

Chronique d'arbitrage : la cour d'appel de Paris entre en résistance

le 21 janvier 2022

CIVIL | Arbitrage - Médiation - Conciliation

Il fallait que ça arrive. Tout juste deux ans après ses premiers arrêts, la CCIP-CA entre pour la première fois en opposition frontale avec la Cour de cassation. Après un début d'année 2021 morose pour l'arbitrage, la cour d'appel de Paris s'affirme et s'impose comme le nouveau garant de l'efficacité de l'arbitrage.

- [Paris, 2 nov. 2021, n° 18/21508](#)
- [Paris, 2 nov. 2021, n° 20/01980](#)
- [Paris, 9 nov. 2021, n° 20/05583](#)
- [Paris, 16 nov. 2021, n° 19/20295](#)
- [Paris, 23 nov. 2021, n° 19/15670](#)
- [Paris, 23 nov. 2021, n° 21/03754](#)
- [Paris, 30 nov. 2021, n° 20/10166](#)
- [Paris, 7 déc. 2021, n° 18/10217](#)
- [Paris, 14 déc. 2021, n° 19/12417](#)
- [Paris, 14 déc. 2021, n° 21/17792](#)
- [Aix-en-Provence, 25 nov. 2021, n° 18/13726](#)
- [Montpellier, 23 nov. 2021, n° 21/03721](#)
- [Versailles, 4 nov. 2021, n° 21/04943](#)
- [Pau, 23 nov. 2021, n° 19/00619](#)
- [Civ. 1^{re}, 1^{er} déc. 2021, F-D, n° 20-16.714](#)
- [Paris, 23 nov. 2021, n° 19/19007](#)
- [Paris, 23 nov. 2021, n° 18/22099](#)
- [Paris, 23 nov. 2021, n° 18/22323](#)
- [Paris, 24 nov. 2021, n° 20/00688](#)
- [Paris, 7 déc. 2021, n° 19/03844](#)
- [Paris, 11 janv. 2022, n° 19/19201](#)
- [Paris, 11 janv. 2022, n° 20/17923](#)

C'est à l'occasion de l'affaire *Hémisphère*, portant sur le retrait litigieux, que la cour refuse de suivre la première chambre civile (Paris, 7 déc. 2021, n^{os} 18/10217, 18/10220, 21/04238 et 21/04236 [quatre arrêts]; deux de ces arrêts concernent le refus de transmission d'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) sur le caractère constitutionnel du retrait litigieux, ils ne seront pas commentés). Il faut dire que la Cour de cassation a semé la confusion par une décision difficilement compréhensible et abondamment critiquée. La cour d'appel de Paris ne se laisse pas impressionner et donne une véritable leçon à la Cour de cassation. On en redemande !

Au-delà de cette affaire, plusieurs arrêts marquants ont été rendus en fin d'année 2021 ou, déjà, en début d'année 2022. Le lecteur ne devra pas passer à côté de l'arrêt *Rio Tinto* (Paris, 11 janv. 2022, n° 19/19201) portant sur la révélation. Surtout, l'arrêt *Guess* augure d'un bouleversement dans l'analyse

des lois de police, en ouvrant la voie à ce que des lois de police françaises n'intègrent pas l'ordre public international (Paris, 23 nov. 2021, n° 19/15670). On mentionnera également, en matière d'investissement, les arrêts *Garcia* (Civ. 1^{re}, 1^{er} déc. 2021, n° 20-16.714) et *Maessa* (Paris, 14 déc. 2021, n° 19/12417).

On profitera de cette introduction pour une simple remarque. Sur la grosse quinzaine d'arrêts examinés de la 5-16, on constate une déflation importante du montant des articles 700 accordés au vainqueur. Alors que l'on a été habitué pendant longtemps à des sommes à six chiffres, tous les arrêts (sauf un) donnent lieu à une condamnation à cinq chiffres (et plutôt dans la première moitié). Est-ce le fruit du hasard ou une tendance de fond ? Il faudra y être attentif dans les mois à venir !

I. L'arrêt *Hémisphère*

On ne boudera pas notre plaisir à la lecture de l'arrêt *Hémisphère* (Paris, 7 déc. 2021, n^{os} 18/10217 et 18/10220). Pour mémoire, l'affaire oppose une société de gestion de placements de droit américain (la société *Hémisphère*) à la République démocratique du Congo. À l'origine, deux sentences arbitrales rendues il y a près de vingt ans dans des litiges relatifs à la construction d'une ligne de transport d'énergie électrique à haute tension et d'un aménagement hydraulique. Depuis, le créancier originel a cédé ses créances à la société *Hémisphère*. C'est donc le cessionnaire qui en poursuit l'exécution. Dans le cadre de deux recours contre les sentences (une rendue en France, l'autre à l'étranger), la République démocratique du Congo invoque le retrait litigieux. Dans un premier arrêt d'appel (Paris, 12 avr. 2016, n° 11/20732, Gaz. Pal. 2016, n° 26, p. 24, obs. D. Bensaude), la cour a rejeté le moyen, au motif que « la mission de la cour d'appel, saisie en application de l'article 1520 du code de procédure civile, est limitée à l'examen des vices énumérés par ce texte ». Las, la Cour de cassation a, dans un arrêt très remarqué, cassé la décision, au visa de l'article 1699 du code civil (Civ. 1^{re}, 28 févr. 2018, n° 16-22.112, Dalloz actualité, 20 mars 2018, obs. J.-D. Pellier ; D. 2018. 516 ; *ibid.* 1934, obs. L. d'Avout et S. Bollée ; *ibid.* 2448, obs. T. Clay ; AJ contrat 2018. 187, obs. J. Jourdan-Marques ; RTD civ. 2018. 411, obs. H. Barbier ; *ibid.* 431, obs. P.-Y. Gautier ; Rev. arb. 2018. 389, note M. Laazouzi ; Procédures 2018, n° 5, obs. L. Weiller ; JCP 2018. 1111, note P. Casson ; RDC 2018. 354, note R. Libchaber ; JDI 2018. 1202, note P. Pinsolle). La motivation de l'arrêt de cassation est succincte, la Cour se limitant à énoncer que « l'exercice du retrait litigieux affecte l'exécution de la sentence ». Cette solution pose d'immenses difficultés. En jugeant ainsi, la Cour de cassation fait voler en éclat le caractère limitatif des cas d'ouverture du recours.

Heureusement, la cour d'appel de Paris est là pour remettre l'église au milieu du village. On sent même la malice de la cour, qui n'hésite pas à dispenser à la Cour de cassation une leçon sur les prérogatives du juge du recours. La cour juge que « l'exercice du droit de retrait litigieux devant le juge du contrôle de l'*exequatur* n'a pas pour effet de modifier et d'étendre les pouvoirs de ce juge au-delà des cas prévus par la loi ». Surtout, elle ajoute, en prenant soin de souligner elle-même, qu'il « convient de rappeler que dans le cadre de ce contrôle, en application de l'article 1525 du code civil, la "cour d'appel ne peut refuser la reconnaissance ou l'*exequatur* de la sentence arbitrale *que* dans les cas prévus à l'article 1520" (souligné par la Cour) ». Elle conclut, après avoir recopié l'intégralité de l'article 1520, qu'« il ressort de ces dispositions que ne figure pas dans les cas de refus possibles de l'*exequatur* l'exercice d'un droit au retrait litigieux ».

Comment peut-on signifier plus clairement à la Cour de cassation qu'en imposant au juge du recours de vérifier l'existence d'un retrait litigieux, elle l'invite à entrer en violation frontale avec son office ? La cour s'y refuse et il faut la soutenir. C'est à juste titre qu'elle rappelle le caractère limitatif des cas d'ouverture du recours, pilier fondamental du droit français de l'arbitrage. Il en va, pour les sentences étrangères, du respect de la Convention de New York. En cela, la solution de la cour d'appel n'est pas seulement bonne ; elle est salutaire.

Pour autant, il convient d'être honnête et, pour cela, de faire une légère digression avec un autre arrêt. Peut-on dire, sans aucune réserve, que l'annulation ou le refus d'*exequatur* est limité aux cinq cas

d'ouverture du recours ? La réponse n'est pas tout à fait positive. La cour d'appel de Paris en donne un exemple dans la présente livraison (Paris [formation interne], 23 nov. 2021, n° 19/19007, *HD Holding*). Dans cette affaire, deux recours concomitants sont exercés : l'un contre la sentence partielle sur la compétence, l'autre contre la sentence finale. Les deux arrêts sont rendus le même jour. Le premier (Paris [formation interne], 23 nov. 2021, n° 18/22099, *HD Holding*, v. *infra*) annule la sentence partielle. Quelle est la conséquence de l'annulation de la sentence partielle sur la sentence finale ? La réponse ne fait aucun doute : l'annulation de la première emporte avec elle l'annulation de la seconde. Sur quel fondement ? C'est là que réside la difficulté. En effet, si certains griefs affectent de façon identique les deux sentences (par exemple la compétence ou l'irrégularité de la constitution du tribunal arbitral), d'autres peuvent n'affecter que la première. C'est par exemple le cas d'une violation de la contradiction qui touche uniquement la phase de la procédure sur la compétence. Pour cette raison, il est justifié de se détacher des cinq cas d'ouverture du recours. C'est ce que fait la cour d'appel de Paris dans l'affaire *HD Holding*, en énonçant, indépendamment de tout cas d'ouverture du recours, que « l'annulation par un autre arrêt [...] de la sentence partielle du 10 septembre 2018, statuant sur la compétence du tribunal arbitral, a privé nécessairement celui-ci de tout pouvoir pour statuer sur le fond. En conséquence, la sentence finale du 6 septembre 2019 est annulée ». En somme, les cas d'ouverture ne sont pas parfaitement limitatifs.

Si l'on en revient à l'arrêt *Hémisphère*, pourquoi ne pas considérer que l'exercice du retrait litigieux entre dans ce type de réserve ? En réalité, la réponse figure déjà dans l'arrêt de la Cour de cassation : le retrait litigieux affecte l'exécution de la sentence. L'exécution n'est pas l'*exequatur*, encore moins la validité. C'est ce que met en lumière l'arrêt d'appel, qui souligne que « l'exercice du droit de retrait litigieux est susceptible d'affecter indirectement l'exécution de la sentence en ce qu'il affecte directement le montant de la créance fixée par celle-ci ». Est-ce à dire que personne ne pourra connaître de ce moyen ? Là encore, la motivation de la cour d'appel est précieuse : « dans ces conditions, cette demande, impropre à faire obstacle à un tel *exequatur* sera rejetée, sans préjudice du débat qui pourrait naître à l'occasion de l'exécution forcée de cette sentence devant le juge compétent ». C'est donc au juge de l'exécution (JEX) qu'il convient de renvoyer le débat. On peut s'interroger s'il entre dans l'office du JEX de se prononcer sur cette question. Implicitement, la jurisprudence a déjà répondu positivement, mais dans le cas particulier de l'exécution forcée d'un acte authentique (Civ. 2^e, 4 déc. 2014, n° 13-25.433, en l'espèce, l'offre est déclarée irrecevable au motif qu'elle est soulevée en appel... ce qui implique qu'elle l'aurait été en première instance devant le juge de l'exécution). Pour notre part, nous avons tendance à penser que cette question relève en réalité d'un juge du fond, qui peut être l'arbitre. Toutefois, c'est une autre discussion.

La fin de l'arrêt recèle d'ailleurs une autre pépite, toujours sur le retrait litigieux. La République démocratique du Congo allègue de l'existence d'une fraude, caractérisée par le « "montage juridique complexe" qui a eu pour effet d'occulter la réalité de la cession de créance ». Si elle écarte le moyen, faute de preuve, elle ajoute qu'« il n'est pas justifié que l'exercice de ce droit de retrait était applicable alors que le contrat initial était régi par le droit suisse, qui ne connaît pas ce mécanisme, de sorte qu'aucune fraude à la loi française, qui n'était pas applicable à la cession de créance, ne peut être caractérisée ». C'est en effet une question complexe que de déterminer la loi applicable au retrait litigieux. La Cour de cassation s'est bien gardée de se poser la question, sauf à considérer qu'elle a consacré une sorte de règle matérielle. En jugeant que le droit français n'est pas applicable, la cour d'appel met les pieds dans le plat : comment la Cour de cassation peut-elle à nouveau casser l'arrêt d'appel sans s'assurer préalablement que le droit français est applicable ? On a hâte de connaître la suite !

II. Les effets de la convention d'arbitrage

A. Le principe compétence-compétence

Comme de coutume, on dira quelques mots sur les arrêts rendus en matière de compétence-compétence.

Un premier arrêt soulève – de façon implicite et sans la trancher – la question intéressante de la distinction chronologique entre la phase où le tribunal arbitral est déjà saisi et celle où il n'est pas encore saisi (Montpellier, 23 nov. 2021, n° 21/03721). On sait que l'article 1448 du code de procédure civile tire des conséquences très importantes de cette distinction, puisque, antérieurement à la saisine du tribunal arbitral, le juge peut contrôler la nullité ou l'inapplicabilité manifeste de la clause, alors que postérieurement, il n'a d'autre choix que de se déclarer incompétent. Le point de savoir à quelle date le tribunal arbitral est saisi fait l'objet d'une littérature abondante (C. Seraglini et J. Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, 2^e éd., Lextenso éditions/Montchrestien, coll. « Domat, Droit privé », 2019, n° 176). En substance, il faut retenir que c'est la date de constitution du tribunal arbitral, réalisée par l'acceptation de sa mission par le dernier arbitre.

En revanche, un point n'a – à notre connaissance – jamais été discuté, alors que son importance est capitale. Il s'agit de savoir si l'événement « saisine du tribunal arbitral » doit s'examiner à la date de saisine du juge étatique ou à la date à laquelle ce dernier se prononce. On signalera que, dans le cadre de la mise en œuvre de la compétence du juge des référés, un arrêt a déjà énoncé que « la compétence du juge des référés s'appréciant au jour de sa saisine [...] la constitution d'un tribunal arbitral postérieurement à cette saisine [...] n'a pu avoir pour effet de dessaisir le juge des référés » (Paris, 25 oct. 2012, n° 12/07285). Si la situation est proche, une transposition ne s'impose pas nécessairement. D'une part, car les articles ont une rédaction différente : l'article 1448 tend à faire obstacle à la compétence du juge étatique, alors que l'article 1449 fait obstacle à la saisine du juge étatique (« ne fait pas obstacle, tant que le tribunal arbitral n'est pas constitué, à ce qu'une partie saisisse »). D'autre part, car la concurrence entre les juridictions n'est pas la même : trancher le fond d'un côté, se prononcer sur une simple mesure provisoire de l'autre. Le débat reste entier.

La cour d'appel de Montpellier se prononce implicitement en faveur de l'événement « saisine du juge étatique ». Elle énonce que le tribunal arbitral « ayant été saisi, c'est-à-dire définitivement constitué lors de l'acceptation par le dernier arbitre de sa mission le 16 octobre 2020, alors que le tribunal de commerce de Perpignan a été saisi par actes d'huissier en date des 8 et 10 juillet 2020, remis au greffe le 13 juillet 2020 », il ne fait donc aucun doute que le tribunal arbitral était saisi à la date à laquelle la cour d'appel a rendu son arrêt, mais déjà à la date à laquelle le tribunal de commerce a rendu son jugement (le 1^{er} juin 2021). En conséquence, c'est la date de saisine du juge étatique qui est prise en compte.

Une telle solution peut sans doute se prévaloir d'un argument de texte. L'article 1448 du code de procédure civile énonce que « lorsqu'un litige [...] est porté devant une juridiction de l'État [...] sauf si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi ». On peut estimer que la conjonction temporelle « lorsque » combinée au verbe « porter » renvoie à la date de saisine du juge étatique. Pour autant, une telle interprétation ne s'impose pas nécessairement. Il n'est pas rare d'examiner certains arguments à la date à laquelle le juge statue. C'est le cas par exemple pour certaines fins de non-recevoir, sur le fondement de l'article 126 du code de procédure civile.

On peut imaginer qu'il en aille de même pour la saisine du tribunal arbitral. Il ne faudrait alors pas que le tribunal arbitral soit saisi au moment où l'est le juge étatique, mais au moment où il statue. Ce faisant, on renforcerait une fois encore l'effet négatif du principe de compétence-compétence (ce qui ne plaira pas à tout le monde). C'est bien vers une telle solution que devrait militer l'esprit du texte. Elle aurait pour principale vertu d'éviter qu'une affaire fasse l'objet de plusieurs décisions (première instance, appel, cassation) avant un renvoi inéluctable à l'arbitrage alors qu'un tribunal arbitral est déjà constitué (et a potentiellement déjà tranché le litige, comme dans l'affaire sous commentaire).

Un deuxième arrêt est intéressant par sa situation factuelle (Versailles, 4 nov. 2021, n° 21/04943). La clause figure dans un pacte d'associés. Elle énonce que le tribunal arbitral est composé « de deux arbitres choisis [...]. Les deux arbitres pourront, s'ils le jugent utile, compléter le collège arbitral en désignant un troisième arbitre choisi sur la même liste ». En matière interne, l'article 1451, alinéa 1^{er}, du code de procédure civile impose l'imparité. Pour sauver la clause et renvoyer aux arbitres, la cour juge que la faculté offerte, par la clause, aux arbitres de désigner un troisième arbitre préserve la clause, en ce qu'elle

« correspond exactement à la solution préconisée par le troisième alinéa [de l'article 1451 du code de procédure civile] ». Il nous semble, à rebours de la cour d'appel, que telle n'est pas le sens de la clause. La clause prévoit bien un tribunal pair, la faculté de désigner un troisième arbitre reposant sur une volonté discrétionnaire (« s'ils le jugent utile ») des arbitres. Pour autant, la solution retenue reste bonne. Elle s'explique par le fait que, depuis le décret du 13 janvier 2011, reprenant une jurisprudence antérieure (Civ. 2^e, 25 mars 1999, n° 97-13.448, D. 1999. 107 ; RTD com. 1999. 370, obs. J.-C. Dubarry ; Rev. arb. 1999.807, note P. Level), la clause n'est pas nulle ou réputée non écrite. Elle doit être complétée, par l'effet de l'alinéa 2 de l'article 1451 du code de procédure civile. En définitive, indépendamment de son contenu, la clause suffit à renvoyer les parties à l'arbitrage, sous réserve de réunir un tribunal impair.

Un troisième arrêt mérite d'être signalé en ce que la cour commet, à première vue, une erreur de droit grossière (Pau, 23 nov. 2021, n° 19/00619). Pour refuser de renvoyer les parties à l'arbitrage, la cour constate que le défendeur a renoncé à la clause compromissoire « en saisissant elle-même, par acte d'huissier du 9 août 2018, le juge des référés aux fins de désignation d'un expert judiciaire ». Si le fondement de l'action est vague, la saisine du juge des référés dans le cadre d'une mesure d'instruction, prévue par l'article 1449 du code de procédure civile, n'est, en principe, pas de nature à constituer une renonciation à la clause compromissoire.

B. La compétence du juge d'appui

L'article 1459 du code de procédure civile prévoit – et on peut se demander si c'est heureux (v. sur ce débat T. Clay et M. de Fontmichel, *Code de l'arbitrage commenté*, 2^e éd., LexisNexis, 2021, ss art. 1459) – la possibilité pour les parties de désigner le président du tribunal de commerce comme juge d'appui. Simplement, cette faculté conduit à des difficultés de répartition. En effet, le président du tribunal de commerce ne sera jamais qu'un juge d'appui « imparfait » ou « incomplet ». C'est à cette difficulté qu'est confrontée la cour d'appel de Paris (Paris, 14 déc. 2021, n° 21/17792, *Fadis*). La clause contractuelle prévoit la compétence du président du tribunal de commerce de Paris. Ce dernier est saisi dans le cadre d'une demande de prorogation du délai d'arbitrage. La cour répond sur la clause, plutôt que sur le code de procédure civile. Elle constate que la rédaction de la clause ne permet pas d'aller au-delà d'une compétence portant sur la désignation du président du tribunal arbitral.

La solution aurait été mieux fondée sur le code de procédure civile. En effet, la faculté de désigner le président du tribunal de commerce est limitée par l'article 1459 aux seules demandes visées aux articles 1451 à 1454 du code de procédure civile, soit la désignation des arbitres et les difficultés de constitution. Le texte ne renvoie pas à l'article 1463 du code de procédure civile, relatif à la prorogation des délais. Une clause, même exprès (mais cela n'a pas encore été jugé par la Cour de cassation) ne permet pas d'étendre les prérogatives du président du tribunal de commerce.

III. Les recours contre les sentences arbitrales

A. Aspects procéduraux du recours

1. La recevabilité du déféré (nullité) contre un refus d'exequatur

L'arrêt *iXblue* apporte des précisions importantes sur le régime des ordonnances rendues par le conseiller de la mise en état (Paris, 23 nov. 2021, n° 21/03754, le lecteur est informé que le rédacteur de cette chronique a été impliqué dans le recours). La société *iXblue*, demandeur au recours en annulation, a saisi le conseiller de la mise en état, conformément à l'article 1521 du code de procédure civile, d'une demande en *exequatur*. Pour coordonner ses deux demandes, la société *iXblue* avance que le recours en annulation porte sur une partie des chefs décisifs de la sentence et la demande d'*exequatur* sur une autre partie. Par ordonnance, le conseiller de la mise en état a rejeté la demande d'*exequatur* partiel au motif que « l'*exequatur* partiel ne peut être ordonné sur la partie du chef décisif n° 7 demandé, qui est indissociable des dispositions soumises au recours ». À elle seule, cette ordonnance mérite un

commentaire. En effet, un refus d'*exequatur* de la sentence est rare. Il l'est encore plus lorsqu'il est fondé sur l'indissociabilité des chefs décisifs dont l'exécution est demandée et ceux pour lesquels l'annulation est demandée. La question est de savoir si ce constat entre dans les prérogatives du conseiller de la mise en état, notamment au regard de l'article 1514 du code de procédure civile.

C'est pour contester cette solution que la société iXblue a déféré l'ordonnance du conseiller de la mise en état à la cour. Pour autant, avant de se prononcer sur le bien-fondé du recours, encore faut-il qu'il soit recevable. C'est une réponse négative qui est donnée par le présent arrêt.

Au titre du déféré « simple », la cour juge que l'ordonnance de refus d'*exequatur* n'entre pas dans les hypothèses prévues par l'article 916 du code de procédure civile. Pour le justifier, elle qualifie la demande d'*exequatur* devant le conseiller de la mise en état « d'incident d'instance ». Elle considère que son rejet ne met pas fin à l'instance, qui se poursuit devant le juge de l'annulation. À cet égard, elle ajoute que l'attribution de numéros de RG distincts n'affecte pas l'unicité de l'instance.

Au titre du déféré-nullité, elle considère que ce recours ouvert à titre exceptionnel par la voie prétorienne, en cas d'excès de pouvoir, n'est pas conditionné au caractère immédiat ou non du recours, mais à l'existence ou à l'absence de tout recours. Or elle estime qu'il existe un recours contre la décision du conseiller de la mise en état, dès lors que l'issue du recours en annulation confère de plein droit l'*exequatur* à la sentence. Enfin, elle refuse tout parallèle entre les voies de recours contre la décision du conseiller de la mise en état sur l'*exequatur*, et celle du tribunal judiciaire. En effet, pour ce dernier, l'article 1523 du code de procédure civile prévoit un recours contre la décision refusant l'*exequatur*, alors que l'article 1524 l'écarte.

En définitive, la cour aligne le régime des ordonnances d'*exequatur* rendues par le conseiller de la mise en état, en excluant, quel que soit le sens de la décision, tout déféré ou déféré-nullité (Paris, 29 oct. 2019, n° 19/12047, *Bouygues bâtiment Île-de-France*, Dalloz actualité, 28 janv. 2020, obs. J. Jourdan-Marques).

2. La compétence du juge de l'annulation pour connaître d'une tierce opposition

Dans le cadre d'un recours en annulation contre une sentence interne, le juge est saisi d'une intervention volontaire aux fins de tierce opposition (Paris [formation interne], 7 déc. 2021, n° 19/03844, *Oxygène*). Si l'article 1501 du code de procédure civile ouvre cette voie de recours aux tiers, c'est uniquement devant « la juridiction qui eut été compétente à défaut d'arbitrage ». En aucun cas cela ne peut être le juge de l'annulation. Même si, par hasard, la compétence territoriale du juge compétent à défaut de clause correspond au ressort de la cour d'appel, le tiers ne peut se dispenser de saisir le juge de première instance. C'est donc logiquement que la tierce opposition est écartée.

B. Aspects substantiels du recours

1. La compétence

a. La clause de médiation préalable

L'arrêt *HD Holding* (Paris [formation interne], 23 nov. 2021, n° 18/22099) est difficilement compréhensible au regard de la jurisprudence récente. Il porte sur la question classique de l'articulation d'une clause de médiation préalable avec une clause compromissoire. Si les arbitres sont tenus par une telle clause, la question est de savoir si elle peut faire l'objet d'un débat devant le juge de l'annulation, au titre de la compétence ou du respect de la mission par le tribunal arbitral. La réponse ne fait en principe aucun doute : elle est négative (Paris, 28 juin 2016, n° 15/03504, *Rev. arb.* 2016. 1157, note J. Barbet ; *Gaz. Pal.* 2016, n° 40, p. 37, obs. D. Bensaude ; 29 janv. 2019, n° 16/20822, Dalloz actualité, 6 mars 2019, obs. J. Jourdan-Marques ; *JDI* 2020. 199, note H. Ascencio ; *Gaz. Pal.* 2019, n° 24, p. 21, obs. D. Bensaude ; *Cah. arb.* 2019. 87, note T. Portwood et R. Dethomas ; *Rev. arb.* 2019. 250, note M.

Audit ; *ibid.* 584, note M. Laazouzi ; 25 mai 2021, n° 18/27648, *Cengiz*, Dalloz actualité, 18 juin 2021, obs. J. Jourdan-Marques ; plus ambigu, Paris, 1^{er} déc. 2020, n° 19/08691, *Qatar c. Keppel Seghers Engineering Singapore*, Dalloz actualité, 15 janv. 2021, obs. J. Jourdan-Marques). Cela s'explique par la qualification de fin de non-recevoir de la clause, qui échappe au contrôle de la compétence.

C'est pourtant une réponse opposée que donne la formation interne de la 5-16. Alors que la clause contractuelle n'a rien d'original, elle énonce que, « s'il est vrai, d'une manière générale, qu'une clause d'un contrat instituant une procédure de médiation obligatoire et préalable constitue une fin de non-recevoir, il n'en demeure pas moins qu'en l'espèce, le tribunal arbitral s'est déclaré compétent, alors pourtant que les demandeurs au recours en annulation ont soutenu devant lui qu'une médiation préalable et obligatoire s'imposait en vertu de l'article 12 du protocole, qu'il a lui-même relevé que le litige relevait du champ d'application de la clause de médiation et qu'il a de surcroît invité les parties à mettre en œuvre une procédure de médiation parallèle à la procédure d'arbitrage. Or le tribunal arbitral ne pouvait pas se reconnaître compétent, alors que la procédure de médiation préalable prévue par l'article 12 du protocole n'avait pas été mise en œuvre. Le non-respect de la clause de médiation n'est donc pas en l'espèce une fin de non-recevoir ne relevant pas de l'appréciation de la cour d'appel mais constitue une circonstance de l'espèce qui doit être prise en compte pour apprécier la violation de l'article 1492, 1^o, du code de procédure civile ». En résumé, la clause de médiation préalable reste en principe exclue du contrôle du juge, sauf lorsque les faits d'espèce transforment la question en grief sur la compétence. Un tel raisonnement ne tient pas debout. Le comportement des parties et la teneur des débats devant le tribunal arbitral n'est, en aucune manière, de nature à transformer une question de recevabilité en question de compétence au stade du recours en annulation.

En réalité, dans cette affaire, c'est un mal jugé et une éventuelle contradiction de motifs que la cour sanctionne. Néanmoins, ce grief n'est pas de nature à entraîner l'annulation, et ce en vertu d'une jurisprudence acquise (Civ. 1^{re}, 11 mai 1999, n° 95-18.190, RTD com. 2000. 336, obs. E. Loquin ; Rev. arb. 1999. 811, note E. Gaillard).

L'arrêt ajoute une précision intéressante, que l'on oublie parfois. Puisqu'il s'agit d'une sentence interne, l'article 1493 du code de procédure civile prévoit en principe que la cour « statue sur le fond dans les limites de la mission de l'arbitre, sauf volonté contraire des parties ». Toutefois, la sentence est annulée sur le fondement de la compétence. La jurisprudence en déduit que l'annulation fondée sur l'incompétence bloque la saisine de la cour qui ne peut alors trancher le fond du litige (Civ. 1^{re}, 6 mars 2013, n° 12-15.375, D. 2013. 716 ; *ibid.* 2936, obs. T. Clay ; RTD civ. 2013. 662, obs. P. Théry ; Rev. arb. 2013. 404, note J. Pellerin ; Procédures 2013. Comm. 151, obs. L. Weiller). En effet, l'absence de juridiction du tribunal arbitral empêche la cour d'être investie. C'est ce que constate la cour d'appel, en énonçant que « l'annulation de la sentence étant prononcée en raison de l'incompétence du tribunal arbitral, la cour doit s'abstenir de statuer au fond et les parties doivent être renvoyées à mieux se pourvoir sans qu'il y ait lieu à désigner la juridiction devant être saisie ». Une telle solution implique en principe de saisir les juridictions judiciaires compétentes en lieu et place des arbitres. En l'espèce, tel n'est pas être le cas, puisque l'incompétence a été prononcée pour violation de la clause de médiation préalable. En toute logique, la clause survit à l'annulation et les parties doivent être renvoyées à la médiation puis, éventuellement, à l'arbitrage.

b. La notification d'arbitrage

L'affaire *Maessa* est particulière (Paris, 14 déc. 2021, n° 19/12417). Un rappel des faits est nécessaire pour la comprendre. Le 1^{er} juillet 2015, le Consorcio GLP et les sociétés Maessa et Tesca ont adressé à la République de l'Équateur, sur le fondement d'un TBI, une notification intitulée « Notificación de Arbitraje ». Deux mois plus tard, après un changement de conseils, le Consorcio GLP et des sociétés Tesca et Maessa ont écrit à la République de l'Équateur en précisant que la notification du 1^{er} juillet 2015 était une notification de l'existence d'un différend en vertu du TBI. Quelque temps plus tard, le défendeur puis le demandeur ont chacun désigné un arbitre. Le 19 mai 2016, après la désignation des

coarbitres, mais avant le choix du président, les sociétés Maessa et Semi ont adressé à la République de l'Équateur et aux arbitres désignés, une seconde notification dénommée « Notificación de Arbitraje ».

En résumé, deux notifications d'arbitrage se sont succédé. Trois parties figurent dans la première, seulement deux (une identique et une différente) dans la seconde. Pour le demandeur, la première notification est une notification de différend ayant conduit à des négociations puis suivie par une demande d'arbitrage. Pour le défendeur, l'arbitrage a été déclenché dès la première notification.

C'est sur cette confusion originelle que tout le débat repose. Le 9 juin 2017, le tribunal arbitral s'est prononcé, par une ordonnance de procédure, sur la nature des notifications et a déterminé les parties à l'arbitrage, décidant que (i) seule la « Notificación de Arbitraje » de 2016 est qualifiée de notification d'arbitrage au sens du TBI et que (ii) les parties demanderesses à l'arbitrage sont les sociétés Maessa et Semi. Il a ensuite rendu une sentence sur la compétence le 21 décembre 2018.

Le débat s'est poursuivi devant le juge de l'annulation, l'Équateur demandant l'annulation de l'ordonnance du 9 juin 2017 et de la sentence du 21 décembre 2018. Le conseiller de la mise en état de la cour d'appel de Paris a déclaré recevable le recours en annulation formé contre l'ordonnance de procédure, après l'avoir requalifiée en sentence arbitrale (Paris, ord., 12 janv. 2021, n° 19/12417, *Maessa*, Dalloz actualité, 22 févr. 2021, obs. J. Jourdan-Marques ; Rev. arb. 2021. 857, note C. Greenberg).

La cour d'appel de Paris est donc saisie d'un recours visant deux actes : l'ordonnance de procédure – désormais qualifiée de sentence – du 9 juin 2017 et la sentence sur la compétence du 21 décembre 2018. L'Équateur demande la nullité des sentences, en particulier sur le fondement de l'article 1520, 1°, du code de procédure civile.

C'est avec un brin de malice que l'on observe la cour se sortir de ce borborygme. Trois questions au moins se posent devant le juge de l'annulation : premièrement, celui de savoir s'il y a un ou deux arbitrages ; deuxièmement, quelles sont les parties à l'arbitrage ; troisièmement, quelle est la nature des deux notifications d'arbitrage.

Pour répondre à la première question, la cour se penche sur les deux autres. D'une part, elle constate les liens étroits entre, d'un côté, les sociétés Consortio GLP, Maessa et Tesca, et, de l'autre, les sociétés Maessa et Semi. D'autre part, elle requalifie – non sans une certaine bienveillance – la première notification en « notification de différend » et retient que la deuxième notification est bien la notification d'arbitrage. Elle conclut qu'il n'en « résulte pas l'existence de différends distincts ». Pour saupoudrer sa motivation, la cour ajoute qu'il appartenait à la « République de l'Équateur, les conditions d'application du traité étant réunies, d'adopter une attitude procédurale permettant de garantir la mise en œuvre de la procédure arbitrale à laquelle elle avait consentie ». Plus loin, elle consacre un tout nouveau « principe d'efficacité », lequel pèse sur « tout État ayant consenti une offre permanente d'arbitrage ». Nul doute que la doctrine ne restera pas sans réaction face à ces audaces.

Pour autant, il nous semble que le raisonnement – qui est relativement long – aurait pu être simplifié. Qu'est-ce que le contrôle de la compétence par le juge de l'annulation ? En synthèse, ce cas d'ouverture permet au juge de contrôler (i) la validité de la convention d'arbitrage, (ii) l'applicabilité de la convention d'arbitrage et (iii) l'arbitrabilité du litige (la cour contrôle encore parfois le délai sur ce fondement). Autrement dit, cela revient, comme le signale la cour elle-même, à « apprécier la volonté commune des parties de recourir à l'arbitrage au regard de l'ensemble des dispositions du traité de sorte que le tribunal arbitral n'est compétent pour connaître d'un litige que s'il entre dans le champ d'application du traité et qu'il est satisfait à l'ensemble de ses conditions d'application ». Ainsi, la compétence du tribunal arbitral ne fait aucun doute, puisque le requérant ne se situe pas sur le terrain des conditions posées par le traité pour recourir à l'arbitrage.

L'erreur de la cour se situe dans l'analyse de la notification d'arbitrage des investisseurs. Pour elle, « le consentement à l'arbitrage des investisseurs devait résulter [...] d'une notification d'arbitrage ». C'est la raison pour laquelle elle s'attache à décortiquer la nature des notifications d'arbitrage, pour y déceler le consentement des investisseurs. Ce détour est inutile. Si la notification d'arbitrage est l'instrumentum le plus évident pour l'expression de la volonté d'un investisseur de soumettre un litige à l'arbitrage, il n'est pas le seul possible. Or la seule présence de Maessa et Semi devant les arbitres suffit à constater leur consentement à l'arbitrage. Dès lors, le présent litige ne pose aucune difficulté de compétence, l'Équateur y ayant consenti dans le TBI, Maessa et Semi par leur présence devant les arbitres, et l'applicabilité de la convention d'arbitrage au litige n'étant pas discutée.

Naturellement, le cafouillage procédural initial pose des difficultés. Simplement, elles ne relèvent pas d'un contrôle de la compétence par le juge de l'annulation. Ces questions concernent la validité de la notification d'arbitrage et le respect de l'obligation de tentative de règlement amiable du litige. Elles échappent, l'une et l'autre, au juge de l'annulation. Il est vrai que l'arrêt *HD Holding* (Paris [formation interne], 23 nov. 2021, n° 18/22099, *supra*) donne le très mauvais exemple sur la question des obligations préalables de médiation. Pour autant, le travail de distinction, au sein même du TBI, entre ce qui relève de la compétence et ce qui n'en relève pas est fait avec grand soin par la jurisprudence récente (Paris, 12 oct. 2021, n° 19/21625, *Aboukhalil*, Dalloz actualité, 19 nov. 2021, obs. J. Jourdan-Marques ; 28 sept. 2021, n° 19/19834, *Nurol*, Dalloz actualité, *ibid.*). En définitive, la cour peut se limiter à constater que les modalités de notification et le respect de l'exigence préalable de mode amiable ne relèvent pas de la compétence pour écarter le grief.

Une question persiste malgré la consolidation de la compétence arbitrale : les errements dans la notification, avec une désignation des coarbitres antérieure à la véritable notification d'arbitrage, n'ont-ils pas affecté la constitution du tribunal arbitral ? C'est, justement, ce que la République d'Équateur prétend (nous prions nos lecteurs de nous pardonner d'évoquer cette question à ce stade, sans respecter le plan de la chronique). Las, le débat n'a pas eu lieu devant le tribunal arbitral ! Faut-il y voir une renonciation ? La cour commence par rappeler la jurisprudence *Schooner*, tout en la limitant par une formule révélatrice : « Si, lorsque la compétence a été débattue devant les arbitres, les parties ne sont pas privées du droit d'invoquer sur cette même question, devant le juge de l'annulation, de nouveaux moyens et arguments et à faire état, à cet effet, de nouveaux éléments de preuve, elles ne peuvent, sans encourir l'irrecevabilité précitée, invoquer et articuler de nouvelles irrégularités au soutien d'autres moyens d'annulation que celui tiré de l'incompétence dès lors qu'ils ne sont pas nécessairement impliqués par ce dernier ». La liberté de faire évoluer le débat devant le juge de l'annulation est donc limitée au cas d'ouverture relatif à la compétence, à l'exclusion des autres cas d'ouverture.

Pourtant, l'argumentation de l'Équateur est ingénieuse. Elle s'appuie sur la jurisprudence *Antrix* (Civ. 1^{re}, 4 mars 2020, n° 18-22.019, Dalloz actualité, 4 mai 2020, note J. Jourdan-Marques ; D. 2020. 608 ; *ibid.* 2484, obs. T. Clay ; RTD civ. 2020. 617, obs. H. Barbier ; JDI 2021. 612, note C. Debourg ; Procédures 2020, n° 6, p. 23, obs. L. Weiller ; JCP E 2020, n° 42, p. 23, note P. Casson). Pour tenter d'échapper à l'irrecevabilité, le requérant prétend que sa contestation de la compétence emporte aussi nécessairement celle de la régularité de la composition du tribunal arbitral. La cour ne mord pas à l'appât et considère que le grief relatif à la constitution irrégulière du tribunal arbitral n'est pas « une conséquence indissociable » de la contestation de la compétence. Si l'on veut bien suivre la cour sur ce point, c'est en rappelant que c'est avant tout parce que l'argumentation de l'Équateur ne porte aucunement sur la compétence. Dès lors, il n'y a pas lieu d'en tirer des conséquences sur la constitution du tribunal arbitral. En revanche, on est curieux de voir quelle appréciation fait la Cour de cassation de cette question, tant l'arrêt *Antrix* est, encore aujourd'hui, mystérieux sur sa portée.

c. La convention d'arbitrage dans les traités bilatéraux d'investissements

Petit à petit, Paris est en train de (re)devenir une place favorable à l'arbitrage d'investissements. Il faut se remémorer, il y a à peine un an, l'inquiétude dans laquelle les praticiens se trouvaient, au moment de célébrer les dix ans du décret du 13 janvier 2011. À cette date, les annulations de sentences se

multipliaient et la jurisprudence, en particulier en matière d'arbitrage d'investissement, suscitait l'incompréhension tant elle paraissait en décalage avec les solutions retenues par les arbitres.

Le chemin parcouru est immense. Il l'est, évidemment, par la cour d'appel de Paris. Les arrêts *Cengiz* (Paris, 25 mai 2021, n° 18/27648, Dalloz actualité, 18 juin 2021, obs. J. Jourdan-Marques), *Nurol* (Paris, 28 sept. 2021, n° 19/19834) et *Aboukhalil* (Paris, 12 oct. 2021, n° 19/21625) proposent une motivation bien plus convaincante que précédemment et révèlent un changement de cap dans l'appréhension des recours contre les sentences d'investissements. Il l'est aussi par la Cour de cassation, qui répare progressivement les dégâts causés par les arrêts antérieurs. C'était le cas, d'abord, dans l'arrêt *Rusoro* (Civ. 1^{re}, 31 mars 2021, n° 19-11.551, Dalloz actualité, 30 avr. 2021, obs. J. Jourdan-Marques ; D. 2021. 704 ; *ibid.* 2272, obs. T. Clay ; JCP 2021. 1214, obs. P. Giraud). C'est maintenant le cas avec l'affaire *Garcia* (Civ. 1^{re}, 1^{er} déc. 2021, n° 20-16.714).

Dans cette affaire, la cour d'appel a, après une première cassation (Civ. 1^{re}, 13 févr. 2019, n° 17-25.851, Dalloz actualité, 28 janv. 2020, obs. J. Jourdan-Marques), retenu une solution discutable (Paris, 3 juin 2020, n° 19/03588, *Garcia*, Dalloz actualité, 15 janv. 2021, obs. J. Jourdan-Marques). En substance, elle estimait que les investisseurs n'avaient pas la nationalité requise à la date de l'investissement et avait, sur ce motif, annulé la sentence. Si le critère est légitime, encore faut-il qu'il figure dans le traité. Pour la cour d'appel, cette exigence se déduit des définitions des notions d'investissement et d'investisseur par le traité. Ce n'est pas l'avis de la Cour de cassation, qui considère que la cour d'appel a « ajouté au traité une condition qu'il ne prévoit pas ». C'est une lecture stricte du traité par la Cour de cassation et, surtout, une lecture équivalente à celle des arbitres. Par conséquent, elle casse une fois de plus l'arrêt d'appel et renvoie, pour la troisième fois, les parties devant la cour d'appel de Paris dont on espère qu'elle compte suffisamment de membres pour examiner à nouveau l'affaire.

d. L'autorité de chose jugée d'un jugement étatique

Un juge étatique se déclarant compétent pour trancher un litige peut-il priver un arbitre de sa compétence ? C'est la question à laquelle la cour d'appel de Paris répond négativement – et de façon prévisible – dans un arrêt *SGS* (Paris, 11 janv. 2022, n° 20/17923). Elle énonce que « le fait qu'un juge étatique ait pu se déclarer compétent pour statuer sur un litige relatif à un contrat comportant une clause compromissoire n'est pas de nature à priver le juge du contrôle de la sentence arbitrale de l'appréciation qu'il doit opérer en vertu de la règle matérielle précitée de la compétence du tribunal arbitral, nonobstant les règles de reconnaissance en France applicables à l'égard de ce jugement étranger ». Pour écarter le grief, la cour se contente donc de vérifier que, conformément à la convention d'arbitrage, le tribunal arbitral est compétent.

e. La résiliation du contrat et la transmission de la convention d'arbitrage

L'arrêt *Usine Pingouin* (Paris, 9 nov. 2021, n° 20/05583) est intéressant à plusieurs titres. Le litige oppose une société ayant pour activité la fabrication et la distribution de sorbets et crèmes glacées à trois de ses partenaires contractuels successifs : les sociétés Unilever France, Turquie et Gulf. Le contrat initial, conclu avec Unilever France, contient une clause compromissoire. Toutefois, Usine Pingouin s'est successivement approvisionnée auprès d'Unilever France, Unilever Turquie puis Unilever Gulf. Elle a ensuite entamé un arbitrage pour non-exécution du préavis de six mois à la rupture du contrat. Dans le recours en annulation contre la sentence, les sociétés Unilever font grief au tribunal arbitral d'avoir retenu sa compétence.

Contre la société Unilever France, le requérant discute de l'applicabilité de la clause compromissoire après la résiliation du contrat. On est sceptique face à une argumentation qui fait abstraction de soixante années de jurisprudence. Un tel grief ne peut pas prospérer. Néanmoins, l'attendu de la cour d'appel est à signaler. Elle énonce « qu'en vertu d'une règle matérielle du droit international de l'arbitrage, applicable à un arbitrage dont le siège est fixé en France, la clause compromissoire est indépendante juridiquement du contrat principal qui la contient directement ou par référence. Elle n'est pas affectée

par l'inefficacité de cet acte ». La règle matérielle ici retenue pose problème à trois titres. D'abord, mais c'est véniel, l'attendu vise le « droit international de l'arbitrage », alors que la jurisprudence récente préfère la formule « droit de l'arbitrage international », plus appropriée. Ensuite, la formule renvoie à l'indépendance juridique, alors que la question de la séparabilité matérielle de la clause avec le contrat relève plutôt d'une indépendance matérielle. Enfin, et surtout, la cour justifie l'applicabilité de la règle matérielle par le siège fixé en France. Ce n'est pas la première fois que l'on retrouve une telle référence (Paris, 11 févr. 2014, n° 12/19130, D. 2014. 2541, obs. T. Clay ; LPA 2014, n° 214, p. 3, obs. L. Zelikson). Surtout, on a pu identifier un mouvement identique, tendant à fonder l'application d'une règle par la fixation du siège en France, en matière de renonciation et de motivation (v. les développements sur cette question, J. Jourdan-Marques, Chronique d'arbitrage : la CEDH, nouveau juge du recours contre les sentences ?, Dalloz actualité, 18 juin 2021). À cette occasion, nous avons critiqué la réintroduction de la méthode conflictuelle dans les recours. Cette fois, en déclenchant l'application de la règle matérielle par la fixation du siège en France, la cour va beaucoup plus loin. En effet, règle matérielle et règle de conflit ne sont pas conciliables. Soit la règle est matérielle et, dans cette hypothèse, elle évince la règle de conflit en s'appliquant indépendamment des rattachements ; soit le recours à une règle de conflit est nécessaire et, dans cette hypothèse, la règle n'est plus une règle matérielle mais une simple règle substantielle de droit français. Surtout, en réintroduisant ce critère, on doit s'interroger sur le sort des sentences rendues à l'étranger. Quelles règles seront, dans cette hypothèse, applicables ? Il faut espérer que la cour d'appel renonce à ces références au siège de l'arbitrage pour justifier l'application du droit français.

Contre les sociétés Unilever Turquie et Unilever Gulf, la question est de savoir si les clauses ont été transférées. Pour y répondre, la cour d'appel de Paris formule la question de la manière suivante : « La question qui se pose est donc celle de savoir si le contrat du 7 décembre 2005 a pu être transféré aux sociétés Unilever Turquie et Unilever Gulf de sorte que la clause compromissoire qu'il contient leur soit devenue opposable ». Pour appuyer cette démarche, elle rappelle que « la clause compromissoire est transmise de façon automatique en tant qu'accessoire du droit d'action, lui-même accessoire du droit substantiel transmis ». L'énoncé de la cour n'est pas aussi rigoureux qu'il y paraît. Il faut commencer par se demander si la clause compromissoire s'applique entre les parties ; il faut ensuite se demander quelle est la nature des relations entre les parties (et donc vérifier si le contrat a été transmis). La cour, quant à elle, inverse l'ordre des questions (sur les explications méthodologiques, J. Jourdan-Marques, *Action extracontractuelle et arbitrage*, Rev. arb. 2019. 685). Elle répond à une question de fond (la nature de la relation entre les parties) pour trancher une question de compétence (l'applicabilité de la clause compromissoire). L'erreur n'est pas anodine. Au-delà du problème chronologique, elle conduit à tenir pour identique une qualification internationale (pour connaître de la compétence de l'arbitre) et une qualification substantielle (pour connaître de la nature de la relation entre les parties).

Pour autant, la faute ne repose pas sur la cour d'appel. En effet, elle revient à la règle matérielle de transmission de la clause. La règle a été formulée à l'occasion d'une saisine du juge étatique au stade préarbitral (Civ. 1^{re}, 27 mars 2007, n° 04-20.842, *Alcatel business systems [Sté] c. Amkor technology [Sté]*, D. 2007. 2077, obs. X. Delpech , note S. Bollée ; *ibid.* 2008. 180, obs. T. Clay ; RTD civ. 2008. 541, obs. P. Théry ; RTD com. 2007. 677, obs. E. Loquin ; Rev. arb. 2007. 785, note J. El-Ahdab ; JDI 2007. 968, note C. Legros ; LPA 2007, n° 192, note F. Parsy ; JCP 2007. II. 10118, note C. Golhe ; *ibid.* I. 168, § 11, obs. C. Seraglini ; *ibid.* I. 200, § 11, obs. Y.-M. Serinet ; LPA 2007, n° 160, note A. Malan ; Gaz. Pal. 21-22 nov. 2007. 6, note F.-X. Train ; CCC 2007. 166, note L. Leveneur). Déjà à ce stade, elle peut être discutée. Au stade du recours contre la sentence arbitrale, elle devient inadaptée. L'arrêt *Ukravtodor* (Paris, 9 mars 2021, n° 18/21326, Dalloz actualité, 30 avr. 2021, obs. J. Jourdan-Marques ; JCP 2021. 1214, obs. L. Jandard) était déjà révélateur de ses insuffisances, lorsque le litige oppose le tiers à la cession et le cédant : comment justifier l'application de la clause alors qu'elle est en principe transmise au cessionnaire par le cédant qui, par hypothèse, s'en sépare ? On le voit, la règle matérielle de transmission est inadaptée.

Comment s'en sortir ? En réalité, il faut cesser, en matière de transmission, de raisonner à partir des relations contractuelles. Il convient de s'inspirer de la règle matérielle d'extension de la clause compromissoire. Cette dernière se désintéresse des liens contractuels. Elle cherche à identifier une

immixtion du tiers à la clause dans le contrat. Pourquoi ne pas en s'en inspirer pour créer une règle matérielle spécifique à la transmission, déconnectée du droit français des obligations ? Pour cela, il est nécessaire de retenir un (ou plusieurs critères) dont la vérification factuelle peut être réalisée indépendamment d'une quelconque analyse de la nature des relations entre les parties. Ces critères doivent reposer sur le comportement des parties visant à tenir pour acquise la prolongation des effets du contrat entre elles. Une fois cette condition remplie, le tribunal arbitral serait compétent et pourrait ensuite, en droit, trancher la question de la cession du contrat (avec les clauses substantielles).

f. L'extension de la convention d'arbitrage

La question de l'extension de la convention d'arbitrage est récurrente en jurisprudence. Elle est encore à l'honneur dans l'affaire *Damietta International Port* (Paris, 23 nov. 2021, n° 18/22323). Depuis plusieurs chroniques, nous avons eu l'occasion de regretter l'absence d'identification précise des critères retenus, au-delà de l'immixtion. Ainsi, dans la précédente livraison, l'arrêt *Global Voice* (Paris, 7 sept. 2021, n° 19/17531, Dalloz actualité, 19 nov. 2021, obs. J. Jourdan-Marques) a consacré une nouvelle règle matérielle d'extension de la clause, usant de critères tels que la « volonté commune des parties » ou encore l'intéressement aux « bénéficiaires de ce contrat ». Avant cela, on a déjà constaté que trois règles cohabitent en matière d'extension de la clause. La première, la plus exigeante, requiert de la part du tiers la connaissance et l'acceptation de la clause, fût-elle présumée (Paris, 23 juin 2020, n° 17/22943, *Kout Food Group*, Dalloz actualité, 15 janv. 2021, obs. J. Jourdan-Marques ; D. 2020. 2484, obs. T. Clay ; Cah. arb. 2020. 61, note P. Rosher ; Rev. arb. 2020. 701, note E. Gaillard ; JDI 2021. 153, note J.-B. Racine). La deuxième, intermédiaire, requiert la connaissance, mais pas l'acceptation de la clause (Paris, 26 nov. 2019, n° 18/20873, *Axa France IARD*, Dalloz actualité, 28 janv. 2020, obs. J. Jourdan-Marques ; 26 févr. 2013, n° 11/17961, Rev. arb. 2014. 82, note P. Duprey et C. Fouchard). La troisième, la plus libérale, ne fait référence ni à la connaissance ni à l'acceptation (Civ. 1^{re}, 27 mars 2007, n° 04-20.842, préc.).

L'arrêt *Damietta International Port* fait le choix, pour sa part, d'une règle voisine de celle retenue dans l'arrêt *Kout Food*. Elle place au cœur de l'extension de la convention d'arbitrage deux critères : la connaissance de l'existence et la portée de la clause et une acceptation présumée (« La clause compromissoire insérée dans un contrat international a une validité et une efficacité propre qui commandent d'en étendre l'application aux parties directement impliquées dans l'exécution du contrat et les litiges qui peuvent en résulter, dès lors qu'il est établi que leur situation contractuelle, leurs activités et les relations habituelles existant entre les parties font présumer qu'elles ont accepté la clause compromissoire dont elles connaissaient l'existence et la portée bien qu'elles n'aient pas été signataires du contrat qui la stipulait »).

On le sait, la principale difficulté est de savoir si la versatilité des critères a un impact sur le fond ou si la cour se laisse guider par les faits. Reste que, dans la présente affaire, le raisonnement factuel de la cour la conduit à conclure que « ces circonstances démontrent sa connaissance et son acceptation implicite de la clause compromissoire dont elle n'a pu ignorer la teneur ni la portée ». Ainsi, pour conforter la compétence du tribunal arbitral, elle acte, au moins de façon apparente, l'existence d'une connaissance et d'une acceptation de la clause.

La motivation factuelle de l'arrêt ne présente pas grand intérêt. Comme souvent dans un contrat de construction, elle est fondée sur la participation active de la société mère à l'exécution d'un contrat de construction, alors qu'une filiale a été créée pour le chantier. Ce qui est en revanche tout à fait remarquable, c'est que la cour d'appel mobilise à plusieurs reprises la sentence arbitrale – et donc la motivation des arbitres – au soutien de sa propre motivation (v. égal., dans la présente livraison, sans que nous commentions cet aspect, Paris, 14 déc. 2021, n° 19/12417, *Maessa* ; Paris, 9 nov. 2021, n° 20/05583, *Usine Pingouin*). À pas moins de six reprises en onze paragraphes, la cour renvoie à des passages de la sentence. Cette façon de faire, si nous avons déjà pu l'observer à l'occasion de précédentes affaires (par ex., Paris, 12 oct. 2021, n° 19/21625, préc.), constitue un changement de paradigme. En effet, le droit positif prévoit toujours que le juge du recours contrôle la compétence « 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 » (Civ. 1^{re}, 6 oct. 2010, n° 08-20.563, *Abela*, D. 2010. 2441, obs. X. Delpech ; *ibid.* 2933, obs. T. Clay ; Rev. arb. 2010. 813, note F.-X. Train ; JCP 2010. 1028, note P. Chevalier ; JCP 2010. I. 1286, obs. J. Ortscheidt ; Gaz. Pal. 8 févr. 2011, p. 14, obs. D. Bensaude).

Classiquement, une telle solution conduit le juge à ignorer le raisonnement de l'arbitre au profit de sa propre analyse afin de vérifier, en bout de course, si les deux solutions sont identiques. En intégrant dans sa propre motivation celle des arbitres, le juge étatique retire ses œillères et accepte de prendre en considération une analyse extérieure. Ce faisant, il ouvre la voie, consciemment ou non, à ce que sa propre solution soit influencée par celle des arbitres. C'est, à nos yeux, une excellente démarche, en ce qu'elle accroît les chances qu'ont le juge et l'arbitre d'aboutir à une solution identique.

2. La constitution du tribunal arbitral

À quelques jours près, la présente chronique aurait pu être livrée sans développements sur l'obligation de révélation. Une respiration bienvenue, après une année folle ? Malheureusement, c'était sans compter sur le retour aux affaires de la cour (ou le retard pris par l'auteur dans la rédaction de sa chronique), qui nous livre un bel arrêt *Rio Tinto* (Paris, 11 janv. 2022, n° 19/19201). L'arrêt n'est pas de ceux qui bouleversent la matière. Il est cependant très pédagogique et propose une solution convaincante.

Les faits ne sont pas sans rappeler ceux de Tecnimont. D'une part, un litige opposant des sociétés multinationales intégrées dans des grands groupes. D'autre part, des arbitres appartenant à de grands cabinets, implantés sur toute la planète. Il n'en fallait pas plus pour qu'une circonstance échappe à un arbitre et serve de fondement à un recours en annulation. Plus précisément, il s'agit de la représentation d'une société du groupe d'une partie au litige par le bureau de Londres du cabinet d'un des coarbitres, dans le cadre d'une procédure judiciaire importante devant la Haute Cour de Londres.

À cela, il faut ajouter deux précisions importantes. D'une part, le coarbitre n'a pas transmis une déclaration d'indépendance vierge. Il a précisé que certains bureaux de son cabinet représentent les sociétés du groupe de la partie concernée (et en réalité, des deux parties au litige !). D'autre part, les parties, conscientes de la difficulté, ont conclu un accord procédural en tout début de procédure, au terme duquel elles s'accordent sur la chose suivante : « Sous réserve de l'examen par l'une ou l'autre partie des déclarations détaillées d'acceptation, disponibilité d'impartialité et d'indépendance des coarbitres, et l'application du Règlement d'arbitrage de la CCI, le fait que l'un des coarbitres ou que le cabinet d'avocats auquel ils sont affiliés puisse avoir une quelconque relation avec l'une ou l'autre partie dans cette affaire ou une société mère ou société affiliée en dehors du contexte du présent litige ne doit pas en soi constituer un obstacle à ce que cet arbitre soit nommé et confirmé par la Cour d'arbitrage de la CCI ».

Forte de l'ensemble de ces éléments, la cour nous livre un raisonnement instructif. Pour plus de clarté, subdivisons les étapes.

a. La renonciation

Premièrement, la cour examine la question de la renonciation. La petite difficulté est de savoir si le fait est antérieur ou postérieur à la déclaration d'indépendance. La révélation de l'arbitre a eu lieu le 12 juillet 2017 et l'assignation devant la Haute Cour de Londres date du 28 juillet 2017. Pour cette raison, la cour raisonne comme si la circonstance était survenue pendant la procédure et en déroule le régime. Elle énonce qu'il « incombe au juge de rechercher si, relativement à chacun des faits et circonstances allégués comme constitutifs d'une irrégularité, la partie qui s'en prévaut en avait connaissance alors que la procédure arbitrale était en cours de sorte qu'elle aurait dû alors s'en prévaloir et à défaut est réputée y avoir renoncé ».

La formule est nouvelle. Elle est importante, car elle exige une « connaissance » réelle des circonstances, et ne se réfère pas à une connaissance présumée ou une connaissance exigée. Autrement dit, elle conforte l'exclusion de l'exception de notoriété une fois l'instance débütée, d'autant que la cour rappelle que « les parties sont dispensées de toutes investigations complémentaires ». Pour établir la renonciation, le défendeur tente de faire valoir que l'information a fait l'objet de plusieurs publications sur des sites spécialisés. Pour écarter l'argument, la cour rappelle que l'accès à de tels sites constitue déjà une investigation. Elle ajoute, ce qui ne manque pas de sel, qu'il est difficile de plaider, d'un côté, la méconnaissance de l'information par le coarbitre et, de l'autre, l'impossibilité pour une partie de ne pas la connaître.

On ne peut que se réjouir d'une telle solution. Il convient toutefois de s'y tenir strictement. La jurisprudence n'est pas systématiquement rigoureuse sur la date des circonstances et tend parfois à considérer comme notoires des faits postérieurs au début de l'instance.

b. Les faits à révéler

Deuxièmement, la cour s'intéresse à la défaillance de l'arbitre dans sa révélation des faits. Pour cela, on retrouve la désormais classique référence à la Note aux parties de la CCI. Les règlements d'arbitrage qui contiennent des dispositions relatives à la révélation deviennent donc une source primaire pour déterminer l'étendue de l'obligation.

Comme dans l'arrêt *NHA* (Paris, 14 sept. 2021, n° 19/16071, Dalloz actualité, 19 nov. 2021, obs. J. Jourdan-Marques), la cour se prononce en faveur du caractère facultatif de cette note, en énonçant que, « s'agissant en l'espèce d'un arbitrage rendu sous l'égide de la CCI, l'arbitre peut notamment se référer aux recommandations émises en cette matière par ce centre d'arbitrage ». Cette faculté laissée aux arbitres est paradoxale, dès lors que la cour fait ensuite mention de la Note en rappelant qu'il appartient à l'arbitre de révéler les situations où son cabinet « représente ou conseille, ou a représenté ou conseillé, l'une des parties ou l'une de ses filiales ». Sans autre fondement apparent à l'obligation de révélation de ces faits, on doit conclure que cette faculté est bien une obligation. Il faudra lever les doutes sur cette question.

En l'espèce, reste à savoir si la révélation est lacunaire. Si la cour constate que la déclaration d'indépendance fait mention de divers liens, la représentation d'une société du groupe par le bureau londonien n'y figure pas. Objectivement, il y a un oubli dans la déclaration.

Pour l'expliquer, le débat se déplace sur le déroulement de la procédure de vérification des conflits d'intérêts dans les cabinets d'avocats. Sont apportées devant la cour (ce qui soulève d'ailleurs des questions sur l'obtention et la production de ces éléments) la demande de conflict check de l'arbitre et la réponse apportée par le cabinet. Il en ressort que la procédure menée par le cabinet est lacunaire, puisqu'elle n'a pas été en mesure de faire ressortir la présence d'un client à la date de la réalisation du contrôle.

Quelle conséquence tirer de l'échec de la procédure de vérification ? La réponse de la cour est claire : « si cette carence n'est pas directement imputable à l'arbitre, elle n'est pas suffisante à l'exonérer de son obligation de révélation, laquelle perdure durant l'instance arbitrale et ne saurait être effacée du fait d'un mauvais fonctionnement interne de son cabinet, dont les parties à l'arbitrage ne peuvent subir les conséquences ». Le coup est rude pour les avocats, qui ne peuvent faire une confiance aveugle à leur procédure interne de *conflict check*. Pour autant, pouvait-il en aller autrement ? D'un point de vue probatoire, cela reviendrait à permettre à un cabinet d'avocats de donner un quitus pour accepter une mission d'arbitre. On est presque – au regard du lien qui unit l'avocat à son cabinet – sur une preuve constituée à soi-même.

Par ailleurs, l'arrêt révèle une certaine forme d'inadéquation de ces procédures de vérification des conflits d'intérêts avec l'arbitrage. Il signale qu'au terme de la procédure, il a été indiqué que « Your

request has been approved by Conflicts, Ethics and Compliance ». Cette formule met en lumière – et c'est le cas dans un certain nombre de cabinets – que ces procédures de vérification sont avant tout des outils internes de gestion des clients, afin de déterminer ceux qui peuvent être acceptés et ceux qui ne doivent pas l'être. Elle implique donc une appréciation préalable de l'existence du conflit.

Cette approche est incompatible avec l'obligation de révélation, dont l'objet est d'externaliser – vers les parties – la prise de décision sur l'existence d'un conflit en leur permettant de demander la récusation de l'arbitre. Il ne suffit pas de dire qu'il n'y a pas de problème ; il faut donner l'information aux parties, qui décideront s'il y a ou non un problème. Ainsi, il n'y a pas toujours (même si on imagine sans peine que certaines procédures de vérification dans certains cabinets fonctionnent mieux) une parfaite adéquation entre les objectifs poursuivis par la procédure de conflict check et l'obligation de révélation.

Comment en sortir ? Cela passe, évidemment, par une adaptation des procédures de vérification aux exigences de l'arbitrage. On peut se demander si on ne peut toutefois pas aller plus loin ou, à tout le moins, explorer une alternative. Lançons une idée (et sortons les boucliers) : ne peut-on pas envisager, à titre facultatif, une externalisation (ou une certification) des procédures de vérification des conflits d'intérêts ? Pour faire simple, le *conflict check* serait réalisé (ou certifié) par un tiers indépendant du cabinet et les résultats seraient livrés aux parties (sous réserve d'un refus par l'arbitre de sa mission au regard des résultats). Naturellement, le principal obstacle – et il est de taille – réside dans le secret professionnel, qui revêt une importance toute particulière dans la profession d'avocat. Doit-on pourtant refuser d'explorer cette voie ? Si les parties seront bénéficiaires d'un tel mécanisme, les premiers à en tirer profit seront les arbitres. En effet, en contrepartie d'une soumission volontaire à un tel procédé, on peut envisager de décharger l'arbitre de son obligation de révélation pour tout fait concernant le cabinet qui ne serait pas identifié par la procédure. Cela pourrait être un donnant-donnant/gagnant-gagnant pour tout le monde. Cela vaut la peine d'y réfléchir.

c. Le doute raisonnable

Troisièmement, dès lors que la révélation est considérée comme lacunaire, la cour revient sur l'existence d'un doute raisonnable. Pour écarter tout doute raisonnable, elle se fonde sur trois arguments, qui emportent tous la conviction. D'abord, elle constate que les liens révélés dans la déclaration d'indépendance n'ont fait l'objet d'aucune objection, d'autant qu'ils concernent l'une et l'autre des parties au litige. Ensuite, elle rappelle que les parties ont conclu un accord procédural visant à ne pas faire obstacle au choix d'un arbitre en présence de liens entre son cabinet et les parties. Enfin, elle examine les débats ayant eu lieu autour de la nomination du président (qui n'a finalement pas été confirmé par la cour) et constate que des faits similaires n'ont pas donné lieu à objections. Elle en conclut qu'« il ressort de l'ensemble de ces éléments que le défaut d'information [...] sur ces faits, dont il ne peut être établi qu'il a été son fait volontaire alors que l'arbitre avait mené des recherches précises ayant conduit à révéler des liens passés avec son cabinet, et ce alors que les parties ont entendu par la conclusion d'un accord procédural et leur attitude ultérieurement exclure du champ du doute raisonnable tout lien entre le cabinet d'un arbitre et les entités affiliées aux parties, ne sont pas de nature à faire raisonnablement douter de l'indépendance ou l'impartialité [de l'arbitre] ». La motivation est convaincante. Tout indique dans cette affaire que les circonstances non révélées n'ont pas, aux yeux des parties, constitutives d'un doute raisonnable. Surtout, elle révèle une appréciation subjective du doute raisonnable, qui dépend du comportement des parties. Cette piste est intéressante à explorer dans les recours à venir car elle peut avoir un impact réel sur la perception du doute raisonnable.

3. Le respect par le tribunal arbitral de sa mission

Les lecteurs de cette chronique connaissent l'affaire *Blow Pack*. Elle a donné lieu à une annulation de sentence arbitrale (Civ. 1^{re}, 18 mars 2015, n° 13-22.391, JCP 2015. 582, note C. Duclercq ; D. 2015. 2588, spéc. p. 2597, obs. T. Clay) et à un engagement de responsabilité des arbitres (Paris, 21 mai 2019, n° 17/12238, Dalloz actualité, 17 juill. 2019, L. Jandard ; *ibid.* 28 janv. 2020, obs. J. Jourdan-Marques ; D. 2019. 2435, obs. T. Clay ; Rev. arb. 2020. 794, note L. Jandard ; RTD com. 2021. 551,

obs. E. Loquin). Nous voici désormais rendus au deuxième (nous n'osons dire second) recours en annulation, contre une deuxième sentence arbitrale (Paris, 2 nov. 2021, n° 18/21508).

Pour contester la sentence, le recourant articule son argumentation autour de trois fondements (C. pr. civ., art. 1520, 3°, 4° et 5°), qui poursuivent peu ou prou le même but. En substance est discutée l'utilisation par le deuxième tribunal arbitral d'attestations et témoignages issus du premier arbitrage. L'appelant y voit, d'une part, une violation de sa mission par le tribunal en ce que les exigences prévues par l'ordonnance de procédure n° 1 sur la preuve testimoniale n'ont pas été respectées ; il y voit, d'autre part, une violation du contradictoire en ce que le tribunal arbitral a accordé à ces témoignages une valeur de preuve testimoniale et pas simplement de preuve documentaire. En réalité, l'argumentation semble relativement inconsistante. La cour souligne que la production des attestations du premier arbitrage n'a pas été contestée et qu'il n'a pas été sollicité une audition des témoins concernés.

L'intérêt de l'arrêt *Blow Pack* réside dans la confrontation entre deux logiques probatoires. Le requérant reproche au tribunal arbitral d'avoir retenu la valeur d'une « preuve testimoniale » pour les attestations issues du premier arbitrage, là où elles ne doivent, selon lui, qu'être analysées comme des « preuves documentaires ».

Autrement dit, il y aurait une hiérarchie probatoire à respecter selon la nature de la preuve. Une telle argumentation peut difficilement prospérer devant le juge français. En effet, si le droit français distingue la preuve parfaite de la preuve imparfaite, il ne fait aucune différence au sein de ces dernières. La valeur probatoire des preuves est librement déterminée par le juge. En conséquence, une preuve documentaire ou une preuve testimoniale ont, *a priori*, une valeur identique et il appartient au juge d'y accorder la valeur probante qu'il entend. C'est la raison pour laquelle la cour rejette le recours, en estimant, dans des formules presque identiques, que le requérant « entend en réalité critiquer la valeur probante conférée à ces documents par l'arbitre, ce qui ne relève pas de l'appréciation du respect de sa mission » et que « la critique émise par la société Blow Pack porte en réalité sur la valeur probante que l'arbitre a conférée à ces témoignages, qui relève du fond du litige et échappe au juge de l'annulation ». La solution est à la fois logique et salutaire.

Toujours dans l'affaire *Blow Pack*, il est reproché à l'arbitre d'avoir statué *infra petita*. L'omission de statuer fait l'objet de peu de jurisprudence (v. déjà Paris, 27 févr. 2018, n° 16/01358, JCP 2018. 2270, obs. J. Ortscheidt), et il est toujours utile de voir la cour rappeler le principe. Elle énonce que « l'omission de statuer n'est pas un cas d'ouverture du recours en annulation, la partie qui s'en prévaut ayant, en vertu de l'article 1485 du code de procédure civile, applicable à l'arbitrage international par renvoi de l'article 1506, la faculté de ressaisir les arbitres ». Ainsi, l'*infra petita* n'est pas, contrairement à l'*ultra petita*, un cas d'ouverture du recours, sauf à ce que le tribunal arbitral ne puisse plus être reconstitué.

L'arrêt ajoute une précision intéressante. Le tribunal arbitral estime ne pas être saisi d'une demande, au motif qu'elle ne figure pas dans le dispositif des conclusions de la partie. Le requérant voit dans ce refus d'examiner la demande, non seulement une omission de statuer, mais également un déni de justice. La cour refuse de suivre cette argumentation.

Il était difficile d'envisager qu'il en aille autrement. En effet, en droit français, le juge, comme l'a fait l'arbitre, n'est pas tenu d'examiner les demandes qui ne figurent pas au dispositif (C. pr. civ., art. 768, pour la première instance). Toutefois, la question qui se pose est celle de la valeur d'une telle règle en arbitrage international. La cour ne tranche pas cette question (la formule « règle non applicable en arbitrage international » ne doit pas induire en erreur, puisqu'il s'agit d'une reprise du moyen du requérant). Plus subtilement, elle estime que la question de savoir si l'arbitre est saisi d'une demande ne figurant pas dans le dispositif des conclusions relève de « l'appréciation par l'arbitre des demandes formées devant lui » et vise à « faire sanctionner par le juge de l'annulation les motifs de la décision de l'arbitre ». Autrement dit, les arbitres sont libres de tirer les conséquences d'un défaut de mention d'une demande dans le dispositif des conclusions. Voilà une solution qui est bien plus favorable qu'une simple

réponse positive ou négative, et qui permet aux arbitres une liberté dans l'appréciation de ces questions sans être tenus par la jurisprudence du juge du siège !

Toujours sur le respect par les arbitres de leur mission, l'arrêt *Boralex* doit être mentionné (Paris, 30 nov. 2021, n° 20/10166). On oublie souvent que, pour emporter l'annulation de la sentence, certains arguments relatifs à la mission nécessitent la preuve d'un grief (v. Paris, 20 oct. 2020, n° 19/05231, *ITOC*, Dalloz actualité, 15 janv. 2021, obs. J. Jourdan-Marques ; v. égal., Paris, 11 mai 2021, n° 18/07442, *Cevikler*, Dalloz actualité, 18 juin 2021, obs. J. Jourdan-Marques). C'est ce que rappelle la cour, en énonçant que « le tribunal arbitral s'écarte de sa mission s'il ne respecte pas les règles procédurales qui ont été arrêtées par les parties. Cependant, cet écart, en ce qu'il porte sur une règle procédurale, ne saurait emporter l'annulation de la sentence que s'il est établi qu'il a pu causer à une partie un grief ou qu'il a eu une incidence sur l'issue du litige et si l'irrégularité procédurale avait été soulevée préalablement devant le tribunal arbitral ». Elle ajoute deux indications intéressantes. D'une part, indépendamment des règles choisies par les parties, la cour laisse au tribunal arbitral une marge de manœuvre, en soulignant qu'il a la possibilité « de gérer la procédure dans un souci d'efficacité, dans le respect du contradictoire, et d'adopter les mesures procédurales qu'il juge appropriées ». Surtout, il clarifie la nature des griefs qui peuvent entraîner l'annulation de la sentence. Il s'agit, d'une part, d'une violation des droits de la défense et, d'autre part, d'une désorganisation de la défense ou d'un désavantage pour une des parties. Ainsi, l'annulation de la sentence pour violation de la mission est encourue sans préjudice d'une violation du contradictoire au sens strict. Reste à savoir si la liste donnée par la cour des griefs potentiels est limitative ou si l'on peut en envisager d'autres (par exemple, un surcoût financier important).

4. *Le respect du contradictoire*

On redira quelques mots de l'arrêt *Hémisphère* (Paris, 7 déc. 2021, n° 18/10217). La République démocratique du Congo invoque une violation du contradictoire pour tenter d'obtenir l'annulation de la sentence arbitrale. Elle n'a pas participé à la procédure arbitrale. La difficulté réside dans la transmission de documents par DHL, sans que la preuve matérielle de l'envoi soit produite. Le moyen est rejeté à l'issue d'une motivation assez longue, après que la cour d'appel a pu constater que la République démocratique du Congo a été informée de l'instance arbitrale et qu'un de ses représentants était informé de la date de l'audience de procédure et de celle de plaidoirie.

Toutefois, l'arrêt soulève en creux la question des diligences à respecter en présence d'une partie non comparante et du seuil en deçà duquel l'annulation de la sentence est encourue pour violation du contradictoire. La minutie de l'examen réalisé par la cour, qui identifie un certain nombre d'actes pour lesquels il est établi que le défendeur en a eu connaissance, ainsi que l'attention portée à la désignation d'un représentant également informé, laisse entendre que ce seuil est élevé. Or on peut se demander s'il est nécessaire d'atteindre un tel niveau d'exigence. En procédure civile, tout repose sur l'acte introductif d'instance, où la connaissance du procès est en principe assurée par le recours à une signification (sur ce sujet, v. S. Jobert, *La connaissance des actes du procès civil par les parties*, préf. P. Théry, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », 2019). Une fois ce stade dépassé, et sous réserve de la faculté de demander la réitération (C. pr. civ., art. 471), et en dehors de certains cas particuliers (comme la signification des conclusions en appel, C. pr. civ., art. 911), le code de procédure civile ne prévoit aucune information supplémentaire du défendeur non comparant.

Aussi, il y a lieu de se demander si on ne peut pas distinguer deux choses : d'une part, la pratique vertueuse qui consiste à tenir informé le défendeur d'une procédure à laquelle il refuse de comparaître en lui envoyant systématiquement, par courrier recommandé, l'intégralité des actes de la procédure ; d'autre part, l'exigence du respect du contradictoire qui imposerait uniquement, pour la préservation de la sentence, de porter à la connaissance l'acte introductif d'instance et, éventuellement, un ou deux actes identifiés (par exemple les actes constatant l'acceptation par les arbitres de leur mission et/ou l'acte de mission). C'est en tout cas une réflexion qui mérite d'être menée, car il n'est pas tout à fait satisfaisant

de faire planer le doute sur le sort de la sentence lorsqu'il ne peut être établi que certains actes de la procédure n'ont pas été communiqués à un défendeur non comparant.

On ajoutera que, dans la présente affaire, le débat rebondit sur le fondement de l'égalité des armes (examiné au visa de l'ordre public international). La République démocratique du Congo fait état de sa situation politique et militaire interne à l'époque de l'arbitrage pour justifier d'une violation du principe d'égalité des armes. La cour d'appel commence par rappeler que « le principe d'égalité des armes relève de l'ordre public international de protection, de sorte qu'il est loisible à une partie de renoncer à son bénéfice ». On oublie souvent que l'ordre public international n'est pas, dans son intégralité, insusceptible de renonciation. Précisément, l'ordre public procédural et l'ordre public de protection le sont. Ce qui est intéressant, c'est de constater que, au titre du contradictoire, la cour a balayé la renonciation au motif que la République démocratique du Congo n'a pas comparu. Autrement dit, en matière de contradictoire, la non-comparution fait obstacle à la renonciation. Tel n'est pas le cas à propos de l'égalité des armes ! Pour la cour, le fait d'avoir délibérément choisi de ne pas suivre l'instance arbitrale et de ne s'être jamais prévalu de ses difficultés – alors qu'il est par ailleurs établi qu'elle a eu la possibilité de le faire – équivaut à une renonciation.

La solution n'est pas intuitive. Comment admettre qu'une non-comparution vaille renonciation à se prévaloir d'une violation de l'égalité des armes, mais pas d'une violation du contradictoire ? Pour les distinguer, on peut penser que le contradictoire revêt une dimension objective (il est inhérent à la qualité de parties), alors que l'égalité des armes revêt une dimension subjective (elle doit être adaptée en fonction des parties). On peut alors en déduire que, faute de participer à l'arbitrage, la partie ne renonce pas au contradictoire, qui doit toujours être respecté, mais renonce à se prévaloir de ses spécificités pour bénéficier d'une adaptation de la procédure. C'est, semble-t-il, le sens retenu par la cour d'appel, qui énonce qu'« alors qu'elle avait connaissance de l'instance arbitrale, fait connaître au tribunal une quelconque difficulté pour suivre cette instance ou même sollicité en raison de la situation politique et militaire interne, une suspension de cette instance afin de lui permettre de s'y consacrer, ayant fait le choix de s'en désintéresser ». À ce titre, on peut comprendre le choix réalisé par la cour.

On dira un mot d'un arrêt *Jordan Phosphate Mines Company* (Paris, 16 nov. 2021, n° 19/20295). Le demandeur au recours soulève une foultitude de griefs à l'encontre de la sentence, fondés sur la violation du contradictoire, mais aussi sur l'égalité des parties (examiné cette fois sous l'angle des 4° et 5° C. pr. civ.) et l'absence de motivation de la sentence (C. pr. civ., art. 1520, 3°). Les arguments du requérant sont casuistiques : on reproche au tribunal arbitral des choix faits dans la conduite de la procédure (qui violeraient le contradictoire ou l'égalité des parties) et des aspects de sa décision (tant des moyens relevés d'office sans débat contradictoire que des choix non motivés). Globalement, la cour d'appel de Paris est rarement dupe face à ces manœuvres, qui tendent à contester le fond de la décision ou des choix procéduraux. Pour autant, c'est systématiquement après une très longue motivation et une analyse minutieuse des faits qu'elle tranche ces moyens.

Une fois de plus, une telle démarche, aussi pédagogique soit-elle, n'est pas souhaitable. Trois raisons à cela : premièrement, elle incite les parties à tenter leur chance et à disséquer la sentence pour y trouver le moindre argument ; deuxièmement, elle accroît le travail de la cour d'appel, qui doit motiver longuement ses solutions ; troisièmement, elle fragilise les arbitres, qui peuvent craindre que leurs choix procéduraux ou leurs décisions fassent l'objet d'un examen à la loupe. Rien n'impose d'entrer dans les méandres de l'argumentation du requérant.

On évoquera également l'arrêt *Rio Tinto* (Paris, 11 janv. 2022, n° 19/19201), pour mentionner une formule très intéressante et riche d'enseignements. La cour retient que « le principe de la contradiction ne doit pas conduire le tribunal arbitral à être tenu d'adopter uniquement les motifs de l'une ou de l'autre des parties de sorte qu'il peut, sans être tenu de soumettre ces motifs préalablement à la discussion, sous réserve de s'appuyer sur les seules pièces versées aux débats, s'appuyer sur une motivation différente de celles soutenues par l'une ou l'autre des parties ». Cette liberté est importante. Si le tribunal arbitral

ne doit pas changer les demandes ou relever un moyen d'office sans le soumettre au contradictoire, il n'est pas opportun d'exiger de sa part une servilité à l'argumentation des parties.

L'arrêt *Golden Power International* (Paris, 2 nov. 2021, n° 20/01980) constitue un nouvel épisode dans le contentieux sériel *Airbus Helicopters*. L'arbitre a rejeté les demandes de paiement des commissions formées par l'intermédiaire, au motif de l'existence de plusieurs red flags quant à l'existence de pratiques de corruption. En amont de l'arbitrage, pour se convaincre de l'existence de telles pratiques, la société Airbus Helicopters a mandaté un cabinet d'avocats pour réaliser un audit de ses procédures anticorruption. Devant le tribunal arbitral, la communication de ce rapport a été sollicitée. Elle a été rejetée par le tribunal arbitral, au motif qu'il est couvert par le secret des documents échangés entre un avocat et son client (*legal privilege*). Il en résulte, pour le requérant, une violation du principe du contradictoire. Pour la cour d'appel, il n'en est rien. Elle énonce que « les parties ont été à même de débattre contradictoirement de l'absence de production desdits audits ou rapports d'enquête pénale, sans qu'il en résulte une violation du contradictoire, les parties ayant été en mesure de discuter les conséquences à tirer de l'absence de production de ces documents ». Autrement dit, le défaut de production importe peu dès lors que les parties ont pu échanger sur les conséquences à en tirer. En outre, il n'est pas établi, contrairement à ce que revendique l'appelant, que le tribunal arbitral a eu connaissance de ces pièces.

5. L'ordre public

a. L'ordre public interne

Le régime du contrôle de l'ordre public interne est moins connu que celui de l'ordre public international. Deux difficultés supplémentaires peuvent être identifiées.

Premièrement, en matière internationale, quand bien même le contenu est imprécis, on sait que l'ordre public international est constitué, d'une part, par des principes fondamentaux du for et, d'autre part, par les lois de police (sous réserve de ce que l'on dira plus loin sur l'arrêt *Guess*). En matière interne, le contenu est plus fuyant.

Deuxièmement, La formulation retenue par les articles 1492, 5°, et 1520, 5°, ne diverge pas uniquement sur la nature – interne ou internationale – de l'ordre public. L'article 1520, 5°, vise le cas où « la reconnaissance ou l'exécution de la sentence est contraire à l'ordre public international », alors que l'article 1492, 5°, est plus sobre et n'évoque que le cas où « la sentence est contraire à l'ordre public ». Faut-il tirer des conséquences de cette distinction, notamment en permettant au juge de vérifier la bonne application de la règle d'ordre public par l'arbitre ? Ce n'est pas la solution retenue par la jurisprudence qui énonce que « l'annulation d'une sentence arbitrale n'est encourue sur le fondement de l'article 1492, 5°, du code de procédure civile que lorsque la solution donnée au litige heurte l'ordre public » (un autre arrêt le rappelle d'ailleurs dans la présente livraison, Paris, 30 nov. 2021, n° 20/10166, *Boralex* ; Com. 30 juin 2015, n° 14-19.119, RTD com. 2015. 570, obs. D. Legeais ; Procédures 2015. Comm. 331, obs. L. Weiller ; v. égal., P. Mayer, La sentence contraire à l'ordre public de fond, Rev. arb. 1994. 615, spéc. p. 638). Autrement dit, l'examen porte sur les effets et non sur le respect de la règle.

C'est à cette double difficulté que s'est heurtée la cour d'appel d'Aix dans le cadre d'un recours en annulation (Aix-en-Provence, 25 nov. 2021, n° 18/13726). Elle rappelle, à juste titre, que « le recours en annulation ne doit pas permettre une révision de la sentence ». En revanche, elle ajoute immédiatement, ce qui constitue une première erreur, que l'article 1492, 5°, du code de procédure civile concerne « la violation par la sentence arbitrale d'une règle d'ordre public ». On voit d'ores et déjà le glissement entre cette formule et celle du code. En évoquant la violation d'une règle, plutôt que la contrariété à l'ordre public, la cour ouvre la voie à la révision au fond (quand bien même elle ajoute par la suite : « Le contrôle de la Cour doit porter non sur la motivation du tribunal arbitral même s'il y avait lieu de faire application de dispositions d'ordre public, mais sur la solution du litige, l'annulation n'étant

encourue que dans la mesure où cette solution heurte l'ordre public. Le juge de l'annulation est devenu un juge de l'apparence »).

La cour identifie les règles d'ordre public. D'abord, elle considère que l'article 1836, alinéa 2, du code civil, qui interdit pour les sociétés civiles que l'engagement d'un associé soit augmenté sans son consentement, est d'ordre public. Ensuite, elle ajoute la règle selon laquelle « en matière de société civile, en cas de retrait d'un associé tout comme en cas du non-agrément des héritiers d'un des associés décédés, il s'offre aux associés deux possibilités : soit un ou des associés se portent acquéreurs des parts sociales du retrayant ou du *de cuius*, soit la société indemnise le retrayant ou les héritiers de la valeur des parts sociales qu'ils détiennent et procèdent ensuite à une réduction du capital social » (déduite de C. civ., art. 1870-1). Enfin, elle juge que l'article 1310 du code civil, qui énonce que la solidarité est légale ou conventionnelle et ne se présume pas, est également d'ordre public. On le voit, en consacrant successivement le caractère d'ordre public de ces trois règles, la cour ouvre la voie à une révision totale du fond du litige. C'est d'ailleurs ce que fait la cour, en déjugeant le tribunal arbitral ayant condamné solidairement la société et les associés à indemniser les créanciers.

En réalité, il est frappant de constater que, en matière interne, le recours en annulation contre la sentence se transforme rapidement en appel de la sentence grâce au fondement de l'ordre public. Cela s'explique par la difficulté d'appréhension de la nature du contrôle en dehors de l'ordre public international et par une appréciation extensive des règles susceptibles d'être contrôlées.

D'ailleurs, l'arrêt reflète cette difficulté en évoquant une quatrième règle, celle de la bonne foi des relations contractuelles. Pour écarter, dans ce cas de figure, la qualification d'ordre public, la cour constate que l'article 1104, alinéa 2, du code civil consacre désormais le caractère d'ordre public du principe de bonne foi. Toutefois, après un raisonnement de droit transitoire, elle retient que le contrat ayant été conclu antérieurement à l'ordonnance du 10 février 2016, la règle n'était pas d'ordre public à l'époque. La solution n'est pas satisfaisante. D'une part, parce qu'il est douteux que l'ordonnance de 2016 ait changé la nature de la règle. D'autre part, parce qu'il ne devrait pas suffire que la règle soit qualifiée d'ordre public en droit des contrats pour qu'elle le soit en droit de l'arbitrage.

C'est sur ce dernier point que réside l'essentiel de la complexité. On a tendance à associer le caractère d'ordre public – voire la simple impérativité – d'une règle au sens du droit des contrats à un caractère d'ordre public au sens du droit de l'arbitrage. Pourtant, cette association n'est pas évidente. L'ordre public revêt des sens différents selon la matière : droit des contrats, droit des sociétés, procédure civile, droit public, etc. Il faut se garder de qualifier d'emblée une règle d'ordre public en droit de l'arbitrage parce qu'elle a cette qualité en droit des contrats (ou droit des sociétés). La tentation est moins forte en matière internationale, puisque l'ordre public international n'a pas d'équivalent dans les autres matières (en dehors du droit international privé). On en revient alors à notre propos initial : la violation ne doit pas porter sur une règle d'ordre public, mais sur l'ordre public lui-même. À cet égard, il est difficile de considérer qu'une sentence ayant prononcé une condamnation solidaire viole l'ordre public ; c'est au plus une mauvaise application d'une règle impérative.

En définitive, la crainte de voir les juges de l'annulation s'emparer de l'article 1492, 5°, du code de procédure civile pour réviser la sentence au fond est réelle. Il n'en demeure pas moins que la rédaction actuelle du code n'est pas intelligible. Une formulation plus pédagogique serait de nature à clarifier les choses.

b. L'accès au juge

L'accès au juge – ou à la justice – est une composante de l'ordre public international (Paris, 23 nov. 2021, n° 19/15670, *Guess*). Cette solution n'est pas nouvelle. Elle a été esquissée par l'arrêt *Pirelli* (Paris, 17 nov. 2011, n° 09/24158, *Licensing Projects SL c. Pirelli & C. SPA*, D. 2011. 3023, obs. T. Clay ; RTD com. 2012. 530, obs. E. Loquin ; JDI 2012. 41, note X. Boucobza et Y.-M. Serinet ; Cah. arb. 2012. 159, note D. Cohen ; LPA 2012, n° 142, p. 11, obs. M. de Fontmichel ; Rev.

arb. 2012. 392, comm. 267, obsd. F.-X. Train). Surtout, elle a été consacrée par l'arrêt *Monster Energy* (Paris, 19 oct. 2021, n° 18/01254, Dalloz actualité, 19 nov. 2021, obs. J. Jourdan-Marques). L'arrêt *Guess* reprend *in extenso* les attendus de l'arrêt *Monster Energy*, notamment le premier qui est le plus important : « L'accès à la justice, en ce qu'il permet de garantir l'effectivité des droits, relève de l'ordre public international ». La principale différence réside dans le fondement au titre duquel l'argument est invoqué. Dans l'arrêt *Monster Energy*, il s'agit de solliciter la nullité de la clause compromissoire ; dans l'arrêt *Guess*, il s'agit de plaider la contrariété de la sentence avec l'ordre public international. L'effet recherché n'est pas tout à fait identique.

En tout état de cause, le raisonnement est analogue dans les deux arrêts. Si l'accès à la justice doit être garanti et peut donner lieu à la nullité de la clause (ou à un refus d'*exequatur* de la sentence), l'arbitrage n'y fait pas, à lui seul, obstacle. Il faut donc s'intéresser aux modalités pour vérifier que les parties n'en sont pas privées. Or tel n'est pas le cas, dans l'affaire *Guess*, où la partie entend en réalité remettre en cause l'appréciation par l'arbitre de la charge et du montant des frais d'arbitrage et de conseils.

c. L'autorité de chose jugée et l'inconciliabilité des décisions

L'autorité de chose jugée d'une sentence ou d'un jugement étatique peut-elle faire obstacle à la reconnaissance d'une sentence arbitrale ? La réponse est entendue depuis longtemps ; elle est négative (Paris, 9 juin 1983, Rev. arb. 1983. 497, note M. Vasseur ; 27 nov. 1987, Rev. arb. 1989. 62 [1^{re} esp.], note G. Couchez ; 16 févr. 1995, Rev. arb. 1996, p. 128 [3^e esp.], obs. J. Pellerin ; 23 mai 2017, n° 15/24578, Rev. arb. 2017. Somm. 1070 ; Gaz. Pal. 2017, n° 27, p. 35 ; 10 sept. 2019, n° 17/10639, Dalloz actualité, 29 oct. 2019, obs. J. Jourdan-Marques ; D. 2019. 2435, obs. T. Clay). La 5-16 le rappelle dans l'affaire *SGS* (Paris, 11 janv. 2022, n° 20/1792).

Elle ajoute qu'il n'en va autrement qu'en cas d'inconciliabilité de décisions (v. égal. Paris, 17 janv. 2012, n° 10/21349, *Planor Afrique*, D. 2012. 2991, obs. T. Clay ; Rev. arb. 2012. 569, note M.-L. Niboyet ; Gaz. Pal. 6-8 mai 2012, p. 16, obs. D. Bensaude ; D. 2012. 2991, obs. T. Clay ; *Int'l Arb. L.*, Rev. 2012, n° 15-2, p. 11, note B. Grange ; Paris, 4 déc. 2012, n° 11/07800, *Planor Afrique*, D. 2012. 2991, obs. T. Clay ; Rev. arb. 2013. 411 [2^e esp.], note C. Debourg). Toutefois, la cour ajoute une précision très importante, qui révèle un glissement avec la jurisprudence *Planor* : elle exige que les jugements étrangers à l'égard desquels l'inconciliabilité est alléguée soient « exécutoires sur le territoire français ».

On se rappelle que, dans *Planor*, c'est à la première décision ayant autorité de chose jugée de l'emporter. Dans cette précédente affaire, l'existence d'une convention bilatérale avec le Burkina Faso, accordant de plein droit l'autorité de chose jugée, n'est sans doute pas étrangère à la solution. Reste que, dans l'affaire *SGS*, ce n'est plus l'autorité de chose jugée, mais le caractère exécutoire qui est retenu. Cela change tout, car la force exécutoire nécessite presque systématiquement une procédure sur le territoire français, contrairement à l'autorité de chose jugée qui est largement reconnue. La solution présente pour principal avantage d'éviter toute discussion sur l'effet de plein droit d'un jugement étranger, qui peut soulever des difficultés en l'absence de convention internationale, notamment au regard de la distinction entre jugement constitutif et déclaratif. Ici, quelle que soit la nature du jugement, une procédure d'*exequatur* est exigée. En revanche, l'articulation avec le règlement Bruxelles I *bis* sera à observer.

d. Les lois de police

L'arrêt *Guess* est un arrêt fondamental (Paris, 23 nov. 2021, n° 19/15670), qui est appelé à faire l'objet de nombreux commentaires. Un contrat d'agent commercial sur le territoire français a été conclu entre la société *Guess Europe*, société de droit suisse, et la société *Accessoires Company*, société de droit français. Le contrat est soumis au droit suisse. Devant l'arbitre, la directive communautaire n° 86/653 du 18 décembre 1986 relative à la coordination des droits des États membres concernant les agents commerciaux indépendants, laquelle a été transposée aux articles L. 134-1 et suivants du code de commerce, est invoquée au titre d'une loi de police. Après avoir retenu l'applicabilité des articles L. 134-

1 et suivants du code de commerce au litige, l'arbitre écarte ces dispositions au motif qu'elles ne constituent pas des lois de police.

En toute logique, l'analyse est renouvelée devant la cour d'appel de Paris, saisie d'un appel contre l'ordonnance d'*exequatur*. Le moyen est à nouveau rejeté. L'arrêt peut faire l'objet de deux niveaux de lecture.

Le premier concerne l'articulation de la solution avec la jurisprudence *Ingmar* de la Cour de justice (CJCE 9 nov. 2000, aff. C-381/98, Rev. crit. DIP 2001. 107, note L. Idot). On considère classiquement que cet arrêt consacre la qualification de loi de police de la directive du 18 décembre 1986. Telle n'est pourtant pas l'analyse retenue par la cour d'appel. Si elle n'ignore pas la décision de la Cour de justice, qu'elle mentionne dans le texte à deux reprises, elle lui en donne une autre portée. Elle juge que cette directive, si elle est impérative, ne vise pas pour autant « à garantir des principes ou valeurs essentiels dont les États membres ne sauraient souffrir la méconnaissance dans un contexte international ». Dès lors, elle n'identifie aucune contrariété à l'ordre public international dans le refus de l'arbitre de mettre en œuvre les dispositions protectrices des agents commerciaux.

Faut-il voir dans cette décision un nouvel acte de résistance de la cour d'appel, cette fois à l'encontre de la Cour de justice ? À tout le moins, il semble que le raisonnement manque de subtilité pour être conforme à la jurisprudence européenne. En effet, l'arrêt *Ingmar* doit être mis en perspective avec l'arrêt *Unamar* (CJUE 17 oct. 2013, aff. C-184/12, D. 2014. 60 , note L. d'Avout ; *ibid.* 893, obs. D. Ferrier ; *ibid.* 1059, obs. H. Gaudemet-Tallon et F. Jault-Seseke ; *ibid.* 1967, obs. L. d'Avout et S. Bollée ; RTD civ. 2014. 107, obs. H. Barbier ; RTD com. 2014. 457, obs. P. Delebecque ; Rev. UE 2014. 305, chron. A. Cudennec, N. Boillet, O. Curtil, C. de Cet-Bertin, G. Guéguen-Hallouët et V. Labrot ; *ibid.* 376, étude V. Pironon ; sur ces deux arrêts, v. M. Karpenshif et C. Nourissat [dir.], *Les grands arrêts de la jurisprudence de l'Union européenne*, 4^e éd., PUF, 2021, spéc. n° 104). Si l'on veut essayer de synthétiser ces deux jurisprudences, on peut dire que les dispositions nationales emportant une transposition minimale de la directive européenne sont des lois de police au sens de la Cour de justice. En revanche, selon l'arrêt *Unamar*, lorsque la loi nationale va au-delà des exigences de la directive, c'est à l'État membre de décider si ce surplus de protection doit être considéré comme une loi de police. La cour d'appel ne procède pas à cette distinction, et écarte les dispositions de la loi française. Pourtant, l'application du droit suisse au fond du contrat – législation qui, par hypothèse, n'a pas transposé la directive relative aux agents commerciaux – aurait pu conduire le juge français à faire le tri au sein des articles L. 134-1 du code de commerce sur les dispositions méritant une qualification de loi de police (celles qui transposent *a minima* la directive).

Au soutien de son analyse, la cour d'appel de Paris convoque deux arrêts de la Cour de cassation (Civ. 1^{re}, 21 oct. 2015, n° 14-20.924 et Com. 5 janv. 2016, n° 14-10.628, D. 2016. 1045, obs. H. Gaudemet-Tallon et F. Jault-Seseke ; AJCA 2016. 162, obs. C. Nourissat ; RTD com. 2016. 589, obs. P. Delebecque). Selon elle, ils reflètent la position de la jurisprudence française, laquelle refuse la qualification de loi de police aux dispositions protectrices des agents commerciaux. Il est vrai que, dans ces deux arrêts, la motivation de la cour évoque une qualification « d'ordre public interne » ou de « loi protectrice d'ordre public interne ». Il semble néanmoins qu'il s'agit d'une lecture hâtive de ces deux arrêts. À y regarder de plus près, l'un et l'autre se conforment à la jurisprudence *Unamar*. Le premier, rendu en matière d'arbitrage, souligne que le contrat d'agence maritime n'entre pas dans le champ d'application de la directive, mais constitue une extension autonome prévue par le droit français. L'arrêt distingue implicitement la transposition *a minima* de la directive et les protections supplémentaires. C'est à ces dernières que la qualité de loi de police est refusée. Dans le second, la loi applicable au fond du contrat est le droit allemand, qui, par hypothèse, a transposé la directive. Il en résulte que, là encore, le débat porte sur des dispositions complémentaires du droit français, et pas seulement la transposition minimale de la directive.

En réalité, le seul arrêt qui peut être interprété comme allant dans le sens de la cour d'appel en écartant, sans distinction, la qualité de loi de police aux dispositions relatives aux agents commerciaux est un

arrêt du 28 novembre 2000, qui a énoncé que « la loi du 25 juin 1991, codifiée dans les articles L. 134-1 et suivants du code de commerce, loi protectrice d'ordre public interne, applicable à tous les contrats en cours à la date du 1^{er} janvier 1994, n'est pas une loi de police applicable dans l'ordre international » (Com. 28 nov. 2000, n° 98-11.335, D. 2001. 305, obs. E. Chevrier ; RTD com. 2001. 502, obs. B. Bouloc ; *ibid.* 1067, obs. J.-M. Jacquet). Dans cet arrêt, la loi applicable au fond est la loi de l'État de New York, excluant *a priori* une correspondance avec les exigences minimales de la directive. Pour autant, il n'est pas certain que cet arrêt, rendu moins de trois semaines après l'arrêt *Ingmar*, reflète l'état du droit positif français. En conséquence, il semble à tout le moins y avoir un hiatus entre l'interprétation de la cour d'appel et celle de la Cour de justice et de la Cour de cassation. À cet égard, on peut s'étonner du rejet – sans doute un peu péremptoire – d'un renvoi préjudiciel.

Le deuxième niveau de lecture concerne de façon beaucoup plus directe les arbitragistes. En effet, la motivation de la cour regorge de formules nouvelles à propos des lois de police, dont on peine à ce stade à mesurer la portée exacte.

L'arrêt commence d'emblée par user de la notion de « loi de police interne ». Rien que pour cela, il constitue une révolution. Jamais une juridiction de ce « calibre » n'a usé d'une telle notion (v., pour les rares utilisations, Colmar, 18 févr. 2004, inédit ; TGI Paris, 10 déc. 2008, n° 06/10845 ; TGI Paris, 26 mars 2015, n° 13/15625 ; T. com. Nanterre, 13 déc. 2011, n° 2010F00427).

Ainsi, la cour consacre une nouvelle distinction entre loi de police interne et loi de police internationale. Les premières sont des règles « impératives » du for, mais n'ont pas vocation à garantir « des valeurs dont l'ordre juridique français ne peut souffrir la méconnaissance, même dans les matières internationales ». Les autres sont de véritables lois de police internationales, qui intègrent l'ordre public international parce qu'elles garantissent ces fameuses valeurs de l'ordre juridique du for. Un passage de l'arrêt est révélateur. La cour énonce que, « devant le juge de l'annulation, le débat n'est pas tant de savoir si les dispositions des articles L. 134-1 et suivants constituent des lois de police du for, mais plus précisément, si ces articles, fussent-ils qualifiés de loi de police, relèvent au surplus de la conception française de l'ordre public international en ce sens que leur méconnaissance heurterait la conception française de l'ordre public international qui s'entendent de l'ensemble des règles et des valeurs dont l'ordre juridique français ne peut souffrir la méconnaissance, même dans des matières internationales ». Il ne fait aucun doute que, dans l'esprit de la cour d'appel, toutes les lois de police n'ont pas vocation à intégrer l'ordre public international. Il en faut plus.

Une telle distinction est nouvelle. Il suffit de prendre l'arrêt *Monster Energy* rendu à peine un mois plus tôt pour se rendre compte qu'une telle analyse est absente (Paris, 19 oct. 2021, n° 18/01254, Dalloz actualité, 19 nov. 2021, obs. J. Jourdan-Marques). Pourtant, là aussi il s'agit de s'interroger sur la qualification de loi de police d'une disposition du code de commerce.

On ne peut s'empêcher d'établir un parallèle avec les lois de police étrangère. Dans l'arrêt *MK Group*, la cour d'appel de Paris a accepté d'en prendre une en compte dans la mesure où elle protège des valeurs et principes dont l'ordre juridique français ne peut souffrir la méconnaissance, même dans un contexte international (Paris, 16 janv. 2018, n° 15/21703, D. 2018. 1635, note M. Audit ; *ibid.* 966, obs. S. Clavel et F. Jault-Seséke ; *ibid.* 1934, obs. L. d'Avout et S. Bollée ; *ibid.* 2448, obs. T. Clay ; RTD com. 2020. 283, obs. E. Loquin ; Rev. arb. 2018. 401, note S. Lemaire ; JDI 2018. Comm. 12, note S. Bollée ; *ibid.* Comm. 13, note E. Gaillard). Autrement dit, dans la logique de l'arrêt *Guess*, les lois de police françaises (« internes ») et étrangères sont soumises au même test : celui de poursuivre des objectifs visant à garantir des principes ou valeurs essentiels.

En creux, on peut se demander si cet arrêt n'introduit pas, en matière d'arbitrage, une forme d'effet atténué de l'ordre public international. À l'origine, les lois de police relèvent du conflit de lois. C'est dans le règlement Rome I (art. 9) que l'on retrouve une définition des lois de police et c'est en ce domaine que les arrêts *Ingmar* et *Unamar* ont été rendus. Le contrôle de la conformité aux lois de police au stade de la circulation des décisions est moins évident. Même s'il a été soutenu en doctrine (v. not.

C. Seraglini, *Lois de police et justice arbitrale internationale*, préf. P. Mayer, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque de thèses », 2001) et qu'il ne fait aucun doute en matière d'arbitrage, il reste qu'il n'est pas interdit de se demander s'il faut adopter une approche identique au stade du conflit de lois et au stade de la reconnaissance d'une sentence arbitrale. Potentiellement, c'est dans cette direction que la cour nous invite à regarder. Il y aurait, d'une part, les lois de police dont l'application s'impose pour la résolution d'un litige ; il y aurait, d'autre part, parmi ces lois de police, un nombre plus limité dont l'ordre juridique français ne peut souffrir la méconnaissance au stade de la reconnaissance d'une sentence arbitrale. Reste alors à savoir s'il y a lieu de distinguer entre les sentences rendues en France et celles rendues à l'étranger (dans la présente affaire, la sentence est rendue en Suisse). On peut douter de la pertinence d'une telle distinction, dès lors qu'il s'agit, dans un cas comme dans l'autre, de laisser produire en France des effets à une sentence arbitrale. L'effet atténué peut s'appliquer dans les deux cas, sans distinction.

L'arrêt soulève une dernière question, qui est potentiellement la plus sulfureuse : à quelles conditions une loi de police peut-elle intégrer l'ordre public international ? On l'a déjà dit, il faut qu'elle poursuive des objectifs visant à garantir des principes ou valeurs essentielles dont l'ordre juridique français ne peut souffrir la méconnaissance dans un contexte international. Mais ce n'est pas tout. D'abord, la cour précise que la directive relative aux agents commerciaux ne « met pas en jeu la défense d'intérêts vitaux de ces mêmes États membres ». Ensuite, elle ajoute que ces dispositions ne sont pas nécessaires à la « mise en œuvre d'une politique impérieuse de défense de la liberté d'établissement ou d'une concurrence non faussée ». Par ces deux formules, la cour donne une appréciation restrictive de la qualification d'ordre public international pour les règles impératives de source européenne. On peut se demander si elle n'a pas pour conséquence d'exclure, par exemple, l'intégration des législations relatives au droit de la consommation dans l'ordre public international. Allant plus loin, on peut s'interroger sur l'impact d'une telle appréciation restrictive lors de la réception par la cour d'appel de la jurisprudence *Achmea*. En effet, l'interdiction de recourir à l'arbitrage, fondée sur les traités européens, doit-elle être considérée comme la mise en œuvre d'une politique impérieuse de défense de la liberté d'établissement, d'une concurrence non faussée ou, à tout le moins, nécessaire à la défense d'intérêts vitaux des États membres ? Rien n'est moins sûr !

6. Les signatures et la date de la sentence

L'arrêt *Boralex* apporte une précision intéressante sur les signatures et la date de la sentence (Paris, 30 nov. 2021, n° 20/10166). Bien que ces griefs, visés par l'article 1492, 6°, du code de procédure civile, ne concernent que les sentences internes, l'arrêt est intéressant au-delà. Même si une partie des dates est anonymisée (on peut d'ailleurs s'interroger sur l'intérêt d'anonymiser des dates, d'autant quand elles servent la compréhension de la décision...), on comprend que la sentence a été rendue au début de la période sanitaire, probablement quelques jours après l'entrée en confinement et en tout état de cause, avant la note de la CCI du 9 avril 2020. C'est sans doute pour cette raison que, pour signer la sentence, chaque arbitre a signé sur une feuille différente – avec une date différente. Il en résulte que la sentence se termine par des pages 51, 51 *bis*, 51 *ter*, chacune contenant la signature d'un arbitre et sa propre date.

Le requérant réclame l'annulation de la sentence, au motif que trois sentences différentes ont été signées par les arbitres et que la sentence n'a pas date certaine. Le grief est rejeté. La cour constate que la sentence contient toutes les signatures requises, indépendamment du fait qu'elles figurent sur trois pages différentes. Elle ajoute que la date est certaine dès lors qu'il faut retenir la date de la signature du président du tribunal arbitral, qui correspond à la date figurant en première page sur la sentence. Sur ces questions, la cour confirme que le droit français de l'arbitrage interne est peu formaliste. La solution est bienvenue pour éviter une paralysie en période de crise sanitaire.

IV. L'affaire *Tapie*

La cour d'appel de Paris a rendu, quelques jours après le décès du protagoniste, sa décision dans le volet pénal de l'affaire *Tapie* (Paris, 24 nov. 2021, n° 20/00688, Dalloz actualité, 10 janv. 2022, obs. J.

Gallois). En première instance, le tribunal correctionnel a créé la surprise en relaxant l'intégralité des prévenus (T. corr. Paris, 9 juill. 2019, n° 18334000654, Dalloz actualité, 28 janv. 2020, obs. J. Jourdan-Marques ; *ibid.* 26 juill. 2019, obs. N. Catelan ; AJ pénal 2019. 502, obs. C. Le Corre et E. Daoud). C'est en sens inverse que se prononce la cour d'appel en déclarant coupables les principaux prévenus, à l'issue d'une décision de 244 pages !

Il ne nous appartient pas de réaliser une analyse de droit pénal de la décision (sur ce point, v. Dalloz actualité, 10 janv. 2022, obs. J. Gallois). L'affaire est hors norme. Il n'est pas certain que les raisonnements retenus par la cour soient transposables au-delà, tant le caractère politique de l'affaire transpire de la décision. Reste que certains développements doivent attirer l'attention. Un passage mérite d'être cité *in extenso* et doit rester dans un coin de la tête de tous les praticiens de l'arbitrage – parties, conseils et arbitres : « l'escroquerie à la sentence arbitrale peut être accomplie si une partie fait désigner un arbitre acquis à sa cause, ce qui constitue une manœuvre frauduleuse, l'arbitre faisant ensuite usage de manœuvres pour tromper le tribunal arbitral afin que ce dernier rende une décision favorable à cette partie. L'élément matériel d'une escroquerie au jugement ne se limite pas à la présentation de fausses preuves du bien-fondé d'une demande ». La pratique des « arbitres partisans » est pointée du doigt par la cour d'appel. Elle devient d'autant plus risquée qu'elle est sanctionnable indépendamment d'une quelconque influence réelle sur le déroulement de l'arbitrage. En effet, comme en première instance, l'arrêt d'appel se heurte aux dénégations des coarbitres quant à l'influence du prévenu sur leur décision. Pour autant, elle passe outre, en minimisant l'importance du résultat et en se focalisant sur le rôle joué par l'arbitre pendant la procédure. La cour réitère d'ailleurs ce raisonnement par une formule éclairante : « ce qui constitue une manœuvre frauduleuse est de l'avoir fait ensuite désigner arbitre en novembre 2007 ».

Il faut encore relever que l'essentiel des reproches formulés contre l'arbitre concerne la signature d'une déclaration d'indépendance vierge, au mépris d'une quantité indiscutable de liens préexistants. La cour énonce « qu'en signant la déclaration d'indépendance mensongère lors de sa désignation dans l'affaire *HI/D, XR* a commis une manœuvre frauduleuse constitutive de l'escroquerie ». Là encore, le risque pénal résultant d'une déclaration d'indépendance vierge ne peut être ignoré. Certes, les lacunes de la déclaration d'indépendance sont, en l'espèce, caricaturales. Il n'en demeure pas moins qu'il est délicat de savoir où placer le curseur.

Ainsi, on dira de cette affaire que si elle est exceptionnelle par sa dimension politique et médiatique, on ne peut ignorer que la matérialité des faits ayant justifié la condamnation pénale peut se retrouver dans des arbitres plus classiques. L'arrêt doit inciter à s'interroger sur les pratiques. Le coup de semonce est d'autant plus fort qu'il concerne ensemble les arbitres, les parties et les conseils.

par Jérémy Jourdan-Marques, Professeur à l'Université Lumière Lyon 2