et s.
- pouvoirs, 844, 849.
- président du tribunal judiciaire, 843.
- procédure, 846 et s.
- prorogation du délai d'arbitrage, 825, 833, 844.
- recours, 851 et s.
- saisine, 848.

Juge de l'exequatur :

- compétence, *V. ce mot.*
- exequatur, *V. ce mot.*

Juge des référés :

- compétence, *V. ce mot.*

Jurisprudence arbitrale, 879, 881, 898, 918.

Jury, 1196, 1203.

Justice (étatique/arbitrale), 1 et s., 22, 78, 111, 226 et s.

K

Kabab-Ji, 462.

Kardassopoulos, 1568.

Kress, 988.

L

Labinal, 272.

Langue(s) :

- de l'arbitre, 702.
- de la procédure, 515 et s., 966, 1140 et s., 1147 et s., 1386, 1393 et s.
- de la sentence, 1151, 1701, 1722.
- détermination de la –, 1141 et s., 1386, 1393 et s.
- interprétation, 985.
- multiplicité des –, 68.

Lauder, 1295.

LCIA, *V. Centres d'arbitrage*.

Lex arbitri, 517, 1116 et s.

Lex mercatoria, 129, 897 et s., 899 et s., 903 et s.

Libananco Holdings Co Ltd c/ Republic of Turkey, 975.

Liberté juridictionnelle, 77, 78.

Lindos, 484.

Liquidation judiciaire, *V. Procédures collectives*.

Litispendance, *V. Procédure parallèle*.

Loi applicable, *V. Droit applicable au fond*.

Loi(s) de police, 915.

- arbitrabilité, *V. ce mot*.
- autonomie de la volonté des parties, *V. Autonomie*.
- droit applicable au fond du litige, 915.
- ordre public, *V. ce mot*, 913 et s.
- prise en compte des – par l'arbitre, 915.

Loi de procédure, 839, 919 et s., 922 et s.

Loi type CNUDCI, *V. Conventions internationales*.

Londres, 66 (encart 6), 68, 71, 97, 346, 378, 1114, 1127, 1163.

Loyauté :

- obligation de l'arbitre, *V. Arbitre*.
- principe procédural, 946, 997, 1000, 1030 et s., 1517.

M

MARC (Modes alternatifs de règlements des conflits), 2, 5 et s., 12, 17 et s., 23, 45, 73.

- arbitrage, *V. ce mot*.
- conciliation, *V. ce mot*.
- médiation, *V. ce mot*.

March Rich, 538.

Mardelé, 28, 33.

Majeur protégé, 438, 441, 687.

Magistrats, 79, 129, 700, 736, 755, 1501.

Mandataires, 228, 171, 823, 843, 857, 861, 866, 1467.

Marriot, 535.

Marques, *V. Propriété Intellectuelle*.

Médiation, 19, 20, 98, 505, 518, *V. Conventions internationales / Traités (Convention de Singapour sur la médiation)*.

Mémoires, 84, 164, 954 et s., 1075 et s., 1079, 1088, 1149, 1154 et s., 1174.

Mesures conservatoires et provisoires, 52, 539, 551, 669, 1264 et s., 1390, 1466.

– arbitre d'urgence, *V. ce mot*.

– critères, 1283 et s.

– *security for Costs*, *V. ce mot*.

– types, 1275 et s.

Mesures d'instruction, *V. Instance arbitrale*.

Methanex, 300.

Mineur émancipé, 435, 438, 441, 687.

Mission de l'arbitre, 252, 857 et s., 1376.

– acceptation, 13, 857 s.

– acte de mission, *V. ce mot*.

– caractère juridictionnel, 5, 15 et s., 870 s., 1517.

– conformité, 162, 1531, 1576.

– définition, 4, 10, 1644.

– dépassement, 1716.

– durée, 17, 83.

– étendue, 1517.

– fin, 1481.

– forme, 858.

– inexécution, 874 et s.

– méconnaissance, 874 et s., 1531, 1551, 1576 et s., 1580 et s.

– nécessité, 857.

– poursuite en cas de recours, 1641.

– refus, 859.

– rémunération, *V. Honoraires des arbitres*.

– tiers, 17.

Mitsubishi, 361.

Modes alternatifs de règlements des conflits, *V. MARC*.

Motivation de la sentence, 169, 1435, 1443.

– adéquate, 1577.

– amiable composition, *V. ce mot*.

– arbitrage « de qualité », 1437.

– arbitrage international / interne, 1443, 1450.

– contradiction de motifs, 1435, 1454.

– défaut, 1435, 1454, 1626.

– dispositif, 1439, 1457.

– équité, 1438.

– exigence, 1435 et s., 1442 et s., 1454, 1456, 1531.

– implicite, 1436.

- motif implicite, 1436.
- ordre public, 1440, 1443.

Moyens d'un recours en annulation (ou pour l'appel d'une ordonnance d'exequatur) :

- absence de convention d'arbitrage, 1559.
- appréciation des griefs, 1539.
- arbitre déclaré à tort compétent/incompétent, 1376.
- composition du tribunal, 1376.
- dénaturation, 1493, 1539.
- erreur de droit, 1376, 1551.
- erreur de fait, 1493, 1539.
- erreur de visa, 1555.
- fraude, 1539, 1599, 1602, 1652.
- griefs non soulevés devant les arbitres, 1517.
- irrégularités de procédure, 1531, 1581.
- liste limitative, 1376.
- méconnaissance de la mission, *V. Mission de l'arbitre*.
- non arbitrabilité du litige, 1555.
- violation du contradictoire, *V. Principe de la contradiction*.
- violation de l'ordre public, *V. Ordre public*.

N

Nationalité :

- arbitre, *V. ce mot*.
- parties, 33, 48, 596, 692 et s., 1125.
- sentence, 1680.

Neutralité, 77, 81, 693, 730.

Nomination de l'arbitre, *V. Désignation de l'arbitre*.

Notification de la sentence :

- institution d'arbitrage, 1460.
- mentions de l'acte de notification, 1511.
- modalités, 1460, 1511.
- sentences rendues à l'étranger/France, 1461.

Novation, 213.

Nordsee, 57.

Norsolor, 49, 1569, 1660 (nbp), 1683 et s., 1686, 1691.

Nullité :

- clause compromissoire, 28, 210, 234, 432, 470, 674.
- compromis, 265, 674.
- contrat, 214.
- sentence, 790 et s.

Nullité ou inapplicabilité manifeste, 521 et s., 528 et s., 548 et s., 830, 1559.

- contrôle, 528 et s., 548 et s.
- critères, 526.
- notion, 524 et s.

- voies de recours ouvertes, 527.

O

Objet du litige, 195, 1393.

Obligations de l'arbitre, 853 et s., 863 et s. *V. aussi Contrat d'arbitre.*

- de célérité, 864, 1001.
- de confidentialité, *V. ce mot.*
- de délibérer, 1412, 1440.
- d'impartialité, *V. ce mot.*
- d'indépendance, *V. ce mot.*
- de juger, 713, 1577, 1579.
- de loyauté, 864.
- de participer à la constitution du tribunal arbitral, 1412, 1445, 1491, 1517, 1580.
- de révélation, *V. ce mot.*
- de solliciter une prorogation du délai d'arbitrage, *V. Délai d'arbitrage.*
- exception d'inexécution des obligations, 866.

Obligation des parties, 865.

Opinion dissidente ou minoritaire :

- bonnes pratiques 1455.
- délibéré 1423, 1441.
- validation 1424.

Opposabilité, 557.

- de la convention d'arbitrage, 193, 201, 305, 310 et s.
- de la sentence aux tiers, 1471 et s., 1500, 1648.
- des exceptions, 630 et s.
- de l'autorité de la chose jugée de la sentence, 1471, 1472.
- recours en inopposabilité, 1500, 1537.
- tierce opposition, *V. ce mot.*

Opposition :

- à la désignation/nomination de l'arbitre, *V. Arbitre.*
- à la sentence arbitrale, 1351.
- tierce –, *V. ce mot.*

Ordonnance de procédure, 208, 934, 967, 1002 et s., 1093, 1095, 1153, 1384 et s., 1393.

- par défaut, 1404.
- partielle, 1384, 1390, 1399 et s., 1466, 1510, 1635.
- « Ordonnance n° 1 », 13, 1093, 1167, 1172, 1193, 1195, 1212, 1233.

Ordre public 36, 79, 271.

- arbitrabilité, *V. ce mot.*
- autorité de la chose jugée, *V. Chose jugée.*
- clause compromissoire, 28, 30 et s.
- *compliance*, 1617.

- conformité ou contrariété de la sentence, 1376, 1480, 1507, 1532 et s., 1541, 1551, 1590, 1597, 1607, 1720.
- contenu, 297 et s., 1587 et s.
- contrôle *prima facie* par le juge de l'exequatur, 1593, 1669, 1697.
- contrôle par le juge de l'annulation, 1376, 1517, 1539, 1590 et s., 1597, 1603 et s.
- corruption, 879, 1323.
- critères, 1670.
- de fond, 913, 1595 et s., 1598.
- de procédure, 913, 1595, 1599 et s.
- dommages-intérêts punitifs, *V. Dommages-intérêts*.
- droit applicable, 913 s.
- égalité des parties dans la désignation de l'arbitre, *V. Égalité des parties*.
- étendue du contrôle opéré par le juge, 1490, 1603 et s.
- faisceaux d'indices, 1615.
- fraude, *V. ce mot*.
- international, 913 et s., 1589 et s., 1598, 1601, 1603, 1605, 1610.
- interne, 913 et s., 1588, 1592, 1595 et s., 1600.
- invocation d'office par l'arbitre, 1530, 1593, 1611.
- lois de police, *V. ce mot*.
- motivation de la sentence, *V. ce mot*.
- recours en annulation, 1588.
- sentence internationale relative à un contrat administratif, 1527 et s.
- véritablement international, 914.
- violation flagrante, 1597, 1607, 1615.

Ordre juridique arbitral, 122, 1376.

Orri, 643.

P

Papillon, 653.

Paris, 28, 37, 66 (encart 6), 96 et s., 71 et s., 88 (encart 9), 112, 1114, 1163.

Peavy, 573.

Pella, 484.

Personnes publiques, *V. État et entités étatiques*.

Personnes morales, 447 et s., 466, 596 et s., 686.

Personnes morales de droit public, *V. État et entités étatiques*.

Pièce(s), *V. Preuves*.

Pirelli, 1350.

Place, 97, 1114.

Plateau des Pyramides, 654 (nbp), 905 (nbp), 1539, 1606, 1608 (nbp).

Pourvoi en cassation, 853.

Pouvoir de l'arbitre, *V. Arbitre*.

Pouvoir de compromettre, *V. Capacité de compromettre*.

Président du tribunal arbitral :

- collégialité, 1072.

- décision, [1376](#).
- désignation, [796](#).
- majorité, [967](#), [1002](#).
- neutralité, [V. ce mot](#).
- voix prépondérante, [1441](#).

Président du tribunal de commerce, [784](#), [846](#), [852](#).

Président du tribunal judiciaire, [784](#) et s., [837](#), [843](#), [846](#), [1021](#), [1405](#), [1525](#), [1660](#), [1664](#), [1667](#), [1675](#), [1677](#), [1696](#), [1705](#), [1735](#).

Preuve(s), [1175](#) et s., [1199](#) et s.

- administration de la –, [14](#), [68](#) et s., [1175](#) et s.
- charge de la – des faits, [V. Faits](#).
- documentaire(s), [V. Documents](#).
- droit étranger, [1190](#) et s. [V. Droit applicable](#).
- expert, [V. ce mot](#).
- faux, [1194](#), [1208](#) et s., [1245](#), [1314](#).
- injonction de l'arbitre, [1204](#).
- injonction du juge, [1203](#).
- principe, [982](#).
- production forcée, [V. Documents](#).
- testimoniale(s), [V. Témoins](#).
- vérification d'écritures, [1314](#).

Principe de compétence-compétence, [V. Compétence-compétence](#).

Principe de la contradiction, [945](#) et s.

- calendrier, [955](#).
- communication des écritures et pièces par les parties, [952](#), [962](#).
- convocation des parties, [950](#), [959](#).
- *due process paranoia*, [971](#) et s.
- droit d'être entendu, [949](#) et s.
- fondement, [948](#).
- langue, [966](#).
- motivation, [965](#).
- notion, [926](#), [1583](#) et s.
- obligation de l'arbitre, [957](#) et s.
- procédure par défaut, [951](#).
- recours en annulation, [969](#), [1583](#).
- respect, [926](#), [1452](#), [1583](#).
- violation, [968](#) et s., [1376](#), [1583](#) et s., [1716](#).

Principe directeurs du procès, [944](#) et s.

- dispositif, [981](#).
- droits de la défense, [V. ce mot](#).
- principes procéduraux, [V. Garanties](#).

Principes UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce internationale,

[V. UNIDROIT](#).

Procédure arbitrale, [V. Instance arbitrale](#).

Procédure(s) collective(s) :

- arbitrabilité, [365](#) et s.

- effets sur l’instance arbitrale, [1325](#) et s.
- effets sur une mesure d’exécution, [1751](#).
- faillite, [V. ce mot.](#)
- incidence sur un recours en annulation, [1512](#).
- suspension de l’instance, [V. Procédures parallèles.](#)

Procédure par défaut, [951](#).

Procédure pénale, [V. Procédures parallèles.](#)

Procédures parallèles :

- connexité, [1406](#).
- litispendance, [1406](#).
- procédure pénale, [1512](#) et s.
- procédure(s) collective(s), [V. ce mot.](#)

Production forcée des preuves, [V. Documents.](#)

Propriété intellectuelle, [387](#) et s.

Provision sur frais, [V. Coûts.](#)

Prunier, [27](#), [225](#), [235](#), [310](#), [687](#).

Putrabali, [6](#), [49](#), [129](#), [169](#), [1315](#), [1569](#), [1683](#) et s., [1691](#), [1692](#), [1745](#) et s.

PWC, [43](#), [193](#), [241](#), [244](#), [318](#) et s., [431](#), [553](#).

Q

Qualité(s) :

- arbitrage de –, [V. Arbitrage.](#)
- exigées de l’arbitre, [V. Arbitre\(s\).](#)

Question préjudicielle, [251](#), [1327](#).

Question prioritaire de constitutionnalité posée par l’arbitre, [251](#).

R

Rado, [553](#), [316](#).

Rainbow Warrior, [205](#).

Rayonnement / extension de la convention d’arbitrage, [200](#), [560](#), [600](#) et s., [821](#), [1301](#).

- différence avec la circulation/substitution, [601](#).
- groupements publics, [649](#) et s.
- groupes de contrats, [604](#) et s.
- fondement(s), [614](#) et s., [633](#) et s.
- *rationae materiae*, [602](#), [604](#), [606](#).
- *rationae personae*, [604](#), [606](#) et s.
- relations sociétaires, [632](#) et s., [637](#) et s., [641](#) et s.
- relations triangulaires, [624](#) et s.
- tiers adjoints, [600](#) et s.

Réciprocité, [V. Conventions internationales.](#)

Reconnaissance de la sentence, [1679](#) et s.

- convention de New York, [V. ce mot.](#)
- distinction entre la reconnaissance et l’exequatur, [1694](#) et s.

- non-reconnaissance de la sentence, [1692](#) et s.
- procédure, [V. Exequatur de la sentence.](#)
- refus de reconnaissance de la sentence, [1713](#) et s.
- sources du droit, [1679](#).

Recours :

- abusif, [V. Abus.](#)
- appel, [V. ce mot.](#)
- contre l’ordonnance d’exequatur, [1673](#) et s., [1702](#) et s.
- contre l’ordonnance du conseiller de la mise et état, [1716](#).
- distinction entre recours contre la sentence et procédures d’exécution, [1488](#).
- effet suspensif / non suspensif, [1515](#), [1516](#), [1546](#).
- en annulation, [V. Recours en annulation.](#)
- en inopposabilité, [V. Opposabilité.](#)
- en interprétation, [1485](#).
- en révision, [V. Recours en révision.](#)
- estoppel, [V. Estoppel.](#)
- extraordinaires, [1647](#) et s.
- intérêt des voies de recours contre la sentence, [1489](#).
- intervention des tiers, [1498](#).
- limitation, [1491](#) et s.
- opposition, [1495](#) et s.
- ordinaire, [1504](#) et s.
- pour excès de pouvoir, [V. ce mot.](#)
- pourvoi en cassation contre la sentence, [1495](#) et s.
- recevabilité des moyens, [1517](#).
- réformes successives des voies de recours, [1490](#), [1498](#), [1515](#) et s.
- renonciation aux voies de recours, [V. Renonciation.](#)
- tierce opposition, [V. ce mot.](#)

Recours en annulation :

- absence de consentement à la convention d’arbitrage, [V. Consentement.](#)
- absence de contrat, [1561](#).
- absence de convention d’arbitrage, [V. Moyens d’un recours en annulation.](#)
- abus, [V. ce mot.](#)
- admission, [1632](#) et s.
- annulation à l’étranger, [V. Exécution de la sentence.](#)
- annulation de la sentence, [1633](#).
- annulation partielle, [1634](#) et s.
- appel, [V. ce mot.](#)
- audience virtuelle, [V. Audience.](#)
- autorité de la décision du juge d’appui, [V. Chose jugée.](#)
- caractère limitatif des cas d’annulation, [1555](#).
- cas d’incompétence, [1562](#), [1563](#).
- cas d’ouverture, [1547](#) et s.
 - arbitrage international, [1553](#).
 - arbitrage interne, [1554](#).
- cas de constitution irrégulière, [1571](#).

- compétence du Conseiller de la mise en état, [V. Compétence](#).
- compétence du juge administratif, [V. Compétence](#).
- compétence du juge de l’annulation, [V. Compétence](#).
- constitution irrégulière du tribunal arbitral, [1571](#).
- contradiction, [V. Principe de la contradiction](#).
- contrariété à l’ordre public (arbitrage interne), [1587](#).
- contrariété à l’ordre public international (arbitrage international), [1450](#), [1461](#), [1587](#), [1603](#), [1695](#), [1697](#).
- corruption, [1614](#).
- décision d’incompétence, [V. Compétence](#).
- défaut d’indépendance et d’impartialité, [V. Indépendance et impartialité](#).
- défaut de motivation, [V. Motivation de la sentence](#).
- délais, [84](#), [1511](#), [1543](#), [1675](#) et s.
- dessaisissement du tribunal arbitral, [1481](#).
- effet non suspensif, [1516](#).
- effet suspensif, [41](#), [1515](#).
- effets de l’annulation (arbitrage international), [1639](#).
- effets de l’annulation (arbitrage interne), [1641](#).
- *estoppel*, [V. ce mot](#).
- formation de la Cour d’appel, [1509](#), [1542](#), [1561](#).
- incompétence du tribunal arbitral, [1557](#).
- intérêt à agir, [1585](#).
- intervention, [1514](#), [1518](#).
- introduction du recours, [1541](#) et s.
- irrégularités de constitution du tribunal arbitral, [V. Désignation de l’arbitre](#).
- irrégularités de désignation des arbitres, [V. Désignation de l’arbitre](#).
- juge compétent, [1521](#) et s.
- localisation de la sentence, [1494](#), [1660](#).
- loi type CNUDCI, [1549](#) et s.
- loyauté procédurale, [1515](#).
- *manifest disregard of the law*, [1551](#).
- moyen(s), [V. Moyens d’un recours en annulation](#).
- non-révision au fond, [1492](#) et s., [1538](#) et s., [1547](#) et s., [1551](#), [1553](#), [1577](#), [1594](#), [1608](#), [1631](#).
- non-respect des règles de procédure, [1626](#).
- non-respect du principe de contradiction, [V. Principe de la contradiction](#).
- non révision au fond, [1538](#).
- obligation de révélation, [V. Révélation](#).
- opposition, [1496](#).
- (par) voie électronique, [1505](#).
- pouvoirs de la cour d’appel, [1633](#).
- pouvoirs du juge de l’annulation :
- procédure d’exécution, [1488](#).
- procédure, [1543](#) et s.
- recours abusif, [1546](#), [1629](#).
- règles processuelles de l’appel, [1505](#).

- rejet du recours en annulation, 1488, 1628 et s.
- relevé d’office (ordre public), 1593.
- renonciation, *V. ce mot.*
- requalification du recours, 1555.
- retrait litigieux, 1630.
- révision pour erreur de droit, 1551.
- sentence *infra* ou *ultra petita*, 157, 1483, 1487, 1578.
- sentence partielle, 1635.
- sentence rendue à l’étranger, 1483.
- sentence rendue hors délais, 1580.
- taux, 74.
- tierce opposition, *V. ce mot.*
- utilité, 1489 et s.
- violation de l’ordre public international, 1591.
- violation de la convention d’arbitrage, 1574.
- violation de la mission, 1576.
- violation du principe d’égalité, 1573.
- violations « flagrantes », 1597, 1607, 1615.

Recours en inopposabilité, *V. Opposabilité.*

Recours en révision :

- cas d’ouverture, 1503, 1651.
- compétence, 1653 et s.
- définition, 1650.
- fraude, *V. ce mot.*
- procédure, 1650 et s.

Recours pour excès de pouvoir, 1677.

Rectification de la sentence :

- date de la sentence, 1430.
- erreurs et omissions matérielles, 1403, 1434, 1483, 1486.

Récusation de l’arbitre, 55, 781 s., 805, 833, 1392, 1620.

- délai pour récuser, 786.
- devant le tribunal arbitral, 788.
- effets sur l’instance arbitrale, 789 et s.
- institutionnelle, 787, 855.
- juge d’appui, 783 et s.

Redfern Schedule, *V. Documents*

Redressement judiciaire, *V. Procédure(s) collective(s).*

Règlements d’arbitrage, 52, 62.

- règlement CCI, 88, 155, 537, 1423 et s., 1535.
- règlement LCIA, 537.
- règlement SCC, 537.
- règlement CIRDI, 50, 1502.
- règlement CNUDCI, 62, 152, 161, 537, 824, 1057, 1099, 1200, 1277, 1286, 1287, 1295, 1568.

Règles nationales, *V. Droit applicable.*

Règles de droit, *V. Droit applicable.*

Règles procédurales, 63.

- des parties, 927.
- des règlements d'arbitrage, 928.
- détermination, 932 et s.
 - critères, 936 et s.
 - par l'arbitre, 934.
 - par le centre, 935.
 - par les parties, 933.
- du siège, 925 et s.
- règles impératives, 925 et s.

Règles de conflit de lois, [V. Conflit de lois.](#)**Relations contractuelles triangulaires, [V. Contrats.](#)****Rémunération de l'arbitre, [V. Honoraires de l'arbitre.](#)****Renonciation, 1501, 1534 et s.**

- à l'appel, 232, 242.
- à la convention d'arbitrage, 669 et s., 1644.
- à l'immunité d'exception, 1760 et s.
- à la justice étatique, 235, 506.
- à invoquer les irrégularités, 1517, [V. aussi Estoppel.](#)
- au recours en annulation, 1492, 1501, 1517, 1534 et s., 1547, 1656.
- aux voies de recours, 1534 et s., 1644.

Représentation des parties, [V. Conseil\(s\).](#)**Requête d'arbitrage, [V. Introduction de l'instance.](#)****Responsabilité :**

- compétence du juge, 866.
- de l'arbitre, 876, 792 et s.
- de l'institution d'arbitrage, 1618 et s.
- défaut d'indépendance et d'impartialité, [V. Indépendance et impartialité.](#)
- des parties, 1399, 1408.
- immunité, [V. ce mot.](#)
- manquement grave, 792, 876.

Retrait litigieux, 1630.**Révélation (obligation de), 750 s., 863 et s., 1575.**

- caractère continu, 716.
- circonstances devant être révélées par l'arbitre, 770 s.
- contenu, 754.
- désignation de l'arbitre, 751.
- devoir de réaction, 769.
- doute raisonnable, 715.
- faits notoires, 755 s.
- fondement, 713.
- sanction, 780 s.

Révision :

- de la sentence, [V. Sentence.](#)
- recours en –, [V. Recours.](#)

Révocation de l'arbitre, [V. Arbitre.](#)

RSM Production Corp. c/ Sainte-Lucie, 1278 (nbp), 1279 et s.
Ryanair, 98 (nbp), 244 (nbp), 249 (nbp), 286 (nbp), 319 (nbp), 358 (nbp), 1527 et s.,
1700, 1524 et s., 1697.

S

Saisie-conservatoire, *V. Exécution de la sentence*.

Saisine du tribunal arbitral, *V. Tribunal arbitral*.

Salarié, *V. Parties faibles*.

Samwell, 916 (nbp), 1615.

Sanctions internationales, 916, 1619, 1623 et s.

Schooner, 294 (nbp), 670 (nbp), 946 (nbp), 1502 (nbp), 1562.

Secret du délibéré, *V. Délibéré*.

Secrétaire administratif, 109, 797 s.

Sentence, 1373, 1378 et s., 1400.

– d'accord-parties, 1407.

– acte juridictionnel, 1373, 1385 et s., 1391 et s., 1427, 1459, 1464, 1479, 1687
et s.

– acquiescement, 1776.

– annulation, *V. Recours en annulation*.

– appel, *V. ce mot*.

– approbation par le centre, 1444.

– avant-dire droit, 1384, 1389, 1399 et s., 1515.

– caractère authentique, 1697, 1722.

– caractère juridictionnel, 1341.

– chose jugée, *V. ce mot*.

– circulation de la –, 48.

– compétence, 1400, *V. ce mot*.

– complément (recours en), 1483, 1485, 1487.

– conception stricte, 1385.

– conception large, 1388.

– conditions de fond, 1410.

– confection, *V. ci-dessous Projet de sentence*.

– contrariété à l'ordre public, *V. Ordre public*.

– sur les coûts, 1408.

– critères, 1383.

– date, 1406, 1430, 1462.

– décision de justice internationale, 1375, 1687 s.

– déclaratoire, 1406.

– définition légale, 1373, 1382 et s.

– définitive / finale, 1397.

– délais des recours, 1515.

– délibéré, *V. ce mot*.

– dessaisissement des arbitres, 1462 et s., 1481 et s.

– dispositif, 1427, 1439, 1457, 1462.

- diversité, [1397](#).
- électronique/numérique, [45](#).
- écrit, [1427](#).
- effet(s), [1462](#), [1464](#).
- efficacité, [1376](#), [1423](#), [1442](#), [1449](#), [1492](#), [1494](#), [1511](#), [1535](#), [1562](#), [1581](#), [1589](#), [1608](#), [1694](#), [1710](#).
- étrangère, [1386](#), [1488](#), [1680](#), [1691](#) et s., [1713](#), [1721](#).
- exécution, [V. Exécution de la sentence](#).
- exécution volontaire, [1656](#).
- exequatur, [V. ce mot](#).
- fin du litige, [1373](#), [1386](#), [1510](#).
- force exécutoire, [17](#), [1391](#), [1492](#), [1501](#), [1655](#) et s., [1659](#), [1663](#).
- force probante, [1480](#).
- forme, [1442](#).
- frais et honoraires, [V. ces mots](#).
- identification des conseils et représentants, [1428](#) et s.
- identification des parties, [1428](#) et s.
- d'incompétence, [1384](#), [1401](#).
- *Infra petita*, [V. Recours en annulation](#).
- internationale, [1387](#).
- interne, [1387](#), [1426](#) et s., [1691](#) et s., [1771](#).
- interprétation (recours en), [1483](#), [1485](#).
- interprétative, [1403](#).
- intérêts légaux, [1464](#).
- invalidité, [1714](#) et s.
- lieu où la – est rendue, [1433](#).
- mixte, [1402](#).
- mentions non prévues à peine de nullité de la sentence, [1442](#), [1454](#).
- mentions obligatoires, [1428](#) et s., [1442](#).
- mentions prévues à peine de nullité de la sentence, [1429](#) et s., [1435](#), [1443](#).
- mesures conservatoires (ordonnées par voie de sentence), [V. ce mot](#).
- motivation de la –, [V. ce mot](#).
- nationalité de la –, [1387](#), [1680](#).
- nom des arbitres, [1435](#).
- notification de la –, [V. Notification de la sentence](#).
- nullité pour défaut d'une mention prévue à peine de nullité, [1429](#).
- omission de statuer, [1487](#), [1578](#).
- opinion dissidente ou minoritaire, [V. ce mot](#), [1423](#).
- opposabilité, [1471](#).
- ordonnance de procédure, [V. ce mot](#).
- prescription, [1749](#).
- prétentions et moyens des parties, [1453](#).
- projet (préparation) de la –, [1404](#) s., [1444](#).
- reconnaissance, [V. Reconnaissance de la sentence](#).
- recours, [V. Recours en annulation](#).
- rectificative, [V. Rectification de la sentence](#).

- rectification d’erreurs matérielles (recours en), [1434](#), [1483](#), [1486](#).
- rédaction, [1451](#) et s.
- rendue à l’étranger, [1703](#), [1706](#) et s., [1721](#) et s.
- rendue en France, [1703](#) et s.
- refus de signature de la sentence par un arbitre, [1413](#), [1421](#) et s.
- sanction du défaut de mentions obligatoires, [1429](#), [1442](#).
- *scrutiny*, [1444](#).
- siège de l’arbitrage, [1433](#).
- signature, [1410](#), [1417](#), [1421](#) et s., [1431](#) et s., [1451](#), [1460](#) et s., [1552](#) et s., [1626](#).
- signature électronique, [1432](#).
- structure, [1451](#).
- tiers à la –, [1770](#).
- types, [1395](#) et s.
- *ultra petita*, [V. Recours en annulation](#).
- « véritable sentence », [1384](#).
- vote [1412](#), [1455](#).

Séparabilité (de la clause compromissoire), [V. Autonomie](#).

Siège de l’arbitrage, [59](#), [97](#), [1113](#) et s.

- annulation de la sentence au siège de l’arbitrage, [1494](#), [1719](#).
- autonomie, [1121](#) et s.
- contrôle de la sentence, [462](#), [1490](#).
- compétence du juge d’appui, [V. Compétence](#).
- compétence du juge de l’exequatur, [V. Compétence](#).
- détermination du –, [514](#) et s., [1122](#) et s., [1125](#), [1130](#) et s.
- effets, [1133](#) et s.
- importance, [1118](#).
- localisation, [1433](#), [1494](#), [1683](#) et s.
- notion, [1116](#) et s.
- prononcé de la sentence, [1462](#).
- signature de la sentence, [V. Sentence](#).

Signature de la sentence, [V. Sentence](#).

Singapour, [20](#), [66](#) (encart 6), [71](#) et s., [88](#) (encart 9), [96](#), [98](#), [112](#), [125](#), [462](#), [1163](#), [V. Conventions internationales / Traités \(Convention de Singapour\)](#).

SNF/Cytec, [155](#) (nbp), [1513](#) (nbp), [1597](#) (nbp), [1607](#), [1609](#).

Société(s) :

- abus de majorité / minorité, [339](#), [344](#).
- arbitrabilité du droit des –, [337](#) et s.
- clause compromissoire statutaire, [339](#), [343](#).
- cessions, [342](#).
- consentement à l’arbitrage, [V. Consentement](#).
- groupe de –, [V. ce mot](#).
- litiges sociétaires, [337](#) et s.
- pouvoir de compromettre, [448](#) et s.
- procédure(s) collective(s), [V. ce mot](#).
- représentation, [V. Pouvoir de compromettre](#).
- transfert du siège de la –, [V. Circulation](#).

Soerni, 467.

Sorelec, 1399 (nbp), 1407 (nbp), 1614 (nbp), 1615, 1625 (nbp).

Soft law, 59.

Sport(s) :

- arbitrabilité, 305, 412 et s.
- compétence, 409 et s.
- consentement, 408.
- définition, 406.
- TAS, *V. ce mot*.
- type de litiges, 393.

Stipulation pour autrui, 625 et s.

Subrogation, *V. Circulation*.

Substitution, *V. Circulation*.

Subsidiarité de l'intervention du juge d'appui, *V. Juge d'appui*.

Sursis à statuer, *V. Suspension de l'instance*.

Suspension de l'instance, 789, 1375 et s.

- abstention, décès, démission, empêchement, récusation et révocation de l'arbitre, 872 et s.
- « criminel le tient le civil en l'état », 1513.
- décidée par les parties, 1334.
- procédures collectives, 1512, 1590, 1601, 1718.
- sursis à statuer, 1513, 1515.

T

Tapie, 76, 83, 86 (nbp), 117, 170 et s., 192 (nbp), 454, 731 (nbp), 734, 778, 1323, 1647, 1652.

Taurus, 595.

TBI, *V. Traité de protection des investissements*.

Tecnimont, 713, 755 et s., 757 et s., 767, 773, 1539 (nbp).

Témoins, 1227.

- arbitrage interne, 1500, 1503, 1648.
- arbitrage international, 1500.
- attestation de témoin, 1234 et s.
- audition, 1237 et s.
- condition(s), 1227, 1500.
- conseil(s), 1066 s
- contre-interrogatoire, 1237 et s.
- experts, *V. ce mot*.
- preuve testimoniale, 1224 et s.
- qualité(s), 1227.
- valeur, 1230 et s.

Tennant Energy c/ Canada, 1259, 1369 (nbp).

Thalès, 364 (nbp), 903 (nbp), 1513 (nbp), 1607, 1611, 1614 (nbp).

Tierce opposition, 149, 1649.

- arbitrage interne, [1500](#), [1503](#), [1648](#).
- arbitrage international, [1500](#).
- compétence, [V. ce mot.](#)
- contre la sentence, [630](#), [1503](#), [1514](#), [1648](#) et s.
- exequatur, [1648](#).
- procédure, [1471](#).
- recours en annulation, [1500](#), [1524](#).
- renonciation, [V. ce mot.](#)

Tiers, [253](#).

- adjoints, [V. Rayonnement.](#)
- extension et circulation de la convention d'arbitrage au tiers, [V. ces mots.](#)
- constitution du tribunal arbitral par un tiers, [V. Constitution du tribunal arbitral.](#)
- opposabilité de la convention d'arbitrage, [V. Opposabilité.](#)
- opposabilité de la sentence, [V. Opposabilité.](#)
- tiers substitués, [V. Circulation.](#)

Tiers financeur, [72](#), [109](#), [164](#), [1362](#) et s.

- coûts de l'arbitrage, [V. ce mot.](#)
- validité, [1368](#).

Tissot, [265](#).

Traité de protection des investissements, [V. Arbitrage d'investissement.](#)

Traitement le plus favorable, [49](#).

Transaction, [12](#) et s., [16](#), [19](#) et s., [247](#), [252](#), [262](#), [434](#), [438](#), [668](#).

Transmission de la convention d'arbitrage, [V. Circulation de la convention d'arbitrage.](#)

Transports maritimes, [628](#) et s. [V. aussi arbitrabilité.](#)

Travail :

- arbitrabilité, [305](#), [330](#) et s.
- arbitrages atypiques/forcés, [336](#).
- principe compétence-compétence, [553](#), [V. aussi Compétence-compétence.](#)
- salarié, [V. Partie\(s\) faible\(s\).](#)

Tribunal arbitral, [V. aussi Arbitre\(s\).](#)

- acceptation de sa mission, [V. ce mot.](#)
- appréciation de sa compétence, [V. Compétence-compétence.](#)
- constitution, [V. Constitution du tribunal arbitral.](#)
- dessaisissement, [1462](#) et s., [1481](#) et s.
- désignation des arbitres, [V. Désignation de l'arbitre.](#)
- égalité des parties, [V. ce mot.](#)
- imparité, [794](#), [801](#).
- nombre d'arbitres, [V. Arbitre.](#)
- saisine du –, [1484](#).
- secrétariat, [797](#).
- sentence, [V. ce mot.](#)
- tronqué, [803](#).

Tribunal arbitral du sport, (TAS) [74](#), [139](#), [301](#) et s., [410](#), [417](#) et s., [305](#), [393](#), [408](#) et s.

Trust, [402](#) et s.

U

UNCITRAL, [V. CNUDCI](#).

UNIDROIT, [897](#), [899](#) et s., [903](#), [905](#).

Union européenne, [17](#), [52](#) et s.

– *anti-suit injunction*, [56](#), [845](#), [V. aussi ce mot](#).

– convention de Bruxelles, [538](#), [675](#).

– cour de justice de l'Union européenne, [358](#), [363](#), [376](#), [675](#), [1607](#), [1610](#).

– droit européen, [54](#), [356](#), [358](#) et s., [538](#), [1611](#).

– question préjudicielle, [V. ce mot](#).

– règlement n° 44/2001, [55](#).

UOP NV c/ Société BP France, [430](#) (nbp), [528](#) (nbp), [1293](#).

Usages, [59](#), [896](#) et s., [899](#) et s., [904](#) et s.

V-W-Y-Z

Vérification d'écriture, [1097](#), [1314](#).

Victacor Technologies, [391](#).

Vidatel, [755](#) (nbp), [756](#), [766](#) et s., [794](#) (nbp), [822](#), [993](#) (nbp).

Vienne, [66](#) (encart 6), [96](#), [1043](#).

Voies de recours contre la sentence, [V. Recours](#).

Volonté des parties, [8](#), [10](#), [13](#), [149](#), [168](#), [806](#), [810](#), [849](#), [1071](#), [1172](#), [1392](#), [1460](#), [1504](#), [1576](#), [1655](#), [1691](#), [1729](#).

Westman, [1590](#) (nbp), [1606](#), [1614](#).

West Tankers, [56](#), [675](#) (nbp), [845](#), [1128](#), [1319](#) (nbp).

Worms, [565](#).

Yukos, [76](#), [798](#) (nbp), [1312](#) (nbp), [1564](#) et s., [1689](#) (nbp).

Zanzi, [43](#), [189](#), [216](#), [270](#), [316](#), [459](#).

Table des matières

Liste des abréviations	VII
Remerciements	XIII
Préface	XV
Avant-propos	XIX
Propos liminaires des auteurs	XXI

PREMIERE PARTIE

INTRODUCTION AU DROIT DE L'ARBITRAGE

Titre 1 : À LA RENCONTRE DE L'ARBITRAGE	3
Titre 2 : L'ARBITRAGE OU LA FORCE DE LA VOLONTE CONTRACTUELLE	11
Titre 3 : L'ARBITRAGE, L'AUTORITE D'UNE INSTITUTION JURIDICTIONNELLE	17
Titre 4 : LES FRONTIERES DE L'ARBITRAGE	21
Titre 5 : LES ORIGINES DE L'ARBITRAGE	29
Titre 6 : LES SOURCES DU DROIT DE L'ARBITRAGE	
Chapitre 1 : SOURCES A VOCATION UNIVERSELLE	47
Chapitre 2 : SOURCES A VOCATION REGIONALE, SOURCES EUROPEENNES	53
Chapitre 3 : SOURCES NATIONALES	57
Chapitre 4 : LES SOURCES PRIVEES DU DROIT DE L'ARBITRAGE	61
Titre 7 : RELATIVISER LES AVANTAGES ET INCONVENIENTS DE L'ARBITRAGE	
Chapitre 1 : LES ATOUTS DE L'ARBITRAGE	81
Chapitre 2 : LES INCONVENIENTS DE L'ARBITRAGE	93
Section 1 : LE COUT DE L'ARBITRAGE	93
Section 2 : LE DEFAUT D'IMPERIUM	99
Titre 8 : SOCIOLOGIES DE L'ARBITRAGE	
Chapitre 1 : MESURER LE SUCCES DE L'ARBITRAGE	105
Chapitre 2 : LA « SOCIETE ARBITRALE »	111
Chapitre 3 : CRISE DE LEGITIMITE ET LEGITIMITE DE CRISE	125
Section 1 : DIVERSITE DES CRITIQUES DE L'ARBITRAGE	125
Section 2 : REFLEXIONS SUR UNE LEGITIMITE PERSISTANTE	132
Titre 9 : LES PRINCIPALES DISTINCTIONS DE L'ARBITRAGE	
Chapitre 1 : ARBITRAGE AD HOC ET ARBITRAGE INSTITUTIONNEL	143
Section 1 : L'ARBITRAGE AD HOC	143
Section 2 : L'ARBITRAGE INSTITUTIONNEL	146
§ 1. – Le statut juridique de l'institution d'arbitrage	147
A. – Un statut reconnu (ou non) par la loi	147
B. – L'association, statut commun	149
§ 2. – Modalités de l'intervention d'une institution arbitrale	149
A. – La désignation de l'institution par les parties	149
B. – Formalisation de l'intervention de l'institution	150
§ 3. – Le rôle de l'institution d'arbitrage	151
A. – L'absence de rôle juridictionnel	151

B. – La mission administrative de l’institution d’arbitrage	153
§ 4. – La responsabilité des institutions arbitrales	154
A. – Compétence des juges étatiques pour statuer sur la responsabilité des institutions arbitrales	154
B. – Les causes d’engagement de responsabilité	155
Chapitre 2 : ARBITRAGE COMMERCIAL ET ARBITRAGE D’INVESTISSEMENT	157
Chapitre 3 : ARBITRAGE INTERNE ET ARBITRAGE INTERNATIONAL	165
Titre 10 : L’AFFAIRE <i>TAPIE</i> : UN CAS D’ECOLE ?	
Chapitre 1 : LES LEÇONS CIVILES DE L’AFFAIRE <i>TAPIE</i>	179
Section 1 : DES PRECISIONS APPORTEES QUANT A LA NOTION DE FRAUDE CIVILE	179
Section 2 : DES PRECISIONS APPORTEES QUANT AU CRITERE DE QUALIFICATION D’UN ARBITRAGE INTERNE	180
Chapitre 2 : UNE AFFAIRE ILLUSTRANT L’ARTICULATION ENTRE ARBITRAGE ET PROCEDURE PENALE	181
Section 1 : LA FRAUDE DANS L’ARBITRAGE, FONDEMENT DES POURSUITES PENALES MAIS INSUFFISANTE POUR ABOUTIR A LA CONDAMNATION PENALE	181
Section 2 : QUALIFIER UN ARBITRAGE DE « FRAUDULEUX » : ECHEC D’UNE ACTION PENALE EN DIFFAMATION	182
Chapitre 3 : LE CARACTERE INEDIT DU LIEN AVEC LE DROIT ADMINISTRATIF	183
Section 1 : ACTES DETACHABLES	183
Section 2 : POSSIBILITE DE COMPROMETTRE	184

DEUXIEME PARTIE

LA CONVENTION D’ARBITRAGE

Titre 1 : LES FORMES ET LES CARACTERES DE LA CONVENTION D’ARBITRAGE	
Chapitre 1 : LES FORMES DE LA CONVENTION D’ARBITRAGE	189
Section 1 : LE CONTRASTE HISTORIQUE ENTRE CLAUSE COMPROMISSOIRE ET COMPROMIS D’ARBITRAGE	190
§ 1. – L’évolution de l’arbitrage fondée sur la reconnaissance constante du compromis	190
§ 2. – L’évolution de la clause compromissoire à travers l’histoire contemporaine	191
Section 2 : VERS UNE FUSION ENTRE LE COMPROMIS ET LA CLAUSE COMPROMISSOIRE ?	193
§ 1. – La coexistence de deux régimes de la convention d’arbitrage	193
§ 2. – Le résultat inversement symétrique de l’assimilation des régimes	195
Chapitre 2 : LES CARACTERES DE LA CONVENTION D’ARBITRAGE	197
Section 1 : LE CARACTERE CONVENTIONNEL MAIS AUTONOME DE LA CONVENTION D’ARBITRAGE	198
§ 1. – La logique fondamentalement contractuelle de la convention d’arbitrage	198
A. – L’assimilation de l’arbitrage à la convention d’arbitrage	199
1° « Entrer en arbitrage » : consentir à la convention d’arbitrage	199
2° Conséquence : exclusion de l’arbitrage « forcé »	200
B. – Rapport de la clause compromissoire avec le droit commun des contrats	201
1° La clause compromissoire entendue comme un contrat	201
2° La clause compromissoire, une simple clause contractuelle	202
a) <i>Lien de la clause compromissoire au tout contractuel</i>	202
b) <i>Clause compromissoire soumise à l’effet relatif des contrats</i>	202
§ 2. – La clause compromissoire, un contrat autonome	207
A. – Autonomie par rapport au compromis	207
B. – Autonomie par rapport au contrat principal	207

1° Indépendance de la clause compromissoire	207
C. – Autonomie « internationale » de la clause compromissoire.....	209
1° Double émancipation de la clause compromissoire.....	209
2° Conséquence : licéité de la clause compromissoire dans l'arbitrage international	210
Section 2 : LE CARACTERE ACCESSOIRE DE LA CLAUSE COMPROMISSOIRE	210
§ 1. – Consécration du caractère accessoire de la clause compromissoire	210
A. – Consécration législative implicite.....	211
B. – Consécration jurisprudentielle explicite.....	212
§ 2. – Articulation entre les caractères autonome et accessoire.....	213
A. – Critiques exprimées à l'encontre du caractère accessoire	213
B. – Primauté du caractère accessoire sur le caractère autonome	214
Section 3 : LE CARACTERE DEROGATOIRE DE LA CLAUSE COMPROMISSOIRE.....	215
§ 1. – Fondements du caractère dérogatoire	215
A. – Approche souverainiste : dérogation par rapport à la justice étatique.....	216
B. – Approche protectionniste : dérogation par rapport aux garanties de la justice étatique	217
.....	217
C. – Protection du consentement anticipé : la clause compromissoire comme dérogation	218
« par avance »	218
§ 2. – Manifestations de la dérogation : méfiance vis-à-vis de la clause compromissoire	219
.....	219
A. – Méfiance identifiée dans la loi et la jurisprudence françaises.....	219
B. – Relativité de la méfiance.....	221
1° Relativité au regard de la qualité des parties au litige et de la protection	221
de leur consentement	221
2° Relativité au regard de la « concurrence » avec le recours à la justice étatique	222
3° Relativité au regard de la « perte » de garanties processuelles	223
Section 4 : LE CARACTERE PROCEDURAL DE LA CLAUSE COMPROMISSOIRE	226
§ 1. – Manifestation du caractère procédural de la clause compromissoire	227
A. – Le parallèle entre clause compromissoire et clause attributive de juridiction	227
B. – Rattachement à la matière contentieuse plutôt que contractuelle	228
C. – Comparaison de la justice étatique et de la justice arbitrale	229
§ 2. – Les limites du caractère procédural de la clause compromissoire.....	231
Titre 2 : LA FORMATION ET LA VALIDITE DE LA CONVENTION D'ARBITRAGE	
Chapitre 1 : LES CONDITIONS DE FOND DE LA CONVENTION D'ARBITRAGE :	
L'« ARBITRABILITE »	235
Section 1 : LA NOTION D'ARBITRABILITE.....	235
§ 1. – Les critères de l'arbitrabilité d'un litige en droit interne	236
§ 2. – L'objet « licite » de la convention d'arbitrage international : l'arbitrabilité	241
§ 3. – Le contrôle de l'arbitrabilité	242
Section 2 : LES (IN)ARBITRABILITES SPECIFIQUES.....	244
§ 1. – Les (in)arbitrabilités en raison de la nature publique des personnes ou des litiges	244
.....	244
A. – L'(in)arbitrabilité subjective relativement aux États et aux personnes publiques.....	244
1° Le principe : l'arbitrage interdit en droit public.....	245
2° Les exceptions au principe	246
B. – L'(in)arbitrabilité de certaines matières publiques.....	249
1° Le droit fiscal	249
2° Le droit de l'environnement.....	251
a) <i>L'ordre public environnemental et les limites à l'arbitrabilité</i>	253
b) <i>L'arbitrage confronté aux questions environnementales</i>	254
§ 2. – Les (in)arbitrabilités protégeant les parties faibles.....	258
A. – Le droit de la consommation	258

1° L'inopposabilité de la clause compromissoire au consommateur en matière d'arbitrage interne.....	262
<i>a) De l'inarbitrabilité à l'inopposabilité.....</i>	262
<i>b) Régime de la règle de l'inopposabilité : l'option de compétence</i>	263
<i>c) Incidence de l'article R. 212-2, 10° du Code de la consommation sur l'option de compétence</i>	264
2° L'efficacité de la clause compromissoire en matière d'arbitrage international.....	265
<i>a) Faveur initiale à la clause compromissoire dans les arbitrages internationaux de consommation</i>	265
<i>b) Vers une protection spécifique du consommateur à l'égard de la clause d'arbitrage international ?</i>	267
B. – Le droit du travail	274
§ 3. – Les (in)arbitrabilités couvrant les matières économiques	277
A. – Le droit des sociétés	277
1° Validité de la clause compromissoire selon l'acte sociétaire dans lequel elle est insérée	278
2° Cas particulier des cessions de droits sociaux	280
3° Les autres types de litiges sociétaires.....	281
B. – Le droit bancaire et financier	283
C. – Le droit de la concurrence.....	287
1° L'arbitrabilité des litiges relatifs au droit de la concurrence.....	289
<i>a) La consécration de l'arbitrabilité</i>	289
<i>b) La portée de l'arbitrabilité</i>	289
2° Les aménagements de l'arbitrabilité	290
D. – Les procédures collectives	294
E. – Le droit de la distribution	297
1° L'arbitrabilité des litiges concernant le droit de la distribution	299
2° Cas des litiges inarbitrables	300
F. – Le droit maritime.....	300
§ 4. – Les (in)arbitrabilités couvrant diverses matières civiles ou rattachées	302
A. – Le droit immobilier.....	302
B. – Le droit de la propriété intellectuelle.....	305
C. – Le droit de la santé.....	310
D. – Le droit de la famille	311
E. – Arbitrage et sports	317
1° L'organisation semi-étatique du règlement des litiges sportifs.....	319
2° Les litiges sportifs arbitrables	321
<i>a) Inarbitrabilité des litiges sportifs administratifs</i>	321
<i>b) Inarbitrabilité des litiges contractuels du travail</i>	322
<i>c) Arbitrabilité des autres litiges sportifs</i>	322
Chapitre 2 : LES AUTRES CONDITIONS DE FOND DE LA VALIDITE DE LA CONVENTION D'ARBITRAGE	325
Section 1 : LA CONVENTION D'ARBITRAGE INTERNE	325
§ 1. – Le consentement	326
A. – Existence du consentement	326
1° Exigence de principe du consentement.....	326
2° Caractéristiques du consentement requis.....	327
<i>a) Le moment du consentement</i>	327
<i>b) Forme du consentement</i>	328
<i>c) Expressions nuancées du consentement</i>	329
<i>d) Protection spécifique du consentement</i>	331
B. – Validité du consentement	331
§ 2. – La capacité et le pouvoir de compromettre.....	333
A. – L'aspect mixte des notions de capacité et pouvoir de compromettre	333
1° Une classification entre acte d'administration et acte de disposition	333
2° La nature contractuelle de l'acte de compromettre.....	334

B. – La capacité et le pouvoir d’une personne à compromettre	335
1° La capacité d’une personne physique à compromettre	335
2° Le pouvoir de compromettre du mandataire	336
C. – La capacité et le pouvoir de compromettre des personnes morales	337
1° La capacité et le pouvoir de compromettre d’une personne morale de droit privé	337
2° La capacité et le pouvoir de compromettre d’une personne morale de droit public	340
Section 2 : LA CONVENTION D’ARBITRAGE INTERNATIONAL	342
§ 1. – Les principes applicables à la validité de la convention d’arbitrage international	343
A. – Un principe de validité autonome	343
B. – Les règles applicables	344
§ 2. – Le consentement	347
§ 3. – La capacité et le pouvoir de compromettre	347
A. – La capacité de compromettre	347
B. – Le pouvoir de compromettre pour autrui	347
Chapitre 3 : LES CONDITIONS DE FORME DE LA CONVENTION D’ARBITRAGE	349
Section 1 : LES CONDITIONS DE FORME DE LA CONVENTION D’ARBITRAGE INTERNE	349
§ 1. – L’exigence d’un écrit en matière d’arbitrage interne	349
§ 2. – Les mentions de la convention d’arbitrage	351
A. – La mention de l’objet du litige dans la convention d’arbitrage	351
1° L’objet du litige dans la clause compromissoire	351
2° L’objet du litige dans le compromis	352
B. – La mention de la désignation des arbitres	352
Section 2 : L’ATTENUATION DES CONDITIONS FORMELLES DE VALIDITE POUR LA CONVENTION D’ARBITRAGE INTERNE ET INTERNATIONAL	353
§ 1. – L’absence de conditions de forme de la convention d’arbitrage international	353
§ 2. – La libéralisation du droit de l’arbitrage interne relatif aux conditions de validité de la convention d’arbitrage	354
A. – La validité de la clause d’arbitrage par référence	354
1° Admission de la clause par référence en droit interne et international	355
2° Les conditions de validité d’une clause d’arbitrage par référence en droit interne et international	357
B. – Validité des clauses blanches	360
C. – Les règles supplétives	360
§ 3. – L’absence de sanctions relatives au non-respect des exigences de formes	362
Section 3 : CONSEILS DE REDACTION DE LA CONVENTION D’ARBITRAGE : COMMENT EVITER LES CLAUSES PATHOLOGIQUES	363
§ 1. – Le choix de l’arbitrage est-il nécessaire, possible et opportun ?	364
§ 2. – Préférer un arbitrage <i>ad hoc</i> ou institutionnel ?	370
§ 3. – Un ou trois arbitres ?	373
§ 4. – Quel siège pour l’arbitrage ?	375
§ 5. – Quelle est la langue choisie pour l’arbitrage ?	376
§ 6. – Quel est le droit applicable à la convention d’arbitrage ?	377
§ 7. – Conseils de rédaction additionnels	377
Chapitre 4 : LA SANCTION DU NON-RESPECT DES CONDITIONS DE VALIDITE DE LA CONVENTION D’ARBITRAGE : LA NULLITE OU L’INAPPLICABILITE MANIFESTE DE LA CONVENTION	379
Section 1 : LA NOTION DU CARACTERE MANIFESTEMENT NUL OU INAPPLICABLE DE LA CLAUSE COMPROMISSOIRE	380

Section 2 : LES VOIES DE RECOURS OUVERTES CONTRE LA DECISION DU JUGE ETATIQUE EN MATIERE DE NULLITE MANIFESTE.....	382
Titre 3 : LES EFFETS DE LA CONVENTION D'ARBITRAGE	
Chapitre 1 : LES CONSEQUENCES PROCEDURALES DE LA CONVENTION D'ARBITRAGE : LE PRINCIPE COMPETENCE-COMPETENCE	389
Section 1 : EFFET POSITIF DU PRINCIPE COMPETENCE-COMPETENCE.....	391
§ 1. – Le contenu de l'effet positif du principe compétence-compétence	391
A. – L'admission de l'effet positif.....	391
B. – La compétence exclusive du tribunal arbitral	392
§ 2. – La sentence d'incompétence	392
Section 2 : EFFET NEGATIF DU PRINCIPE COMPETENCE-COMPETENCE.....	394
§ 1. – Le principe de l'effet négatif du principe compétence-compétence	394
§ 2. – Les limites de l'effet négatif du principe compétence-compétence	398
A. – Le soutien du juge.....	398
B. – La protection des parties faibles	398
C. – Le principe compétence-compétence à l'étranger.....	398
Chapitre 2 : ÉTENDUE DES EFFETS DE LA CONVENTION D'ARBITRAGE	401
Section 1 : LA RELATIVITE DE L'EFFET RELATIF DE LA CONVENTION D'ARBITRAGE.....	401
Section 2 : LA CIRCULATION DE LA CONVENTION D'ARBITRAGE	404
§ 1. – Les mécanismes permettant la circulation de la clause compromissoire	405
A. – La circulation à titre particulier d'un droit	405
1° Circulation de la clause compromissoire avec une créance.....	405
a) <i>Cession de créance</i>	405
b) <i>Subrogation</i>	407
c) <i>Les autres procédés translatifs d'une créance</i>	408
2° Circulation de l'action avec la chose à laquelle elle se rapporte	409
3° La circulation de la clause compromissoire dans le cadre d'une cession de contrat	410
B. – La transmission universelle d'un droit	411
1° Transmission universelle pour les personnes morales	411
a) <i>La transmission de la clause compromissoire dans le cadre d'une restructuration de société : fusion ou absorption</i>	411
b) <i>La scission</i>	412
c) <i>L'apport partiel d'actif</i>	413
2° Transmission universelle pour les personnes physiques	413
C. – La transmission d'entreprise	415
D. – La transmission de la clause compromissoire aux organes d'une procédure collective substituant le débiteur	416
E. – La transmission de la clause compromissoire à un mandataire substitué.....	416
F. – Substitutions légales diverses liées à la continuité de la personne morale	417
§ 2. – Les fondements de la circulation de la clause compromissoire.....	417
Section 3 : LE RAYONNEMENT DE LA CONVENTION D'ARBITRAGE AUX TIERS ADJOINTS	419
§ 1. – Le rayonnement au sein d'un groupe de contrats	421
A. – Les grands types de groupes de contrats	421
B. – Analyse de cas spécifiques d'ensembles contractuels multipartites	423
1° Le contrat de sous-traitance.....	423
2° Les contrats complémentaires multipartites concourant à la réalisation d'une même opération.....	424
C. – Les fondements du rayonnement dans les ensembles contractuels	425
D. – Le droit comparé.....	427
1° Le droit des États-Unis.....	428
2° Le droit suisse.....	428
§ 2. – Le rayonnement dans le cadre de relations triangulaires.....	429

A. – La stipulation pour autrui.....	429
B. – Dans le cadre d’un contrat de transport maritime.....	430
C. – Le cautionnement	431
D. – Les garanties autonomes	431
§ 3. – Le rayonnement de la clause à un tiers dans le cadre de relations sociétaires	431
A. – Les fondements du rayonnement dans les relations sociétaires.....	432
B. – Le rayonnement de la clause compromissoire dans le cadre d’un groupe de sociétés	433
C. – Le rayonnement de la clause à des acteurs de la vie sociétaire	437
§ 4. – Le rayonnement de la clause compromissoire à des groupements publics.....	439
Titre 4 : LA FIN DE LA CONVENTION D’ARBITRAGE	
Chapitre 1 : LA RENONCIATION PAR LES PARTIES A LA CONVENTION D’ARBITRAGE	449
Section 1 : EXIGENCE D’UNE RENONCIATION COMMUNE ET NON EQUIVOQUE	449
Section 2 : EFFETS DE LA RENONCIATION	450
Chapitre 2 : HYPOTHESES ORIGINALES CONDUISANT A L’EXTINCTION DE LA CONVENTION D’ARBITRAGE	453
Section 1 : LES INCIDENTS INTRINSEQUES A LA CLAUSE	453
Section 2 : LES INCIDENTS EXTRINSEQUES A LA CLAUSE.....	454

TROISIEME PARTIE

L’INSTANCE ARBITRALE

Titre 1 : LA CONSTITUTION DU TRIBUNAL ARBITRAL

Chapitre 1 : L’ARBITRE	461
Section 1 : LES QUALITES ATTENDUES DE L’ARBITRE	461
§ 1. – Les qualités personnelles de l’arbitre	462
§ 2. – Les qualités professionnelles de l’arbitre.....	469
A. – Les qualités techniques.....	469
B. – Les conditions attachées à la fonction juridictionnelle de l’arbitre	474
1° Le cadre des exigences d’indépendance et d’impartialité.....	474
2° Les modes d’appréciation de l’indépendance et de l’impartialité de l’arbitre	478
3° Le contenu de l’exigence d’indépendance et d’impartialité de l’arbitre	481
a) <i>L’indépendance de l’arbitre</i>	481
b) <i>L’impartialité de l’arbitre</i>	484
4° Le contrôle des exigences d’indépendance et d’impartialité	491
a) <i>L’obligation de révélation de l’arbitre</i>	492
b) <i>La sanction du manque d’indépendance et d’impartialité</i>	507
1) La récusation de l’arbitre.....	507
2) L’annulation de la sentence arbitrale	512
3) La responsabilité de l’arbitre	514
Section 2 : LE PROCESSUS DE DESIGNATION DES ARBITRES	515
§ 1. – Le nombre d’arbitres	515
§ 2. – Les modalités du choix de l’arbitre	521
A. – La désignation des arbitres par les parties.....	524
B. – La désignation des arbitres par les institutions d’arbitrage.....	533
Chapitre 2 : LA RESOLUTION DES DIFFICULTES RELATIVES A LA CONSTITUTION DU TRIBUNAL	537
Section 1 : L’INTERVENTION DU JUGE D’APPUI.....	538
§ 1. – Difficultés liées à la convention d’arbitrage elle-même.....	539
§ 2. – Difficultés liées à la constitution du tribunal arbitral.....	540
A. – Règles générales	540
B. – Précisions en matière d’arbitrage international.....	542
1° Principes de la compétence internationale du juge d’appui français	542

2° Conditions d'intervention du juge d'appui français.....	545
Section 2 : LA PROCEDURE DEVANT LE JUGE D'APPUI.....	548
Section 3 : L'INTERVENTION DE L'INSTITUTION D'ARBITRAGE.....	551
Chapitre 3 : L'ACCEPTATION PAR LES ARBITRES DE LA MISSION QUI LEUR EST CONFIEE	553
Section 1 : L'ACCEPTATION DE LEUR MISSION PAR LES ARBITRES.....	553
Section 2 : LES CONSEQUENCES DE L'ACCEPTATION.....	555
§ 1. – Les conséquences contractuelles de l'acceptation : la naissance du contrat d'arbitre.....	555
A. – Le contrat d'arbitre.....	555
B. – Le contrat d'organisation de l'arbitrage.....	563
§ 2. – Les conséquences non contractuelles de l'acceptation.....	565
§ 3. – Les sanctions de l'arbitre.....	567
Titre 2 : LE DEROULEMENT DE L'INSTANCE ARBITRALE	
Chapitre 1 : LE CHOIX DU DROIT APPLICABLE AU LITIGE	573
Section 1 : LE DROIT APPLICABLE AU FOND DU LITIGE.....	573
§ 1. – La liberté de choix des parties et la détermination à titre subsidiaire par l'arbitre.....	575
A. – La liberté des parties.....	575
B. – La compétence résiduelle de l'arbitre.....	577
§ 2. – Les règles de droit applicables.....	579
A. – La loi étatique.....	579
B. – Les règles anationales ou « non étatiques ».....	583
C. – L'équité ou l'amiable composition.....	591
§ 3. – Les limites à la liberté dans le choix ou la détermination du droit applicable.....	593
A. – Les limites légales à la liberté de l'arbitre.....	593
B. – Les limites extralégales à la liberté de l'arbitre.....	596
Section 2 : LE DROIT APPLICABLE A LA PROCEDURE.....	597
§ 1. – L'autonomie des règles de procédure.....	597
A. – L'autonomie par rapport aux autres droits applicables.....	597
1° L'autonomie par rapport au droit applicable au fond.....	597
2° L'autonomie par rapport au droit du siège.....	598
B. – Les limites à l'autonomie dans la détermination des règles de procédure.....	599
1° Les limites juridiques.....	599
2° Les limites contractuelles.....	600
3° Les « limites culturelles ».....	601
§ 2. – La détermination des règles de procédure.....	603
A. – Les acteurs de la détermination.....	603
1° Les parties.....	603
2° L'arbitre.....	604
3° L'institution d'arbitrage.....	605
B. – Les critères de détermination.....	605
§ 3. – Ce que couvrent les règles de procédure.....	607
A. – Les contours des règles de procédure.....	607
B. – La classification des règles de procédure en trois grandes catégories.....	609
Chapitre 2 : LES PRINCIPES FONDAMENTAUX S'IMPOSANT AUX ARBITRES ET AUX PARTIES	611
Section 1 : LES PRINCIPES DIRECTEURS ISSUS DE LA PROCEDURE CIVILE.....	611
§ 1. – Principe de la contradiction.....	612
A. – Le respect du contradictoire par les parties durant toutes les étapes de l'instance arbitrale.....	613
1° Un droit d'être entendu par les arbitres.....	613
2° Le respect du contradictoire lors de l'instruction de l'affaire.....	614
B. – Le respect du contradictoire par les arbitres.....	616
1° Les obligations pesant sur les arbitres.....	616

a) <i>L'exigence pour l'arbitre de faire respecter la contradiction et sanctionner le non-respect</i>	616
b) <i>L'exigence pour l'arbitre de se soumettre au principe du contradictoire</i>	617
2° Les sanctions en cas de non-respect du contradictoire	620
§ 2. – Les autres principes visés par le Code de procédure civile	624
A. – Principe dispositif	624
B. – La preuve	625
C. – La défense	625
D. – Mission de conciliation	625
E. – Les débats : les principes applicables aux plaideurs non francophones ou malentendants	625
Section 2 : LES PRINCIPES PROPRES A LA PROCEDURE ARBITRALE	626
§ 1. – Le respect du principe de l'égalité des parties	626
A. – Un principe essentiel	626
B. – Un principe autonome ?	628
C. – Un principe d'ordre public ?	629
§ 2. – Le respect du principe de célérité	630
A. – Les manifestations des principes d'efficacité et de célérité	631
1° Le principe d'efficacité s'imposant aux parties	631
2° Le principe d'efficacité s'imposant aux arbitres	632
3° Le principe d'efficacité s'imposant aux institutions d'arbitrage	637
4° Pour le juge d'appui	643
B. – Un principe parfois supplanté par d'autres principes	644
C. – Le respect du principe de loyauté	645
D. – Loyauté dans la conduite de la procédure arbitrale	646
1° Comportements vis-à-vis des arbitres, des conseils et des parties	646
2° Tactiques guerrières	647
3° Un principe à nuancer	652
E. – Lien avec le principe de l'estoppel	653
§ 3. – Le respect du principe de confidentialité	655
A. – La notion de confidentialité	658
1° Aspects de la notion	658
2° Liens avec d'autres notions	658
B. – Sanctions du principe de confidentialité	661
§ 4. – La reconnaissance éventuelle d'un principe contractuel	661
§ 5. – L'instruction collégiale	662
Chapitre 3 : LA PROGRESSION DE LA PROCEDURE ARBITRALE	663
Section 1 : L'INTRODUCTION DE L'INSTANCE ARBITRALE	663
§ 1. – L'introduction de la procédure par les parties	663
A. – La demande introductive de l'arbitrage	663
1° Généralités	663
2° Les particularités liées à la clause compromissoire et au règlement d'arbitrage ...	665
3° Effet juridique de la demande	665
4° Introduction par compromis	666
B. – La réponse à la demande	666
1° Généralités	666
2° Les demandes reconventionnelles	666
C. – Les interventions des tiers	667
C. – Les actes et ordonnances initiaux pris par le tribunal	667
§ 2. – Le traitement de l'introduction par l'institution d'arbitrage	670
A. – Généralités	670
B. – Les éléments temporels	670
1° Notification	670
2° Délais	671
a) <i>Prolongement des délais</i>	671

b) Délai pour la demande d'arbitrage	671
c) Délai pour répondre à la demande	672
3° Prescription	672
4° Le choix des techniques procédurales le plus efficace	672
C. – Les éléments financiers	676
1° Évaluation du litige	676
2° Frais d'enregistrement	676
Section 2 : LES ELEMENTS DE L'ORGANISATION ET L'INSTRUCTION DE L'INSTANCE ARBITRALE	677
§ 1. – Les éléments de l'organisation de l'instance arbitrale spécifique à l'arbitrage international	677
A. – Le siège de l'arbitrage	677
1° La notion de siège arbitral	678
a) La conception localisée ou délocalisée du siège	678
b) L'autonomie du siège en droit français	679
2° La détermination du siège	681
a) La détermination du siège par les parties	681
b) La détermination du siège par l'institution d'arbitrage ou par l'arbitre	684
3° Les conséquences juridiques attachées au siège	685
a) Le juge d'appui	685
b) Le contrôle de la sentence	686
B. – La langue de la procédure	687
1° La détermination de la (ou des) langue(s) de l'arbitrage	688
a) La liberté des parties dans le choix de la langue	689
b) La détermination supplétive de la langue en l'absence de choix par les parties	689
c) L'importance de la langue sur la procédure	691
2° Les différentes langues de la procédure	692
a) Les langues de la procédure arbitrale	692
b) La langue dans les procédures post-arbitrales	693
§ 2. – Les grandes étapes de la procédure	694
A. – Les échanges de mémoires	694
B. – L'audience	696
1° Considérations théoriques relatives à l'audience arbitrale	696
a) La nécessité de tenir une audience	696
b) Le type et le contenu de l'audience	697
c) Lieu de l'audience et lieu de l'arbitrage	698
d) La conduite de l'audience	700
2° Aspects pratiques de l'audience arbitrale	701
a) La préparation de l'audience	701
b) Le déroulement et les étapes de l'audience	702
c) Les étapes postérieures à l'audience	704
C. – L'administration de la preuve : la preuve documentaire	704
1° L'objet de la preuve documentaire	706
a) La typologie des documents « écrits »	706
1) La preuve « traditionnelle »	706
2) La preuve électronique	707
b) La portée de la preuve documentaire : une preuve actuelle, directe et objective	708
c) La preuve des éléments de fait et de droit	709
1) La preuve des faits	709
2) La preuve du contenu du droit	709
2° L'administration de la preuve documentaire	710
a) Les sources des règles d'administration de la preuve	710
1) L'autonomie de la procédure	710
2) Les règles modèles, standards et la soft law	712
3) La culture juridique	712

<i>b) Les acteurs de l'administration de la preuve</i>	713
1) La production de documents probatoires : une responsabilité qui s'impose principalement aux parties.....	713
<i>α) La charge de la preuve incombe aux parties demandereses</i>	713
<i>β) Les aménagements de la responsabilité des parties dans la charge de la preuve</i>	714
2) Le rôle de l'arbitre dans l'administration de la preuve.....	715
<i>α) Le pouvoir de l'arbitre dans l'examen des preuves et dans l'instruction du litige</i>	715
<i>β) La gestion procédurale probatoire par l'arbitre</i>	716
<i>c) Les contraintes dans l'administration de la preuve</i>	720
1) Les contraintes légales et réglementaires imposées aux parties et arbitres	720
2) Les contraintes matérielles dans l'administration de la preuve.....	721
D. – L'administration de la preuve : la preuve testimoniale.....	723
1° Le traitement de la preuve testimoniale.....	724
<i>a) Les témoins et experts en arbitrage</i>	724
1) Définition et qualité du témoin.....	724
2) Définition et qualité de l'expert.....	726
<i>b) La portée de la preuve testimoniale</i>	727
1) La valeur de la preuve testimoniale.....	727
2) Le cadre spécifique du traitement de la preuve testimoniale.....	728
2° La procédure relative à la preuve testimoniale.....	729
<i>a) L'administration de la preuve testimoniale</i>	729
<i>b) Les étapes de la procédure relative à la preuve testimoniale</i>	729
1) Le support écrit préalable.....	729
2) L'audition des témoins.....	731
Section 3 : LA PROCEDURE ELECTRONIQUE ET/OU VIRTUELLE.....	736
§ 1. – La modification de la procédure arbitrale par les nouvelles technologies.....	737
A. – Les documents électroniques.....	738
B. – L'audience virtuelle.....	738
C. – L'intelligence artificielle dans l'arbitrage.....	741
§ 2. – Les nouveaux défis résultant de l'utilisation d'outils électroniques.....	743
A. – La cybersécurité.....	743
B. – La protection des données personnelles.....	744
Section 4 : LE PRONONCE DE MESURES PROVISOIRES OU CONSERVATOIRES.....	745
§ 1. – Une compétence partagée et complémentaire.....	746
A. – Compétence du tribunal arbitral.....	746
B. – Compétence subsidiaire du juge étatique.....	752
§ 2. – Des mesures empreintes de libéralité.....	753
§ 3. – Le délicat et incertain choix du critère.....	757
Section 5 : LES INCIDENTS SUSCEPTIBLES D'AFPECTER LA PROGRESSION DE L'INSTANCE ARBITRALE :	
LES PROCEDURES PARALLELES.....	760
§ 1. – Les arbitrages parallèles.....	761
A. – Typologie des arbitrages parallèles.....	761
1° Cas d'arbitrages entre les mêmes parties ou sur le même objet.....	761
2° Cas d'arbitrages parallèles sur des fondements différents.....	763
B. – Conséquences procédurales.....	763
C. – Solutions.....	764
§ 2. – Les procédures extra-arbitrales parallèles.....	766
A. – Les procédures parallèles liées au déroulement de la procédure arbitrale.....	766
1° Les procédures parallèles relatives à la constitution du tribunal arbitral.....	766
2° Les procédures d'administration du litige.....	767
3° Les recours contre une sentence partielle.....	771

B. – Les procédures judiciaires concomitantes	772
1° Les procédures parallèles sur le même litige.....	772
2° Procédure arbitrale et procédure pénale.....	773
3° Procédure arbitrale et procédures collectives.....	775
4° Questions préjudicielles et question prioritaire de constitutionnalité	776
Section 6 : LA FIN DE L'INSTANCE ARBITRALE	778
§ 1. – Les cas dans lesquels l'instance arbitrale prend fin	779
A. – Les fins classiques de l'instance arbitrale.....	779
B. – Les autres hypothèses.....	780
§ 2. – Les conséquences de la fin de l'instance	781
Titre 3 : LES COUTS	
Chapitre 1 : LA TYPOLOGIE DES COUTS DE L'ARBITRAGE	785
Section 1 : LES FRAIS DE L'ARBITRAGE	785
§ 1. – Les honoraires et frais des arbitres.....	785
§ 2. – Les frais administratifs de l'institution d'arbitrage	787
§ 3. – Des frais distincts mais un traitement commun	788
Section 2 : LES FRAIS ENCOURUS PAR LES PARTIES.....	790
§ 1. – Les frais d'avocats	791
§ 2. – Les autres frais encourus pour la défense	791
A. – Les frais externes (experts, consultants, etc.)	791
B. – Les frais internes	791
§ 3. – Les frais logistiques	792
Chapitre 2 : LE REGIME DES COUTS DE L'ARBITRAGE	793
Section 1 : LE POUVOIR ET LES CRITERES D'ALLOCATION DES COUTS	793
Section 2 : LE CONTROLE DE LA REALITE ET DU CARACTERE RAISONNABLE DES FRAIS ENGAGES....	795
Chapitre 3 : LE FINANCEMENT EXTERNE DE L'ARBITRAGE	797
Section 1 : LA NOTION DE FINANCEMENT DE L'ARBITRAGE PAR DES TIERS	797
§ 1. – La définition du financement par des tiers	797
§ 2. – La distinction avec d'autres mécanismes de gestion des coûts	799
Section 2 : LE REGIME DU FINANCEMENT PAR DES TIERS.....	799
§ 1. – La réglementation du financement par des tiers.....	799
§ 2. – Les problématiques induites par le financement par des tiers	801

QUATRIEME PARTIE

LA SENTENCE ARBITRALE

Titre 1 : L'ELABORATION DE LA SENTENCE ARBITRALE	
Chapitre 1 : LA NOTION DE SENTENCE ARBITRALE	809
Section 1 : NATURE DE LA SENTENCE ARBITRALE	810
§ 1. – Les conceptions de la notion de sentence arbitrale.....	810
A. – Conception stricte de la notion de sentence arbitrale	810
B. – Conception large de la notion de sentence arbitrale	813
§ 2. – La nature juridictionnelle de la sentence arbitrale	815
Section 2 : LES TYPES DE SENTENCES ARBITRALES.....	818
§ 1. – Les sentences anticipées.....	820
§ 2. – Les sentences en fin d'instance.....	821
Chapitre 2 : LA PREPARATION DE LA SENTENCE ARBITRALE	827
Section 1 : LA DELIBERATION DU TRIBUNAL ARBITRAL.....	828
§ 1. – L'« obligation » de délibérer	829

§ 2. – Le secret du délibéré.....	832
Section 2 : L'ADOPTION DE LA SENTENCE ARBITRALE.....	835
§ 1. – L'adoption de la sentence arbitrale interne.....	836
A. – Exigence d'une sentence écrite.....	836
B. – Exigence de mentions obligatoires.....	837
C. – La motivation de la sentence	840
§ 2. – L'adoption de la sentence arbitrale internationale.....	843
Section 3 : CONSEILS PRATIQUES POUR LA REDACTION DE LA SENTENCE ARBITRALE	848
Chapitre 3 : LES ATTRIBUTS DE LA SENTENCE ARBITRALE	853
Section 1 : L'AUTORITE DE LA SENTENCE ARBITRALE.....	853
Section 2 : LE DESSAISISSEMENT DU TRIBUNAL ARBITRAL	856
§ 1. – Les effets positifs de la sentence arbitrale.....	856
§ 2. – Le dessaisissement du tribunal arbitral	863
Titre 2 : LES RECOURS CONTRE LA SENTENCE ARBITRALE	
Chapitre 1 : LES RECOURS ORDINAIRES CONTRE LA SENTENCE ARBITRALE	879
Section 1 : REGLES COMMUNES AU RECOURS EN ANNULATION ET A L'APPEL	879
Section 2 : REGLES SPECIFIQUES AU RECOURS EN ANNULATION	890
§ 1. – Le juge compétent	890
A. – La détermination du juge compétent	890
1° Compétence de principe de la cour d'appel.....	890
2° Compétence du juge administratif.....	892
3° La renonciation au recours.....	896
B. – Les pouvoirs du juge compétent.....	898
§ 2. – Cas d'ouverture du recours en annulation	903
A. – Le tribunal s'est déclaré à tort compétent ou incompétent.....	908
B. – Le tribunal a été irrégulièrement constitué	914
C. – Le tribunal a statué sans se conformer à la mission qui lui a été confiée.....	916
D. – Le tribunal n'a pas respecté le principe de la contradiction.....	921
E. – La sentence (interne) est contraire à l'ordre public ou bien la reconnaissance ou l'exécution de la sentence (internationale) est contraire à l'ordre public international	922
1° Le contenu de l'ordre public, interne et international	922
2° L'ordre public de fond et procédural.....	928
3° La nature du contrôle de l'ordre public international (et interne)	930
F. – L'absence de motivation de la sentence interne et les règles formelles spécifiques de l'arbitrage interne.....	949
§ 3. – L'effet du recours en annulation.....	949
A. – Le rejet du recours en annulation	950
B. – L'admission du recours en annulation	952
1° L'annulation de la sentence.....	952
2° La survie du litige et ses conséquences	954
a) Arbitrage international.....	954
b) Arbitrage interne	954
Section 3 : REGLES SPECIFIQUES A L'APPEL.....	955
Chapitre 2 : LES RECOURS EXTRAORDINAIRES CONTRE LA SENTENCE ARBITRALE	959
Section 1 : LA TIERCE OPPOSITION.....	959
Section 2 : LE RECOURS EN REVISION	961
Titre 3 : L'EXECUTION DE LA SENTENCE ARBITRALE	
Chapitre 1 : L'EXEQUATUR DE LA SENTENCE ARBITRALE	969
Section 1 : L'EXEQUATUR DE LA SENTENCE ARBITRALE INTERNE	969
§ 1. – Le juge de l'exequatur.....	970

§ 2. – La procédure de l' <i>exequatur</i>	971
§ 3. – Les recours contre l'ordonnance d' <i>exequatur</i>	973
Section 2 : LA RECONNAISSANCE ET L' <i>EXEQUATUR</i> DE LA SENTENCE ARBITRALE INTERNATIONALE	
.....	975
§ 1. – Difficultés liées à la multilocalisation des sentences arbitrales internationales	977
A. – L'exécution d'une sentence annulée dans l'État du siège de l'arbitrage.....	977
B. – Le sort de la sentence étrangère interne annulée dans le pays du siège	983
C. – La non-reconnaissance de la sentence validée à l'étranger	983
D. – L' <i>exequatur</i> des sentences CIRDI	984
§ 2. – La procédure de reconnaissance et d'exécution de la sentence arbitrale internationale	984
.....	984
§ 3. – Les recours contre l'ordonnance d' <i>exequatur</i>	988
A. – La sentence a été rendue en France	989
B. – La sentence a été rendue à l'étranger.....	990
Section 3 : LE DROIT CONVENTIONNEL DE L'EXECUTION ET DE LA RECONNAISSANCE	
DES SENTENCES.....	991
§ 1. – La Convention de New York du 10 juin 1958 sur la reconnaissance et l'exécution	992
des sentences arbitrales étrangères	992
§ 2. – La Convention de Genève du 21 avril 1961 sur l'arbitrage commercial international	997
.....	997
Chapitre 2 : L' EXECUTION PROPREMENT DITE DE LA SENTENCE ARBITRALE	
.....	999
Section 1 : L'EXECUTION PROVISOIRE DE LA SENTENCE ARBITRALE	
.....	999
Section 2 : L'EXECUTION PROPREMENT DITE DE LA SENTENCE ARBITRALE.....	
.....	1004
§ 1. – Le contentieux de l'exécution d'une sentence arbitrale	1005
A. – Le contrôle de la régularité d'une mesure pratiquée par le créancier	1007
1° Régularité d'une mesure conservatoire	1007
2° Régularité d'une mesure d'exécution.....	1008
B. – Les mesures retardant ou aménageant l'exécution de la sentence arbitrale.....	1009
§ 2. – La compétence du juge de l'exécution	1010
A. – Compétence matérielle du juge de l'exécution.....	1010
1° Les mesures d'exécution forcée	1011
2° Les mesures conservatoires	1018
3° La responsabilité civile relative à l'exécution d'une sentence arbitrale	1018
4° Difficultés relatives à la sentence exécutoire	1018
B. – Compétence territoriale du juge de l'exécution.....	1019
1° Mesure d'exécution localisée en France	1020
2° Mesure conservatoire concernant un bien localisé en France	1020
3° Contestation d'une mesure conservatoire ou d'exécution forcée en France.....	1021
4° Difficulté relative à une sentence arbitrale exécutoire en France	1021
5° Droit comparé	1022
Liste des encarts	1023
Bibliographie indicative	1025
Index alphabétique.....	1027