Université de Paris

École doctorale Sciences juridique, politiques, économique et des gestions 262

Centre de Droit des Affaires et de Gestion

L'intervention du juge étatique dans l'arbitrage ; une approche de droit comparé

Par Hiva Ranjbari

Thèse de doctorat de Sciences juridiques

Dirigée par Madame la professeure Olivera Boskovic

Soutenue le 13 décembre 2021

Devant un jury composé de :

Madame Sandrine Clavel, professeur des universités, Université de Versailles, Rapporteur

Monsieur Maximin de Fontmichel, professeur des universités, Université de Bretagne Occidentale, rapporteur

Madame Caroline Kleiner, professeur des universités, Université de Paris, membre du jury

Remerciements

Je tiens tout d'abord à adresser mes remerciements à ma directrice de thèse, Madame la professeure Olivera Boskovic, qui m'a encadré tout au long de cette thèse et qui m'a fait partager ses brillantes intuitions. Qu'elle soit aussi remerciée pour sa gentillesse, sa disponibilité et sa patience.

Mes remerciements s'adressent également aux professeurs Madame Sandrine Clavel et Monsieur Maximin de Fontmichel, ainsi que Madame Caroline Kleiner, qui m'ont fait l'honneur de lire et de juger ce travail.

Je remercie également toute l'équipe de l'école doctorale de l'Université de Paris pour leur disponibilité et leur soutien tout au long de cette thèse.

Liste des principales abréviations

ACICA	Australian Center for International Commercial Arbitration
AFA	Association Française d'Arbitrage
AFDI	Annuaire français de droit international
AJDA	Actualité juridique Droit administratif
APD	Archives de philosophie du droit
Arb. Int.	Arbitration International
Arb. Journ.	Arbitration Journal
Art. ou art.	Article
art. préc.	Article précité
ATF	Arrêt du Tribunal fédéral suisse
BGH	Bundesgerichtshof (Cour fédérale de justice allemande)
BICC	Bulletin d'information de la Cour de cassation
Bull. ASA	Bulletin de l'Association suisse de l'arbitrage
Bull. CCI	Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI
Bull. civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation française, chambres civiles
c.	Contre
C.A.	Cour d'appel
C.E	Conseil d'État
Cah. Arb.	Les cahiers de l'arbitrage
CAM	Court of Arbitration of Madrid
CAMP	Chambre Arbitrale Maritime de Paris
CAP	Chambre Arbitrale Internationale de Paris

Cass. Ass. plén.	Assemblée plénière de la Cour de cassation
Cass. civ. 1er	Cour de cassation, première chambre civile
Cass. civ. 2e	Cour de cassation, deuxième chambre civile
Cass. com.	Cour de cassation, chambre commerciale
Cass. soc.	Cour de cassation, chambre sociale
CCC	Contrats, concurrence, consommation
CCI	Chambre de commerce internationale
CCIG	Chambre de commerce, d'industrie et des services de Genève
CEDH	Cour Européenne des Droits de l'Homme
CEPANI	Centre belge d'arbitrage et de médiation
CESDH	Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950
CETA	L'accord économique et commercial global entre l'Union européenne et le Canada.
CIETAC	China International Economic and Trade Arbitration Commission
CIJ	Cour internationale de Justice
CIJ	Cour Internationale de Justice
CIRDI	Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
CNUDCI	Commission des Nations unies pour le droit commercial international
COJ	Code de l'organisation judiciaire
Cons. const.	Conseil constitutionnel
ConvEDH	Convention Européenne des Droits de l'Homme
Convention NY	Convention de New York sur la reconnaissance et exécution des sentences de 10 juin 1958
CPC	Code de procédure civile

CPIJ	Cour permanente internationale de justice
CPP	Code de procédure pénale
CPR	International Institute for Conflict Prevention & Resolution
D. Recueil	Dalloz
Defrénois	Répertoire de Notariat Defrénois
DIFC-LCIA	Dubai International Financial Center
DMF	Droit maritime français
Dr. et cult.	Droit et culture, revue semestrielle d'anthropologie et d'histoire
EAA	English Arbitration Act 1996 (Loi anglaise sur l'arbitrage)
éd.	Edition
Ex.	Exemple
fasc.	Fascicule
G.A.	Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
HC	High Court of Justice (Haute Cour)
HKIAC	Hong Kong International Arbitration Center
Ibid.	Ibidem
ICDR	International Centre for Dispute Resolution
ICSID	Rev. ICSID Review – Foreign Investment Law Journal
ILM	International Legal Materiels
Infra	ci-dessous
Iran-U.-S. CTR	Iran – United-States Claims Tribunal Reports
J. Int'l Arb.	Journal of International Arbitration
J.-Cl.	Juris-Classeur

JCP E	Semaine juridique, édition entreprise
JCP G	Semaine juridique, édition générale
JDI	Journal du droit international
LCIA	London Court of International Arbitration
LDIP	Loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé (Suisse)
Loi type CNUDCI	Loi type en matière d'arbitrage adoptée par la Commission des Nations unies pour le droit commercial international
LPA	Les Petites Affiches
n°	Numéro
NAI	Netherlands Arbitration Institute
not.	notamment
OHADA	Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires
op. cit.	Ouvrage cité
p.	Page, pages
P.R.I.M.E	Panel Of Recognised International Market Experts in Finance () (Finance Arbitration Rules)
Procédures	Revue Procédures
RCADI	Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye
RDAI	Revue de droit des affaires internationales
RDC	Revue des contrats
Rev. arb.	Revue de l'arbitrage
Rev. crit.	DIP Revue critique de droit international privé
Rev. hell. dr. int.	Revue hellénique de droit international
Rev. suisse dr. int. dr. eur.	Revue suisse de droit international et de droit européen
Rev. trim. Dr. eur.	Revue trimestrielle de Droit européen

RIDE	Revue internationale de droit économique
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civile
RTD com.	Revue trimestrielle de droit commercial
S.	Recueil Sirey
s.	suivant, suivants
SCC	Stockholm Chamber of Commerce
SIAC	Singapour International Arbitration Center
spéc.	Spécialement
Supra	ci-dessus
t.	Tome
T. conf.	Tribunal des conflits
TAS	Tribunal Arbitral du Sport
TBI	Traité bilatéral de protection des investissements
TGI	Tribunal de grande instance
TPIY	Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie
Trav. Com. fr. DIP	Travaux du Comité français de droit international privé
Trib. Arb. CIRDI	Tribunal arbitral constitué sous l'égide du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements
V.	ou v. Voir
WBR	Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Code de procédure civile néerlandais)
ZPO	Zivilprozessordnung (code de procédure civile allemand)

Sommaire

REMERCIEMENTS XII

LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS XIV

SOMMAIRE XIX

INTRODUCTION 1

PREMIERE PARTIE : L'INTERVENTION DU JUGE ETATIQUE EN SOUTIEN DE L'ARBITRAGE 22

TITRE I. L'INTERVENTION DU JUGE ETATIQUE EN SOUTIEN DE L'ARBITRAGE, AVANT LA CONSTITUTION DU TRIBUNAL ARBITRAL 24
CHAPITRE I. L'INTERVENTION DU JUGE ETATIQUE DANS LA MISE EN PLACE DE LA PROCEDURE ARBITRALE 25
CHAPITRE II. L'INTERVENTION DU JUGE ETATIQUE DU PROVISOIRE DANS L'ARBITRAGE, AVANT LA CONSTITUTION DU TRIBUNAL ARBITRAL 81
CONCLUSION DU TITRE I 145
TITRE II. L'INTERVENTION DU JUGE ETATIQUE EN SOUTIEN DE L'ARBITRAGE, APRES LA CONSTITUTION DU TRIBUNAL ARBITRAL 147
CHAPITRE I. L'INTERVENTION DU JUGE ETATIQUE DU PROVISOIRE DANS LA PROCEDURE ARBITRALE APRES LA CONSTITUTION DU TRIBUNAL ARBITRAL 148
CHAPITRE II. L'INTERVENTION DU JUGE ETATIQUE CONCERNANT L'EXECUTION DES MESURES PROVISOIRES ET CONSERVATOIRES ARBITRALES 189
CONCLUSION DU TITRE II 233
CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE 235

DEUXIEME PARTIE : L'INTERVENTION DU JUGE ETATIQUE AUX FINS DE CONTROLE DE L'ARBITRAGE 237

TITRE I. L'INTERVENTION DU JUGE ETATIQUE LORS DE LA RECONNAISSANCE ET L'EXECUTION DES SENTENCES ARBITRALES 239
CHAPITRE I : LES VOIES PROCEDURALES DE L'INTERVENTION DU JUGE ETATIQUE AUX FINS DE CONTROLE DE LA SENTENCE ARBITRALE 241
CHAPITRE II : L'ETENDUE DU CONTROLE DU JUGE ETATIQUE SUR LA SENTENCE ARBITRALE 300
CONCLUSION DU TITRE I 349
TITRE II. L'INTERVENTION DU JUGE ETATIQUE AUX FINS DE CONTROLE DE LA COMPETENCE DU TRIBUNAL ARBITRAL ET DU RESPECT DE L'ORDRE PUBLIC INTERNATIONAL PAR LA SENTENCE 352
CHAPITRE I. LE CONTROLE DU JUGE ETATIQUE SUR LA CONVENTION D'ARBITRAGE 353
CHAPITRE II. LE CONTROLE DU JUGE ETATIQUE SUR LE RESPECT DE L'ORDRE PUBLIC INTERNATIONAL PAR LA SENTENCE ARBITRALE 425
CONCLUSION DU TITRE II 489
CONCLUSION DE LA DEUXIEME PARTIE 491

CONCLUSION GENERALE 494

BIBLIOGRAPHIE 499

Index alphabétique.....531

Sommaire détaillé.....535

Introduction

1. Chacun connaît l'importance de l'arbitrage en tant que mode de règlement des conflits. L'arbitrage est une institution ancienne et ses traces peuvent être constatées en Grèce, en Rome[1] et en Chine[2]. Certains considèrent que l'arbitrage serait apparu même antérieurement à la justice étatique et aurait été à l'origine du droit processuel. Max Weber a développé cette idée : « *Le contrat d'arbitrage issu des contrats d'expiation entre clans… est la source non seulement de tout le droit processuel, mais aussi… de tous anciens types de contrats de droit privé* »[3]. Néanmoins, cette théorie n'est pas soutenue par tous les auteurs et certains autres historiens considèrent que la justice étatique est la première forme de justice[4].

2. La justice étatique et la justice arbitrale n'ont pas suivi le même chemin de développement historique. La justice étatique est conçue comme une autorité[5] plutôt qu'un pouvoir[6]. Elle a néanmoins connu une évolution au cours des époques. Relevant de la *res publica,* elle faisait partie des missions régaliennes. En France, au cours de l'Ancien Régime, la justice émanait du Roi, qui tenait son pouvoir du droit divin. Il déléguait son pouvoir de rendre la justice aux juges. Dans ce contexte, l'arbitrage s'est néanmoins développé[7]. Avec la Révolution française, l'arbitrage a connu une évolution remarquable. La loi des 16 et 24 août 1790 proclame que « *l'arbitrage étant le moyen le plus raisonnable de terminer les contestations entre citoyens, les législateurs ne pourront faire aucune disposition qui tendrait à diminuer, soit la faveur, soit l'efficacité des compromis* ». Ainsi, en parallèle de la justice étatique, la justice privée est non seulement reconnue, mais encouragée.

Napoléon n'a pas remis en question la faveur à l'arbitrage malgré la réorganisation du système judiciaire étatique. Le code Napoléon de procédure de 1807[8] a admis le caractère exécutoire des clauses compromissoires. Toutefois, la Cour de cassation est revenue sur la place de

1 D. Roebuck, « *Bricks without Straw - Arbitration in Roman Britain* », Arbitration int., 2007, 23, p.143.
2 M. Rubino -Sammartano, P. Mayer, *Arbitrage international : Droit et pratique* , Tome 1, Bruylant, 2019, n° 2.4.
3 M. Weber, *Sociologie du droit* (trad. J. Grosclaude), PUF, 1986, p. 49.
4 En faveur de l'antériorité de l'arbitrage : F. de Menthon, *Le rôle de l'arbitrage dans l'évolution judiciaire*, Thèse Paris, 1926, spéc. p. 9 ; contra : J. Gaudemet, *Institutions de l'Antiquité*, 2e éd., Sirey, 1982, n° 283.
5 « l'autorité judiciaire »
6 J. Foyer, « *La justice : histoire d'un pouvoir refusé* », *Pouvoirs*, 1981, p. 17 et s.
7 J.-J. Clère, « *L'arbitrage révolutionnaire : apogée et déclin d'une institution (1790- 1806)* », Rev. arb., 1981.3.
8 Art. 1020 L, 16 avril 1806.

l'arbitrage dans un arrêt de 1842[9] et a considéré que le droit de cité n'appartenait qu'à la justice étatique.

3. Avec le développement du commerce international, l'arbitrage s'est révélé d'être un outil précieux en matière de règlement des différends[10]. Les caractéristiques de l'arbitrage en font une destination parfaite pour les litiges naissant des contrats internationaux[11]. Face à l'internationalisation des litiges, les législations et les juridictions nationales ont accueilli à bras ouvert la pratique de recours à l'arbitrage et ont offert leur soutien à celui-ci. L'arbitrage a ainsi acquis l'efficacité qu'on lui reconnaît aujourd'hui. La faveur à l'arbitrage a été admise dans les différents systèmes juridiques occidentaux. En conséquence, certains principes essentiels de droit de l'arbitrage ont été établis : l'autonomie de la volonté des parties ; l'autonomie de la convention d'arbitrage, la soustraction des litiges aux juridictions étatiques, la fonction d'assistance du juge lors du déroulement de l'instance arbitrale, la reconnaissance de la faculté de l'État de compromettre, le contrôle limité des sentences arbitrales par le juge étatique, enfin l'application de l'ordre public international aux sentences plutôt que l'ordre public interne. Aujourd'hui, les législations nationales tentent de limiter l'intervention du juge étatique dans l'arbitrage. Cette tendance est illustrée par la loi type de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI). Une faveur est accordée à l'arbitrage et l'intervention du juge apparaît toujours comme exceptionnelle ou résiduelle.

4. Les tendances actuelles de la justice arbitrale ont été développées au cours du XXe siècle. L'arbitrage n'était favorisé qu'en matière internationale. Tout d'abord, la loi du 5 juillet 1972 a montré une hostilité envers l'arbitrage. L'article 2061 du Code Civil prévoyait que la clause compromissoire était nulle sauf dans les cas autorisés par la loi. Ensuite, les décrets de 1980 et de 1981[12] ont modifié structurellement le droit de l'arbitrage français et ont mis en place un régime plus favorable à l'arbitrage. La jurisprudence, de son côté, favorisait l'arbitrage en adoptant une approche restrictive du contrôle des sentences. La vision traditionnelle selon

9 Cass., 10 juill. 1843, S., 1843.1.561, concl. av. gén. Hello, note Devilleneuve ; reproduit également Rev. arb., 1992.399.
10 V. Ph. Phouchard, *L'arbitrage commercial International*, Revue Internationale de Droit Comapré, vol.17, 1965, n° 18-29 ; J. Lew, *Applicable Law in International Commercil Arbitration* n°s :51-61(1978) ; J. Robert, T. Carbonneau, *The French Law of Arbitration,* Revue Internationale de Droit Comparé*, Vol. 36,*1983, n°1.01 ; J. Rubellin-Devichi, *L'arbitrage nature juridique. Droit interne et droit international privé*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1965, ch. 1 et 3. C. Schmitthoff, *International commercial Arbitration*, 1980-82 ; J. Wetter, *The International Arbitral Process ; Public and Private*, Oceana Publications,1979 ; H. P. de Vries, « *International Commercial Arbitration : A Contractual Substitute For National Courts* », 57 Tul. L. Rev. 42, 1982.
11 V. M. Hoyle, *The Law of International Trade*, 1981.
12 Pour l'arbitrage interne le décret du 14 mai 1980 et pour l'arbitrage international, le décret du 12 mai 1981.

laquelle « *la justice est par essence publique* »[13] ou « *c'est l'État qui impose sa justice* »[14] s'est estompée petit à petit. Désormais, la justice étatique et la justice arbitrale coexistent, sans qu'elles soient identiques.

Finalement, la réforme de 13 janvier 2011 a apporté des modifications au droit de l'arbitrage français. Cette réforme était moins fondamentale que celle de 1980 et 1981[15]. Son premier objectif était de rendre plus lisible le droit de l'arbitrage en introduisant dans le code de procédure civile des solutions adoptées par la jurisprudence. Elle visait également à préserver la place de Paris comme siège des arbitrages internationaux. Elle a donc introduit des règles nouvelles souvent inspirées des droits étrangers [16]. La réforme de 2011 a rapproché le contenu du droit de l'arbitrage français de la loi type de la CNUDCI. Néanmoins, un particularisme du droit français existe encore notamment concernant l'effet négatif de la convention d'arbitrage ou le pouvoir pour le tribunal arbitral d'appliquer, en matière internationale, lorsque les parties sont silencieuses, des règles de droit qu'il estime appropriées.

5. En droit comparé, il existe une tendance de différencier les modalités de l'intervention du juge étatique en fonction du caractère interne ou international de l'arbitrage. L'arbitrage en matière interne est moins pratique pratiqué qu'en matière internationale. Les raisons qui expliquent le succès de l'arbitrage international ne sont pas transposables aux contentieux internes. Les législateurs conscients du fait que la possibilité de recourir à l'arbitrage répondait à un besoin plus impérieux en matière internationale prévoient généralement deux régimes juridiques distincts pour l'arbitrage international et l'arbitrage interne. Même si des règles communes aux deux régimes existent, l'arbitrage international bénéficie d'une réglementation plus libérale.

Il ne s'agit pas de deux régimes complètement différents de recours au juge[17], seulement, les États ont intérêt à contrôler les litiges de nature strictement nationale. En matière d'arbitrage interne, les lois nationales prévoient souvent dans les détails le soutien du juge à l'arbitrage tout

13 F. Zénati, « *Le procès, lieu du social* », Arch. phil. droit, T. 39, op. cit., p. 239 et s., spéc. p. 240.
14 G. Cornu, J. Foyer, *Procédure civile*, PUF « Thémis », 1958, p. 71.
15 V. le commentaire d'E. Gaillard et de P. de Lapasse, D. 2011. 175.
16 V. en particulier les articles 1467 à 1469 renforçant les pouvoirs d'instruction du tribunal arbitral, ou les art. 1472 s. organisant la suspension de l'instance arbitrale ou encore les dispositions propres à l'arbitrage international de l'art. 1513 autorisant le président du tribunal arbitral à juger seul à défaut de majorité, de l'art. 1522 qui permet aux parties de renoncer au recours en annulation ou de l'art. 1526 qui prévoit que les recours exercés contre la sentence ou l'ordonnance d'exequatur ne sont pas suspensifs.
17 C. M. Schmitthoff, « The Jurisdiction on the Arbitrator », in *The Art of Arbitration. Liber Amicorum Pierter Sanders*, Deventer, 1982, p. 285-288.

au long de la procédure. Également, le contrôle effectué par le juge sur les sentences internes peut être plus strict. Toutefois, dans le cas de l'arbitrage international les lacunes des réglementations nationales peuvent être une source d'incertitude pour les parties.

6. La loi type de la CNUDCI a prévu une définition large et générale de l'arbitrage international pour l'adapter aux exigences du commerce international. Le caractère interne ou international de l'arbitrage ne dépend pas de la volonté des parties. Il suffit que l'objet de la convention d'arbitrage ait des liens avec plus d'un pays. La loi type de la CNUDCI se déclare applicable aux arbitrages internationaux qui se déroulent sur le territoire d'un État qui aurait adopté la loi. La Convention de Genève de 1961 énonce que ses dispositions sont applicables aux litiges nés ou à naître d'opérations de commerce international entre des sociétés ayant leur siège dans des États contractants différents (art. 1).

7. Les législations nationales prévoient également les facteurs dont dépend l'internationalité d'un litige. Une évolution est constatable dans le droit comparé concernant la distinction entre les litiges rattachés à un seul État et ceux qui peuvent être liés à plusieurs États.

Il existe néanmoins des différences notables parmi les législations nationales. Dans certains systèmes pour que l'arbitrage soit considéré comme international, le litige ne doit présenter aucun lien avec l'État en question[18]. Dans d'autres systèmes, il suffit que l'une des parties à l'arbitrage n'ait pas sa résidence, son domicile, son siège social ou le centre de ses intérêts sur le territoire de cet État[19]. Enfin, dans d'autres systèmes, plusieurs critères sont pris en compte comme le lieu d'exécution de la sentence à intervenir[20].

8. L'internationalité de l'arbitrage a des conséquences immédiates, dans les législations nationales. En général, des normes spécifiques sont applicables à l'arbitrage international en raison de ses liens avec plusieurs États. La réglementation relative à l'arbitrage international est plus souple. Elle permet de concilier la protection juridictionnelle des parties avec les exigences du commerce international[21].

En droit français, il existe une distinction entre les règles applicables à l'arbitrage interne (CPC, art. 1442 à 1501) et celles applicables à l'arbitrage international (CPC, art. 1502 à 1527).

18 Les articles 3 et 4 de l'Arbitration Act de 1979
19 Loi belge du 27 mars 1985, loi fédérale suisse de 1987, chap. 12.
20 23. Italie, loi du 5 janvier 1994 portant réforme du Code de procédure civile, selon laquelle il est suffisant, pour que l'arbitrage soit international, que l'une des parties réside hors de l'Italie ou qu'une part essentielle de la sentence doive être exécutée à l'étranger (art. 832).
21 W.-M. Reisman, *Systems of Control in International Adjudication and Arbitration*, Durham, Duke University Press, 1992.

Toutefois, de nombreuses règles prévues pour l'arbitrage interne sont également applicables à l'arbitrage international par renvoi fait par l'article 1506 du CPC. Ces règles sont applicables par le juge français, même lorsque le droit français n'a pas été choisi par les parties pour régir la procédure arbitrale.
Elles sont ainsi dotées du statut de règles matérielles internationales. Nous concentrons notre étude sur l'intervention du juge étatique dans l'arbitrage commercial international.

Traditionnellement, dans le cadre d'une opération économique internationale, deux ensembles de règles sont susceptibles d'intervenir. D'une part, le droit du commerce international et d'autre part, le droit des investissements étrangers. Cette distinction repose sur la science économique. Du point de vue de cette dernière, le commerce international est défini comme « l'échange de biens, de services et de capitaux entre pays, tandis que l'investissement est un mouvement de capitaux destinés à l'acquisition d'un actif dans un pays étranger » [22].

L'arbitrage d'investissement est une procédure de règlement des différends entre les investisseurs étrangers et les États d'accueil. En droit de l'arbitrage, un litige en matière d'investissement, entre un État et une entité privée d'un autre État, est référé à l'arbitrage d'investissement. La possibilité pour un investisseur étranger de poursuivre l'État hôte est une garantie. En cas de litige, un tribunal arbitral indépendant et qualifié réglera le différend. La compétence du tribunal arbitral peut résulter d'un traité (généralement appelé traité bilatéral d'investissement ou TBI) ou d'une convention multilatérale (souvent un accord régional de libre-échange comme l'ALENA[23] ou OHADA[24]). Les traités et conventions prévoient le recours à l'arbitrage pour assurer la protection des investissements. La plupart des arbitrages d'investissement ont lieu conformément à la Convention du CIRDI[25]. Ce dernier a été créé par la convention de Washington du 18 mars 1965 pour connaitre exclusivement des litiges entre États et investisseurs privés étrangers. L'arbitrage CIRDI présente des particularités par rapport aux arbitrages institutionnels classiques. Il s'agit en principe, d'un système autosuffisant. Les sentences peuvent faire l'objet des recours limités prévus par la Convention CIRDI devant un comité ad hoc désigné par le centre. Une partie ne peut pas contester la sentence devant les juridictions étatiques sur le fondement du droit national ou d'autres traités. En principe, l'intervention du juge étatique n'est pas prévue dans l'arbitrage CIRDI. Tous les aspects de la

22 M. Audit, S. Bollée, P. Callé, *Droit du Commerce International et des investissements étrangers*, LGDJ, 3e éd. 2019, p. 19.
23 Accord de Libre-Échange Nord-Américain.
24 Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires.
25 Centre International pour le Règlement des différends relatifs aux Investissements.

procédure et du contrôle des sentences sont gérés par le centre. C'est la raison pour laquelle, il faut effectuer une distinction entre les arbitrages CIRDI et les autres arbitrages d'investissement. Cette étude est concentrée sur le droit de l'arbitrage commercial international. Les problématiques et les propositions développées peuvent généralement être transposées aux arbitrages d'investissement à l'exception de ceux relevant de la compétence du CIRDI.

En effet, dans les arbitrages d'investissement autre que CIRDI, l'intervention du juge étatique peut s'avérer nécessaire avant et pendant la procédure arbitrale. Le soutien du juge permet de résoudre les difficultés de la constitution du tribunal arbitral et assure le bon déroulement de la procédure arbitrale. Que ce soit dans le cadre de l'arbitrage d'investissement ou de l'arbitrage commercial international, l'intervention du juge peut permettre de surmonter les difficultés concernant le commencement et la continuité de la procédure arbitrale. De même, le juge étatique en tant que garant de la protection juridictionnelle provisoire des justiciables, joue un rôle important concernant le prononcé des mesures provisoires et conservatoires sans que la qualification de l'arbitrage d'investissement aie de conséquence sur ce rôle. Concernant la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales, la Convention de New York est applicable à l'arbitrage commercial international ainsi qu'à l'arbitrage d'investissement. Les problématiques rencontrées dans le cadre de l'arbitrage commercial international, ainsi que les solutions proposées sont transposables à l'arbitrage d'investissement.

Il faut, néanmoins, souligner que les spécificités de l'arbitrage d'investissement requièrent une étude détaillée. L'appréciation des notions propres à l'arbitrage d'investissement n'est pas étudiée. Par exemple, la question de consentement de l'État permettant de déterminer la compétence du tribunal arbitral, nécessite une analyse spécifique, qui ne rentre pas dans les contours de cette étude.

9. La différence essentielle entre la justice étatique et la justice arbitrale est dans l'origine de la fonction juridictionnelle exercée. La justice étatique est rattachée à l'État. L'origine de la justice arbitrale est tout l'inverse : elle réside dans la volonté commune des parties. Le juge étatique bénéficie d'une investiture générale, alors que le juge privé n'a qu'un pouvoir limité au litige que lui ont confié les parties. La qualification de la nature de l'arbitrage a fait l'objet

de beaucoup de débats[26] considérés comme « *une tempête dans un verre d'eau* »[27]. L'arbitre a une fonction juridictionnelle d'une source conventionnelle.

Selon la théorie de nature autonome de l'arbitrage[28], l'arbitrage est une création autonome des parties et ne relève ni de la théorie contractuelle ni de la théorie juridictionnelle[29]. L'arbitre ne tient pas ses pouvoirs d'un État et n'est pas soumis à un ordre juridique étatique. La différence essentielle entre le juge et l'arbitre repose sur ce point : « l'arbitre n'a pas for ». Par conséquent, il n'est pas tenu par un droit étatique lors de l'examen des questions qui lui sont soumises. Certains auteurs considèrent que cette théorie sera la plus répandue dans l'avenir[30].

10. L'approche « autonomiste » [31] envers l'arbitrage est relativement nouvelle. Pendant longtemps, l'arbitrage était considéré comme une partie intégrante de l'ordre juridique de l'État du siège. En 1967, le juriste anglais Mann a développé cette vision de l'arbitrage[32] : l'arbitre exerce sa fonction juridictionnelle par délégation de l'État sur le territoire duquel l'arbitrage se déroule. Suivant cette théorie, l'arbitre tient son pouvoir du législateur qui a permis aux parties de soustraire leur litige aux juridictions étatiques et le soumettre à l'arbitrage. Les conséquences pratiques de cette théorie s'inspirent de l'idée que l'État du siège joue un rôle prépondérant dans le déroulement et le contrôle de l'arbitrage. Selon cette théorie, la loi de l'État du siège gouverne l'arbitrage dans son ensemble. Cette loi peut permettre aux parties de soumettre certains aspects du litige à la loi d'un autre pays. Elle peut également prévoir que l'arbitre est tenu de respecter la volonté des parties. Néanmoins, c'est toujours l'ordre juridique de l'État du siège qui gouverne l'arbitrage. Dans le même ordre d'idée, les juridictions de l'état du siège jouent un rôle privilégié avant, pendant et après la procédure arbitrale. Elles peuvent intervenir

---

26 Ch. Carabibier, *« L'évolution de l'arbitrage commercial international* », Recueil des cours de la Haye, Tome 99 (1960), pp. 141-153 ; H. Motulsky « *La nature de l'arbitrage* », Écrits, t. II, Études et notes sur l'arbitrage, Paris, 1974, pp. 5 et s. ; B. Oppetit, « *Sur le concept d'arbitrage* », Études offertes à Berthold Goldman, Paris, 1982, pp. 229-239.

27 T.-E Carbonneau, *Arbitration*, 2e éd. New York, Juris, 2000.

28 J. Rubellin-Devilchi, *L'arbitrage. Nature juridique. Droit interne et Droit international privé*, op. cit. p. 111 et s ; J. Lew, L. -A Mistelis, S ; Kroll, *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer, 2003.

29 L'arbitre a une fonction juridictionnelle d'une source conventionnelle. La théorie contractuelle de l'arbitrage repose sur l'idée que l'arbitrage n'a pas de nature juridictionnelle. Il est basé sur le consentement des parties. Selon la théorie juridictionnelle, l'arbitre a pour mission de juger, et la sentence arbitrale doit être assimilée à un jugement pouvant en conséquence faire l'objet de recours devant les juridictions étatiques. Selon ce raisonnement, l'arbitrage est juridictionnel en raison de l'efficacité conférée aux effets de l'arbitrage et non pas la fonction exercée par les arbitres. V. E. Loquin, « *Les pouvoirs des arbitres internationaux à la lumière de l'évolution récente du droit de l'arbitrage international* », Journ. dr. int., Tome. 110, 1983, pp. 294-295. 3.

30 T.-E Carbonneau, *Cases and Materials on the Law and Practice of Arbitration*, 2e éd., New York, Juris, 2000, p. 624.

31 V. sur cette question : P. Mayer, « L'autonomie de l'arbitre international dans l'appréciation de sa propre compétence », RCADI 1989, t.217, p.319, n°107 et P. Mayer, « La liberté de l'arbitre », Rev. arb. 2013.339.

32 Mann F., « *Lex Facit Arbitrum* », *in International Arbitration – Liber amicorum for Martin Domke, La Haye*, 1967, p. 157, reproduit *in Arbitration International*, 1986.241.

dans la procédure arbitrale lorsque la loi le prévoit. Elles peuvent également connaitre les recours contre la sentence. De plus, la sentence ne pourra pas être reconnue ou exécutée dans les autres États si elle a été annulée dans son État du siège.

11. Pendant longtemps, cette approche théorique était la plus dominante en droit comparé[33]. La plupart des conventions internationales concernant la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales ont été inspirées par cette théorie[34]. Néanmoins, aujourd'hui, elle fait l'objet des contestations[35] et certains États essaient de s'en écarter. La France est un des premiers pays à prendre ses distances avec cette théorie. La Cour de cassation a rejeté cette conception[36]. La doctrine française aussi a rapidement abandonné l'approche théorique de Mann envers l'arbitrage[37]. Une des principales critiques de cette théorie repose sur l'idée que l'arbitre tient ses fonctions juridictionnelles de la volonté des parties, personnes privées en général, et non pas de l'État du siège. Donc, « *il n'est pas possible de voir en lui une excroissance du système juridictionnel de cet Éta*t »[38].

12. Certains auteurs considèrent que même si l'arbitrage est une émanation de l'État du siège de l'arbitrage, il devrait être intégré dans un ordre juridique à part entier : l'ordre juridique de la *lex mercatoria*, constitué par la communauté internationale des commerçants[39].

D'autres auteurs considèrent qu'il existe un « *ordre juridique arbitral … entièrement fondé sur l'activité normative des États* » [40] tout en la dépassant. Ils estiment que « *les États s'accordent largement sur les conditions qu'un arbitrage doit satisfaire pour être considéré comme un mode*

33 Elle existe encore dans certains pays. V. sur ce sujet R. Goode, « *The role of the lex loci arbitri in international commercial arbitration* », Arb. Int. 2001, vol. 17, p. 17 spéc. P. 28 et s., WW Park, *« The lex loci arbitri in international commercial arbitration* », ICLQ 1983. 21, péc. P. 22 et s.

34 Notamment la Convention de New York du 10 juin 1958, v. S. Bollée, *Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des sentences arbitrales*, Economica, 2003, n° 58 et s.

35 V. J. Paulsson, « *Arbitration Unbound : Award Detached from the Law of its Country of origin* », ICLQ 1981.359, également J. Paulsson « *Delocalisation of international commercial arbitration : when and why it matters* », ICLQ 1983.53 : E. Gaillard, « *Souveraineté et autonomie : réflexions sur les présentations de l'arbitrage international* », JDI 2007.1163, n°24.

36 Cass. Req., 8 décembre 1914, Salles, D. 1914, I, p. 194 ; JDI 1916. 1218. V. également Cass. Req. 9 juillet 1928, Cremades, D. 1928, I, p. 173. Note L. Crémieu ; S. 1930, I, p. 17, note J-P Niboyet- Req., 27 juillet 1937, Roses, D. 1938, I, p. 25, rapport sous cons. Castets ; S. 1938, I, p. 25 ; JCP 1937, II, n°449.

37 Certaines traces de cette approche peuvent néanmoins être trouvées dans la doctrine ancienne : v. A. Lainé, « *De l'exécution en France des sentences arbitrales étrangères* », JDI 1899.641 ; E. Bartin, *Principes de droit international privé*, Y.I, Domat-Montchrestien, 5e édition., 1930, §218 ; J-P. Niboyet, *Traité de droit international privé français*, T. VI, Librairie du recueil Sirey, 1950, n° 1981 et s.

38 M. Audit, S. Bollée, P. Callé, *Droit du Commerce International et des investissements étrangers*, LGDJ, 3e éd. 2019, p. 683.

39 V. dans ce sens E. Loquin, « *Les règles matérielles internationales* », RCADI 2006. T. 322, spéc. N°450 et s. ; Ph. Fouchard, *L'arbitrage commercial international*, Dalloz, 1965, spéc. N°43 ; Th. Clay, *L'arbitre*, Dalloz, 2001, n°259.

40 E. Gaillard, « *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international* », RCADI 2007, V, t.32, p.49, n°50.

obligatoire de règlement des différends dont le résultat la sentence arbitrale, mérite de recevoir la sanction des États »[41].

13. Néanmoins, il est également possible de considérer que l'arbitrage international n'est intégré dans aucun ordre juridique, étatique ou non. En général, les arbitres internationaux ne se considèrent pas comme appartenant à un « *ordre juridique unique à vocation générale* »[42]. L'arbitre est une personne privée désignée par les parties pour statuer sur leur différend. Ainsi la procédure arbitrale ne devrait concerner que ces personnes privées. Néanmoins, l'existence d'un véritable ordre juridique arbitral est débattue[43]. Une approche complètement « délocalisatrice » de l'arbitrage consisterait à refuser un rôle privilégié de l'ordre juridique du siège.

Les questions qui se posent concernant la délocalisation de l'arbitrage sont notamment d'ordre pratique. Faut-il changer toutes les solutions concrètes du droit de l'arbitrage accordant une place privilégiée au siège de l'arbitrage ? N'est-il pas préférable de maintenir le siège de l'arbitrage comme un centre de gravité pour des considérations de politique juridique ? Est-il pratiquement concevable de détacher l'arbitrage de tout ordre juridique étatique ? Les réponses à ces questions diffèrent d'un pays à l'autre. On peut néanmoins constater qu'aucun droit national n'a totalement consacré l'approche « délocalisatrice » extrême de l'arbitrage. Certaines solutions jurisprudentielles françaises s'approchent de cette conception de l'arbitrage, notamment celle concernant la reconnaissance des sentences annulées dans leur pays d'origine. Toutefois, même le droit français de l'arbitrage international prévoit des conséquences importantes au choix du siège de l'arbitrage.

14. La plupart des droits nationaux continue de suivre une approche « territorialiste » envers l'arbitrage international. Ils limitent le champ d'application de leurs règles aux seuls arbitrages se déroulant sur le territoire national[44]. Dans ces systèmes juridiques, les différentes règles concernant par exemple le déroulement de l'instance arbitrale, la validité de la convention d'arbitrage ou la reconnaissance de la sentence arbitrale n'ont qu'une portée territoriale.

---

41 *Ibid*.

42 P. Lagarde, « Approche critique de la lex mercatoria », in *Le droit des relations économiques internationales – études offertes à Berthold Goldman*, Litec, 1982, p. 125, n°19.

43 Un arrêt de la Cour de cassation se réfère à un « ordre arbitral international » en se fondant sur la Convention de NY : Cass. 1re civ., 8 juillet 2015, D. 2015.2031, obs. S. Bollée, 2241, édito P. Cassia ; 2588, obs. Th. Clay ; JCP 2015, 1370, n°5, obs. Ch. Seraglini, *Procédures,* 2015, ét. 9 chron. L. Weiller ; Rev. arb. 2016.1131, note Laazouzi ; RTD com. 21671, obs. E. Loquin ; JDI 2016, comm. 8, note P. De Vareille-Sommière ; AJDA 2016.671, note F. Lombard.

44 V. par exemple le droit anglais (l'article 2, (1) de l'EAA), et le droit suisse (l'article 176 §1 de la LDIP). V. également, l'article 1er §2 de la loi type de la CNUDCI.

Néanmoins, les droits nationaux, même lorsqu'ils ont adopté une approche « territorialiste » envers l'arbitrage, prévoient les modalités de la reconnaissance et de l'exécution des sentences arbitrales rendues à l'étranger. Ces règles sont en général inspirées de la Convention de NY[45].

Le droit français a néanmoins adopté une approche isolée. Les règles françaises ont une portée universelle et peuvent s'appliquer à tous les arbitrages se déroulant dans n'importe quel pays[46]. Les solutions de droit français démarquées des autres solutions par leur « *favor arbitrandum* » peuvent ainsi bénéficier à tous les arbitrages. Toutefois, on ne peut pas affirmer que le droit français et complètement indifférent au siège de l'arbitrage. Celui-ci aura des effets importants sur certains aspects de l'arbitrage notamment l'organisation des voies de recours contre la sentence.

15. L'approche « délocalisatrice » du droit français envers l'arbitrage international a des conséquences importantes sur l'intervention du juge étatique dans l'arbitrage. L'arbitrage étant considéré comme autonome par rapport à l'ordre juridique de l'État du siège, l'intervention du juge étatique dans l'arbitrage est limitée au cas où le tribunal arbitral est dans l'impossibilité d'agir. Ainsi, avant la constitution du tribunal arbitral, le recours au juge est prévu concernant le prononcé des mesures provisoires et conservatoires ou les difficultés de constitution du tribunal arbitral. Néanmoins, après la constitution du tribunal arbitral, le juge peut uniquement intervenir pour prononcer les mesures que l'arbitre ne peut pas ordonner. Également, le contrôle des sentences arbitrales par le juge français est très limité. Le droit français limite d'une part les voies de recours ouvertes contre la sentence arbitrale ; et d'autre part, les motifs de contrôle de celles-ci.

16. La justice arbitrale présente des différences importantes avec la justice étatique. L'arbitre ne statue pas au nom de l'État et le tribunal arbitral n'a pas de for. Également, l'arbitre ne dispose pas de l'imperium, qui est réservé au juge étatique. Il ne peut pas revêtir sa sentence d'une formule exécutoire. La procédure arbitrale ne concerne que les parties à la convention d'arbitrage et l'arbitre ne dispose d'aucun pouvoir concernant les tiers. Certains principes mis en place dans le cadre de la justice étatique comme la gratuité, la publicité ou le double degré de juridiction ne s'appliquent pas à l'arbitrage. Enfin, même si aujourd'hui, on parle d'une « jurisprudence arbitrale », celle-ci diffère de la jurisprudence des juridictions étatiques. Il

45 V. par exemple, le droit anglais (les articles 99 et s. de l'EAA) et le droit suisse (l'article 194 de la LDIP), également les articles 35 et 36 de la loi-type de la CNUDCI.
46 V. sur ce sujet, P. Mayer, « Rapport de synthèse », *in Le nouveau droit français de l'arbitrage*, dir. Th Clay, Lextenso, éd. 2011, p. 219, spéc. P. 227 et s.

n'existe ni une autorité unificatrice de la jurisprudence arbitrale ni une circulation générale des sentences[47].

Néanmoins, il faut noter que malgré les différences fondamentales entre la justice arbitrale et la justice étatique, celles-ci sont liées par l'identité de leur fonction. Aujourd'hui, ces deux systèmes coexistent et l'on a même tendance à constater une coopération entre l'arbitre et le juge.

17. L'arbitrage se démarque de la procédure judiciaire étatique par son caractère privé et son origine contractuelle. Néanmoins, « *(l)'arbitrage n'est pas une création indépendante, mais résulte d'un processus qui naît d'une décision du système juridique comme un mode de règlement des différends qui naissent dans leur territoire* »[48]. C'est pourquoi le rôle du juge étatique avant, pendant et après la procédure arbitrale n'est pas négligeable. L'arbitre et le juge jouent des rôles spécifiques qui peuvent être liés. Le juge étatique entre en lien avec l'arbitrage pour apporter son soutien ou pour effectuer un contrôle sur la sentence. Les législations étatiques et les conventions internationales veillent à établir un équilibre entre l'autonomie de l'arbitrage et la disponibilité de l'appui du juge étatique à l'arbitrage [49].

18. L'arbitrage en tant qu'institution juridique, a pour objectif le règlement des litiges qui lui sont confiés. En revanche, l'État cherche à assurer l'application correcte de ses règles aux justiciables qui ne sont pas nécessairement parties à l'arbitrage. L'arbitrage se fonde sur l'exercice par les parties de leur liberté contractuelle portant sur leurs droits disponibles. Mais cela n'implique pas que les parties renoncent à la protection juridictionnelle étatique[50]. Le soutien du juge étatique est nécessaire au succès de la procédure arbitrale.

Dans cet ordre d'idée, l'intervention du juge étatique dans l'arbitrage, obéit à deux principes directeurs : l'efficacité de l'arbitrage en tant qu'un mode définitif de règlement des litiges ; et le respect des droits fondamentaux des parties. L'application de ces deux principes résulte en une réalité fondamentale : l'intervention du juge étatique dans l'arbitrage ne peut être considérée comme nécessairement négative. Le juge d'appui intervient, lorsqu'il a été sollicité par une des parties ou par l'arbitre. Son intervention a pour objectif de favoriser l'efficacité de

47 Sur l'existence d'une jurisprudence arbitrale, v. B. Oppetit, « *Le droit international privé, droit savant* », Rec. cours la Haye, 1991, III, T. 234, p. 339 et s., spéc. p. 393 et s.
48 M. Rubino -Sammartano, P. Mayer, *Arbitrage international : Droit et pratique*, *op. cit.* n° 2.4.
49 Ch. Jarrosson, « *Les frontières de l'arbitrage* », *op. cit*. p. 5 ; P. Bernardini, « *The Role of the International Arbitration* », Arbitration int., 20, p. 113 ; E. McLaren, « *Effective Use of the International Commercial Arbitration : A Primer for In-House Counsel* », J. Int. Arb., 19, p. 473 ; D. Roebuck, « *Brick without Straw-Arbitration in Great Britain* », *op. cit*., p. 163
50 *Ibid.*

l'arbitrage. Toutefois, lorsque l'intervention du juge prend la forme d'un contrôle judiciaire, l'idée directrice est d'assurer la protection des droits des parties et de l'ordre public international.

19. Avec le développement de l'arbitrage institutionnel, la dépendance de l'arbitrage international à un système étatique semble moins évidente. Les institutions d'arbitrage apportent leur soutien à la procédure arbitrale notamment lors de la désignation des arbitres. Également, l'existence des règlements d'arbitrage limite l'intervention du juge étatique. Le rôle de ce dernier est ainsi concurrencé par les institutions arbitrales[51]. L'arbitrage ad hoc doit être intégralement pensé par les parties. Elles doivent déterminer les règles applicables à la procédure, les modalités de la désignation du ou des arbitres, etc. Si la convention d'arbitrage n'est pas soigneusement élaborée, les parties peuvent se trouver dans l'impossibilité de commencer ou poursuivre la procédure arbitrale sans le soutien du juge étatique. En revanche, dans le cadre de l'arbitrage institutionnel, un organe particulier est chargé de suppléer aux lacunes éventuelles, tout en respectant l'intention des parties. Cependant, l'intervention du juge étatique reste nécessaire même en présence d'une institution d'arbitrage. Si l'arbitrage institutionnel réduit les besoins d'un soutien étatique, le contrôle du juge étatique reste nécessaire. Lors du choix du siège de l'arbitrage, les systèmes favorables à l'arbitrage institutionnel peuvent paraître plus attrayants.

20. Le respect de la liberté contractuelle des parties leur permet de choisir le siège de l'arbitrage. L'importance de cette liberté est telle qu'elle met en place une concurrence normative entre les places de l'arbitrage[52].

L'arbitre n'a pas de for, il n'est attaché à aucun ordre juridique[53]. Les arbitres ne sont pas tenus de respecter la *lex fori* de la même manière qu'un juge étatique[54]. Il faut néanmoins différencier l'absence de for et l'absence totale de liaison avec un État ou en d'autres mots l'inexistence d'un siège de l'arbitrage. La présente étude n'abordera pas la question de l'arbitrage

---

51 C. Asfar, *L'intervention du juge étatique dans l'arbitrage interne et international*, thèse, Paris, 1999, p. 130.
52 B. Zajdela, « L'arbitrage international : une terre fertile pour la concurrence normative ? », R. Sefton-Green, L. Usunier (dir.), *in La concurrence normative. Mythes et Réalités*, Société de législation comparée, 2013, p. 149.
53 B. Goldman, « *Les conflits de lois en matière d'arbitrage international* », Recueil des cours, tome 109, 1963, p. 367 ; E. Loquin, « *Les pouvoirs des arbitres...* », *op. cit*., p. 298 ; J. A. Pérez Beviá, « *Algunas consideraciones sobre el árbitro y el orden público en el arbitraje comercial internacional* », RCEA, vol. VI, 1990, p. 83. cité par . Carlos Fernandez Rozas, « *Le rôle des juridictions étatiques devant l'arbitrage commmercial international* », *op. cit*.
54 Néanmoins, ils se montrent généralement prudents en la matière. V. G. R. Delaume, « *L'arbitrage transnational et les tribunaux nationaux* », Journ. dr. int., t. 111, 1984, pp. 535-538. La sentence CCI de 1971 dans l'affaire no 1512 a affirmé que « *l'arbitre international ne dispose pas de lex fori à laquelle il pourrait emprunter des règles de conflit de lois* »,Journ. dr. int., t. 100, 1974, p. 907.

supranational, c'est-à-dire sans référence étatique[55]. Ce débat inachevé évolue dans un sens favorable au caractère anational de l'arbitrage international[56].

Toutefois, on ne peut ignorer le rôle important du siège dans l'arbitrage international. Le juge de l'État du siège de l'arbitrage appliquera ses propres règles de procédure pour intervenir ou non dans la procédure arbitrale. De ce point de vue, on peut admettre que « *l'existence d'un siège arbitral constitue une garantie effective des droits et intérêts des parties, dans la mesure où elle autorise l'existence d'un juge d'appui et des moyens de parer au déni de justice* »[57]. Le siège du tribunal arbitral joue également un rôle important dans la reconnaissance et l'exécution de la sentence arbitrale. Dans la majorité des législations nationales, une sentence annulée dans le pays du siège de l'arbitrage ne peut être reconnue dans un autre État[58].

Le choix du siège de l'arbitrage s'effectue en général en fonction de la loi du pays appelée à régir subsidiairement la procédure d'arbitrage dans le silence des parties et sa législation concernant les voies de recours contre la sentence arbitrale. Le lieu où se déroule l'arbitrage ne se confond pas avec le for de l'arbitre. Le choix du siège de l'arbitrage détermine l'autorité judiciaire d'appui, mais ne confère pas à l'arbitre une fonction juridictionnelle dans le pays en question[59]. L'autorité judiciaire d'appui sera appelée si le bon déroulement de la procédure arbitrale l'exige. L'absence d'un for arbitral a des conséquences sur les pouvoirs de l'arbitre dans l'organisation de la procédure arbitrale[60]. L'arbitre n'est pas soumis aux règles de procédure de la lex fori comme le juge étatique. Les parties peuvent prévoir les règles applicables à la procédure et dans le silence des parties, le tribunal arbitral dispose d'une liberté

55 V. C. Fragistas, « *Arbitrage étranger et arbitrage international* », Rev. crit. dr. int. pr., 1960, p. 1-20, et F. Bachand, *L'intervention du juge canadien avant et durant un arbitrage commercial international*, thèse, Montréal, 2006.

56 « *Le siège de l'arbitrage tend de plus en plus à devenir une fiction, sans lien matériel nécessaire avec le territoire où s'accomplissent les opérations arbitrales* ». Cf. G. Kaufmann-Kohler, « *Le lieu de l'arbitrage à l'aune de la mondialisation. Réflexions à propos de deux formes récentes d'arbitrage* », Rev. arb., 1998, p. 534.

57 J. Carlos Fernandez Rozas, « *Le rôle des juridictions étatiques devant l'arbitrage commmercial international* », op. cit. p. 47. V. également : A. Panchaud, « *Le siège de l'arbitrage international*… », *art. cit*., p. 7

58 La solution du droit français est isolée en la matière. L'article 1520 du CPC ne considère pas l'annulation de la sentence dans son pays d'origine comme un motif de l'annulation de la sentence en France.

59 A. Panchaud, « *La siège de l'arbitrage…* », *art. cit*., p. 3.

60 B. Goldman, « Instance judiciaire et instance arbitrale internationale », *Études offertes à Pierre Bellet*, Paris, 1991, p. 220-221.

pour organiser l'arbitrage[61]. L'absence d'un for arbitral confère à l'arbitrage, en matière procédurale, une certaine autonomie à l'égard des règles étatiques[62].

L'arbitre, même s'il dispose d'une liberté par rapport aux ordres juridiques étatiques, doit prendre en considération certaines questions comme l'efficacité de la sentence. Certains règlements d'arbitrage ont expressément consacré un devoir pour l'arbitre de veiller à l'efficacité des sentences[63]. De plus, on peut considérer que ce devoir de l'arbitre est compris dans le « contrat d'arbitre »[64] qui le lie aux parties. L'arbitre doit ainsi prendre en compte les motifs d'annulation dans le pays du siège et les motifs de la non-reconnaissance de la sentence dans les pays où celle-ci est susceptible d'être exécutée[65].

21. La détermination du siège de l'arbitrage dépend généralement de l'approche du droit et de la jurisprudence nationale envers l'arbitrage[66]. Un régime spécifique et favorable aux sentences rendues en matière d'arbitrage international démontre le développement de l'arbitrage dans un pays donné. Les parties ont intérêt à établir le siège de l'arbitrage dans un État dont le droit de l'arbitrage leur apporte sécurité et prévisibilité[67]. Les États ont généralement pour objectif de devenir ou demeurer attractifs en tant que sièges de l'arbitrage. Les réformes entreprises en France à partir de 1981 ont fait de ce pays un haut lieu de l'arbitrage international[68].

22. Aujourd'hui, nous constatons une reconnaissance généralisée de l'arbitrage grâce aux conventions internationales, les pratiques arbitrales et les décisions judiciaires. Il semble que l'arbitrage international tente d'avancer vers une uniformisation. Les pays arabes ont rejoint ce

---

61 Par exemple l'article IV, paragraphe 3, de la Convention de Genève prévoit que « *Si les parties ont entendu soumettre le règlement de leurs litiges à un arbitrage ad hoc par un ou plusieurs arbitres sans que la convention d'arbitrage contienne d'indication sur les mesures nécessaires à l'organisation de l'arbitrage ... ces mesures seront prises ... par l'arbitre ou les arbitres déjà désignés*. »

62 Dans le cadre de l'arbitrage est international, les législations nationales en matière de procédure arbitrale ne se considèrent applicables qu'à titre subsidiaire. V. l'examen comparé de Ph. Fouchard, E. Gaillard et B. Goldman, *Traité de l'arbitrage...,* op. cit., pp. 54-59.

63 Par ex. l'article 35 du règlement CCI.

64 V. Th. Clay, *L'arbitre*, Dalloz, 2001, n°587 et s. également, P. Mayer, « Le mythe du contrat d'arbitre », *in mélanges en l'honneur du Professeur Bertrand Ancel*, LGDJ, 2018, p. 1181, L. Jandard, La relation entre l'arbitre et les parties-Critique du contrat d'arbitre, thèse Paris X, 2018,

65 En droit comparé, il est généralement admis que la sentence annulée dans le pays du siège de l'arbitrage ne peut être reconnue ou exécutée dans les autres pays. Le droit français permet la reconnaissance et l'exécution d'une sentence annulée dans son pays d'origine. Néanmoins cette solution est isolée en droit comparé (v. *infra*).

66 W. W. Park, « *Judicial Controls in the Arbitral Process* », Arb. Int., vol. 5, no 3, 1989, pp. 255-259 ; P. Nygh, « *Choice of Forum and Law in International Commercial Arbitration* », Forum international, n° 24, 1997, p. 12-13.

67 V. M. Storme et F. De Ly (dir. publ.), *The Place of Arbitration. Third International Symposium on the Law of International Commercial Arbitration*, Ghent, 30-31 May 1991, Gand, 1992, p. 5.

68 Y. Derains, *« France As a Place for International Arbitration* », The Art of Arbitration. Liber Amicorum Pierter Sanders, Deventer, 1982, pp. 112-114.

mouvement malgré des réticences initiales fondées sur le droit islamique[69]. Une nouvelle culture arbitrale se développe également, en Amérique latine[70] et, sur le continent africain[71]. Le traité relatif à l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA) constitue un essentiel avancement pour l'arbitrage international[72]. Également, un léger rapprochement est à remarquer entre les conceptions continentale et anglo-saxonne longtemps demeurées opposées en la matière[73].

Néanmoins, il faut souligner que l'idée d'uniformité est loin de se réaliser. Même si les solutions se rapprochent concernant le déroulement de la procédure arbitrale, les modèles se séparent s'agissant notamment de l'intervention du juge étatique dans l'arbitrage[74]. C'est peut-être la raison pour laquelle la loi type de la CNUDCI n'a pas eu le succès attendu[75].

Nous pouvons toutefois constater la volonté de promouvoir l'arbitrage, spécialement en matière commerciale. Les États ont développé l'idée selon laquelle la collaboration entre le juge et l'arbitre contribue à l'amélioration du règlement des litiges. Les arbitres sont dotés de la responsabilité de régler un différend en droit et les juges doivent leur apporter leur soutien en lui accordant la force exécutoire. Les rôles de chacun sont définis dans le cadre d'un système de garanties constitutionnelles[76].

23. En France, dix ans après la réforme de 2011, pourquoi revenir sur la question de l'intervention du juge étatique dans l'arbitrage, si on considère que le régime de l'intervention du juge étatique dans l'arbitrage est établi de façon relativement stable par la réforme de 2011, devra-t-on compter sur une évolution du droit français en la matière ? Si on considère que le

69 A.-H. El-Ahdab, *L'arbitrage dans les pays arabes*, Paris, Economica 1986.
70 C. Lécuyer-Thieffry, « *Les nouvelles lois des États américains sur l'arbitrage international* », Rev. arb., 1989, pp. 43-50.
71 H. Grigera Naón, « *Arbitration in Latin America : Overcoming Traditional Hostility* », Arb. Int., vol. 5, no 2, 1989, pp. 137-172 ; L. Leboulanger, « *L'arbitrage et l'harmonisation du droit des affaires en Afrique* », Rev. arb., 1999, pp. 541-593.
72 A. Fénéon, « *Un nouveau droit de l'arbitrage en Afrique (De l'apport de l'Acte uniforme sur l'arbitrage dans l'espace OHADA)* », Penant, Revue de droit des pays d'Afrique, no 833, 2000, pp. 126-136.
73 J. Thorens, « *L'arbitre international au point de rencontre des traditions de droit civil et de la common law* », Études de droit international en l'honneur de Pierre Lalive, Bâle, 1993, p. 693 et s.
74 V. par exemple, dans le contexte du Traité OHADA, J. P. Ancel, « *L'arbitrage et la coopération du juge étatique* », op. cit. no 833, 2000, pp. 170-189.
75 A l'exception de Mexique et Australie.
76 Le droit d'être entendu en matière d'arbitrage découle directement des normes constitutionnelles. V. J. F. Poudret, « *Expertise et droit d'être entendu dans l'arbitrage international* », Études de droit international en l'honneur de Pierre Lalive, Bâle, 1993, pp. 607-624.

droit français de l'arbitrage est dans l'ensemble efficace, pourquoi penser sans cesse à des pistes d'évolution ? Les critiques sont-elles inutiles ?

Avec le développement de la concurrence entre les places de l'arbitrage dans le monde, la France devra garder sa position méritée dans ce domaine[77]. Le droit est « prospectif »[78]. Il évolue avec le temps et ses objets. L'arbitrage international se développe avec le commerce international et il n'est pas question que son droit n'évolue pas. Il convient d'étudier les difficultés crées ou maintenues par la réforme de 2011, mais également, l'application des textes par la jurisprudence. Même si le droit français de l'arbitrage international est dans l'ensemble satisfaisant, il existe des disfonctionnements et le juste équilibre n'est pas encore trouvé. On peut imaginer un régime amélioré offrant plus d'efficacité, tout en assurant les garanties fondamentales de la bonne justice. Certaines critiques ont été formulées notamment concernant le rôle du juge étatique dans l'arbitrage.

La limitation de l'intervention du juge dans la procédure arbitrale peut priver les parties de leur droit à la protection juridictionnelle effective. À titre d'exemple, après la constitution du tribunal arbitral, celui-ci est principalement compétent pour ordonner les mesures provisoires et conservatoires. La compétence du juge étatique est subsidiaire. Il intervient uniquement dans les cas où le tribunal arbitral est dans l'impossibilité d'agir par exemple concernant les mesures d'exécution. Néanmoins, on peut s'interroger sur l'efficacité du recours au tribunal arbitral notamment lorsqu'il est nécessaire d'obtenir des mesures *ex parte*. Il existe donc un disfonctionnement sur ce point dans le droit français de l'arbitrage international. De plus, dans le cadre du contrôle des sentences arbitrales, la limitation des voies de recours contre la sentence peut priver les parties ou les tiers à l'arbitrage de leur droit d'accès au juge. L'admission extensive de la renonciation au recours en annulation, permet aux parties d'échapper au contrôle du juge étatique même lorsque les règles d'ordre public international sont en cause. Concernant les tiers, la tierce opposition étant fermée dans le cadre de l'arbitrage international, les tiers peuvent uniquement former un recours contre l'ordonnance d'exequatur de la sentence. La protection juridictionnelle des justiciables est une des problématiques nécessitant l'intervention du juge étatique dans l'arbitrage.

77 Ph. Fouchard, « *Vers une réforme du droit français de l'arbitrage ? Quelques questions et suggestions* », Rev. arb., 1992, p. 393-394.
78 J.-B. Racine, « *Réflexions sur les voies de recours en droit de l'arbitrage — Propos introductifs* », Rev. arb., Vol. 2018 Issue 1, p. 1.

Les droits nationaux sont constamment à la recherche du juste équilibre en droit de l'arbitrage international. Néanmoins, le point d'équilibre recherché n'est pas identique dans tous les systèmes juridiques. L'objectif poursuivi par les différents droits nationaux peut différer selon leur approche envers l'arbitrage.

24. En droit comparé, il existe deux modèles de relations entre le juge et l'arbitre. L'intervention du juge dans l'arbitrage s'effectue différemment dans les systèmes anglo-saxons par rapport aux systèmes continentaux[79]. Nous concentrons notre étude sur le droit français, le droit suisse et le droit anglais. L'objet principal de notre travail porte sur l'intervention du juge français dans l'arbitrage. Néanmoins, au cours de nos développements, nous examinons également les éléments essentiels du droit de l'arbitrage suisse et anglais. Certaines problématiques peuvent être résolues par des solutions intéressantes et innovatrices du droit anglais ou suisse. Elles sont alors développées plus en détail. Le choix du droit suisse et du droit anglais n'a pas été effectué par hasard. S'agissant le choix du droit suisse, il faut souligner que la France et la Suisse font partie des systèmes juridiques continentaux favorisant l'arbitrage. Le droit de l'arbitrage suisse présente des similitudes avec le droit français. Par conséquent, les solutions aux différentes problématiques peuvent être plus facilement transposées de l'ordre juridique suisse à l'ordre juridique français ou *vice versa*. S'agissant du choix du droit anglais, il convient de noter que l'examen de celui-ci était particulièrement intéressant compte tenu des différences fondamentales des systèmes juridiques anglo-saxons et les systèmes continentaux. Le droit de l'arbitrage anglais apporte une nouvelle perspective à l'étude de la question de l'intervention du juge étatique dans l'arbitrage.

25. Le droit suisse a une approche très libérale envers l'arbitrage. La Suisse est une grande place de l'arbitrage et attire beaucoup de contentieux. L'arbitrage en tant que mécanisme de règlement des différends alternatif à la justice étatique a connu un essor considérable en Suisse depuis plusieurs années en raison de sa célérité, de sa flexibilité procédurale, de sa neutralité et de sa confidentialité. Les villes de Genève et Zurich figurent parmi les places d'arbitrage les plus importantes sur le plan international. La place de Suisse en matière d'arbitrage constitue

79 V. notamment le volume de la Parker School of Foreign and Comparative Law, *International Commercial Arbitration and the Courts*, New York, 1989.

un avantage indéniable pour sa compétitivité économique et contribue directement au rayonnement du système juridique suisse à l'échelle l'internationale.

Il n'est pas le fruit du hasard que la Suisse est devenue une des grandes places de l'arbitrage. Le juge suisse n'interfère pas excessivement dans l'arbitrage, tout en étant disponible pour apporter son soutien au bon déroulement de l'instance. Il faut également noter que la Suisse est connue pour la qualité de ses infrastructures, l'excellence de ses praticiens et de ses programmes universitaires, ou encore son image de pays stable et neutre.

26. Le droit suisse est particulièrement favorable à l'arbitrage. La Suisse a été l'un des premiers pays à se doter d'un véritable droit de l'arbitrage international. Depuis 1989, le chapitre 12 de la Loi suisse sur le Droit International Privé (LDIP) est applicable à l'arbitrage international. Il est aujourd'hui admis que la loi suisse d'arbitrage international est l'une des lois les plus favorables à l'arbitrage dans le monde. Le droit de l'arbitrage relève d'une importance particulière en Suisse. C'est la raison pour laquelle le parlement a chargé le Conseil fédéral de moderniser le chapitre 12 de la LDIP afin de renforcer l'attrait de la place arbitrale suisse sur le plan international.

La révision du chapitre 12 de la LDIP a pour objectif de renforcer l'efficacité du droit de l'arbitrage suisse. La loi approuvée le 19 juin 2020[80] par l'Assemblée fédérale de la Confédération ne contient pas de modifications fondamentales. Essentiellement, elle intègre les solutions consacrées par la jurisprudence du Tribunal fédéral au cours des dernières décennies.

27. Les changements suivants peuvent être notés dans la réforme : l'assouplissement des exigences de forme concernant la validité d'une clause d'arbitrage (art. 178, I) ; l'admission de l'estoppel en matière d'arbitrage international (art. 182, al. 4) ; la possibilité pour un tribunal arbitral de se déclarer compétent pour trancher un litige sur le fondement d'une clause d'arbitrage figurant dans un acte juridique unilatéral, l'inscription dans la loi du principe jurisprudentiel selon lequel la récusation de l'arbitre peut s'effectuer non seulement en raison de son manque d'indépendance, mais également s'il fait preuve de partialité vis-à-vis des parties ; la clarification des dispositions concernant la relation entre les juridictions étatiques et les tribunaux arbitraux; et enfin l'admission de la possibilité des parties à un arbitrage de plaider en anglais devant le Tribunal fédéral dans le cadre d'un éventuel recours contre une sentence arbitrale.

80 Cette loi est entrée en vigueur le 1er janvier 2021.

28. En Angleterre, plusieurs circonstances comme les éléments historiques, la limitation des conventions privées, les lois applicables et les pouvoirs de l'État ont résulté en une hostilité envers l'arbitrage. Au cours des années et avec l'évolution progressive de la législation anglaise, l'arbitrage est aujourd'hui devenu une alternative indépendante à la justice étatique.

À la fin du XVIIe siècle, les avantages de l'arbitrage conduisaient la communauté des marchands de référer la résolution de leurs litiges à l'arbitrage. Les décisions arbitrales établissaient un compromis entre les parties en considérant l'historique des relations commerciales existantes. Ainsi, le recours à l'arbitrage favorisait un environnement paisible parmi les commerçants. Deux types d'arbitrage se sont alors développés au cours des années : soit les parties s'accordaient de recourir à l'arbitrage, soit les juridictions étatiques les référaient à celui-ci. Les décisions arbitrales issues d'une procédure fondée sur l'accord des parties n'avaient pas force exécutoire.

La première loi sur l'arbitrage (Locke Act) a été adoptée en 1698 afin de promouvoir le recours à l'arbitrage dans une ambiance hostile à celui-ci. *Locke Act* prévoyait que les parties avaient la possibilité de prévoir le recours à l'arbitrage préalablement à la survenance du litige. Plusieurs lois ultérieures ont contribué au développement de l'arbitrage et le recours à l'arbitrage a augmenté au cours du XVIIIe siècle.

Au XVII et XVIIIe siècles l'arbitrage n'était pas considéré comme une véritable alternative aux juridictions anglaises. Néanmoins, malgré les hostilités, celui-ci faisait partie du système judiciaire anglais.

29. L'approche des juridictions étatiques anglaises envers l'arbitrage a été décrite comme une action avec « cautious trust »[81]. Le juge était tenu de respecter l'autonomie de la volonté des parties. Également, l'arbitrage était un moyen de diminuer la surcharge de travail des juridictions étatiques. Néanmoins, l'arbitrage est resté en marge du système juridictionnel jusqu'au XIXe siècle. Une loi de 1889 a rendu toutes les conventions d'arbitrage irrévocables. En 1950, il a été admis que l'arbitre a le pouvoir d'accorder des mesures provisoires et conservatoires. Par la loi de 1979, la révision au fond des sentences arbitrales a été interdite. Enfin, l'English Arbitration Act (EAA) de 1996 a établi un régime spécifique de la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales. Le droit de l'arbitrage anglais a été codifié par l'EAA. L'Angleterre n'a pas adopté la loi type de la CNUDCI. Le point qui sépare

81 S. Brekoulakis, « *Has arbitration always been favored in England ?* », Roebuk lecture, 11 juillet 2019, Chartered Institute of Arbitrators, Kluwer Arbitration.

essentiellement le droit anglais de l'arbitrage et la loi type de la CNUDCI est l'article 69 de l'EAA. Cet article permet aux parties d'exercer un recours contre la sentence (sous l'autorisation du juge) sur la base d'une erreur sur un point de droit anglais.

30. La première partie de l'EAA est applicable lorsque le siège de l'arbitrage est situé en Angleterre, Pays de Galles ou l'Ireland du Nord. Toutefois, même si le siège de l'arbitrage est en dehors d'Angleterre, Pays de Galles et l'Irlande du Nord, l'EAA est applicable à certains litiges notamment ceux concernant l'exécution des sentences ou la suspension des procédures judiciaires en cours.

Le respect de la commune volonté des parties est un principe essentiel de l'EAA. Celui-ci a énoncé dans son article premier que les parties sont libres de déterminer les modalités de résolution de leur litige sous réserve des règles d'ordre public. L'EAA prévoit que les juridictions anglaises ne doivent pas interférer excessivement avec le déroulement de la procédure arbitrale. Toutefois, en cas d'urgence, le juge peut être appelé à prononcer des mesures nécessaires, par exemple pour la préservation des moyens de preuve. La *Commercial Court* est principalement compétente concernant les litiges entrant dans le champ d'application de l'EAA. Néanmoins, dans certains cas exceptionnels, les litiges peuvent être portés devant les autres juridictions anglaises.

31. Les législations nationales prévoient que certains pouvoirs du juge découlent de la clause compromissoire. Ceux-ci permettent l'intervention dite *in favor arbitrii* du juge sans une véritable interférence avec l'arbitrage. Le juge devient un promoteur de la procédure arbitrale. Évidemment les décisions prises par le juge dans le cadre de ces interventions ne doivent pas être susceptibles d'un recours qui retarderait la procédure arbitrale. En cas de contestation contre les décisions du juge à ce stade, seul un recours en annulation pourrait être intenté contre la sentence sur le fondement des motifs tels que la méconnaissance des principes fondamentaux de la procédure ou un excès de pouvoir.

Le rôle du juge étatique dans l'arbitrage implique son intervention positive. L'arbitrage suppose l'appui du juge étatique dans certaines situations que ce soit pour le commencement de la procédure arbitrale, pour désigner les arbitres, pour apporter son aide en matière probatoire ou enfin pour accorder des mesures provisoires. Néanmoins, le juge ne doit pas porter atteinte aux fonctions de l'arbitre. Il doit apporter son soutien à l'arbitrage pour assurer le bon déroulement de la procédure. Même si l'arbitrage est par essence un moyen d'affranchissement à l'égard des juridictions étatiques, il a néanmoins besoin de celles-ci pour être efficace.

La question principale qu'il convient de se poser aujourd'hui est la suivante : dans quelle mesure l'intervention du juge étatique dans l'arbitrage peut-elle trouver son point d'équilibre ? On s'interroge ainsi sur le rôle des juridictions étatiques avant, pendant et après la procédure arbitrale. Dans quelle mesure l'intervention du juge étatique dans la procédure arbitrale peut-elle porter atteinte à l'indépendance de l'arbitrage ? L'abstention des juridictions étatiques d'intervenir dans l'arbitrage peut-elle nuire à l'efficacité de celui-ci ?

32. Pour répondre à la problématique posée, il faut noter que l'intervention du juge étatique dans l'arbitrage est envisageable sous deux formes. En premier lieu, le juge peut être appelé à intervenir en soutien de l'arbitrage, complétant la compétence du tribunal arbitral pour des questions qui excèdent ses pouvoirs, avant et pendant la procédure arbitrale (Première Partie). En second lieu, le juge peut intervenir dans le cadre de ce que l'on nomme le contentieux post-arbitral[82] pour exercer sa fonction de contrôle[83] (Deuxième Partie). Il est compétent pour contrôler la sentence arbitrale afin de permettre sa reconnaissance et son exécution dans un État donné.

82 Ph. Fouchard, « *Le juge et l'arbitrage : Rapport général* », Rev. arb., 1980, p. 416. V. également Ph. Fouchard, « *L'arbitrage judiciaire* », Études offertes à Pierre Bellet, Paris, 1991, p. 169.
83 Dans le cadre de certaines législations nationales, le juge national peut également être appelé à tout moment pour se prononcer sur sa propre compétence.

Première partie :
L’intervention du juge étatique en soutien de l’arbitrage

> « *Et enfin, comme ce n'est pas assez, avant de commencer à rebâtir le logis où on demeure, que de l'abattre, et de faire provision de matériaux et d'architectes, où s'exercer soi-même à l'architecture, et autre cela d'en avoir soigneusement tracé le dessin ; mais qu'il faut aussi s'être pourvu de quelque autre demeure ; où on peut être logé commodément pendant le temps qu'on travaillera ; ainsi afin que je ne demeurasse point irrésolu en mes actions, pendant que la raison m'obligerait de l'être en mes jugements, et que je ne laissasse pas de vivre dès lors le plus heureusement que je pourrais, je me formai une morale par provision, que je ne consistais qu'en trois ou quatre maximes, dont je veux bien faire part*. »[84]

33. Le juge étatique constitue pour les parties une autre demeure, où elles peuvent loger pendant le temps de l'arbitrage. L'intervention du juge étatique peut être nécessaire à la mise en place et au bon déroulement de la procédure arbitrale. Il a pour fonction de combler les lacunes de l'arbitrage. Le tribunal arbitral étant constitué pour les besoins de la procédure, les parties peuvent rencontrer certaines difficultés concernant la constitution de celui-ci. Le juge étatique assiste les parties dans la mise en place de l'arbitrage. L'intervention du juge étatique est également nécessaire pour la protection des droits des parties notamment, parfois, pour la protection juridictionnelle provisoire. « *Historiquement est désignée comme provisoire l'intervention d'un juge à titre provisoire, en attendant la décision définitive* »[85]. Dans le cadre de l'arbitrage, le juge étatique assure la protection provisoire effective des parties, en attendant la sentence. Le premier aspect qui vient immédiatement à l'esprit concernant l'intervention du juge étatique pour ordonner des mesure provisoires et conservatoires, est la nécessité d'assurer la protection juridictionnelle provisoire des parties avant la constitution du tribunal arbitral. Avant le commencement de la procédure arbitrale, les parties peuvent avoir besoin d'obtenir des mesures provisoires et conservatoires. En l'absence du tribunal arbitral, le recours au juge étatique semble nécessaire. Toutefois, même après la constitution du tribunal arbitral le juge étatique peut être appelée à intervenir pour prononcer des mesures provisoires et conservatoires lorsque le tribunal arbitral n'est pas en mesure d'agir effectivement. Les modalités de son intervention diffèrent selon que le tribunal arbitral est constitué ou non. Nous allons examiner l'intervention du juge étatique pour le soutien de l'arbitrage, avant la constitution du tribunal arbitral (Titre I) et après la constitution de celui-ci (Titre II).

---

84 R. Descartes, *Discours de la Méthode*, Leyde, 1637, VI, 22.
85 C. Chainais, *La Protection juridictionnelle Provisoire dans le procès civil en droit français et italien*, Dalloz 2007, p. 7, n°3.

Titre I. L'intervention du juge étatique en soutien de l'arbitrage, avant la constitution du tribunal arbitral

34. Il n'est pas contesté en droit français que l'arbitre soit investi de la fonction de juger. Il dispose d'un pouvoir analogue à celui dont dispose le juge étatique. L'analogie s'arrête là, car une différence fondamentale sépare l'arbitre et le juge étatique. Ce dernier rend la justice au nom de l'État. Cela emporte deux conséquences importantes. La première est que l'État a délégué au juge, son pouvoir de juger, il lui a également accordé l'exercice d'une part de son pouvoir de contrainte, l'*imperium*, qui se matérialise par l'apposition au pied des jugements et arrêts, de la formule exécutoire, qui ouvre la voie à l'utilisation de la force publique. La deuxième conséquence est que l'État accorde au juge étatique un pouvoir juridictionnel permanent. Le juge est juge tout au long de sa carrière. L'arbitre étant un juge éphémère et ponctuel, manque de permanence. L'arbitre est le juge d'un litige, une fois celui-ci tranché, il est dessaisi et désormais n'est plus arbitre. Également, tant que le tribunal arbitral n'a pas été régulièrement constitué, l'arbitre n'a aucune compétence pour prendre une décision quelconque. C'est la raison pour laquelle, l'intervention du juge étatique est nécessaire pour la mise en place de la procédure arbitrale (Chapitre I).

Aussi important soit-il, ce rôle n'est pas le seul. Le juge étatique détient ses pouvoirs de l'État pour assurer la protection juridictionnelle de tous les justiciables. Or, lorsqu'elles confient la résolution de leur litige à l'arbitrage, les parties renoncent à leur droit au juge. L'accès au juge est alors remplacé par l'accès à l'arbitre. Néanmoins, lorsque l'arbitre n'est pas en mesure d'assurer la protection juridictionnelle des parties, c'est au juge d'intervenir. Par conséquent, en attendant la constitution du tribunal arbitral, le juge du provisoire assure la protection juridictionnelle provisoire des parties (Chapitre II).

Chapitre I. L'intervention du juge étatique dans la mise en place de la procédure arbitrale

35. L'intervention du juge étatique peut être nécessaire dans la mise en place de la procédure arbitrale. En raison du manque de permanence du tribunal arbitral, certaines difficultés peuvent créer des blocages dans le commencement de la procédure arbitrale ainsi que dans le bon déroulement de celle-ci. Le tribunal arbitral doit d'abord être constitué pour connaître le litige qui lui est soumis. C'est pourquoi le juge étatique assiste les parties dans les difficultés de constitution et de composition du tribunal arbitral. Également, le tribunal arbitral exerce ses fonctions dans les conditions déterminées par les parties. Il n'est pas maître du temps de l'arbitrage qui dépend de la volonté des parties. L'intervention du juge étatique permet aux parties de maîtriser le temps de l'arbitrage.

Néanmoins, le juge n'est pas la seule autorité à exercer un rôle de soutien dans la procédure arbitrale. Les institutions arbitrales ont également la charge d'organiser la procédure et d'assurer le bon déroulement du règlement des litiges qui leur sont confiés. La question se pose de savoir dans quelle mesure l'intervention du juge étatique est nécessaire dans les premières démarches de la procédure arbitrale. Pour répondre à cette problématique, premièrement nous allons étudier l'intervention du juge étatique concernant le commencement de la procédure arbitrale (Section I). Deuxièmement, nous allons développer l'intervention du juge étatique concernant la maîtrise du temps de l'arbitrage (Section II).

Section I. L'intervention du juge étatique concernant le commencement de la procédure arbitrale

36. Avant même le commencement de la procédure arbitrale, certaines difficultés peuvent se présenter aux parties. Tout d'abord, l'intervention du juge étatique est nécessaire pour toute difficulté concernant la constitution du tribunal arbitral (Sous-section I). Pour la résolution de ces difficultés il faut déterminer le juge étatique compétent à intervenir concernant les questions procédurales (Sous-section II).

Sous-section I. L'intervention du juge étatique concernant la constitution et la composition du tribunal arbitral

37. La constitution du tribunal est une étape essentielle de la procédure arbitrale. En cas de difficulté des parties, le juge étatique peut intervenir pour constituer le tribunal arbitral (§I). Également, il peut y avoir un désaccord entre les parties concernant la composition du tribunal arbitral. L'intervention du juge étatique est alors nécessaire pour la récusation des arbitres (§II).

§I. L'intervention du juge étatique dans la constitution du tribunal arbitral

38. L'intervention du juge étatique au moment de la constitution du tribunal arbitral prend des formes différentes selon les réglementations nationales en cause. Il convient d'examiner le droit français (A), avant d'étudier le droit comparé (B).

A. Le droit français face aux difficultés de la constitution du tribunal arbitral

39. Au moment de la constitution du tribunal arbitral, la juridiction étatique vient suppléer les parties qui ne peuvent ou ne veulent pas trouver un accord, pour éviter que l'arbitrage ne soit paralysé par la seule volonté de l'une d'elles. En France, le recours au juge étatique pour les difficultés concernant la constitution du tribunal arbitral est admis par la Cour de cassation depuis 1939[86]. La constitution du tribunal arbitral présente une importance considérable au regard de la validité de la sentence arbitrale. L'acte d'investiture des arbitres définit le point de départ de l'instance arbitrale, mais aussi la composition du tribunal arbitral qui a des effets sur le contenu de la sentence et éventuellement sur sa validité. Dans le cadre d'un recours en annulation contre la sentence, les parties ont tendance à remettre en cause la constitution et la composition du tribunal arbitral. Le fruit de l'arbitrage est soumis au contrôle du juge étatique et ce dernier a le pouvoir de vérifier la validité de la constitution du tribunal arbitral ainsi que sa composition.

86 Cass. civ., 27 février 1939, JCP 1939, 1121.

40. Il existe une multitude de cas où la constitution du tribunal arbitral peut causer des difficultés. Cela peut résulter de plusieurs facteurs : soit les parties n'ont pas prévu les modalités de désignation des arbitres, soit elles ont convenu des modalités de désignation des arbitres, mais l'application de la clause pose un problème au moment de la survenance du litige. Un exemple typique est le cas d'une clause qui prévoit que chaque partie nomme un arbitre et l'une des parties refuse de nommer son arbitre. Les clauses désignant nommément les arbitres permettent d'éviter des contentieux. Toutefois, la naissance du différend peut avoir lieu plusieurs années après la signature de la convention d'arbitrage. La personne désignée est susceptible d'être indisponible ou dans l'impossibilité de remplir la fonction pour laquelle elle a été désignée. Lorsque les parties ont choisi le règlement d'arbitrage d'une institution, celui-ci prévoit les modalités de règlement des difficultés de constitution du tribunal arbitral. Quand il s'agit d'un arbitrage ad hoc, l'efficacité de l'arbitrage risque d'être compromise par les difficultés de constitution du tribunal.

41. L'article 1505 du CPC attribue au président du tribunal judiciaire de Paris une compétence exclusive pour statuer sur les difficultés de constitution du tribunal arbitral dans un arbitrage international ayant un lien avec la France. Les parties peuvent en disposer autrement contractuellement et attribuer cette compétence au président d'un autre tribunal. Selon la Cour de cassation, ce pouvoir est reconnu uniquement aux parties : « *Attendu que la Cour d'appel qui a décidé que le président du Tribunal de grande instance de Troyes était compétent pour désigner l'arbitre prévu par la clause d'arbitrage conclue entre la société Ventex et la société allemande Adidas-Salomon AG, dans le cadre d'un arbitrage international, a donc violé le texte susvisé* » (cassation sans renvoi)[87].

La compétence du juge d'appui est supplétive dans la mesure où les parties peuvent l'écarter en désignant une institution d'arbitrage. Selon l'article 1505 du CPC, le juge d'appui est compétent pour intervenir dans quatre types de cas. En premier lieu, le juge d'appui français est compétent pour intervenir lorsque l'arbitrage se déroule en France. Il est également compétent lorsque les parties ont convenu de soumettre l'arbitrage à la loi de procédure française ou de donner compétence aux juridictions étatiques françaises pour connaître les différends relatifs à la procédure arbitrale. Enfin, le juge d'appui français est compétent à titre marginal et subsidiaire lorsque l'une des parties est exposée au risque de déni de justice, par

87 Cass. civ. 1ère, 8 février 2000, note N. Coipel Cordonnier, RCDIP, octobre-décembre, 2000 p.17.

exemple, lorsqu'aucun juge étranger ne pourrait être saisi. Cette hypothèse introduite par la réforme de 2011 avait été consacrée auparavant par la jurisprudence dans l'arrêt Nioc[88].

42. Les difficultés de la constitution du tribunal arbitral peuvent être réglées dans des conditions prévues aux articles 1452 et suivants du CPC, lorsque le juge d'appui français est compétent. Selon l'article 1460, le juge peut être saisi soit par une partie, soit par le tribunal arbitral ou d'un de ses membres. L'alinéa 2 de cet article indique que la demande est formée, instruite et jugée comme en matière de référé. Les textes distinguent différentes hypothèses. En cas d'arbitrage par arbitre unique, si les parties ne s'entendent pas sur la nomination de l'arbitre unique, l'article 1452-1 prévoit la compétence du juge d'appui pour désigner cet arbitre. En cas de tribunal arbitral composé de trois arbitres, il est prévu par l'article 1452-2 du CPC, que si une partie ne choisit pas son arbitre dans un délai d'un mois suivant la demande faite par l'autre partie, c'est le juge d'appui qui nomme l'arbitre en question. De même, si dans un délai d'un mois, les deux arbitres nommés par les parties n'arrivent pas à se mettre d'accord sur la nomination d'un président, le troisième arbitre sera nommé par le juge d'appui (l'article 1452-2 du CPC). Enfin, en cas d'arbitrage multipartite, si les parties n'arrivent pas à s'accorder sur les modalités de désignation des arbitres, c'est le juge d'appui qui procédera à la désignation des arbitres.

Le texte de l'article 1454 du CPC prévoit de manière générale que le juge d'appui a le pouvoir de régler tout autre différend lié à la constitution du tribunal arbitral. Cette disposition permet au juge d'appui d'intervenir en cas de clause blanche qui ne prévoit pas les modalités de constitution du tribunal arbitral. Le caractère très général des fonctions du juge d'appui est un facteur de souplesse et donne la possibilité au juge d'appui de prendre des mesures moins radicales que la désignation immédiate d'un arbitre.

Une partie peut alléguer que la convention d'arbitrage est nulle ou inapplicable, et par conséquent, refuser de nommer un arbitre. L'effet négatif du principe de compétence-compétence, ne permet pas au juge d'appui d'effectuer un contrôle de la compétence arbitrale,[89] mais l'article 1455 du CPC, impose une limite à cette règle : le juge d'appui peut refuser de nommer un arbitre s'il estime que la convention d'arbitrage est manifestement nulle ou inapplicable. En principe, le juge d'appui statue par ordonnance non susceptible de recours

88 Cass. Civ. 1re, 1 févr. 2005, n° 01-13.742, *Israël c/ Sté National Iranian Oil Company*, D. 2005. 2727, note S. Hotte; D. 2005.3050, obs. T. Clay; RCDIP 2006. 140, note T. Clay ; RTD com. 2005. 266, obs. E. Loquin ; Gaz. Pal. 27-28 mai 2005, p. 3, obs. S. Lazareff ; Gaz. Pal. 2005, n° 147, p. 37, note F.-X. Train.
89 Pour une étude détaillée sur le principe de compétence-compétence, v. le Chapitre I du Titre II de la Deuxième Partie.

(article 1460 alinéa 3 du CPC), sauf en présence de deux exceptions. L'article 1460 alinéa 3 du CPC ouvre la possibilité d'appel contre l'ordonnance du juge d'appui dans la seule hypothèse où il a refusé de désigner un arbitre sur le fondement de la nullité ou l'inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage. Il existe également une exception de source jurisprudentielle : la théorie de l'excès de pouvoir. Dans certains cas, la jurisprudence considère que même quand la loi ferme la voie de recours, il existe la possibilité d'appel-nullité qui subsiste lorsque la décision du juge est entachée d'un excès de pouvoir.

Le président devra en quelque sorte, statuer au fond pour déterminer si la convention est « manifestement nulle » ou « insuffisante » et pourra être saisi soit par l'une des parties soit par le ou les arbitres déjà désignés. L'examen de la convention d'arbitrage par le président se limite aux cas de nullité « manifeste » et ne constitue en aucun cas une étude profonde et définitive de la validité de la convention d'arbitrage. Max de Boisséson, considère que l'intervention du président n'est qu'une modalité d'exécution de la convention d'arbitrage[90].

B. Le droit comparé face aux difficultés de la constitution du tribunal arbitral

43. La plupart des systèmes juridiques prévoient la possibilité pour le juge étatique d'intervenir en cas de problème dans la constitution du tribunal arbitral[91]. En principe, les parties ont la faculté de désigner librement les arbitres. En pratique, elles choisissent d'un commun accord un arbitre unique, ou, dans le cas d'un tribunal composé de trois arbitres, chacune d'elles choisit un arbitre et le troisième est nommé par les deux arbitres désignés. Il est aussi fréquent que les parties délèguent la désignation du troisième arbitre à une institution d'arbitrage. Dans ce cas, cette dernière devra également approuver les arbitres ou le président du tribunal arbitral. À défaut de l'accord des parties, cette institution sera chargée de désigner le président ou même tous les arbitres. C'est uniquement en cas d'absence d'accord entre les parties, et en dehors d'arbitrage institutionnel que le juge étatique est appelé à intervenir. Certaines législations prévoient l'écoulement d'un délai avant l'intervention judiciaire. Par exemple, le Code judiciaire belge prévoit que le juge ne peut être saisi que lorsque les parties

90 M. de Boisséson, *Le droit français de l'arbitrage*, éd. GLN Joly, p. 163, § 208.
91 Articles 1684, alinéa 1, 1685 et 1687, alinéa 1, du Code judiciaire belge ; articles 1026 à 1035 du Code de procédure civile néerlandais ; articles 1029, alinéa 2, 1031 et 1045 du Code de procédure allemand ; articles 179, alinéa 2, 180, alinéa 3, et 185 de la loi suisse sur le droit international privé ; articles 809, alinéa 3, et 815, alinéa 2, du Code de procédure italien ; articles 27 et 38 à 44 de la loi d'arbitrage espagnole, etc. Dans les pays de Common Law le juge joue également un rôle considérable en la matière.

ou arbitres chargés de la désignation n'ont pas rempli leur mission dans le délai d'un mois (art. 1684-1685).

En dépit de ces limitations qui s'imposent plus ou moins à l'intervention du juge étatique pour la désignation des arbitres, l'importance de son rôle d'appui à l'arbitrage ne peut être négligée. Dans la majorité des réglementations en droit comparé, l'intervention du juge est prévue dans la phase préarbitrale notamment en cas d'absence d'accord des parties sur la désignation des arbitres, ou en cas de refus d'une des parties de coopérer dans la procédure arbitrale. Le juge peut également jouer un rôle important dans la désignation du troisième arbitre si les parties ne sont pas arrivées à un accord sur le sujet. Cette éventualité se présente essentiellement dans l'arbitrage non administré, puisque l'une des principales fonctions des institutions d'arbitrage consiste à aider les parties dans ces démarches[92].

44. Dans certaines législations nationales, des critères objectifs sont pris en considération pour déterminer l'apparence de l'indépendance et de l'impartialité de l'arbitre[93]. D'autres législations peuvent exiger une qualification professionnelle déterminée pour être arbitre. Par exemple, l'ancien article 12, alinéa 1, de la loi d'arbitrage espagnole exigeait que l'arbitre, lorsqu'il s'agit d'un arbitrage de droit, soit un avocat en exercice, c'est-à-dire inscrit auprès du barreau correspondant. Cette exigence a été retirée par la loi de 2013 sur l'arbitrage. Quelles que soient les exigences de droit national, le juge doit en tenir compte, en vue des effets que pourra avoir une éventuelle contestation. De la même manière, le juge tient compte des règles établies dans les traités internationaux comme l'article III de la Convention de Genève qui reconnaît, sans aucune exigence complémentaire, que « *les étrangers peuvent être désignés comme arbitres* ».

Cependant l'autonomie de la volonté occupe encore une place très importante et conditionne les possibilités d'intervention du juge. Les parties peuvent exiger des conditions spécifiques que doit remplir l'arbitre personnellement ou professionnellement. Elles peuvent également exclure certaines catégories de personnes de l'exercice de cette activité[94]. Seules les règles d'ordre public du for sont celles auxquelles les parties ne peuvent pas déroger. Par exemple les

92 Ordonnance du président du Tribunal fédéral suisse, 7 juillet 1962, *Journ. dr. int*., 1966, pp. 173 ss. et commentaires de P. Lalive, «*Problèmes relatifs à l'arbitrage international commercial*»,vol.120, Collected Courses of the Hague Academy of International Law, pp. 691-692.
93 E. Gaillard, « *Les manœuvres dilatoires des parties et des arbitres dans l'arbitrage commercial international* », Rev. arb., 1990, p. 761.274.
94Article 1692 du Code judiciaire belge.

arbitres ne peuvent exercer la fonction de magistrat du siège ou du ministère public, de greffier ou de notaire.

45. Le recours aux tribunaux étatiques pour la nomination des arbitres est nécessairement de nature subsidiaire. L'arbitrage, comme mode privé de règlement des différends repose sur la faculté des parties de désigner leurs propres arbitres. La reconnaissance de l'autonomie de la volonté des parties fait l'objet d'un large consensus en droit comparé. Cette liberté de choisir les arbitres tend même à être admise en arbitrage commercial international chinois, connu pour son hostilité envers l'arbitrage. L'arbitrage ad hoc est prohibé en Chine et les parties qui souhaitent y localiser la procédure arbitrale doivent respecter le règlement d'arbitrage de la CIETAC[95]. Un règlement chinois du 11 janvier 2005 sur l'arbitrage international a introduit de nombreuses innovations en la matière. L'une des principales innovations consiste à permettre aux parties de choisir des arbitres en dehors de la liste officielle publiée par la CIETAC, sous réserve de confirmation par le président de cette institution[96].

L'article 11 de la loi-type CNUDCI concerne l'intervention du juge d'appui en présence d'une carence des parties, après l'écoulement d'un certain délai : « *si une partie ne nomme pas un arbitre dans le délai de trente jours à compter de la réception d'une demande à cette fin émanant de l'autre partie [...], la nomination est effectuée, sur la demande d'une partie, par le tribunal* ». Ce délai permet de respecter la liberté des parties de choisir un arbitre tout en évitant des retards excessifs dans la constitution du tribunal arbitral.

46. Le principe de la possibilité de l'intervention du juge étatique dans la constitution du tribunal arbitral est généralement admis en droit comparé. La problématique porte essentiellement sur les points et modalités de cette intervention. Le respect du principe de faveur à l'arbitrage ne peut être assuré que par l'intervention du juge notamment dans la phase de la constitution du tribunal arbitral. Cependant, le principe de l'autonomie de la volonté des parties au contrat d'arbitrage doit également être respecté. Le choix de l'arbitrage démontre la mise à l'écart délibérée par les parties des juridictions étatiques. L'intervention du juge étatique doit simplement demeurer accessible.

---

95 *China International Economic ans Trade Arbitration Commission*

96 Article 21 alinéa 2 du Règlement d'arbitrage de la CIETAC : « *Lorsque les parties conviennent de d signer les arbitres en dehors du panel d'arbitres de la CIETAC, les arbitres ainsi désignés ou nominés en vertu d'un accord conclu entre les parties peuvent agir en qualité de co-arbitres, arbitre-président ou arbitre unique après que cette désignation a été confirmée par le Président de la CIETAC conformément la loi*. »

47. Le droit français (article 1451 du CPC[97]) et le droit suisse (article 179 de la LDIP[98]) admettent l'intervention du juge étatique concernant les problèmes de constitution du tribunal arbitral. L'article 185 de la LDIP Suisse dispose que « *si l'aide de l'autorité judiciaire est nécessaire dans d'autres cas, on requerra le concours du juge du siège du tribunal arbitral* ». Il apparaît que ce texte place les tribunaux dans une situation semblable à celle d'une institution permanente d'arbitrage[99]. Ce recours fréquent au juge étatique rend l'arbitrage tributaire de celui-ci ce que déplorait le professeur Bruno Oppetit en relevant que « *la justice arbitrale a longtemps lutté pour être reconnue comme une justice à part entière et bénéficier d'une pleine autonomie* »[100]. Néanmoins, la possibilité de recours au juge étatique est nécessaire pour le déroulement de l'arbitrage notamment en cas d'arbitrage ad hoc. De plus, la compétence du juge ne concerne pas les questions de fond du litige. L'indépendance de l'arbitrage est préservée dans la mesure où la résolution du fond du litige est exclusivement l'affaire des arbitres.

La composition du tribunal arbitral peut poser problème, même après la désignation des arbitres. Ces problèmes ne peuvent être résolus, ni par le tribunal arbitral sur la composition duquel un litige est né ni par les parties qui n'arrivent pas à atteindre un accord sur la question. C'est pourquoi l'intervention du juge étatique est nécessaire.

§II. L'intervention du juge étatique concernant la récusation des arbitres

48. Les législations nationales prévoient des modalités différentes de l'intervention du juge pour la récusation des arbitres. Certaines admettent une intervention plus poussée du juge avec des pouvoirs plus étendus (exemple de droit français) alors que d'autres considèrent que la question de la récusation relève de la phase du contrôle de la sentence arbitrale (exemple de droit américain).

97« *Si les parties ne s'accordent pas sur la désignation d'un arbitre complémentaire, le tribunal arbitral est complet dans un délai d'un mois à compter de l'acceptation de leur désignation par les arbitres choisis ou, à défaut, par le juge d'appui mentionné à l'article 1459.* »
98« *À défaut d'une telle convention, le juge du siège du tribunal arbitral peut être saisi ; il applique par analogie les dispositions du CPC 90 sur la nomination, la révocation ou le remplacement des arbitres.* »
99 J.L. Devolvé, « *Le nouveau droit français de l'arbitrage* », (Dir. Th. Clay), Lextenso ditions, 2011, p. 163
100 B. Oppetit, « *Théorie de l'arbitrage* », PUF 1998, p. 31

A. L'intervention du juge français pour la récusation des arbitres

49. Après la constitution régulière du tribunal arbitral, un événement peut rendre problématique la composition du tribunal arbitral. L'article 1457 du CPC permet à un arbitre qui justifie d'un empêchement ou d'une cause légitime d'abstention ou de démission de quitter ses fonctions. S'il n'existe pas de motif légitime pour la démission, l'arbitre engage sa responsabilité.

Au cours de l'instance, un litige peut survenir sur le point de savoir si un motif de récusation avancé par une partie est légitime. Par exemple, après la constitution du tribunal arbitral, un conflit d'intérêts entre une partie et l'arbitre peut se révéler. La partie en question peut estimer que le conflit d'intérêts n'est pas suffisant pour compromettre l'indépendance et l'impartialité de l'arbitre, alors que la partie adverse considère que la récusation de l'arbitre est nécessaire. Dans ces circonstances, le juge d'appui peut intervenir à titre subsidiaire, en l'absence d'institution d'arbitrage (article 1456 du CPC). Les parties peuvent s'accorder sur la révocation d'un arbitre. En cas de désaccord sur la récusation d'un arbitre, le juge d'appui peut intervenir.

50. La connaissance du lien d'intérêt peut avoir une origine autre que la révélation faite par un arbitre. Dans le cas où une des parties s'aperçoit qu'un lien d'intérêt n'a pas été déclaré, elle peut demander la récusation de l'arbitre. Le règlement à l'amiable du litige concernant le conflit d'intérêts de l'arbitre est possible. L'arbitre peut se déporter spontanément ou l'autre partie peut donner son accord pour annuler sa nomination. Lorsque la demande de récusation se heurte à une résistance, la partie hostile à la présence de l'arbitre peut engager une procédure de récusation. Le point de départ, à cet égard, est la liberté contractuelle et les parties peuvent fixer par avance les modalités de la procédure de récusation.

51. Dans une procédure arbitrale en présence d'un centre d'arbitrage, un organe de l'institution statue sur la demande de récusation. Dans ce cas, c'est uniquement au moment du recours contre la sentence que le juge étatique peut connaître le contentieux de récusation d'un arbitre. Si les parties n'ont pas fixé elles-mêmes les modalités du déroulement de la procédure de récusation, le contentieux relève de la compétence du juge d'appui. Ce dernier interviendra pour décider sur la récusation de l'arbitre en question.

Il existe deux exigences fondamentales concernant les qualités que devront avoir les arbitres : l'indépendance et l'impartialité. L'impartialité est un état d'esprit alors que l'indépendance est une situation objective qui prête à penser que l'arbitre n'a pas de raison de favoriser une partie ou une autre. L'impartialité ne se mesure qu'indirectement, sous l'angle de l'indépendance. En

droit français, il s'agit d'exigences qui pèsent sur tous les arbitres, quel que soit leur mode de désignation.

En droit français, les exigences d'indépendance et d'impartialité sont renforcées par une obligation de révélation. L'Article 1456 du CPC dispose qu'« *Il appartient à l'arbitre de révéler toute circonstance susceptible d'affecter son indépendance ou son impartialité. Il lui est également fait obligation de révéler sans délai toute circonstance de même nature qui pourrait naître après l'acceptation de sa mission* »[101].

L'arbitre, tout en étant sûr de sa neutralité, peut être conscient qu'il y a des circonstances objectives qui pourraient susciter un doute dans l'esprit de l'une ou l'autre des parties. Le fait d'avoir été employé par l'une des parties par le passé, le fait d'avoir été souvent nommé comme arbitre par l'une des parties, ou le fait d'avoir siégé précédemment dans un tribunal arbitral qui avait à connaître d'un litige connexe, peut affecter l'impartialité de l'arbitre. Si l'arbitre accepte la mission, il devra révéler la cause de suspicion. La partie adverse pourra demander la récusation de l'arbitre si les causes de suspicion sont trop importantes.

La jurisprudence française donne à cette obligation de révélation, une très grande portée, notamment, dans le cadre des recours contre la sentence arbitrale[102]. Si l'arbitre a correctement éclairé les parties par une déclaration d'indépendance et une révélation sur les faits problématiques et qu'il n'y a pas eu de demande de récusation de la part des parties, il ne peut plus y avoir de recours sur la base de mêmes faits. Si au contraire, la révélation a été inexistante ou insuffisante, la sentence pourra être annulée pour manque d'indépendance et d'impartialité de l'arbitre. L'arbitre pourra également voir sa responsabilité engagée pour réparer le dommage causé.

52. Concernant, la question de l'étendue exacte de l'obligation de révélation, selon les termes de l'article 1456 du CPC, toute circonstance susceptible d'affecter l'indépendance ou l'impartialité de l'arbitre doit être révélée. Parfois, le lien entre l'arbitre et l'une des parties est faible et ne menace pas sérieusement l'indépendance et l'impartialité de l'intéressé. Le monde de l'arbitrage est petit et le nombre de personnes qui exercent les fonctions d'arbitre de manière habituelle est limité, ce qui explique certains liens qui se tissent au sein de cette petite communauté. Il n'y a pas de frontière claire entre les liens problématiques, et d'autres qui ne sont pas susceptibles de compromettre l'impartialité et l'indépendance des arbitres. Certaines

101 Pour une analyse détaillée de cette question v. Chapitre II du Titre I de la Deuxième Partie.
102 Pour une analyse détaillée de l'obligation de révélation des arbitres v. le Chapitre II du Titre I de la deuxième Partie.

situations sont notoires et il n'est pas utile de les révéler. Pour la Cour de cassation, « *l'obligation de révélation doit s'apprécier au regard de la notoriété de la situation et de l'incidence raisonnablement prévisible sur le jugement de l'arbitre* »[103].

Le droit français fait preuve d'une grande sévérité quant à la neutralité de l'arbitre : la Cour de cassation a souligné dans l'arrêt *Consorts Ury c. S.A. des Galeries Lafayettes* « *qu'une totale indépendance est essentielle pour exercer le pouvoir judiciaire, peu importe la source de ce pouvoir* »[104]. Selon le professeur Thomas Clay une simple absence d'information ou une information incomplète risquerait de faire douter de l'indépendance de l'arbitre[105]: la jurisprudence française prend en compte toutes circonstances pouvant « *provoquer dans l'esprit des parties un doute raisonnable quant à l'impartialité de [l'arbitre] et à son indépendance* »[106].

B. L'intervention du juge étatique pour la récusation des arbitres en droit comparé

53. L'indépendance et l'impartialité de l'arbitre sont « *de l'essence même de la fonction arbitrale* »[107]. Ces deux principes fondamentaux se trouvent dans la majorité des législations nationales, qui prévoient des mécanismes de récusation à l'encontre des arbitres qui ne remplissent pas ces exigences. Certains droits nationaux prévoient l'obligation de révélation pour l'arbitre afin de permettre aux parties d'exercer une action en récusation de l'arbitre. D'autres droits prévoient la possibilité de récusation de l'arbitre par les parties sans lui imposer une obligation de révélation. Dans les cas où aucune règle applicable ne prévoit l'obligation de révélation, cette exigence peut être comprise comme découlant de l'obligation « *d'assurer un procès valide et une résolution équitable du litige soumis* », comme le préconise M. Lew[108]. L'obligation de révélation est un moyen très utile d'éviter la remise en cause de la

103 Cass. Civ. 1ère, 29 juin 2011, *Sté Papillon Group Corporation*, n°09-17.346 ; Arrêts anciens : C.A. Paris, 2 juin 1989, *Gemanco*, Rev. arb., 1991/1, p. 87 et le plus récent : C.A. Paris, 28 Mai 2013, n° 11/17672 ; v. également C.A. Paris, 28 mai 2013, *Société Yegmas,* n° 11/17672,.
104 Cass. Civ. 2ème, *Consorts Ury c. S.A. des Galeries Lafayette*, 13 avril 1972, Rev. arb. 1975, p.235, note de E. Loquin, N° de pourvoi : 70-12.774
105 Th. Clay, *« l'arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges* », D., 22 décembre 2011, n°44, Panorama, p3023-3033, p.3028
106 Cass. Civ. 1ère, 10 octobre 2012, n°11-20.299.
107 Cass. Civ. 1re, 16 mars 1999, D. 1999. Jur. 497, note P. Courbe.
108 J. D. M. Lew, L. A. Mistelis, S. M. Kroll, « *Comparative International Commercial Arbitration* », Kluwer Law International, 2003

sentence. La difficulté de distinction entre les notions d'indépendance et d'impartialité a été mentionnée dans le cadre de l'étude du droit français (*v. supra*).

54. Cette distinction trouve une importance particulière en droit comparé, puisqu'à la différence du droit français, le droit suisse utilise, dans le cadre de la récusation des arbitres, le seul critère de l'indépendance. L'article 180 alinéa 3 de la LDIP dispose en effet « *qu'un arbitre peut être récusé lorsque les circonstances permettent de douter légitimement de son indépendance* ». Les professeurs Jean-François Poudret et Sébastien Besson observent cependant que ce concept n'a pas disparu, dans la mesure où les juridictions continuent à exiger l'impartialité des arbitres sur un fondement constitutionnel[109].

Le droit suisse (article 180 de la LDIP) et le droit français (article 1456 du CPC[110]) sont textuellement très proches de l'article 12 de la loi-modèle de la CNUDCI, qui dispose que « *lorsqu'une personne est pressentie en vue de sa nomination éventuelle en qualité d'arbitre, elle signale toutes circonstances de nature à soulever des doutes légitimes sur son impartialité ou sur son indépendance [...] un arbitre ne peut être récusé que s'il existe des circonstances de nature à soulever des doutes légitimes sur son impartialité ou son indépendance* ». Il existe tout de même de profondes différences quant aux informations devant être révélées par l'arbitre.

La jurisprudence suisse est décrite par le professeur Pierre Lalive comme « restrictiviste » s'agissant de l'admission d'une demande de récusation contre les arbitres[111]. L'arrêt du tribunal fédéral du 9 octobre 2012[112] est une illustration de cette affirmation. Le tribunal fédéral suisse n'exige pas des arbitres qu'ils révèlent tous les faits de nature à faire naître un doute sur son impartialité et son indépendance. Il exige que les parties mènent une recherche détaillée sur la situation de l'arbitre, et l'interrogent « *afin d'obtenir une réponse claire et nette* ». Le praticien de l'arbitrage Jean Marguerat critique cette décision en ce que « *la jurisprudence du tribunal fédéral tend à substituer le devoir de révélation de l'arbitre par la connaissance et par le devoir*

109 S. Besson, J-F. Poudret, *Comparative Law of International Arbitration*, Second Edition, Sweet & Maxwell 2007, p. 345 : ATF 118 II 359 c 3c).
110 Article 1456 CPC : « *Il appartient l'arbitre, avant d'accepter sa mission, de révéler toute circonstance susceptible d'affecter son indépendance ou son impartialité. Il lui est également fait obligation de révéler sans délai toute circonstance de même nature qui pourrait naitre après l'acceptation de sa mission.* »
111 J. Marguerat, *« Indépendance et impartialité de l'arbitre : le devoir de révéler de l'arbitre clips* », Commentaire de l'arrêt du tribunal fédéral du 9 octobre 2012 (4A_110/2012) : in : Jusletter 15 avril 2013, http://www.froriep.com/upload/prj/publication/2013.04.15_JEM_Jusletter.ch.pdf.
112 Arrêt du tribunal fédéral suisse du 9 octobre 2012 (4A_110/2012).

de curiosité des parties »[113]. Il ajoute qu'un tel procédé est en pratique complexe pour les parties, eu égard à l'autorité de l'arbitre.

55. En droit anglais, en vertu de la section 23 d'EAA, la récusation d'un arbitre peut avoir lieu par l'accord écrit des parties ou par la décision de l'institution arbitrale chargée de la procédure. Également, toute autre personne qui détient un tel pouvoir par l'autonomie de la volonté des parties peut procéder à la récusation des arbitres. Subsidiairement en cas de silence des parties, le juge étatique peut ordonner la récusation d'un arbitre à la demande d'une des parties sur quatre fondements. Premièrement, une récusation est possible lorsque certaines circonstances existent qui résultent en doutes justifiés sur l'impartialité d'un arbitre. Également, si l'arbitre ne dispose pas des qualifications requises pour connaître l'affaire, sa révocation peut être demandée par les parties. Dans le cas où l'arbitre est physiquement ou mentalement incapable de conduire la procédure arbitrale ; ou il existe des doutes justifiés concernant sa capacité à ce propos, une demande de récusation peut être formée devant le juge. Si l'arbitre a échoué à conduire la procédure arbitrale avec une vitesse raisonnable et des dommages substantiels ont été ou vont être causés à la partie demanderesse[114], ce manquement à sa mission peut fonder une demande de récusation.

Le *doute légitime* n'est pas un concept universel. L'influence historique des systèmes juridiques de Civil Law sur le système écossais explique des divergences sur certains points entre celui-ci et d'autres systèmes juridiques de Common Law. Selon les critères, une même situation peut être considérée comme donnant lieu à un doute légitime sur l'indépendance et l'impartialité de l'arbitre et pas dans d'autres cas. L'EAA ne prévoit aucune disposition relative à l'obligation de révélation des arbitres. Sur ce point, les systèmes juridiques du Royaume Uni sont divisés, puisque les règles d'arbitrage écossaises imposent une obligation de révéler tout conflit d'intérêts. L'Arbitration Act of 2010 (Scotland), exige de l'arbitre la révélation de toute circonstance connue de l'individu, qui pourrait raisonnablement être considérée comme importante lorsque l'on recherche s'il est impartial et indépendant.

En droit anglais, le tribunal arbitral peut, pendant la procédure de récusation, continuer la procédure et procéder à la prononciation d'une sentence pendant la demande de récusation devant le juge étatique, ce qui empêche les parties d'abuser de la voie de récusation des arbitres pour retarder la procédure arbitrale pour des raisons tactiques. Lorsqu'un arbitre quitte ses

113 J. Marguerat, « *Indépendance et impartialité de l'arbitre : le devoir de révéler de l'arbitre clips* », Commentaire de l'arrêt du tribunal fédéral du 9 octobre 2012 (4A_110/2012) : in : Jusletter 15 avril 2013.
114 Section 24 d'EAA

fonctions (par démission, récusation ou mort) et les parties n'ont pas précisé les modalités de son remplacement, la section 27 de l'EAA, prévoit que les dispositions des sections 16 et 18 concernant la constitution du tribunal arbitral seront appliquées pour désigner un arbitre remplaçant.

56. La position de la jurisprudence américaine est radicalement opposée à la position française. La neutralité de l'arbitre n'est pas un principe essentiel du droit de l'arbitrage, puisqu'il a longtemps été admis que l'exigence de l'indépendance s'apprécie de façon plus souple concernant les arbitres directement nommés par les parties. Au contraire, le troisième arbitre nommé par les deux autres juges privés devait remplir parfaitement la condition d'indépendance. L'idée était que cette formation « tripartite » du panel arbitral avait justement pour objet de permettre aux parties d'avoir un représentant « bienveillant » au sein du tribunal, qui s'assurerait que le point de vue de « sa » partie est bien compris[115]. Selon le juge new-yorkais Stanley Howells, « *le droit pour une partie de nommer son propre arbitre [...] ne présenterait que peu d'intérêt si ce choix devait être neutre. Ce droit n'a d'intérêt que si la partie peut nommer un arbitre qu'elle sait sympathique à sa cause* »[116].

En effet, aux États-Unis, la pratique des arbitres partisans est admise. Les parties peuvent s'accorder pour dispenser d'impartialité des arbitres nommés par chacune d'elles et l'exigence d'impartialité repose exclusivement sur le président du tribunal arbitral. Cette solution est isolée en droit comparé et semble avoir été abandonnée en 2004 par le Code d'éthique des arbitres du commerce international, élaboré conjointement par l'American Arbitration Association et l'American Bar Association, qui recommandent la neutralité de l'intégralité des membres du tribunal arbitral[117].

Certains auteurs américains comme le professeur Alan Scott Rau s'opposent à cette nouvelle disposition, jugeant qu'il est illusoire de croire qu'un arbitre pourra être parfaitement neutre envers la partie qui l'a nommé malgré une conscience professionnelle exemplaire. Une telle prévision serait de nature à accroître les fondements sur lesquels les parties peuvent se fonder

---

115 A. S. Rau, *« The culture of American arbitration and the lessons of ADR* », Texas International Law Journal, 2005, p. 458 : http://www.tilj.org/content/journal/40/num3/Rau449.pdf

116 *Astoria Med. Group v. Health Ins. Plan of Greater N.Y.*, 182 N.E.2d 85, 88 (N.Y. 1962) : « *The right to appoint one's own arbitrator, which is of the essence of tripartite arbitration and which was vindicated in the Lipschutz case, would be of little moment were it to comprehend solely the choice of a "neutral". It becomes a valued right, which parties will bargain for and litigate over, only if it involves a choice of one believed to be sympathetic to his position or favorably disposed to him* ».

117 B. H. Shepard, « *A new era of arbitrator Ethics for the US : the 2004 revision to the AAA/ABA Code of ethics for arbitrators in commercial disputes* », Arb. Int. 2005/1, pp.91-97, cit par S. Bessonet, J-F. Poudret, *Comparative Law of international arbitration*, Second Edition, Sweet & Maxwell 2007, p. 345.

pour attarder la procédure arbitrale. Paraphrasant La Rochefoucauld, le professeur Alan Scott Rau observe que « *tout ceci n'est rien d'autre qu'un hommage que le vice rend à la vertu* »[118].

Il résulte de cette conception très différente de la neutralité de l'arbitre que le juge américain n'intervient pas dans la procédure arbitrale pour la récusation des arbitres. Le tribunal de première instance de New York[119] a souligné que toutes les allégations sur la régularité de la constitution du tribunal arbitral créeraient une interférence et un retard inacceptable dans l'arbitrage. Ces allégations seront seulement vérifiées par le juge national à l'occasion d'un recours contre la sentence finale rendue par les arbitres. Cette limitation de l'intervention du juge à ce stade de la procédure arbitrale ne démontre pas, forcément, une protection de l'indépendance ou une faveur à l'arbitrage. Le non-respect de l'obligation de l'indépendance et de l'impartialité de l'arbitre est un motif de l'annulation de la sentence. L'intervention du juge étatique pour la récusation de l'arbitre pourrait permettre d'éviter l'annulation de la sentence. A notre sens, la possibilité de recours au juge concernant la régularité de la constitution du tribunal arbitral est nécessaire. La solution du droit américain n'est donc pas satisfaisante sur point. L'absence du soutien du juge étatique à la procédure arbitrale peut aller à l'encontre du bon déroulement de l'instance arbitrale.

57. Dans la tradition juridique française et suisse, l'arbitrage est considéré comme un processus juridictionnel, alors que pour la tradition américaine, l'analyse de l'arbitrage doit s'effectuer en fonction de son caractère contractuel. L'origine de cette approche américaine est l'école de Réalisme. Oliver W. Holmes, juge à la Cour Suprême des États-Unis, argumentait en 1905 dans l'arrêt Lochner v. New York que « *les théories générales n'apportent pas de solutions aux cas particuliers* »[120]. En effet, aux États-Unis, la norme juridique est prise en compte au regard des considérations concrètes qui l'entourent. Pour la professeur Emmanuelle Jouannet, si la vision française du droit est considérée comme « *rigide, irréaliste et réductionniste par les Américains, les approches américaines peuvent être perçues en France comme idéologiques, moralisatrices ou tout simplement confuses* »[121]. C'est pour cette raison idéologique que le juge

118 A. S. Rau, « *The culture of American arbitration and the lessons of ADR* », Texas International Law Journal, 2005, p. 458 : http://www.tilj.org/content/journal/40/num3/Rau449.pdf

119 *Hunt v. Mobil Oil Corp*., 583 F. Supp. 1092 (S.D.N.Y. 1984) : *« Judicial rulings by those courts with respect to alleged conflicts of interest, excessive and unauthorized fee charges, and the AAA's alleged breach of duty would amount to unwarranted interference with this Court's order directing that the arbitration proceed. [...] The various claims with respect to exorbitant fees and the like may also be determined in an attack upon the final award. »*

120 *Lochner v. New York, 198 U.S*. 45 (1905), opinion dissidente de O. W. Holmes : « *General propositions do not decide concrete cases* ».

121 E. Jouannet, « *Les visions française et américaine du droit international : cultures juridiques et droit*

américain n'intervient qu'au stade du contrôle des sentences pour statuer sur les demandes concernant la constitution du tribunal arbitral. En France, l'arbitrage comme un mode de règlement des litiges doit pouvoir fonctionner correctement, ce qui nécessite le soutien du juge d'appui. Malgré les divergences existantes concernant l'étendue de l'intervention du juge étatique dans la procédure arbitrale, les législations nationales s'accordent, en général, sur l'importance de préserver l'efficacité de l'arbitrage.

Malgré des divergences qui existent en droit comparé, que ce soit concernant l'obligation de révélation ou les modalités de l'intervention du juge étatique pour la récusation des arbitres, il est généralement admis que l'intervention du juge est nécessaire à ce stade. L'appui du juge étatique à l'arbitrage permet, non seulement le bon déroulement de la procédure arbitrale, mais veille au respect de la justice arbitrale à travers le principe de l'indépendance et de l'impartialité de l'arbitre. C'est pourquoi il est important de connaître l'autorité compétente pour intervenir en cas de difficultés relatives à la procédure arbitrale.

Sous-section II. L'autorité compétente pour intervenir concernant les difficultés procédurales

58. La première question que les parties peuvent se poser au moment de la naissance d'un litige est celle de savoir à qui elles doivent s'adresser. Cette question se pose sous deux angles différents, car il peut y avoir plusieurs juges étatiques en mesure de se prononcer (§I). Une institution d'arbitrage peut également être chargée de l'organisation de la procédure arbitrale. Il convient de s'interroger sur le rôle du juge étatique dans cette hypothèse (§II).

§I. L'identification du juge étatique compétent pour intervenir concernant les difficultés procédurales

59. Dans le cadre de l'arbitrage international, plusieurs juridictions étatiques peuvent être susceptibles d'intervenir concernant la constitution et la composition du tribunal arbitral. Face à ces difficultés, il faut d'abord déterminer la compétence judiciaire internationale (A). Lorsque les juridictions françaises sont compétentes, les parties peuvent s'adresser au juge d'appui pour

international » p.18, article publié en anglais par M. Rogoff « French and American Perspectives on International Law : Legal Cultures and International Law », *in le Maine Law Review*, vol 58, n°2, pp. 291-336.

toutes les difficultés procédurales. Nous allons nous intéresser aux pouvoirs du juge d'appui et le sort de ses décisions (B).

A. La détermination de la compétence judiciaire internationale

60. Plusieurs théories fondent les différences d'approche envers l'arbitrage. Les divergences constatables en droit comparé de l'arbitrage sont issues des approches théoriques et traditionnelles différentes que chacun des États a adoptées. L'autorité compétente pour intervenir peut être différente selon la théorie adoptée par l'État.

Pendant longtemps, l'arbitrage était conçu comme enraciné et intégré dans l'ordre juridique du pays où il a son siège. En 1967, Dr. Mann, dans son article *Lex Facit Arbitrum*[122], a évoqué des points théoriques principaux dans l'arbitrage. La théorie proposée par Dr. Mann a influencé le monde de l'arbitrage surtout dans les pays de *Common Law*. Ce courant territorialiste estime que l'arbitre exerce nécessairement sa mission sur une délégation de l'État sur le territoire duquel l'arbitrage se déroule. La loi de l'État du siège de l'arbitrage joue, par conséquent, un rôle prépondérant en gouvernant l'arbitrage dans son ensemble. C'est la loi de l'État du siège qui peut même autoriser les parties, voire l'arbitre lui-même, à soumettre tel ou tel aspect du litige à une loi étrangère.

61. Symétriquement, les juridictions de l'État du siège ont un rôle privilégié, et en particulier, les recours contre la sentence sont nécessairement portés devant les juridictions de l'État du siège de l'arbitrage. Si ces juridictions annulent la sentence, la sentence n'aura plus d'existence juridique, et ne pourra plus être reconnue dans aucun pays. L'argument essentiel de la théorie territorialiste repose sur l'idée que la fonction de juger est nécessairement une prérogative régalienne et trouve sa source dans une délégation de la part de l'État. Cette représentation théorique de l'arbitrage a été pendant longtemps dominante en droit comparé. Elle joue un rôle important, aujourd'hui encore, dans plusieurs pays comme la Grande-Bretagne et la Suisse. Cette vision territorialiste a également, inspiré les conventions internationales dont la convention de New York de 1958.

Actuellement, cette conception est en très fort recul, et de plus en plus de législations s'en écartent de manière franche. Le droit français est très clairement, en ce domaine le chef de file. La vision territorialiste n'a jamais pénétré considérablement dans la doctrine française et la

122 La loi fait l'arbitre/l'arbitrage, Dr. Mann, « Lex Facit Arbitrum », in *Liber Amicorum* for Martin Domke, International Arbitration, 1967.

Cour de cassation, dès le début de 20e siècles, avait rejeté cette théorie. D'autres théories ont défini l'arbitrage avec des conceptions différentes. Certains considèrent que l'arbitre et l'arbitrage international sont intégrés dans un ordre juridique transnational. La *lex mercatoria* est une construction doctrinale qui repose sur l'idée qu'un ordre juridique transnational est constitué spontanément, par la communauté internationale des commerçants. Des normes comme principes généraux de commerce international sont censées régir cet ordre juridique. D'autres[123] ont développé l'idée qu'il existe un ordre juridique arbitral, distinct de la *lex mercatoria* qui serait le reflet de la convergence des droits étatiques sur un certain nombre de principes généraux et de solutions plus particulières dans le domaine de l'arbitrage international. L'ordre juridique arbitral rend compte du fait qu'en réalité les États s'accordent largement sur les conditions qu'un arbitrage doit satisfaire pour être considéré comme un mode de règlement des différends, dont le résultat, la sentence arbitrale, mérite de recevoir la sanction des États[124].

62. Une autre approche consiste à considérer que l'arbitrage international n'est intégré dans aucun ordre et les arbitres sont des personnes privées qui ne sont investies de pouvoir de juger que par la volonté des parties. Les arbitres n'engagent qu'eux même en rendant leur décision et ne se considèrent pas comme organe d'un ordre juridique. Le rejet de la vision territorialiste, pose des questions d'ordre pratique. Les solutions concrètes qui sont considérées comme des conséquences de la vision territorialiste devront-elles également rejetées ? Faut-il continuer de donner un poids particulier à l'ordre juridique du siège ? Ces questions sont controversées et les réponses sont différentes d'un pays à l'autre. Le droit français s'est engagé très loin dans la voie de délocalisation, mais, tout de même, attache des conséquences à la localisation du siège, notamment, si le siège d'arbitrage se situe en France.

63. La question du juge compétent pour intervenir dans la procédure arbitrale se pose rarement aujourd'hui. Il est admis que le juge compétent est celui du siège de l'arbitrage. Les modalités et la manière de l'intervention du juge sont donc effectivement affectées par le choix du siège de l'arbitrage. Cependant, la doctrine majoritaire française opte depuis longtemps pour l'indépendance et la délocalisation de l'arbitrage. Cette tendance existe également en droit comparé et se développe de plus en plus. Cependant, en cas d'indépendance totale et la délocalisation de l'arbitrage, la question du juge compétent pour intervenir en cas de blocage

123 Par exemple E. Gaillard, « *aspect philosophique du droit de l'arbitrage international* », Recueil des cours de droit international de la Haye : 2007 tome 329.
124 *Ibid*. p. 49, n°50.

de la procédure arbitrale se pose sérieusement. L'arbitrage n'étant pas, en tout état de cause, autosuffisant, l'intervention d'un juge étatique s'avère nécessaire pour assurer son déroulement.

La détermination du juge compétent pour intervenir dans l'arbitrage peut présenter une complexité dans certains cas, surtout lorsque les parties et le siège du tribunal de l'arbitrage se trouvent dans des pays différents. Si l'on considère que le juge compétent n'est pas forcément le juge du siège de l'arbitrage, une des solutions serait de déterminer le juge compétent sur la base des règles directrices de la procédure arbitrale de la loi choisie par des parties. Cependant, la situation se complique de façon extraordinaire lorsque le siège de l'arbitrage ou la loi directrice de la procédure n'est pas expressément déterminé.

64. L'affaire ancienne, *Marc Rich* est un exemple de la complexité de ce problème[125]. La société suisse Marc Rich avait passé avec l'entreprise italienne *Impianti* un contrat de vente qui comprenait une clause compromissoire établissant l'arbitrage à Londres. À la suite d'une succession de problèmes découlant de la livraison de marchandises, *Impianti* s'adresse au juge italien pour qu'il déclare qu'elle était exonérée de responsabilité, mais Marc Rich s'opposa à la compétence du juge faisant appel à la clause d'arbitrage, tout en déclenchant la procédure d'arbitrage à Londres. *Impianti* refuse de désigner un arbitre et, une fois devant le juge anglais, invoque l'incompétence de celui-ci, en s'appuyant sur les dispositions de la Convention de Bruxelles de 1968. À son avis, même si ladite convention n'était pas applicable à l'arbitrage, dans ce cas précis elle était pertinente parce qu'il s'agissait de la validité d'une clause d'un contrat. L'affaire portant sur une matière contractuelle, la compétence judiciaire internationale pour désigner l'arbitre revenait, selon la Convention, au juge italien et non pas au juge anglais.

La CJCE rejette, évidemment, cet argument au motif que la désignation d'un arbitre par une juridiction étatique est une mesure qui a pour objet l'impulsion même de la procédure arbitrale et, de ce fait, s'inscrit dans la matière arbitrale, laquelle est expressément exclue de la Convention. En conséquence, et d'après cette décision, l'intervention d'un tribunal pour la constitution d'un organe d'arbitrage ne rentre pas dans le champ d'application de la Convention de Bruxelles[126]. Aujourd'hui, la théorie de la délocalisation de l'arbitrage remet la question sur la table. Si le Règlement de Bruxelles ne s'applique pas à l'arbitrage, quelles règles

125 CJCE, 25 juillet 1991, aff. C-190/89, *Marc Rich and Co. AG/Società Ita liana Impianti Spa*; R. Monaco, «*Compétence arbitrale et compétence selon la Convention communautaire de 1968* », Études de droit international en l'honneur de Pierre Lalive, Bâle, 1993, pp. 587-594.
126 *Ibid.*

s'appliquent ? Ce seront les règles de conflit de juridiction en vigueur dans chaque pays qui s'appliquent en dehors du champ d'application de la convention de Bruxelles.

65. En Europe, il existe une idée de « corrélation » entre la compétence des juges étatiques et la loi applicable à la procédure arbitrale. Les systèmes allemand, français ou suisse admettent la compétence du juge du for sur le fondement de cette idée en complément d'autres arguments. L'autonomie de la volonté dans ce domaine est spécialement efficace. Rien ne s'oppose à ce que les parties désignent expressément les tribunaux qu'elles considèrent comme appropriés pour l'adoption des mesures d'appui à l'arbitrage, en marge des critères spécifiques qui peuvent être dérivés du droit étatique. Aujourd'hui, cette désignation peut se faire, en signalant expressément le lieu où l'arbitrage devra se dérouler. Par contre, on pourrait également imaginer le cas où les parties désignent de façon « expresse », les tribunaux étatiques différents de ceux qui correspondent au siège de l'arbitrage. Cette hypothèse moins fréquente est aussi possible, mais elle a été subordonnée à l'existence d'un tribunal effectivement compétent, aux fins de prévenir un éventuel déni de justice[127]. Dans une telle situation, les juridictions françaises sont compétentes pour connaitre l'affaire. L'article 1505 du CPC prévoit les cas de compétence du juge d'appui français dont figure l'hypothèse où l'une des parties est exposée à un risque de déni de justice.

B. Les pouvoirs du juge d'appui

66. L'article 1505 du CPC prévoit que le président du tribunal judiciaire de Paris est le juge d'appui, chargé d'intervenir en cas de difficulté, sauf clause contraire convenue entre les parties. Selon l'article 1460, alinéa 3, du CPC, « *le juge d'appui statue par ordonnance non susceptible de recours* ». Cependant, la règle de l'absence de recours a ses limites et le juge ne doit pas aller au-delà de ses attributions[128]. Dans le cas d'excès du pouvoir ou de violation d'un principe fondamental de la procédure, la jurisprudence reconnaît la possibilité d'un appel-nullité. Cette voie de recours n'est pas expressément mentionnée par le décret du 13 janvier 2011, mais elle

127 Ph. Fouchard, E. Gaillard et B. Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris, 1996, p. 502 et s.
128 J.-F. Poudret, S. Besson, *Droit comparé de l'arbitrage international*, Bruylant, Schultess, LGDJ, 2002, n°45, p.361.

continue à exister[129]. Le législateur a ainsi respecté la souplesse de cette création jurisprudentielle qui a la possibilité d'évoluer dans le temps[130].

67. Une affaire concernant l'excès de pouvoir du juge d'appui rendue le 29 septembre 2016[131] par la Cour d'appel de Montpellier mérite d'être étudiée. Cette décision concerne un litige dans le cadre de la centrale Système U. à la suite de la démission de deux sociétés en tant qu'associées de Système U, un litige est né d'une part entre le Système U et ces deux associés et d'autre part, entre le Système U et les actionnaires des deux sociétés. Le juge d'appui est saisi concernant les difficultés de composition des tribunaux arbitraux et a désigné cinq tribunaux arbitraux distincts, malgré la connexité des litiges. La Cour d'appel saisie de cette question a décidé que le juge d'appui n'a pas commis d'excès de pouvoir « *en désignant, conformément aux stipulations contractuelles, un arbitre pour chaque convention* », dès lors qu'il était en présence d'une demande de constitution de cinq tribunaux en vertu de cinq clauses compromissoires différentes, faute de clause d'indivisibilité[132].

68. Dans un autre arrêt en date du 11 octobre 2016[133], la Cour d'appel de Paris s'est prononcée sur une autre question concernant l'excès de pouvoir. Dans cette affaire, la société AW2 et la société Elemata Maddalena ont conclu un contrat d'architecture contenant une clause compromissoire *ad hoc*. La société AW2 estimait que la société Virtus finance SA doit être considérée comme partie à la clause compromissoire puisqu'elle a créé la société Elemata Maddalena pour la réalisation de cette opération. Selon la société AW2, la société Vertus finance SA était intervenue directement dans la conclusion du contrat et l'opération était dirigée directement par celle-ci. Les deux sociétés étaient dirigées par une même personne.

À la suite d'un litige, la société AW2 saisit le juge d'appui pour la constitution d'un tribunal arbitral. Le juge d'appui refuse d'étendre la clause compromissoire à la société Virtus finance, en soulignant qu'elle n'a pas signé le contrat. La Cour d'appel de Paris saisi d'un recours contre cette ordonnance a considéré qu'« *en se prononçant sur le périmètre de l'arbitrage et en écartant de l'instance arbitrale l'une des parties mise en cause par le demandeur, le juge d'appui (…) dont la décision a autorité de la chose jugée au fond, a empiété sur les prérogatives du tribunal arbitral auquel il appartient de statuer par priorité sur sa propre compétence* ».

---

129 J.-L. Delvolvé, « *L'intervention du juge dans le décret du 14 mai 1980 relatif à l'arbitrage* », Rev. arb., 1980.607, spéc. 615.
130 Ancien articles1444 et 154 du CPC.
131 C.A. Montpellier, 29 sept. 2016, Système U, n° 15/01884.
132 L. Weiller, « *Les recours contre les décisions du juge d'appui* », Kluwer Law International 2018.
133 C.A. Paris, 11 octobre 2016, *SARL Architecture Workshop 2 v. Société Elemata Maddalena SRL et autre.*

69. Les pouvoirs du juge d'appui sont prévus par les textes, en vertu du principe de spécialité[134]. Dans les cas où le juge d'appui dépasse les limites des pouvoirs qui lui sont attribués, il est possible pour les parties d'effectuer un recours pour excès de pouvoir contre l'ordonnance de celui-ci[135]. Cependant, la complexité du rôle du juge d'appui dans l'arbitrage crée certaines difficultés de détermination de la limite de ses pouvoirs. C'est la jurisprudence qui a d'abord étendu les pouvoirs du juge d'appui aux difficultés de composition du tribunal arbitral même après la constitution initiale de celui-ci, avant le décret du 11 janvier 2011. En effet l'article 1493, alinéa 2 du CPC ne prévoyait l'intervention du juge d'appui qu'en cas de différend concernant la constitution du tribunal arbitral. Il était également compétent pour compléter la composition du tribunal arbitral lorsque le nombre des arbitres était pair (article 1454) ou pour statuer sur le contentieux de récusation des arbitres (article 1463). La jurisprudence a reconnu que le juge d'appui est en mesure d'agir dans le cadre d'une « *extension continue et quelquefois contra legem de ses attributions* »[136]. Finalement, le décret de 2011 admet la compétence du juge d'appui concernant *« tout (...) différend lié à la constitution du tribunal arbitral* »[137].

L'étude des arrêts récents précités permet de tracer les frontières des attributions du juge d'appui. En effet, dès lors que l'intervention de celui-ci entrave les prérogatives d'un autre organe de la procédure, il est considéré qu'il excède ses pouvoirs[138]. Il peut empiéter sur les compétences de l'arbitre ou l'institution d'arbitrage.

70. La notion de juge d'appui est aujourd'hui consacrée par le décret du 13 janvier 2011 portant réforme du droit français de l'arbitrage. La terminologie est empruntée à la pratique du droit suisse de l'arbitrage[139]. Le juge d'appui a vocation à intervenir « *pour sauver l'arbitrage de morts incidentes accidentelles* »[140]. En Suisse, le régime de l'intervention du juge étatique est similaire à celui en vigueur en France, le juge d'appui intervient pour statuer sur les demandes relatives aux difficultés de constitution du tribunal arbitral (articles 1451 à 1454 du

134 CPC, art. 1463, al. 2.
135 A. de Fontmichel, « *La décision du « juge d'appui » contractuellement choisi par les parties en droit français de l'arbitrage commercial international* », Gaz. Pal., 2008, n°89, p. 21.
136 C.A. Paris, 5 juin 2003, *Rose c/ SA Waterfront, RTD com*., 2003.700, obs. E. Loquin ; 19 juin 2003, *Bacques c/ SARL Carlyle Holdings 1 et 2*, Rev. arb., 2004.134 ; V. D. Hascher, « Le juge d'appui », in *mediation et arbitrage. Alternative, dispute résolution*, dir. L. Cadiet, Th. Clay, E. Jeuland, Litec Lexis-Nexis 2005, 243, spéc. N°346.
137 CPC, art. 1468, en pratique le juge de l'exécution.
138 CPC, art. 1469.
139 E. Gaillard, P. de Lapasse, *« Commentaire analytique du décret du 13 février 2011 portant réforme du droit français de l'arbitrage* », Cah. arb., 20 novembre 2011, 0401 n°2, p.263
140 J. L. Devolvé, « *L'intervention du juge dans le décret du 14 mai 1980 relatif à l'arbitrage* », Rev. arb. 1980 p. 616 et suivantes.

CPC français, et article 197 de la LDIP suisse), de récusation, d'empêchement ou d'abstention de l'arbitre (article 1456 CPC, et article 180 de la LDIP suisse).

71. Le droit suisse investit une juridiction de droit commun du pouvoir de statuer sur ces questions. L'article 356 du Code de procédure civile suisse prévoit la compétence « *du tribunal supérieur de la juridiction civile ordinaire du canton où se trouve le siège de l'arbitrage* », contrairement au droit français qui a fait le choix d'un juge véritablement spécialisé en matière d'arbitrage international. L'article 1505 du CPC dispose, en effet, que le juge d'appui de la procédure arbitrale sera le président du tribunal judiciaire de Paris.

Cette conception de collaboration renforcée entre le juge et l'arbitre n'est cependant, pas toujours partagée en droit comparé. L'organisation régissant l'intervention du juge national s'effectue sous forme de deux modèles. Les législations adoptent soit la position interventionniste illustrée par le droit français et par le droit suisse, soit, une position abstentionniste. Cette dernière est privilégiée par le droit américain. Le droit américain a choisi une intervention limitée du juge étatique concernant la constitution du tribunal arbitral. Le choix retenu par la législation américaine est de limiter la collaboration préalable entre l'arbitre et le juge étatique. L'article 5 du Federal Arbitration Act (FAA)[141], limite l'intervention du juge étatique à la nomination des arbitres en cas d'inaction des parties.

En Suisse, l'article 180 de la LDIP dispose ainsi que « *le juge compétent du siège du tribunal arbitral statue définitivement* » lorsqu'il procède à la nomination d'un arbitre. De la même manière, l'article 1460 du CPC français prévoit que « *le juge d'appui statue par ordonnance non susceptible de recours* ». En réalité, le régime juridique du recours dépend du sens de la décision du juge d'appui. Selon l'article 1460, « *cette ordonnance peut être frappée d'appel lorsque le juge déclare n'y avoir lieu à désignation pour une des causes prévues à l'article 1455* ». Une disposition similaire peut être relevée à la section 16 du Federal Arbitration Act américain, qui envisage un « interlocutory appeal » à l'encontre des décisions défavorables à l'arbitrage. Le juge Wilfred Feinberg observe dans l'arrêt *Landy Michaels Realty Corp. v. Local*

141*« If in the agreement provision be made for a method of naming or appointing an arbitrator or arbitrators or an umpire, such method shall be followed; but if no method be provided therein, or if a method be provided and any party thereto shall fail to avail himself of such method, or if for any other reason there shall be a lapse in the naming of an arbitrator or arbitrators or umpire, or in filling a vacancy, then upon the application of either party to the controversy the court shall designate and appoint an arbitrator or arbitrators or umpire, as the case may require, who shall act under the said agreement with the same force and effect as if he or they had been specifically named therein; and unless otherwise provided in the agreement the arbitration shall be by a single arbitrator. »*

qu'il s'agit d'une règle en faveur de l'arbitrage, qui a pour vocation de limiter les recours excessifs susceptibles d'entraver la rapidité de la procédure arbitrale[142].

72. La question de compétence à intervenir dans une procédure arbitrale se pose sous des angles différents. À part la question de conflit de juridiction qui peut se présenter dans les litiges internationaux, il faut également s'intéresser aux relations entre le juge étatique et les institutions d'arbitrage. L'institution d'arbitrage n'est pas une autorité judiciaire, mais simplement un organisateur de la procédure. L'opportunité de l'examen des relations entre le juge et l'institution arbitrale à ce stade réside dans le fait que l'institution prend en charge une grande partie des missions qui devraient être assurées par le juge étatique.

§II. Le rôle du juge dans une procédure arbitrale institutionnelle

73. Les parties prévoient de confier la charge de l'organisation de la procédure arbitrale à une institution arbitrale pour des raisons pratiques comme le bon déroulement de celle-ci, mais également pour éviter l'intervention du juge étatique (A). Néanmoins, le centre d'arbitrage est une personne privée et l'intervention du juge étatique reste nécessaire dans certaines circonstances (B).

A. L'intervention limitée du juge étatique dans la procédure arbitrale institutionnelle

74. Le contrat entre l'institution arbitrale et les parties peut être considéré principalement, comme un contrat- type, dont la majorité des stipulations relève du contrat d'adhésion. C'est alors un contrat d'entreprise lorsqu'il est conclu à titre onéreux[143]. La relation entre les co-contractants de ce contrat est particulière, car le centre d'arbitrage est face à deux parties, au moins, qui sont en litige l'une avec l'autre[144]. Dans le cadre d'un arbitrage institutionnel, il

---

142 Landy Michaels Realty Corp. V Local, 32B-32J Service employees International Union 2d Cir. 1992 «*It has been pointed out that § 16 is a pro-arbitration statute designed to prevent the appellate aspect of the litigation process from impeding the expeditious disposition of an arbitration. Its inherent acknowledgment is that arbitration is a form of dispute resolution designed to save the party's time, money, and effort by substituting for the litigation process the advantages of speed, simplicity, and economy associated with arbitration. Its theme is that judicial involvement in the process should be kept to the barest minimum to avoid undermining those goals*. »

143 V. l'article 1105 C. civ. devenu l'article 1107 C. civ. après l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 10 février 2016.

144 V. R. Cabrillac, *L'acte juridique conjonctif en droit privé français,* LGDJ, 1998, préf. P. Catala.

existe également, un autre contrat, autre que celui entre le centre et les parties au litige : le contrat entre le centre et les arbitres chargés de l'affaire[145]. Il relève aussi du régime de contrats d'adhésion.

75. Concernant la conclusion du contrat, il convient de noter qu'il s'agit d'un contrat entre absents. Le centre est considéré par la jurisprudence, comme proposant une offre permanente de contracter. C'est dans l'affaire *Cubic*[146] que cela a été admis, et depuis, il a été rappelé dans l'affaire *SNF*[147]. Dans ces circonstances, le moment de rencontre entre l'offre et l'acceptation peut poser problème. Quand ce contrat d'organisation de l'arbitrage est-il conclu ? La Cour d'appel de Paris, dans une affaire *Cekobanka*[148] de 1986, a considéré que le contrat est conclu au moment de la saisine du centre par la partie demanderesse à l'arbitrage qui correspond en pratique à celui de la réception de la requête d'arbitrage. Cette solution a été confirmée dans l'affaire *République de Guinée*[149]. Cependant, la jurisprudence n'est pas fixée sur ce point et la Cour d'appel de Paris a retenu dans une affaire plus récente, SNF c/ CCI, la date où « *l'offre émise par la CCI est acceptée [...] [par les parties]* »[150], c'est-à-dire le moment de la conclusion de la convention d'arbitrage.

76. Pour déterminer le moment de la conclusion du contrat, il faut alors choisir entre la théorie de l'émission et la théorie de la réception. La première suggère que le moment de la conclusion du contrat est celui de la conclusion de la convention d'arbitrage qui se réfère au règlement. La seconde, au contraire, retient le moment où le centre a pris connaissance de l'acceptation de son offre par les parties, qui correspond concrètement, à la réception de la demande d'arbitrage (sauf à ce qu'il puisse être prouvé qu'il avait eu connaissance de l'inclusion de la référence à son règlement à une date antérieure). Dans l'affaire plus récente (*SNF*) de 2009, la théorie de l'émission a été retenue.

La conclusion d'un contrat repose sur la rencontre de l'offre et l'acceptation et cela suppose la connaissance de l'offrant de l'acceptation. Cette dernière affirmation a été retenue par plusieurs

---

145 V. sur ce contrat, dénommé par l'auteur « *contrat de collaboration arbitrale* », Th. Clay, *L'arbitre,* Dalloz, 2001, n° 741 et s., 902 et s. et 1054 et s.

146 TGI Paris, 21 mai 1997, *Rev. arb*., 1997.417 ; C.A. Paris, 15 septembre 1998, Rev. arb., 1999.103, note P. Lalive ; Cass. civ. 1re, 20 février 2001 ; RCDIP, 2002.124, note Ch. Seraglini ; Rev. arb., 2001.511, note Th. Clay.

147 TGI Paris, 10 octobre 2007, *Société SNF c/ Chambre de commerce internationale*, Rev. arb., 2007.847, v. spéc. p. 849.

148 TGI Paris, 8 octobre 1986, *Ceskolovenska Obchodni Banka A.S. (Cekobanka) c/ Chambre de commerce internationale (CCI)*, Rev. arb., 1987.367.

149 TGI Paris, 28 janvier 1987, 3e décision, Rev. arb., 1987.371.

150 C.A. Paris, 22 janvier 2009, *SNF c/ CCI* ; Rev. arb., 2010.314, note Ch. Jarrosson ; JDI, 2009.617, note Th. Clay ; RTD com., 2010.542, obs. E. Loquin.

instruments internationaux[151] comme les principes Unidroit (article 2-6). L'ordonnance du 10 février 2016 portant la réforme de droit des obligations retient également, cette théorie dans l'article 1118 alinéa 2 du Code civil[152].

77. Dans le cas de modification du règlement de centre d'arbitrage, quelle version appliquer ? Si le règlement et les parties sont silencieux sur la question, c'est la version en vigueur au moment de la conclusion de la convention d'arbitrage qui s'applique. Les parties ont donné leur consentement à l'application de la version du règlement qui existait lorsqu'elles ont signé la convention d'arbitrage. La question reste cependant aujourd'hui théorique, car de nombreux règlements[153] prévoient qu'en cas de modification, c'est la nouvelle version qui s'appliquera automatiquement.

78. Dans l'hypothèse où le centre d'arbitrage disparaît, la conclusion et l'exécution du contrat de l'organisation d'arbitrage deviennent impossibles. Selon le Professeur Charles Jarrosson[154], il est possible de retenir la théorie de la réception et de sauver la convention d'arbitrage, en appliquant par analogie, la jurisprudence concernant les clauses d'indexation. Le juge substitue alors un indice licite à un indice devenu illicite ou ayant disparu[155]. Le juge étatique intervient dans cette hypothèse pour désigner un autre centre d'arbitrage ou à défaut, considérer que les parties doivent recourir à un arbitrage *ad hoc*. Ainsi, après la disparition du centre allemand DAS, le juge parisien a décidé, en 2012, que « *La désignation d'une institution d'arbitrage qui n'existe plus, alors que son successeur peut valablement connaître du litige, n'affecte pas la validité de la clause compromissoire* »[156].

Le juge d'appui intervient encore une fois pour assurer le respect du principe de faveur à l'arbitrage ainsi que celui de l'autonomie de la volonté des parties qui ont choisi de recourir à l'arbitrage. Un événement comme la disparition du centre d'arbitrage ne doit pas empêcher le recours à l'arbitrage qui peut même prendre la forme d'arbitrage *ad hoc*[157].

79. Il arrive que les parties dérogent au règlement de l'institution d'arbitrage auquel elles ont soumis leur litige. Selon la Cour de cassation, les parties qui se sont référées à un règlement

---

151 De même que les Principes du droit européen du contrat (art. 2-203) ou en matière de vente, la Convention de Vienne de 1980 (art. 18).
152 Art. 1118 al. 2 du Code civil : « *Tant que l'acceptation n'est pas parvenue à l'offrant, elle peut être librement rétractée, pourvu que la rétractation parvienne à l'offrant avant l'acceptation* ».
153 V. par ex. l'art. 1(3) du règlement AFA ou l'art. 6(1) du règlement de la CCI.
154 Ch. Jarrosson, "*Le statut juridique de l'arbitrage administré*", Rev. arb. 2016 n° 2 p. 445.
155 Cass. com., 7 janvier 1975, D., 1975.516, note Ph. Malaurie ; JCP, 1975 II 18167, note J. Ghestin.
156 C.A. Paris, Pôle 1 - Ch. 1, 20 mars 2012, *SAS ADB*, Rev. arb., 2012.805, note D. Kuhner.
157 V. Cass. civ. 1re, 20 février 2007, Rev. arb., 2007.775, note F.-X. Train et, sur renvoi : C.A. Paris, 1re Ch. D, 28 novembre 2007, en somm. *in* Rev. arb., 2008.159.

d'arbitrage sont contractuellement tenues par les dispositions du règlement[158]. Même si théoriquement, il n'est pas possible de modifier les dispositions du règlement d'un centre d'arbitrage, en pratique, certaines dispositions peuvent être modifiées dans des cas particuliers. Il existe des dispositions considérées comme secondaires envers lesquels les institutions sont plus souples. Au contraire, d'autres dispositions sont considérées comme essentielles, et ne supportent pas de dérogations : par exemple la confirmation des arbitres ou la possibilité de statuer sur leur récusation, l'absence de liens pécuniaires directs entre les arbitres et les parties, ou encore l'examen préalable du projet de sentence.

Dans l'affaire *Samsung* de 2010[159], le Tribunal de grande instance de Paris a jugé que le juge d'appui peut intervenir lorsqu'un centre d'arbitrage refuse d'organiser l'arbitrage au motif que les parties ont écarté les dispositions relatives à la confirmation des arbitres et à l'examen préalable du projet de sentence. En l'espèce, un arbitrage ad hoc a été organisé, car la volonté des parties concernant le recours à l'arbitrage et les modalités du déroulement de la procédure arbitrale prime sur la volonté de l'institution arbitrale d'imposer son règlement. Le juge d'appui intervient, pour assurer le respect de la volonté des parties, ainsi que le déblocage de la procédure.

80. Avant de commencer la procédure arbitrale proprement dite, il n'est pas rare que les parties débattent le mécanisme de désignation des arbitres. Il est évident que chacune des parties veille, de son côté, à ce que les arbitres remplissent les conditions d'indépendance et d'impartialité, et s'assure qu'ils présentent la spécialisation nécessaire pour le litige en cause[160]. Cependant, les difficultés de désignation des arbitres ne se limitent pas à cette observation. Il arrive qu'une partie hostile à l'arbitrage mette en œuvre des manœuvres dilatoires pour empêcher le début de la procédure arbitrale ou retarder ses effets. En tout état de cause, l'absence d'accord des parties sur la composition du tribunal arbitral a pour conséquence de retarder la procédure d'arbitrage. C'est une des raisons pour lesquelles, dans le cadre de l'arbitrage international, on fait plus fréquemment appel à une institution arbitrale pour l'organisation de l'arbitrage.

81. Dans le cas de l'arbitrage administré, la plupart des difficultés de la désignation ou de la récusation des arbitres sont directement réglées par le règlement de l'institution et, cela a

158 Cass. civ. 2e, 10 juillet 1958, Rev. arb., 1959.48.
159 TGI Paris, 22 janvier 2010, *Société Samsung*, Rev. arb., 2010.571, note J.-B. Racine.
160 Sur le choix des arbitres par les parties et les risques de conflit d'intérêts voir L. Matray, « *La déontologie de l'arbitrage commercial international* », Rev. dr. int. et dr. comp., 1985, pp. 96 ss.

pour conséquence de limiter ou évincer complètement l'intervention du juge étatique[161]. La juridiction étatique ne peut pas se substituer, complètement, à la volonté commune des parties dans la mise en œuvre d'une procédure arbitrale administrée[162]. Parallèlement, les parties n'ont plus la possibilité de saisir les tribunaux pour demander la modification des mesures adoptées par l'institution d'arbitrage dans l'exercice de ses fonctions et en application de son propre règlement[163].

Néanmoins, il peut y avoir certaines exceptions à cette règle générale. Le juge étatique peut être amené à corriger les décisions de l'institution arbitrale. Dans certains systèmes étatiques, la décision adoptée par l'institution d'arbitrage n'empêche pas une éventuelle action correctrice de l'autorité judiciaire puisqu'on considère que cette action repose sur une norme d'application nécessaire du for[164]. Par exemple, dans un arrêt du 24 septembre 1976 le Tribunal fédéral suisse a affirmé expressément que les tribunaux suisses sont compétents pour adopter une décision sur un incident de récusation d'un arbitre et que les dispositions contraires de l'institution d'arbitrage n'évincent pas cette compétence [165].

En ce sens, la loi type de la CNUDCI inclut, dans ses articles 11 à 15, un ensemble de dispositions détaillées sur la désignation, la récusation, la cessation du mandat et le remplacement des arbitres. Compte tenu de l'urgence de l'affaire et le risque de toute tactique dilatoire avec des conséquences remarquables, les parties peuvent faire appel directement au juge, dans un très bref délai. La décision du juge dans ce cas sera sans possibilité d'appel. L'existence de ces interventions exceptionnelles est liée aux circonstances qui peuvent se présenter en matière d'arbitrage. Le juge se prononce dans des cas où soit les arbitres n'ont pas encore accepté leur mandat, soit le tribunal arbitral ne s'est pas encore constitué[166].

---

161 M. de Boisséson, « *La constitution du tribunal arbitral dans l'arbitrage institutionnel* », Rev. arb., 1990, pp. 337 ss ; D. Hascher, *« ICC Practice in Relation to the Appointment, Confirmation, Challenge and Replacement of Arbitrators*», The ICC International Court of Arbitration Bulletin, vol. 6, 2, 1995, pp. 4-18.

162 «*Qu'en désignant un centre organisateur de l'arbitrage, les parties ont fait de son règlement la charte convenue et acceptée de leur procédure et, par là même, lui ont confié la charge d'organiser les opérations d'arbitrage, en conformité à la mise en œuvre des opérations d'arbitrage et plus spécifiquement de la constitution du tribunal arbitral que le règlement du centre préconstitué a pour fonction d'organiser*» (TGI Paris, 23 juin 1988, Rev. arb., 1988, p. 657, note Ph. Fouchard).

163 V. Ph. Fouchard, « *Les institutions permanentes d'arbitrage devant le juge étatique* », Rev. arb., 1987, pp. 222 ss.

164 V. H. Arfazadeh, « *L'ordre public du fond et l'annulation des sentences arbitrales internationales en Suisse* », SZIER/RSDIE, 1995, pp. 223-253 qui cite M. Rubino-Sammartano, *L'arbitrato internazionale*, Padoue, 1989, pp. 317-318.

165 *Westland Helicopters c. Arab Republic of Egypt,* ATF 129 II 155.

166 Exemple dans la jurisprudence française, ordonnance du TGI Paris, 28 octobre 1988, dans l'affaire *Philipp Brothers*.

82. Il faut néanmoins, différencier les relations entre le juge étatique et le tribunal arbitral, des relations entre le juge étatique et le centre d'arbitrage. Les actes accomplis par l'institution d'arbitrage à travers ses différents organes et en application de son règlement sont considérés comme de simples actes d'administration arbitrale et ne sont soumis à aucun contrôle judiciaire. Les relations entre les parties au litige et l'institution arbitrale relèvent du domaine contractuel. Les parties devront accepter les décisions de l'institution arbitrale, sans qu'il y ait une exigence particulière de motivation pour lesdites décisions. Même si les actes de l'institution arbitrale compétente influent significativement sur le déroulement de la procédure arbitrale, le juge étatique ne peut intervenir dans les décisions de celui-ci.

Il en résulte que les décisions prises dans ce domaine qui concernent, par exemple, la nomination ou la récusation des arbitres ou la prorogation du délai de l'arbitrage sont insusceptibles d'un recours juridictionnel. Mais quelle est la portée réelle de ces actes d'administration ? C'est vrai que le juge étatique n'est pas fondé à intervenir lorsqu'il s'agit des actes de pure administration de la procédure, mais en présence d'actes qui ont un impact si considérable sur la procédure arbitrale et en conséquence, la sentence arbitrale, il est plus réaliste de les considérer comme d'authentiques actes juridictionnels. Dans ce cas, le juge étatique serait fondé à contrôler leur portée. *A priori*, les décisions prises par l'institution arbitrale ne portent ni sur le fond du litige ni sur les droits substantiels des parties. Cependant, il est envisageable de permettre au juge étatique d'intervenir pour vérifier que la décision en cause porte effectivement sur le fond du litige et dans l'affirmative, contrôler sa portée. Toutefois, une telle procédure pourrait alourdir la procédure arbitrale. On permet aux parties d'exercer un recours devant le juge étatique concernant les décisions de l'institution arbitrale sur la procédure.

L'institution arbitrale ne jouit pas de pouvoirs discrétionnaires ou d'une totale immunité. Il est possible pour les parties d'invoquer la responsabilité contractuelle de l'institution arbitrale en fonction du contrat d'arbitrage et les règlements de l'institution en question. Il faut également mentionner la possibilité d'invoquer une responsabilité extracontractuelle lorsqu'une faute a été commise. L'institution doit veiller à la conformité de ses décisions avec son propre règlement et à l'accomplissement du mandat que lui ont donné les parties. De cette manière, l'activité de l'institution arbitrale demeure en partie et indirectement soumise au contrôle du juge étatique. Le juge étatique doit pouvoir intervenir quand le règlement des institutions

d'arbitrage prive les parties de la possibilité de se défendre, tant en ce qui concerne la constitution du tribunal arbitral que pour ce qui touche à l'organisation de la procédure[167].

L'ancien article 1454 du CPC prévoyait l'intervention du juge étatique, à défaut d'institution arbitrale compétente pour régler les difficultés de constitution du tribunal arbitral. On considérait que toutes les fois où l'institution en question se révèle incapable de mener à bien l'organisation de l'arbitrage, le juge étatique peut intervenir subsidiairement pour assurer le bon déroulement de la procédure arbitrale. Il s'agissait, au sens strict, d'un soutien à la procédure arbitrale convenue par les parties[168]. En plus du soutien à la procédure à la procédure arbitrale, le juge étatique est également garant des droits fondamentaux des parties notamment le droit à la protection juridictionnelle effective. C'est pourquoi il est nécessaire d'envisager une intervention renforcée du juge dans la procédure arbitrale institutionnelle.

B. La nécessité d'une intervention renforcée du juge étatique dans la procédure arbitrale institutionnelle

83. Certaines questions comme l'impécuniosité d'une des parties posent des difficultés par rapport au droit à l'accès au juge. Ce droit heurte les dispositions des règlements qui prévoient que, faute pour une partie de verser la provision qui lui incombe, ses demandes ne seront pas examinées. Le sujet a fait beaucoup de débats à la suite de l'affaire *Pirelli*[169] et certains arrêts de la Cour d'appel de Paris, puis de la Cour de cassation[170]. La Cour d'appel de Paris avait considéré qu'il serait porté atteinte au principe de contradiction et égalité des parties « *si le défendeur, autorisé seulement à répliquer aux prétentions adverses, se trouvait privé de la faculté de soumettre au tribunal des demandes reconventionnelles liées par un lien suffisant de connexité aux demandes principales et de nature à lui permettre d'obtenir, le cas échéant, sa libération par la compensation entre créances réciproques* »[171].

---

167 Cass. Civ. 1ère, 20 février 2001, Rev. arb., 2002, n° 1.
168 P. Bernardini, « *Arbitral Justice, Courts and Legislation* », The ICC Inter- national Court of Arbitration Bulletin, supplément spécial, 1999, pp. 13-25.
169 V. C.A. Paris, 17 novembre 2011, *L.P. c/ Pirelli,* Rev. arb., 2012.387 et l'article de F.-X. Train, « *Impécuniosité et accès à la justice dans l'arbitrage international* », *Ibid.* p. 267 ; *D.*, 2011.3031 obs. Th. Clay ; Cah. arb., 2012.159 note D. Cohen ; JCP, 2012.1407 obs. Ch. Seraglini ; RTD com., 2012.530 obs. E. Loquin ; Gaz. Pal., 22-24 janvier 2012, p. 17 obs. D. Bensaude ; *Adde,* X. Boucobza et Y.-M. Serinet, « *Les principes du procès équitable dans l'arbitrage international* », JDI, 2012.41.
170 Cass. civ. 1re, 28 mars 2013, *Pirelli c/ LP,* Rev. arb., 2013.746 note F.-X. Train ; Cah. arb., 2013.749 note A. Pinna et p. 585 notes d'audience av. gén. P. Chevalier ; JCP, 2013, Act., p. 408 obs. J. Béguin et p. 559 note J. Béguin et H. Wang ; *Ibid.* n° 29, doctr. 784, n° 4 obs. Ch. Seraglini ; Gaz. Pal., 30 juin-2 juillet 2013, p. 16 obs. D. Bensaude ; *Procédures*, 2013, comm. n° 89 obs. L. Weiller.
171 C.A. Paris, 17 novembre 2011, *L.P. c/ Pirelli, préc. cité.*

84. L'étude d'un arrêt de la Cour d'appel de Paris en date de 24 mai 2016[172], concernant le sujet des relations entre le juge et l'institution arbitrale chargée d'organiser la procédure, est intéressante. Dans cette affaire, suite à plusieurs difficultés de la constitution du tribunal arbitral et les complications survenues au cours de la procédure, l'institution d'arbitrage a demandé des provisions supplémentaires à chacune des parties. Lorsque l'une des parties a refusé le paiement des sommes, la procédure arbitrale a été perturbée. A la demande d'une des parties, le juge d'appui parisien avait accordé par une ordonnance de 16 novembre 2015, une extension de ses pouvoirs pour lutter contre le déni de justice, en cours de la procédure arbitrale. La décision de la Cour d'appel sur cette question était très attendue dans le monde de l'arbitrage où l'enjeu de l'accès à la justice arbitrale fait beaucoup de débats aujourd'hui[173]. La question principale était de savoir si le juge d'appui pouvait interférer en cours de la procédure arbitrale lorsque la mise en œuvre des dispositions du règlement du centre d'arbitrage conduit à priver d'accès à la justice arbitrale, une des parties au contrat. La Cour d'appel de Paris, statuant sur l'appel nullité formée à l'encontre de l'ordonnance du TGI de Paris, revient à une vision restrictive de l'office du juge d'appui et annule l'ordonnance pour excès de pouvoir. Les faits de l'espèce sont très similaires à d'autres différends qui se présentent devant les juges d'appuis ces dernières années[174].

85. Dans l'affaire *Garoubé*[175] un contrat d'affermage avait été conclu entre l'État du Cameroun et la société Garoubé portant sur l'exploitation de 40 000 hectares de zones protégées, afin d'y créer différentes activités agricoles et d'écotourisme. Le contrat comportait une clause d'arbitrage CCI avec un siège à Genève. L'État de Cameroun a rompu le contrat et la société Garoubé a déposé une demande d'arbitrage auprès de la CCI, le 13 novembre 2007, pour résiliation abusive et entrave à l'évaluation du fonds de commerce de la société. Par un acte de mission signé le 17 juillet 2008, les parties ont décidé de transférer le siège de l'arbitrage à Paris. La procédure a ensuite eu des blocages et lenteurs, parfois causés par le comportement de la société Garoubé elle-même[176]. Après plusieurs récusations et l'annulation d'une sentence pour défaut d'indépendance du tribunal arbitral, la CCI a constitué un nouveau tribunal et a demandé une nouvelle avance de provisions. La société Garoubé a refusé le paiement des

172 C.A. Paris, 24 mai 2016, no 15-23553, Cah. arb. N°3 p. 641, note M. de Fontmichel.

173 V. Cass. civ. 1re, 28 mars 2013, n° 11-27770, *Pirelli* ; C.A. Paris, pôle 1, ch. 1, 26 février 2013, n° 12-12953, *Lola Fleurs*, inédit ; Rev. arb., 2013.746, note Train F.-X. ; Cah. arb., 2013.749, note Pinna A. ; D., 2013.2936 et 2945, obs. Th. Clay. ; LPA, 28 janv. 2014, p. 9, n° 19, note M. de Fontmichel ; C.A. Paris, pôle 1, ch. 1, 7 avril 2015, n° 15-00512, inédit ; Cass. civ. 1re, 13 juillet 2016, n° 15-19389.

174 C.A. Paris, 21 févr. 2012, Rev. arb., 2012.587, note Jarrosson Ch.; D. 2012 panor. 2999, obs. Th. Clay; Gaz. Pal. 6-8 mai 2012, p. 14, obs. Bensaude D.; RTD com. 2013. 471, obs. Loquin E. ; TGI Paris, 16 nov. 2015, préc.

175 Cass. Civ. 1re, 13 déc. 2017, no 16-22131, Cah. arb. n°4, p. 701, note H. Barbier.

176 V. sur ce point, C.A. Paris, 21 févr. 2012, préc.

provisions demandées en raison de son impossibilité de fournir une telle somme. Faute de paiement total de la part des deux parties, le 27 mars 2015, le tribunal arbitral a suspendu ses travaux et les parties ont été informées que leur demande a été retirée en vertu de l'article 30-2 du règlement CCI.

La société Garoubé a contesté cette décision devant le juge d'appui parisien et la partie adverse a contesté la compétence du juge pour connaître cette question. Celui-ci a rendu une ordonnance en la forme des référés en se reconnaissant compétent dès lors que des décisions successives du centre d'arbitrage privent « *sciemment et volontairement de son droit d'accès à un juge en bafouant en même temps, au profit de l'autre partie, le principe d'impartialité et le respect de l'égalité des armes ». Dans cette hypothèse, l'intervention du juge d'appui trouve sa justification « en substitution du centre d'arbitrage » pour s'assurer de l'« accès au juge qui lui est dénié par l'administrateur de l'arbitrage* ». Le juge d'appui enjoint donc au centre d'arbitrage de rétablir les demandes réputées retirées et d'inviter le tribunal arbitral à reprendre ses activités qu'il lui avait demandé de suspendre pour rendre la sentence. La CCI forme un appel nullité contre cette ordonnance pour un excès de pouvoir alléguant que le juge d'appui ne peut intervenir dans la procédure arbitrale que pour la constitution du tribunal arbitral et la prorogation du délai d'arbitrage, en l'absence d'institution arbitrale. Il remet également en cause, la voie de référée choisie par le juge d'appui.

La Cour d'appel a considéré qu'il appartient au juge de droit commun et non au juge d'appui de se prononcer sur l'exécution fautive du contrat d'organisation de l'arbitrage. Il a précisé que le juge d'appui n'a pas le pouvoir de se substituer aux organes du centre d'arbitrage pour censurer leur décision et leur enjoindre d'en adopter d'autres. De plus, la Cour a décidé que, le défendeur à l'arbitrage, n'étant pas appelé à la procédure, l'ordonnance du juge d'appui viole le principe de contradiction et doit être annulée pour excès de pouvoir. Le juge d'appui avait interprété l'article 1505 alinéa 4 de CPC[177] de manière extensive. Selon lui, l'article 1505.4 devait être interprété en fonction de la jurisprudence *Nioc*[178], qui a été à l'origine de cet article.

177 « *En matière d'arbitrage international, le juge d'appui de la procédure arbitrale est, sauf clause contraire, le président du tribunal de grande instance de Paris lorsque : (...) l'une des parties est exposée à un risque de déni de justice*. »

178 Cass. Civ. 1ère. févr. 2005, Bull. civ. I, n° 53 ; Rev. arb. 2005.693, note H. Muir Watt; RCDIP 2006.140, note Th. Clay; JCP 2005.I.134 § 4, obs. Béguin J.; JCP, éd. E, 2005.II.447, note G. Kessler; JCP 2005.II.10101, note G. Kessler; RTD com. 2005.266, obs. E. Loquin; Gaz. Pal. 27 au 28 mai 2005, p. 37, note F.-X. Train; D. 2005 panor. 3054, obs. Th. Clay; Gaz. Pal. 27-28 avr. 2005, p. 3, obs. S. V. Lazareff. En ce sens, Rapport au Premier ministre relatif au décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage, Journal Officiel du 14 janvier 2011 – Numéro 11 – pages 773 à 777.

Cette disposition a pour but de désigner un juge étatique compétent pour intervenir en cas de difficultés de la constitution du tribunal arbitral, afin d'éviter le risque de déni de justice[179].

En général, pour l'interprétation d'un texte, le juge prend également en compte l'esprit du droit tel qu'il est exprimé dans d'autres textes pour trouver l'intention qui a guidé la rédaction du texte[180]. L'article 6 § 1 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, qui avait d'ailleurs fondé en son temps la solution de la jurisprudence *Nioc*, consacre un droit d'accès à la justice, sans distinction, et permet de justifier l'interprétation retenue par le juge d'appui. On peut penser qu'il est plus logique d'admettre la compétence *a priori* de la juridiction étatique, afin de favoriser l'accès à la justice arbitrale, comme l'avait fait le juge d'appui en l'espèce.

Mais la Cour d'appel s'est fondée sur une conception conservatrice[181], qui limite l'intervention du juge d'appui à l'hypothèse du déni de justice formel, à défaut d'institution arbitrale chargée d'organisation de la procédure. Cette décision de la Cour d'appel de limiter l'intervention du juge d'appui paraît étonnante. La fonction d'assistance du juge d'appui telle qu'admise en droit français lui permet d'intervenir dans la procédure arbitrale, chaque fois que l'efficacité de l'arbitrage est en cause. C'est dans le souci du bon fonctionnement de l'arbitrage en général, qu'il a été créé et le risque de déni de justice, nuit plus que tout à l'efficacité de la procédure, ainsi qu'au droit des parties à une protection juridictionnelle. C'est pourquoi, auparavant, la jurisprudence française n'a cessé d'étendre les pouvoirs du juge d'appui[182].

86. Le professeur Thomas Clay écrit à ce sujet que « *Le juge d'appui n'a cessé de voir sa compétence renforcée et dans quatre directions conjuguées : premièrement, par l'extension de ses pouvoirs dans le temps, avec la célèbre jurisprudence La Belle Créole qui a considéré que le juge d'appui pouvait intervenir même après la ''constitution'' stricto sensu du tribunal arbitral ; deuxièmement par l'extension de ses chefs de compétence avec l'arrêt Nioc ; troisièmement par l'extension de ses attributions à la détermination du centre d'arbitrage choisi par les parties ; enfin, quatrièmement, par l'extension de sa saisine qui peut même être faite désormais à titre préventif* »[183].

179 § 6 p. 3 de l'arrêt de cour d'appel.

180 Ch. Perelman, *Logique juridique : Nouvelle rhétorique*, Dalloz, 2e éd., 1979, spéc. n° 31 et s.

181 V. en ce sens, F.-X. Train, Ch. Jarrosson, J. Pellerin, Dalloz Action, *Procédure civile*, 2014-2015, spéc. n° 542.213.

182 V. M. De Fontmichel, *« Le juge d'appui n'est plus le juge du déni de justice arbitrale* », Cah. arb. 1 déc. 2016, n° 3, p. 641.

183 V. Th. Clay: *Code de l'arbitrage commenté*, Préface de Cadiet. L., LexisNexis, 2015, spéc. p. 64.

La décision de la Cour d'appel dans l'affaire *Garoubé*[184] va à l'encontre de cette interprétation large et extensive des pouvoirs du juge d'appui, alors que l'ordonnance du juge d'appui n'avait pas véritablement dénaturé la lettre du texte. L'article 1505 alinéa 4 du CPC autorise, dans sa rédaction, l'intervention du juge d'appui, non seulement pour permettre la mise en œuvre de la convention d'arbitrage quand une des parties crée un blocage, mais également lorsque la procédure elle-même devient une source de déni de justice. Le texte de la loi ne distingue pas entre le déni de justice formel et le déni de justice matériel[185] tel qu'a fait la Cour d'appel en limitant le champ d'application du texte au déni de justice formel. L'intérêt de cet article est considérablement limité par cette solution. En effet, depuis son entrée en vigueur, l'article 1505 alinéa 4 n'a été utilisé que dans un seul contentieux[186].

La conception conservatrice adoptée par la Cour d'appel permet au centre d'arbitrage de rester à l'abri de toute interférence en cours de procédure. Cela peut renforcer les pouvoirs et l'autonomie des institutions arbitrales, mais n'a pas forcément pour effet de renforcer l'arbitrage lui-même. Cette solution entre en contradiction avec une « double affirmation du droit de l'arbitrage » : l'arbitrage en tant qu'une institution et l'arbitrage en tant qu'une justice habituelle du commerce international[187].

Il existe des circonstances dans la procédure arbitrale, qui mènent à choisir entre deux ou plusieurs principes et de donner une préférence d'application à l'un d'eux. En l'espèce, le principe de l'autonomie de la volonté a été préféré par la Cour d'appel, alors que le droit fondamental d'accès à la justice est également en cause. Le principe de faveur à l'arbitrage n'entre pas en contradiction avec le droit à la justice, car dans les circonstances en cause, il est pratiquement, plus favorable à l'arbitrage en tant que tel d'admettre une intervention du juge d'appui pour permettre la reprise de la procédure arbitrale. C'est la fonction d'assistance du juge étatique pour le bon fonctionnement de l'arbitrage qui a été écartée par le juge étatique en faveur de l'autonomie de la volonté des parties qui ont choisi l'arbitrage institutionnel. La volonté des parties se retourne, finalement contre elles lorsqu'elles se voient refuser la protection juridictionnelle. Il convient de se poser la question de savoir s'il est possible de déroger au droit d'accès à la justice par un accord contractuel. La solution proposée par un arrêt

184 Cass. Civ. 1ère, 13 déc. 2017, no 16-22131, Cah. arb. N°4, p. 701, note H. Barbier.
185 Comp. Ch. Jarrosson, F.-X. Train, J. Pellerin, Dalloz Action, Procédure civile, 2014-2015, spéc. n° 542.213.
186 Cass. Civ. 1ère, 21 oct. 2015, n°14-17056, n°15-25806, inédit.
187 V. M. De Fontmichel, « *Le juge d'appui n'est plus le juge du déni de justice arbitrale* », Cah. arb. 1 déc. 2016, n° 3, p. 641

de la Cour d'appel dans un contexte spécifique n'est pas suffisante pour déterminer la réponse à cette interrogation.

De plus, il faut noter que les capacités financières des acteurs économiques fluctuent. Souvent solvables au moment du consentement à l'arbitrage, ils peuvent rencontrer des difficultés au moment de la survenance du litige. Le droit de l'arbitrage doit prendre en compte cette difficulté et garantir un accès équitable à cette forme de justice[188].

87. Si le juge d'appui n'est pas compétent pour connaître des difficultés intervenues dans les relations entre les parties et l'institution arbitrale, quelle autorité est alors compétente ? Il est évident que le juge du droit commun est compétent pour connaître les litiges concernant la responsabilité de l'institution arbitrale résultant de l'exécution fautive du contrat d'organisation d'arbitrage. Cependant, des complications supplémentaires peuvent intervenir. Lorsqu'un déni de justice procède du contrat d'organisation de l'arbitrage, notamment dans le cas de l'impossibilité des parties d'acquitter les provisions demandées par l'institution arbitrale, il faut trancher un conflit de frontière entre deux juridictions susceptibles d'être compétentes. Dans l'arrêt de la Cour d'appel de 24 mai 2016[189], la cour a considéré que le juge de droit commun est le seul juge pouvant connaître des litiges entre les parties et l'institution arbitrale. Dans cette affaire, la partie demanderesse, souhaitait obtenir par voie d'injonction, un déblocage d'une situation qui l'empêchait de faire valoir ses droits devant l'institution arbitrale.

88. Le juge de droit commun n'est pas en mesure de fournir un traitement *ex ante* et rapide de la situation avec des sanctions correctrices. C'est après avoir subi un dommage qu'on peut agir devant le juge de droit commun, qui jugera l'affaire au fond. Procédure des référés ? Le juge d'appui est le juge de la procédure d'arbitrage et ne juge pas l'affaire au fond, ce qui lui permet d'agir plus rapidement. Les fonctions différentes du juge de droit commun et le juge d'appui démontrent la nécessité de l'intervention de chacun d'eux dans des phases différentes de la procédure, qui leur sont propres. L'intervention en matières procédurales est une question de procédure qui revient à la compétence du juge d'appui.

Le juge de droit commun compétent est le tribunal judiciaire du lieu du domicile du défendeur ou celui du lieu d'exécution du contrat. Une action devant le juge de droit commun tend à mettre en cause la responsabilité du centre d'arbitrage, ou la résiliation du contrat d'organisation

188 V. M. de Fontmichel, *Le faible et l'arbitrage*, préf. Th. Clay, Economica, 2013, spéc. n^{os} 291 à 315 et n^{os} 554 à 583.
189 C.A. Paris, 24 mai 2016, no 15-23553, Cah. arb. N°3 p. 641, note M. de Fontmichel.

d'arbitrage. Cette procédure a l'inconvénient d'être longue. Également, elle paralyse la procédure arbitrale sur le fond du litige. La demanderesse à une telle instance devra apporter la preuve d'une exécution fautive du contrat de la part de centre d'arbitrage, ce qui est très rare[190]. L'application du règlement de l'institution arbitrale peut résulter en un déni de justice, sans qu'il y ait de faute d'exécution du contrat.

89. Une des parties, à qui la porte de l'arbitrage a été fermée, peut être tentée d'exercer une action en référé devant les juridictions de droit commun. Elle peut fonder son action sur l'article 809 du CPC, en alléguant que le déni de justice en arbitrage constitue « un trouble manifestement illicite », voire un risque de « dommage imminent », ce qui permet une action devant le juge du provisoire. Cette voie présente ses propres inconvénients. Le juge de droit commun ne connaît pas les spécificités de droit de l'arbitrage et la place de l'institution arbitrale en la matière. La fonction du juge d'appui a été spécifiquement créée pour les différends relatifs à la procédure arbitrale. En pratique, les fonctions du juge d'appui et du juge des référés reposent sur une même personne qui est le président du Tribunal judiciaire.

Si l'on admet l'intervention du juge d'appui dans la procédure arbitrale, en présence d'une institution d'arbitrage, il s'agirait d'une intervention subsidiaire postérieurement aux actions du centre d'arbitrage. Le juge n'aura qu'une fonction d'assistance de l'arbitrage et cela ne renfoncera pas les pouvoirs du juge au point d'avoir un impact sur l'autonomie de l'arbitrage. C'est le tribunal arbitral, qui doit dans un premier temps, garantir l'accès à l'arbitrage[191], en vertu de la jurisprudence *Lola Fleurs*[192]. Le centre d'arbitrage, à son tour, a intérêt à garantir un accès à la justice arbitrale, et l'admission d'une intervention subsidiaire du juge d'appui peut l'inciter à mettre en place des mécanismes d'accès à la justice, pour éviter le risque d'une interférence du juge. Le juge d'appui ne fera pas concurrence au centre d'arbitrage, mais aura une compétence exceptionnelle pour débloquer les situations compliquées.

Le soutien du juge d'appui à l'arbitrage ne se limite pas aux difficultés de la constitution et de la composition du tribunal arbitral. Son intervention peut également affecter la durée de l'arbitrage. Le juge est garant de la protection juridictionnelle des justiciables. Par conséquent,

190 V. L. Jaeger. note sous C.A. Paris, 27 octobre 2011, ABC international.
191 Le respect d'une telle obligation pourrait prendre la forme de mesures provisoires ordonnées par le tribunal arbitral pour débloquer des fonds permettant à la partie impécunieuse de financer l'arbitrage ou consentir une renégociation des honoraires destinés aux arbitres.
192 C.A. Paris, pôle 1, ch. 1, 26 février 2013, n° 12/12953, inédit ; Rev. arb., 2013.746, note F.-X. Train; Cah. arb., 2013.749, note A. Pinna ; D., 2013.2936 et 2945, obs. Th.Clay; LPA, 28 janv. 2014, p. 9, n° 19, note de M. Fontmichel ; v. aussi, C.A. Paris, pôle 1, ch. 1, 7 avril 2015, n° 15/00512.

le recours au juge étatique doit être possible pour les parties concernant toutes les questions qui échappent à la compétence du tribunal arbitral. En général, il est admis que l'intervention du juge étatique est nécessaire pour la maîtrise du temps de l'arbitrage.

Section II. L'intervention du juge étatique dans la maîtrise du temps de l'arbitrage

90. Dans le cadre de certaines législations nationales, la possibilité de la saisine du tribunal arbitral peut être soumise à des conditions. En Common Law, les clauses « time-bar » prévoient un délai pour la saisine du tribunal après la naissance du litige. Au-delà de ce délai, les parties ne peuvent plus recourir à l'arbitrage. Toutefois, dans certaines conditions à certaines conditions, le juge étatique peut proroger le délai de commencement de la procédure arbitrale (Sous-section I). En général, il est admis que le juge étatique peut intervenir dans l'arbitrage pour la maîtrise des questions relatives au temps de l'arbitrage (Sous-section II).

Sous-section I. L'intervention du juge étatique dans la prorogation du délai de commencement de la procédure arbitrale

91. Dans certaines pratiques en droit comparé, la partie qui souhaite recourir à l'arbitrage doit respecter un délai et remplir des conditions avant de saisir le tribunal arbitral. Ces conditions peuvent poser des problèmes au commencement de la procédure arbitrale (§I). Une réglementation a été développée en Common Law pour répondre à cette problématique (§II).

§I. La problématique des clauses « time-bar »

92. Les clauses « time bar » prévoient un délai pour présenter le litige devant un tribunal arbitral ou du moins manifester son intention de le faire. Ces clauses sont fréquentes dans les contrats contenant une convention d'arbitrage et leur effet est plus ou moins important. Si la partie demanderesse ne soumet pas une demande écrite de commencement de la procédure arbitrale dans les délais impartis, elle perd son droit d'agir en arbitrage. Une telle clause

remplace n'importe quel délai prévu par le droit applicable et prévoit en général une période beaucoup plus courte que celle prévue par la loi.

93. L'English Arbitration Act de 1996 (EAA) a augmenté les pouvoirs des tribunaux étatiques concernant la prorogation du délai de commencement de l'arbitrage et prévoit des fondements sur lesquels les juges peuvent s'appuyer pour étendre les délais d'agir en arbitrage. Selon l'article 12 de l'EAA, lorsqu'une convention d'arbitrage prévoit que la partie demanderesse perd son droit d'agir en arbitrage, si elle ne respecte pas les consignes du contrat dans les délais impartis ; le tribunal étatique peut étendre lesdits délais.

Les juridictions anglaises sont compétentes pour connaître cette question lorsque le siège de l'arbitrage est situé en Angleterre, Pays de galle ou Irlande du Nord. Les tribunaux sont, en général, réticents envers la prorogation des délais prévus par les parties sauf dans les cas exceptionnels, car cette intervention du juge peut être considérée comme une atteinte au principe de l'autonomie de la volonté des parties dans le contrat.

94. Dans l'affaire *Harbour & General Works v. Environment Agency*[193], la demanderesse a envoyé la notification d'action en l'arbitrage avec un retard de huit jours. La Cour d'appel a refusé de proroger le délai de commencement de la procédure arbitrale. Selon le juge Waller L.J.[194], c'est l'autonomie de la volonté des parties qui est en cause dans cette question. L'intervention du juge étatique n'est justifiée que dans les cas où la justice exige une prorogation du délai et que les parties auraient pu prévoir qu'une prorogation du délai serait nécessaire si les circonstances étaient portées à leur intention. Il est presque impossible d'admettre une telle intervention du juge étatique dans les cas où il y a eu une omission négligente de respecter les exigences contractuelles, même si le retard n'est pas important.

95. Dans l'affaire *Gibson Joint Venture v. The Department of Environment of Northern Ireland*[195], après la naissance d'un différend entre les parties à un contrat de ICE (Institution of Civil Engineers : l'Institution des Ingénieurs Civils), un ingénieur a été appelé à se prononcer sur la question. Ensuite, les parties sont entrées dans une négociation sur les questions litigieuses. Après l'échec des négociations, l'entrepreneur a envoyé une notification d'arbitrage vingt-trois jours en retard par rapport au délai fixé dans le contrat. Il s'est référé aux négociations antérieures pour démontrer qu'en l'espèce, le comportement d'une des parties rend l'application stricte des termes du contrat injuste. Mais la Cour a rejeté cet argument de

193 *Harbour & General Works v Environment Agency* [2000] 1 W.L.R. 950; [2000] 1 Lloyd's Rep. 65.
194 *Harbour & General Works* [2000] 1 W.L.R. 950; [2000] 1 Lloyd's Rep. 65 at 81.
195 *Gibson Joint Venture v The Department of Environment of Northern Ireland* [2001] NIQB 48.

l'entrepreneur et a rappelé que l'ingénieur en question n'était pas une partie à la convention d'arbitrage et son comportement ne pouvait être pris en compte sur le fondement de l'article 12 de l'EAA.

96. Dans l'affaire *Korbetis v Transgrain Shipping BV*[196], la Cour devait répondre à la question de savoir si l'envoi de la notification d'arbitrage par fax à un mauvais numéro était une circonstance en dehors de la prévision raisonnable des parties. La Cour a décidé qu'il n'y avait pas lieu d'accorder la prorogation du délai. Selon le juge Toulson J.,[197] l'article 12(3)(a) concerne tous les événements que les parties n'auraient pas, normalement, prévus, mais elles savent qu'ils peuvent se produire. Il se réfère, ensuite à une force majeure comme exemple de ce type de cas.

97. Dans l'affaire *Monella v. Pizza Express (Restaurants) Ltd*[198], la question était de savoir si une modification dans la loi qui avait un impact sur la clause « time-bar » était un tel événement sur le fondement de l'article 12(3). Selon la Cour, une modification de la loi qui a pour effet de rendre une clause concernant les délais, une provision essentielle du contrat, n'était pas un événement imprévisible. Cependant, dans l'affaire *Borgship Tankers Inc v Product Transport Corp*[199] Cresswell J.[200] avait noté que si les parties ont agi par erreur sur la loi, il y aurait des arguments importants pour considérer que la section 12 est applicable.

98. La question essentielle dans l'affaire *Thyssen Inc v Calypso Shipping Corp SA*[201] était de savoir s'il y avait lieu d'accorder une prorogation de délai dans le cas où, la demanderesse avait commencé une procédure devant les tribunaux des États-Unis avant la date limite prévue dans le contrat, mais n'avait pas envoyé une notification d'arbitrage à la partie adverse. Selon la Cour, cela n'était pas un fondement pour proroger le délai contractuel. Le juge Steel J a considéré qu'il n'était pas suffisant pour la partie demanderesse de commencer une procédure, elle devait commencer la bonne procédure. Pour lui la proposition selon laquelle l'engagement d'une procédure devant n'importe quelle juridiction peut avoir pour effet d'arrêter le délai, était inacceptable.

99. L'article 12 de l'EAA s'applique dans des circonstances très limitées. Le juge étatique considère que les parties ont prévu les conditions du contrat d'un commun accord. Si les parties

196 *Korbetis v Transgrain Shipping BV* [2005] EWHC 1345 (QB).
197 *Korbetis* [2005] EWHC 1345 (QB) at [25].
198 *Monella* [2003] EWHC 2966 (Ch); [2004] 1 E.G.L.R. 43.
199 *Borgship Tankers Inc v Product Transport Corp* [2005] EWHC 273 (Comm); [2005] 1 Lloyd's Rep. 565.
200 *Borgship Tankers* [2005] EWHC 273 (Comm); [2005] 1 Lloyd's Rep. 565 at [49].
201 *Thyssen Inc v Calypso Shipping Corp SA* [2000] 2 All E.R. (Comm) 97; [2000] 2 Lloyd's Rep. 243.

ont décidé que le recours à l'arbitrage est subordonné au respect de quelques conditions, elles doivent respecter les termes de leur accord. Comme Waller L. J a souligné dans l'affaire *Harbour & General Works v Environment Agency*[202], cela est uniquement l'application du principe de l'autonomie de la volonté.

100. En Australie, dans l'arbitrage interne, en vertu de l'article 48 du Commercial Arbitration Act, l'obtention d'une prorogation du délai, par rapport au délai fixé dans le contrat, dépend également de l'appréciation souveraine des juges du fond.

101. Dans l'arrêt *PMT Partners v Australian National Parks and Wildlife Servi*ce[203], il a été admis que l'article 48 de *Commercial Arbitration Act*, donne aux juges étatiques le pouvoir de changer les dates limites prévues dans le contrat, qui peuvent interférer avec le droit à un procès équitable. Néanmoins, la nouvelle version révisée de *Commercial Arbitration Act* 2010 (NSW) et *International Arbitration Act* 1974 (Cth) ne contiennent aucune provision équivalente à l'article 48, qui permet aux tribunaux étatiques de proroger le temps imparti dans le contrat pour commencer la procédure arbitrale. En effet, l'article 5 de la loi-type CNUDCI, qui a été adopté par les deux actes, limite de façon significative, l'intervention du juge étatique dans la procédure arbitrale aux cas expressément prévus par ces « Act »s.

102. Pour la plupart des juridictions, un tribunal étatique ne peut proroger le délai pour agir en arbitrage, sauf si, la non-intervention du juge cause un « undue hardship »[204] à une des parties. En Australie, la jurisprudence suggère que les juges étudient toutes les circonstances particulières de l'espèce et prennent en compte des facteurs comme l'importance du retard et le montant en cause. De plus, les juges doivent chercher si le retard était imputable à la partie demanderesse, si la partie demanderesse était trompée par l'autre partie, ou si une partie a subi un préjudice par le retard. Pour accorder un délai supplémentaire pour l'initiation de la procédure arbitrale, le juge prend en compte le comportement des parties, notamment celui de la partie adverse. Si le retard dans la saisine du tribunal arbitral par la partie demanderesse est dû au comportement de la partie adverse, la prorogation du délai pourrait être accordée.

§II. La prise en considération du comportement des parties dans la prorogation du délai du commencement de l'arbitrage

202 *Harbour & General Works v Environment Agency* [2000] 1 W.L.R. 950; [2000]
203 *PMT Partners v Australian National Parks and Wildlife Service* [1995] HCA 36; (1995) 184 CLR 301, High Court.
204 Une difficulté significative qui n'est pas dû.

103. Le juge étatique peut permettre l'extension de la date limite du commencement de la procédure arbitrale. Les contrats multipartites, qui prévoient la résolution des litiges entre les parties par la voie arbitrale, contiennent des provisions particulières que les parties doivent respecter pour saisir le tribunal arbitral. Il est fréquent que des clauses du contrat exigent des parties d'envoyer des notifications dans de formes particulières, à une adresse spécifique et dans un délai déterminé. La partie qui n'a pas respecté ces consignes peut perdre son droit de commencer une procédure arbitrale. Cependant, le juge étatique ou dans certains cas le tribunal arbitral, ont le pouvoir de proroger les délais prévus et permettre à la partie demanderesse d'agir même si les exigences contractuelles concernant la notification ne sont pas remplies. En Angleterre, en vertu de l'article 12 de l'EAA, le juge étatique a le pouvoir de proroger le délai pour une partie de recourir à l'arbitrage, dans certaines circonstances. Par exemple, si le comportement d'une partie rend injuste l'application stricte des provisions du contrat à l'autre partie, le juge peut utiliser son pouvoir de prorogation de délai.

104. L'affaire *Van Oord ACZ v Port of Mostyn Ltd*[205], illustre les circonstances dans lesquelles les juridictions peuvent utiliser leur pouvoir discrétionnaire de proroger le délai. En l'espèce, la notification d'arbitrage n'était pas envoyée au bureau principal de Van Oord ACZ, comme prévu dans le contrat, mais à un bureau subsidiaire. La notification était envoyée avant la date limite, mais Van Oord ACZ a attendu la fin de la période contractuelle pour informer la partie adverse de son erreur et envoyer la notification au bureau principal. Le conseil considérait que le comportement de Van Ood ACZ était commercialement perspicace. Le juge Kirkham[206] a décrit cette affirmation comme la reconnaissance d'un comportement dont on ne pouvait pas penser qu'il serait accueilli favorablement par la Cour. La Cour a décidé que le comportement de l'adversaire était tel qu'il était injuste d'exiger l'application stricte des conditions contractuelles. Cependant, il y avait une tension entre *Van Oord ACZ* et *Cathiship SA v Allanasons Ltd (The Catherine Helen)*[207], où le juge Jeffrey Brice Q.C.[208] a noté que, silence ou l'abstention d'informer le demandeur du non-respect des conditions contractuelles ne peut rendre l'application stricte du contrat injuste.

105. L'étude d'un arrêt récent anglais, *Anglian Water*[209], permet de comprendre la logique derrière une prorogation de délai de commencement de l'arbitrage par les juges anglais. Dans

205 *Van Oord ACZ v Port of Mostyn Ltd Unreported September* 10, 2003.
206 *Van Oord ACZ v Port of Mostyn Ltd Unreported September* 10, 2003.
207 *Cathiship SA v Allanasons Ltd (The Catherine Helen)* [1998] 3 All E.R. 714; [1998] 2 Lloyd's Rep. 511.
208 *The Catherine Helen* [1998] 3 All E.R. 714 at 729.
209 *Anglian Water Services Ltd. and Laing O'Rourke Utilities Ltd* [2010] EWHC 1529 (TCC).

l'affaire *Anglian Water Services*, La cour admet l'action de la partie demanderesse même si la période fixée par le contrat a été dépassée. Dans le contrat entre *Anglian Water Services Ltd.* et *Laing O'Rourke Utilities Limited* (LOR), les parties avaient prévu de référer la résolution de certains différends à l' « adjudication ». Le contrat exige d'une partie qui n'est pas satisfaite par la décision de l'adjudicateur d'informer l'autre partie de son intention de mener le litige à l'arbitrage, dans les quatre semaines suivant la décision de l'adjudicateur. À défaut de notification, il n'était plus possible d'agir en arbitrage.

106. *Anglian Water* n'étant pas satisfait de la décision de l'adjudicateur, a instruit ses avocats d'informer LOR de son insatisfaction et d'y joindre une notification formelle de référer l'affaire à l'arbitrage, comme convenu dans le contrat. La question se posait de savoir si *Anglian Water* avait respecté les conditions de notification prévues dans le contrat et dans l'infirmative, s'il y avait lieu de lui accorder une extension de délai pour agir en arbitrage en vertu de l'article 12 de l'EAA.

La cour a considéré que les stipulations du contrat concernant les communications et notifications sont d'application générale. Indépendamment de l'exigence de la notification spécifique pour une question, les précisions sur les modes d'envoi ou d'autres détails dans le contrat ont pour but d'assurer la sécurité et la réception effective de la communication en cause. Par conséquent, s'il est précisé dans le contrat qu'un tel document doit être envoyé à une adresse particulière, cette condition doit être strictement respectée. Selon la Cour, il est inutile de chercher à déterminer si le mode utilisé était équivalent à celui prévu par le contrat.

La Cour s'est également prononcée sur la question de savoir si la conduite de LOR a été à l'origine du retard d'*Anglian Water* d'envoyer la notification. Selon la Cour, le comportement de LOR était la raison pour laquelle *Anglian water* n'a pas pu envoyer la notification à la bonne adresse et une prorogation du délai pouvait être accordée à *Anglian Water* par une appréciation souveraine des juges. Le comportement de l'une des parties peut rendre l'application de contrat injuste pour sa partie adverse. Dans ces conditions, il est possible pour le juge de proroger les délais prévus par le contrat. Les juges apprécient souverainement les conditions de l'espèce pour déterminer si le comportement d'une partie peut véritablement affecter le respect des obligations contractuelles par l'autre partie. En l'espèce le retard dans l'envoi de la notification repose uniquement sur le comportement de LOR et c'est pour cette raison que le délai prévu par le contrat a été prorogé par les juges.

107. L'examen du droit applicable aux clauses « time-bar », mène aux conclusions intéressantes concernant l'intervention du juge étatique dans la procédure arbitrale, en général. La raison d'être des dispositions relatives à l'intervention du juge étatique pour permettre le recours à l'arbitrage malgré le dépassement de délai, est d'assurer le respect de deux principes : la faveur à l'arbitrage et l'autonomie de la volonté des parties. Même si le principe de faveur à l'arbitrage n'est pas conçu et admis en Commun Law de la même manière qu'en droit français, il est admis qu'il faut privilégier le recours à l'arbitrage, notamment par l'intermédiaire du principe de l'autonomie de la volonté.

La fonction du juge étatique est d'assurer le respect de la volonté des parties de recourir à l'arbitrage tout en les assistant en cas de difficultés procédurales ne pouvant pas être résolues par le tribunal arbitral. L'exercice de la mission des arbitres s'effectue dans le cadre des délais prévus par les parties. La procédure arbitrale est limitée dans le temps. Les parties peuvent recourir au juge étatique concernant les questions relatives à la maîtrise de la durée de l'arbitrage.

Sous-section II. L'intervention du juge étatique concernant la durée de la procédure arbitrale

108. Après le commencement de la procédure arbitrale, l'instance arbitrale s'étale dans un laps de temps, qui doit être contrôlé. Aujourd'hui, la rapidité du règlement des litiges est un des soucis essentiels des parties et une des raisons fondamentales de recours à l'arbitrage. L'intervention du juge étatique pour assurer l'encadrement de la durée de l'arbitrage est admise en droit français (§I) ainsi qu'en droit comparé (§II).

§I. La durée de l'arbitrage : l'affaire des parties et du juge en droit français

109. Le temps de l'arbitrage est considéré comme une affaire des parties et subsidiairement, du juge étatique, ce qui exclut la compétence du tribunal arbitral de disposer librement du temps de la procédure arbitrale. Le juge étatique peut intervenir pour la détermination de la durée de l'arbitrage (A) ainsi que pour la modification de celle-ci en fonction des exigences particulières du litige (B).

A. La détermination de la durée de l'arbitrage

110. L'arbitrage commence par la signature de l'acte de mission par lequel les parties à un litige déjà né le soumettent à l'arbitrage d'une ou plusieurs personnes. Celui-ci doit comporter la définition de l'objet du litige et désigner les arbitres Il est rédigé avant le commencement de toute opération d'arbitrage. Si un arbitre désigné n'accepte pas la mission qui lui est confiée, l'acte devient caduc. Les membres du tribunal ainsi constitué auront des missions qui peuvent être différentes et il peut leur être demandé de statuer en « amiables compositeurs ».

111. Une fois la difficulté de constitution du tribunal arbitral réglée, d'autres obstacles pourront intervenir dans la phase de commencement de la procédure arbitrale. Il arrive qu'une des parties refuse de participer à la procédure notamment en s'abstenant de signer l'acte de mission. Le refus de signer l'acte de mission peut-il entraver la marche de la procédure arbitrale ? Dans la négative, comment définir la mission des arbitres qui n'a pas encore été fixée par le compromis selon un accord des parties ? La Cour de cassation s'est prononcée sur la question de manière suivante : « *Et attendu que l'arrêt retient exactement que le défaut de signature de M. X. sur l'acte dit « compromis d'arbitrage » n'était pas de nature à entraîner la nullité de la sentence, dès lors que ce document ne précisait que le calendrier et les règles de procédure applicables à l'instance (...)* »[210].

En l'absence de signature de l'acte de mission par l'une des parties, les arbitres peuvent trouver la définition de leur mission dans la convention d'arbitrage ainsi que les écritures de la partie la plus diligente. Une partie qui ne souhaite pas participer à la procédure arbitrale pourra se fonder sur son absence pour éventuellement, contester la sentence et retarder son exécution. C'est la raison pour laquelle, il est important de rédiger la convention d'arbitrage ou la clause compromissoire de façon claire et assez précise.

112. L'instance arbitrale s'entend en principe de la période comprise entre le moment où le tribunal est constitué et celui où la sentence est rendue. Concernant le début de l'instance, le fait que le juge français contrôle le délai signifie qu'il s'intéresse particulièrement au moment où celui-ci commence à courir c'est-à-dire la constitution du tribunal arbitral. Le jour où le dernier arbitre a accepté sa mission, on considère que le tribunal arbitral est constitué. Cette règle simple a été appliquée de façon stricte par la jurisprudence. Néanmoins, la doctrine a

210 Cass. Civ. 2e., 21 novembre 2002, Bull. II, 2002, n°264, p. 207.

parfois considéré qu'un arbitre ne peut accepter sa mission que lorsque celle-ci est suffisamment définie[211]. Cette approche a été condamnée par la Cour d'appel de Paris qui l'a considéré comme introduisant un élément d'incertitude[212]. Il faut vérifier que l'acceptation de sa mission par l'arbitre est pure et simple. L'article 1463 al.1 CPC indique que l'acceptation de ou des arbitres qui marque la constitution du tribunal est alors « parfaite ».

113. La question a été posée de savoir si la volonté des parties pouvait influer sur le moment où s'ouvre l'instance arbitrale ? La Cour de cassation a considéré que « l'instance arbitrale est en cours à partir du jour où le tribunal arbitral est définitivement constitué et peut donc être saisi du litige, c'est-à-dire à partir de l'acceptation par tous les arbitres de leur mission », mais elle a ajouté que « *l'acte de mission (n'est) pas susceptible de différer les effets de l'acceptation par tous les arbitres de leur mission, mais seulement de reporter conventionnellement le point de départ du délai d'arbitrage* »[213]. Les parties peuvent retarder le moment où le délai commence à courir, par exemple, convenir que le délai commence à courir lorsque le dossier est effectivement remis au tribunal arbitral ou lorsqu'un acte de mission a été signé.

La Cour de cassation considère donc que les parties peuvent jouer un rôle sur le délai de l'arbitrage en retardant le moment à partir duquel il peut être calculé, mais le moment de l'ouverture de l'instance ne dépend pas de la volonté des parties. Cela est logique, car l'ouverture de l'instance emporte des effets qui doivent être précisément datés comme en matière de procédure collective (art ; L.621-41 C. com) ou en matière de mesures provisoires prévues par l'article 145 de CPC. En pratique, le délai de l'instance correspond très souvent à celui de l'arbitrage.

La fin de l'instance peut être examinée indépendamment de la reddition d'une sentence finale. L'ancien article 1464 du CPC disposait que « *l'instance arbitrale prend fin, sous réserve des conventions particulières des parties : 1°par la révocation, le décès ou l'empêchement d'un arbitre ainsi que par la perte du plein exercice de ses droits civils ; 2° par l'abstention ou la récusation d'un arbitre ; 3° par l'expiration du délai d'arbitrage* ». Les deux premières règles de cet article posaient plusieurs problèmes en pratique et les parties et les arbitres étaient conseillés de prévoir le contraire dans l'acte de mission. Le nouvel article 1477 du CPC issu de

211 E. Loquin, Jurisclasseur Procdure civile, Fasc. 1032, n°62 ; il cite Cass. Civ. 2e, 20 mars 2003, en somm. In Rev. arb., 2003.551.
212 C.A. Paris, 19 novembre 2009, *Caisse fédérale du Crédit Mutuel nord Europe c/ Banque Delubac et autres*, en somm. In Rev. arb., 2009.930
213 Cass. 1re civ., 30 mars 2004, Rev. arb., 2005.977, note J. Pellerin.

la réforme de 13 janvier 2011 reprend uniquement la troisième règle de l'ancien article et dispose que « *l'expiration du délai d'arbitrage entraîne la fin de l'instance arbitrale* ».

L'instance arbitrale prend également fin par la reddition d'une sentence. La jurisprudence a apporté sa réponse à la question de savoir ce que signifient précisément les termes « rendre une sentence ». Dans un arrêt de 30 mai 2006, la première chambre civile de la Cour de cassation a annoncé que rendre une sentence c'est, après l'avoir rédigé, la signer[214]. Ensuite, il convient de la notifier. En d'autres termes, le moment où la sentence est rendue est le moment où elle est signée et non pas le moment de sa notification aux parties. Si les arbitres ne sont pas tous au même endroit, il peut y avoir autant de dernières pages signées par un arbitre qu'il y a d'arbitres[215]. Une décision ancienne de la Cour de cassation a admis que si la sentence a été délibérée et adoptée par les arbitres dans le délai, elle est considérée comme rendue dans les temps même si elle a été signée ensuite.[216]

Le juge intervient pour la détermination de la durée de l'arbitrage, mais il peut également intervenir pour une modification de la durée, en fonction des circonstances particulières de l'affaire et à la demande des parties ou arbitres.

B. L'intervention du juge étatique pour la modification de la durée de l'arbitrage

114. Le temps est au cœur de la sentence arbitrale et de la mission du juge. Le temps et la ponctualité forment des spécificités de la justice arbitrale. L'arbitre n'est pas maître de la durée de l'arbitrage. Mais, faut-il enserrer l'arbitrage dans un délai ? Le droit français l'exigeait au temps de l'ancien CPC et a maintenu cette exigence dans les décrets de 1980-1981, tout comme dans celui du 13 janvier 2011 en matière interne (art. 1463 al. 1 CPC). En matière internationale il n'est pas obligatoire de stipuler un délai, mais lorsque les parties en ont décidé les arbitres doivent le respecter. Le délai légal en matière interne est de 6 mois (art. 1463 al.1, décret de 2011), mais ce délai ne s'applique pas en matière d'arbitrage international.

115. Devrait-on dire que l'arbitre rend la sentence dans de meilleurs délais ? Cela permettrait à une partie de saisir le juge afin qu'il enjoigne à l'arbitre qui tarderait trop de rendre sa sentence dans un délai raisonnable. Dans le cas où les arbitres ne se sont pas prononcés dans un délai

214 C.A. Paris, 1re Ch. C, 30 mai 2006, Rev. arb. ; 2007.837, note Ch. Jarrosson.
215 *Ibid.*
216 Cass. Com., 21 octobre 1982, Rev. arb., 1982.268, note J.-B. Blaise. Et Cass. Req., 16 décembre 1946, JCP, 1947 IV 21.

raisonnable, une partie lésée par le non-respect du temps de l'arbitrage pourrait-elle se retourner vers le juge étatique ? La question de la possibilité pour les parties de se présenter devant le juge étatique se pose différemment selon le moment de la demande. Imaginons le cas d'une partie qui voit la date de la sentence prorogée plusieurs fois par les arbitres et le retard de la sentence lui porte préjudice. Elle est en pleine procédure arbitrale et ne pourra saisir le juge étatique concernant le même litige. On pourrait également imaginer le moment où la sentence a été rendue par le tribunal arbitral, mais un délai raisonnable n'a pas été respecté. Ce retard peut léser une des parties. Il est intéressant de rappeler qu'une des raisons essentielles du recours à l'arbitrage est sa rapidité par rapport à la justice étatique, et les affaires portées à l'arbitrage sont, en pratique, le plus souvent, des litiges intervenus dans le monde d'affaires où « time is of the essence » et l'importance de la ponctualité ne peut être négligée.

116. Quelle serait la sanction pour l'arbitre qui dépasse le délai imparti ? Concernant la sanction du non-respect du délai de l'arbitrage, dans un arrêt de 22 septembre 2010, la Cour de cassation a annulé une sentence sur le fondement de l'article 1484-1, car l'arbitre avait statué sur une convention d'arbitrage expirée. Le dépassement dans ce cas était de 48h et la Cour n'y voyait aucune prorogation tacite[217]. Après la réforme de 2011, c'est désormais l'article 1492 alinéa 3 du CPC qui est appliqué et la sentence peut être annulée, car l'arbitre ne s'est pas conformé à sa mission même si le dépassement de délai est minime[218]. Le juge étatique chargé du contrôle de la sentence ne peut rejeter l'argument fondé sur le dépassement du délai sans expliquer le point de départ du délai et son éventuelle prorogation[219].

Si le délai de l'arbitrage est dépassé et l'arbitre n'a pas rendu sa sentence, la responsabilité civile de l'arbitre peut être engagée[220]. La Cour de cassation a décidé que l'obligation de l'arbitre est une obligation de résultat. Cette solution peut être contestée, car les parties et leurs conseils sont également responsables à propos du délai d'arbitrage. Il convient de se demander si une obligation de moyen sera plus logique concernant la responsabilité de l'arbitre à rendre une sentence dans le délai de l'arbitrage. Dans un arrêt de 17 novembre 2010, la Cour de cassation semblait d'aller vers un revirement de jurisprudence quand elle a décidé que « *l'action en responsabilité des arbitres qui ne sont tenus que d'une obligation de moyen…* »[221], ne peut aboutir. Allant plus loin, la Cour de cassation dans un arrêt de 15 janvier 2014 a considéré que

217 C.A. Paris, Pôle 1 Ch. 1, 19 novembre 2009, en somm. in Rev. arb., 2009.930 et pourvoi rejeté par Cass. Civ. 1re, 22 septembre 2010 ; C.A. Paris, 18 décembre 2008, *Avelines Conseil Rev. arb*., 2011.673
218 C.A. Paris 18 juin 2013, *Polge,* Rev. arb., 2013.1028, note Th. Bernard.
219 Cass. Civ. 2e, 14 mai 1997, Rev. arb., 1998.703, obs. Y. Derains.
220 Cass. Civ. 1re, 6 décembre 2005, Rev. arb. 2006, p. 126, note Ch. Jarrosson.
221 Cass. Civ. 1re, 17 novembre 2010, Rev. arb., 2011.943, note Ch. Jarrosson.

la responsabilité des arbitres ne pouvait pas être engagée et la Cour d'appel a à bon droit, « *écarté leur responsabilité en l'absence de preuve de faits propres à caractériser une faute personnelle équipollente au dol ou constitutive d'une fraude, ou d'une faute lourde ou un déni de justice* ». Dans le cas où le règlement d'arbitrage du centre d'arbitrage est organisé de telle sorte que le délai d'arbitrage est géré par le centre, la responsabilité du centre d'arbitrage pourra être engagée.[222]

117. Comme nous avons développé, en droit positif, la sanction du dépassement du délai par l'arbitre réside dans l'annulation de la sentence ou l'engagement de la responsabilité de l'arbitre. La sanction de la nullité de la sentence pour dépassement du délai pose un problème essentiel : elle conduit à reprendre l'arbitrage et à augmenter le retard. Une autre solution alternative serait de considérer qu'à partir du moment où le tribunal arbitral dépasse le délai raisonnable pour rendre sa sentence, les parties peuvent avoir la possibilité de présenter leur litige devant le juge étatique. Cette solution présente un inconvénient essentiel qui tient au fait que le juge étatique prendra également à son tour un temps considérable pour étudier l'affaire et se prononcer sur la question posée. Cette solution ne répond pas à la difficulté rencontrée qui était le retard dans la résolution du litige. Il faut alors revenir à la première question qui suggérait une intervention du juge étatique dans la procédure arbitrale pour contraindre l'arbitre à rendre sa sentence. Dans un souci d'efficacité, on pourrait accorder le pouvoir au juge étatique d'imposer une date limite au tribunal arbitral pour rendre sa sentence et de prévoir une sanction à défaut de respect dudit délai.

118. Concernant la maîtrise du délai, en droit français, l'arbitre ne peut pas être maître de la durée de l'arbitrage. Il ne peut donc pas proroger lui-même ce délai[223]. La maîtrise du délai est considérée comme l'affaire des parties, le juge ou éventuellement le centre de l'arbitrage et la jurisprudence se montre très rigoureuse lorsqu'il s'agit de veiller à ce que les arbitres ne disposent pas seuls de la durée de l'arbitrage[224].

Même avant la réforme de 1980-1981, la Cour d'appel de Paris avait jugé que « *les arbitres ne peuvent à leur discrétion prolonger la durée de leur saisine {…}, ce principe, qui tient à la nature même de l'institution, s'applique à tout arbitrage, national ou international* »[225].

222 rappr. Cass. Civ. 1re, 6 juillet 2005, Rev. arb. 2006.429, note P. Pic, rejetant le pourvoi formé contre C.A. Paris, 6 mars 2003, Rev. arb., 2004.887, 1re esp., note D. Bensaude.
223 Exception introduite par le décret du 13 janvier 2011 à l'article 1475 al.2 CPC.
224 Une décision controversée : Cass. Civ. 2e, 7 novembre 2002, Rev, arb., 2002, 112 ; dans le même sens, C.A. Paris 29 juin 2006, Rev, arb. ; 2008.79, 2e esp.
225 C.A. Paris, 27 mai 1974, Rev. arb., 1975.318, note J. Rubellin-Devichii

Néanmoins la Cour de cassation dans un arrêt rendu sur pourvoi dans l'affaire Bruynzeel [226] a jugé que le délai légal français ne s'applique qu'aux sentences rendues en application de la loi française de procédure et que l'ordre public international français n'exige pas que les pouvoirs des arbitres soient enfermés dans un délai légal. Cette solution a été réaffirmée par un arrêt Sonidep du 15 juin 1994[227]. Dans le commentaire de l'arrêt, Bruynzeel, B. Oppetit, a noté la nécessité pour tout juge de juger dans un délai limité. Il a rapproché ce devoir du respect des droits de la défense de l'article 6§1 CEDH. Le risque n'est pas seulement celui du déni de justice, il est également que les arbitres s'octroient la possibilité de prolonger le contrat d'arbitrage aussi longtemps qu'ils le souhaiteraient.

C'est pourquoi, par un arrêt Degrémont de 1994[228], la Cour de cassation a jugé que « *le principe selon lequel le délai fixé par les parties (...) et dans lequel les arbitres doivent accomplir leur mission ne peut être prorogé par les arbitres eux-mêmes traduit une exigence au caractère contractuel de l'arbitrage (...) ; dès lors, la violation de ce principe constitue un cas de refus d'exequatur (...) ; c'est donc à juste titre que la Cour d'appel a jugé qu'en l'espèce, les arbitres, en s'attribuant un pouvoir qui n'appartient qu'aux parties ou, à défaut, à un tiers préconstitué ou au juge étatique avaient méconnu les exigences de l'ordre public international* ». Dans cette affaire, une clause compromissoire un peu étonnante prévoyait que les arbitres devaient suivre le règlement CCI, mais l'arbitrage n'étant pas administré par la CCI, les arbitres avaient, pendant dix ans, prorogé eux-mêmes le délai avant de rendre leur sentence. Dans une telle situation, il existe le risque de déni de justice pour les parties. Pendant toute la durée de l'instance arbitrale (dix ans dans l'affaire Degrémont), les parties ne peuvent pas porter leur litige devant un juge étatique et doivent attendre une sentence dont la date n'est pas déterminable de façon certaine. À notre sens, il y a lieu de considérer que les parties à une telle instance sont privées en quelque sorte de la protection juridictionnelle.

119. La prolongation du délai se fait en principe par accord des parties. Une partie ou un arbitre pourra également demander la prolongation du délai au juge d'appui pour éviter que l'instance s'interrompe après l'expiration du délai. La décision du juge d'appui sur la prolongation du délai est sans recours. Parfois, l'institution d'arbitrage est chargée de prolonger le délai, mais le juge se réserve le droit de vérifier la réalité des prorogations.

---

226 Cass. Civ. 1re, 30 juin 1976, JDI, 1977.114, note B. Oppetit ; Rev.arb., 1977.137, note J. Rubellin-Devichi
227 Rev.arb. ; 1995.88, 1re esp., note E. Gaillard
228 Cass. Civ. 1re, 15 juin 1994, Rev. arb., 1995.88, 2e esp., note E. Gaillard ; Rev. Crit. DIP, 1994.682, note D. Cohen

La jurisprudence française admet la prorogation tacite du délai d'arbitrage par les parties. À partir du moment où la volonté non équivoque des parties qui résulte des éléments même postérieurs à l'expiration du délai d'arbitrage peut être constatée par l'appréciation souveraine des juges de fond, la jurisprudence se montre plutôt compréhensive.[229] Une partie qui a participé sans contestation, à la continuation de la procédure, ne peut la contester rétrospectivement[230]. La Cour d'appel de Paris a décidé que « *le fait pour la partie demanderesse à l'annulation d'avoir, après l'expiration du délai initial de six mois de la procédure, participé avec son adversaire à une audience, puis déposé ses dernières observations postérieurement à celle-ci, constitue une participation active de sa part, sans protestation du délai de l'arbitrage, laquelle prorogation est ainsi réputée avoir été décidée par accord des parties en conformité avec le règlement d'arbitrage applicable* »[231].

Dans le même sens, la Cour d'appel de Paris a décidé dans un arrêt de 10 décembre 2009, *Société Thomas et Associés SA c/ société Cabinet Basson et autres* qu'« *une partie qui postérieurement à l'expiration du délai précédemment convenu, a communiqué des pièces qu'elle présentait elle-même décisives, et qui, de même que l'autre partie, a participé à une nouvelle audience, sans formuler de réserve relativement au délai d'arbitrage, a manifesté sans équivoque sa volonté de proroger la mission de l'arbitre. Dès lors, l'arbitre n'était pas dessaisi lorsqu'il a rendu sa sentence moins de six mois après cette prorogation tacite. Il s'ensuit que le moyen tiré de la violation de l'article 1484-1° du CPC ne peut qu'être écarté* »[232]. Concernant le nouveau terme du délai d'arbitrage après une ou plusieurs prorogations, la Cour de cassation a décidé que le délai légal doit être retenu si rien n'est prévu, sauf si les circonstances montrent une durée autre, par exemple si les arbitres établissent un nouveau calendrier pour arbitrage.

120. Les parties peuvent prévoir dans la convention d'arbitrage ou l'acte de mission une suspension du délai d'arbitrage, par exemple, lorsque les arbitres ordonnent une expertise. Il faut se poser la question de savoir si dans le cas où les parties n'ont pas prévu une telle suspension, les arbitres peuvent sans la demande des parties ou leur accord décider de suspendre le délai d'arbitrage ? Les articles 1472 à 1475 du CPC donnent un pouvoir important de gestion de temps de l'instance arbitrale aux arbitres. L'arbitre est donc autorisé, même en matière

229 Cass. Civ. 1re, 23 mai 2006, *Dalkia*, Bull. I, n°251 p. 220 ; C.A. Paris, 1re C, 22 mai 2008, Rev. arb., 2008.832
230 C.A. Paris, Pôle 1- Ch.1, 17 juin 2010, l'esprit du vélo, en somm. In Rev. arb., 2010.673.
231 *Ibid.*
232 C.A. Paris, Pôle 1 -Ch. 1, 10 décembre 2009, *Société Thomas et associés SA c/ société Cabinet Basson et autre.*

internationale, de surseoir à statuer. Cela « *suspend le cours de l'instance pour le temps ou jusqu'à la survenance de l'événement qu'il détermine* ». La suspension de l'instance peut dépendre totalement des arbitres sans accord des parties. L'article 1475 du CPC prévoit la reprise du cours de l'instance quand la cause de la suspension cesse et son alinéa 2 précise qu'au moment de la reprise de l'instant, le tribunal arbitral peut « *décider que le délai de l'instance sera prorogé pour une durée n'excédant pas six mois* ».

121. Concernant l'interruption de l'instance en matière de procédures collectives, l'article L.622-22 du code de commerce prévoit l'interruption des instances en cours jusqu'à ce que le créancier déclare sa créance. L'ancien article 1465 du CPC renvoyait aux articles 369 à 376 de code de commerce applicables aux juridictions étatiques. Le nouvel article 1471 ne renvoie plus qu'aux articles 369 à 372, mais consacre des dispositions communes à l'article 1474 alinéa 1 sur la suspension de l'instance arbitrale. Si le délai est dépassé, l'instance est éteinte.

Les points d'intervention du juge étatique pour la maîtrise du temps de l'arbitrage sont spécifiquement déterminés par le droit français. La durée de l'arbitrage est l'affaire des parties et du juge étatique. La possibilité de recours au juge concernant la durée de l'arbitrage est généralement admise en droit comparé.

§II. La maîtrise de la durée de l'arbitrage en droit comparé

122. L'importance de l'intervention du juge étatique dans la phase qui précède le début de l'instance arbitrale ne peut être négligée. On constate le soutien apporté par le juge d'appui à l'arbitrage. Les parties et même les arbitres peuvent être amenés à demander l'intervention du juge, quel que soit le lieu de l'arbitrage. Souvent, les législations nationales prévoient des délais procéduraux particuliers auxquels les juges doivent se conformer pour assurer une rapidité relative de la procédure arbitrale. À cet effet, en général, les voies de recours juridictionnelles ne sont pas ouvertes dans de telles situations. Les parties ne peuvent se prévaloir de leurs droits qu'au stade de l'annulation de la sentence. De plus, les juges nationaux doivent veiller à empêcher toutes manœuvres dilatoires.

123. Selon B. Goldman, « *La complémentarité de l'action des juges et de celle des arbitres est considérée comme un acquis ... dans les rôles qui leur sont dévolus pour atteindre l'objectif*

commun, l'efficacité de l'arbitrage commercial international »[233]. Le degré d'achèvement de cette complémentarité des actions du juge et de l'arbitre aide à comprendre l'approche de chaque législation nationale envers l'arbitrage. À cet égard, l'article 5 de la loi type CNUDCI dispose que « *pour toutes les questions régies par la présente loi, les tribunaux ne peuvent intervenir que dans les cas où celle-ci le prévoit* ». Certaines législations nationales se limitent à ce qui est prévu par la loi-type alors que d'autres tendent à minimiser le plus possible l'intervention du juge étatique dans la procédure arbitrale. Le juge étatique est susceptible d'intervenir concernant la désignation, la récusation et le remplacement des arbitres, la maîtrise du temps, le recours en annulation de la sentence arbitrale, l'obtention de preuves, l'adoption de mesures provisoires et conservatoires et, naturellement, l'exécution de la sentence arbitrale.

124. Une liste assez longue des formalités procédurales est, en général, prévue par les législations nationales. Elle concerne notamment la prolongation du délai pour le commencement de la procédure arbitrale, prorogation du délai pour rendre la sentence arbitrale, détermination de mesures en vue de garantir les dépens de l'arbitrage, consolidation de différentes procédures arbitrales au moyen d'une décision judiciaire, invitations d'activer la procédure arbitrale *(order compelling arbitration)*, etc.[234] Ces formalités procédurales définissent, en quelque sorte, les limites et les modalités de l'intervention du juge étatique dans différentes phases de la procédure arbitrale.

125. L'intervention du juge étatique dans la procédure arbitrale est prévue dans le but de mettre en place un équilibre et une complémentarité entre les fonctions du juge et de l'arbitre, ne peut que soutenir l'arbitrage. Le droit français n'est pas le seul à opter pour une telle réglementation, d'autres législations l'adoptent à leur manière. Par exemple, l'article 185 de la loi suisse sur le droit international privé prévoit que « *si l'aide de l'autorité judiciaire est nécessaire dans d'autres cas, on requerra le concours du juge du siège du tribunal arbitral* ». Sa portée va au-delà des mesures auxiliaires spécialement mentionnées comme la désignation, la révocation et le remplacement d'arbitres, l'adoption de mesures provisoires et l'administration de preuves. Le caractère général de la clause permet d'y inclure non seulement

233 « *L'action complémentaire des juges et des arbitres en vue d'assurer l'efficacité de l'arbitrage commercial international* », *Rapport général pour le soixantième anniversaire de la cour d'arbitrage de la CCI*, Paris, 1984, p. 271.

234 Les sections 455 et suivantes de la loi de procédure civile norvégienne sont particulièrement intéressantes. Voir G. Cordero Moss., *International Commercial Arbitration. Party Autonomy and Mandatory Rules*, Oslo, 1999, pp. 161- 162.

la fixation judiciaire des délais de la procédure, mais aussi toute intervention qui aurait pour but la sauvegarde des droits de la défense des parties[235].

126. Le droit anglais prévoit l'intervention du juge pour proroger le délai prévu par les parties. Lorsque la convention d'arbitrage prévoit un délai particulier avant lequel la sentence arbitrale doit être prononcée, à défaut d'accord contraire des parties, le juge étatique peut intervenir en accord avec les dispositions de l'article 50 de l'EAA pour proroger le délai. Une demande de prorogation de délai peut être formée soit par le tribunal arbitral (sur une notification des parties), soit par l'une des parties (sur une notification du tribunal et d'autres parties) après d'avoir usé de tout processus arbitral pour l'obtention d'une prorogation de délai.

Le juge anglais, ne permet la prorogation de délai que lorsqu'une injustice substantielle, pourrait subvenir de l'extinction de la procédure arbitrale. Le délai supplémentaire accordé à la procédure arbitrale dépend de l'appréciation souveraine des juges. Le juge peut proroger le délai pour une durée qu'il estime nécessaire et dans les modalités qu'il considère comme appropriées, même si le délai prévu auparavant par le contrat a expiré. Une autorisation de la Cour est exigée pour tout recours contre une décision de la Cour en vertu de l'article 50.

L'EAA, a introduit pour la première fois, une obligation générale pour les parties d'éviter tout retard et dépense non nécessaire. Cela encourage les arbitres à imposer un calendrier strict pour s'assurer que la procédure arbitrale avance dans les limites prévues. En vertu de l'article 40 de l'EAA, les parties ont une obligation générale de faire le nécessaire pour que la procédure arbitrale s'avance proprement et de respecter les directions du tribunal arbitral.

127. Malgré les divergences existantes sur les modalités de l'intervention du juge dans la maîtrise du temps de l'arbitrage, le droit suisse et le droit anglais admettent tous les deux l'intervention du juge dans les différends concernant la durée de l'arbitrage. La LDIP suisse, par une disposition générale, a permis au juge d'intervenir chaque fois qu'il estime nécessaire. La tâche de la détermination des cas précis d'intervention et les modalités de celui-ci repose sur la jurisprudence suisse. Au contraire, l'EAA a prévu les cas et les modalités de l'intervention du juge concernant la durée de l'arbitrage notamment, pour la prorogation du délai déterminé par les parties pour le prononcé de la sentence arbitrale.

128. Un tribunal arbitral qui rend une sentence après l'expiration d'un délai convenu pour sa reddition n'est plus compétent *ratione temporis*. Le tribunal fédéral suisse a annulé une sentence

235 A. Bucher, *Le nouvel arbitrage international en Suisse*, Bâle, 1988, p. 78-79.

arbitrale rendue après l'expiration du délai convenu pour sa reddition[236]. Dans cette affaire, l'arbitrage ad hoc avait été initié en juin 2010 et les parties avaient présenté leurs plaidoiries finales en mai 2011. À partir de juin 2012, le conseil du demandeur a voulu suivre l'état d'avancement du dossier, sans obtenir de réponse convaincante. Il a ensuite menacé le tribunal de porter l'affaire devant le juge d'appui suisse. L'arbitre s'était, en conséquence, engagé à démissionner s'il ne rendait pas la sentence dans un certain délai. La sentence a été rendue deux jours après le délai convenu.

Le demandeur se fonde sur l'article 190 (2) (a) LDIP, pour obtenir l'annulation de la sentence au motif qu'elle avait été rendue par un tribunal arbitral qui n'existait plus. Le tribunal a admis le recours en annulation sur une base juridique différente. Selon le tribunal un accord tripartite avait eu lieu entre les parties et l'arbitre fixant une limite temporelle à la mission de l'arbitre. Il ressort de cet arrêt que si une limite temporelle a été convenue pour la mission de l'arbitre, une sentence rendue après cette date peut être annulée sur le fondement de l'article 190 (2) (b) LDIP, car le tribunal n'est plus compétent *ratione temporis*.

236 TFS arrêt n° 140 III 75.

Conclusion

129. L'admission de l'intervention du juge étatique dans la procédure arbitrale est incontournable, d'une part pour le bon fonctionnement, voire le déroulement de la procédure arbitrale, et d'autre part pour le respect des principes comme l'autonomie de la volonté des parties. L'intervention du juge dans les premières étapes de la procédure arbitrale est admise, en principe, en droit comparé, malgré l'existence des divergences tenant aux attitudes différentes des législations nationales à l'égard de l'arbitrage. Le tribunal arbitral est compétent pour trancher le litige entre les parties, mais le juge étatique peut intervenir en cas de litige entre les parties et le tribunal arbitral. De plus, l'exercice la fonction de juger par le tribunal arbitral suppose son existence et tout obstacle à sa formation nécessite l'intervention du juge.

L'intervention du juge étatique peut être nécessaire pour la constitution du tribunal arbitral. Également, toute difficulté concernant la récusation des arbitres peut être réglée par l'intervention du juge étatique. Son intervention n'affecte pas la résolution du litige et se limite aux questions relevant de la procédure. Pendant la procédure arbitrale, le juge étatique peut être amené à intervenir dans la procédure arbitrale pour la maîtrise du temps de l'arbitrage. Le délai de l'arbitrage est à la disposition des parties et du juge étatique. Il échappe à la disposition des arbitres.

130. L'intervention du juge étatique est relativement limitée en présence d'une institution d'arbitrage. Dans le cadre de l'arbitrage institutionnel, les institutions de l'arbitrage mettent en place la procédure arbitrale. Elles désignent les arbitres et reçoivent les demandes de récusation des arbitres. Les institutions arbitrales ont pour mission d'encadrer la procédure arbitrale et peuvent déterminer la durée de l'arbitrage. Néanmoins, le recours au juge étatique peut être nécessaire dans certaines situations même dans le cadre de l'arbitrage institutionnel, notamment en cas de risque de déni de justice. L'examen du droit positif a montré l'existence de certaines failles dans le dispositif actuel. On peut donc penser qu'il faut admettre l'intervention plus poussée du juge dans le cadre de l'arbitrage institutionnel pour la protection des droits des parties.

Le juge étatique pourra également intervenir pour prononcer des mesures provisoires et conservatoires (voir le Chapitre I du Titre II). Il assure la protection juridictionnelle provisoire de tous les justiciables. Pendant la procédure arbitrale, son intervention est limitée au strict nécessaire en raison de la présence du tribunal arbitral, néanmoins, avant la constitution du

tribunal arbitral, le juge étatique est principalement compétent pour ordonner des mesures provisoires et conservatoires.

Chapitre II. L'intervention du juge étatique du provisoire dans l'arbitrage, avant la constitution du tribunal arbitral

131. Le sujet des mesures provisoires et conservatoires représente un aspect de la procédure d'une grande importance pratique, mais également théorique touchant la nature même de l'arbitrage. L'arbitrage n'étant pas une justice permanente et les tribunaux arbitraux étant constitués ponctuellement pour le règlement de litiges que les parties ont décidé de soumettre à l'arbitrage, dans l'attente de la constitution du tribunal arbitral, les parties peuvent avoir besoin d'une protection juridictionnelle provisoire.

Avant la constitution du tribunal arbitral, une des parties peut avoir besoin d'obtenir des mesures provisoires ou conservatoires en vue de protéger ses intérêts ou protéger le *statu quo*. En l'absence du tribunal arbitral valablement constitué, le juge étatique est compétent pour connaître les demandes concernant les mesures provisoires et conservatoires (Section I). Néanmoins, aujourd'hui, cette compétence du juge étatique est concurrencée par la procédure d'arbitrage d'urgence mise en place par les institutions d'arbitrage. L'arbitre d'urgence est également compétent pour prononcer des mesures provisoires et conservatoires dans le cadre de l'arbitrage institutionnel. Il faut donc s'interroger sur la compétence de l'arbitre d'urgence afin de comprendre dans quelle mesure elle remet en cause la compétence du juge étatique (Section II).

Section I. Le prononcé des mesures provisoires et conservatoires avant la constitution du tribunal arbitral

132. Avant la constitution du tribunal arbitral, le juge étatique est principalement compétent pour examiner les demandes de mesures provisoires et conservatoires (Sous-section I). Il assure la protection juridictionnelle provisoire des parties jusqu'à la constitution du tribunal arbitral. À cet effet différents types de mesures provisoires et conservatoires sont à la disposition du juge étatique (Sous-section II).

Sous-section I. La compétence du juge étatique pour prononcer les mesures provisoires et conservatoires

133. Le juge étatique est en principe responsable de la protection juridictionnelle provisoire des justiciables. Avant la constitution du tribunal arbitral, les parties peuvent se référer au juge étatique, faute d'autre autorité compétente, pour résoudre leurs litiges notamment relatifs aux mesures provisoires et conservatoires (§I). Toutefois, le prononcé de certaines mesures par le juge peut permettre aux parties d'éviter le recours à l'arbitrage. C'est la raison pour laquelle le domaine d'intervention du juge étatique en présence d'une convention d'arbitrage est délimité (§II).

§I. L'admission de l'intervention du juge étatique de provisoire pour connaître les demandes de mesures provisoires et conservatoires

134. Il convient de noter que l'intervention du juge étatique à ce stade de la procédure pour prononcer des mesures provisoires et conservatoires est indispensable notamment en vue du respect du droit des parties à une protection juridictionnelle provisoire (A). Le régime de l'intervention du juge étatique à cet effet est adapté à la nature spécifique des mesures provisoires et conservatoires (B).

A. La nécessité de l'intervention du juge étatique pour la protection provisoire des justiciables

135. La spécificité de la procédure arbitrale concernant les mesures provisoires réside dans la notion de protection juridictionnelle. Par le contrat social, les citoyens remettent à un tiers appelé État (la cité, la république) le pouvoir de trancher leurs différends. Le juge détient l'*imperium* qui est dans le sens large du terme l'ensemble des prérogatives qui sont propres à la souveraineté étatique notamment le pouvoir de juger et contraindre directement – l'*imperium merum* ou *imperium* pur.[237] Selon Charles Jarrosson, l'État a donc un devoir de protection juridictionnelle à l'égard du justiciable et tout manquement de l'État à ce devoir est considéré comme un déni de justice. En arbitrage, il est possible de confier la fonction de trancher les différends à l'arbitre. On peut donc accorder une part de l'imperium à un acteur privé qui n'est

237 Ch. Jarrosson, « *réflexion sur l'imperium* », in *mélanges offerts à Pierre Bellet*, avant-propos P. Drai, Paris, Litec, 1991, p.245-279.

pas initialement détenteur de prérogatives de puissance publique. L'important est que la protection juridictionnelle du justiciable soit satisfaite.

La protection juridictionnelle se concrétise par une procédure qui se déploie dans le temps. Mais il existe un risque pour la partie qui utilise cette procédure, que la durée de procédure se retourne contre elle. Ce risque se concrétise à chaque fois qu'une situation d'urgence se présente, comme la menace de destruction imminente d'une preuve déterminante pour un éventuel litige ultérieur, ou comme l'organisation de son insolvabilité par le débiteur.

136. Dans un litige où il faut intervenir immédiatement, les formalités d'une procédure peuvent s'ajouter à la situation initiale pour créer un préjudice à l'encontre du justiciable. Le risque substantiel est donc doublé par un risque processuel. Premièrement, la constitution du tribunal arbitral prend du temps. Lorsque le tribunal arbitral n'est pas encore constitué, il ne peut pas répondre immédiatement aux besoins de l'une ou de l'autre des parties qui est en situation de danger imminent. Deuxièmement, le déroulement de l'instance arbitrale requiert du temps et la durée de la procédure peut porter préjudice aux parties dans une situation d'urgence. De ce raisonnement vient la nécessité des mesures provisoires. Les parties à une procédure arbitrale doivent pouvoir compter sur l'octroi des mesures provisoires comme les autres justiciables, car cela relève d'un droit fondamental de protection juridictionnelle. A défaut, apparaît le risque du déni de justice.

137. Avant la constitution du tribunal arbitral, les parties doivent pouvoir présenter les demandes de mesures provisoires et conservatoires devant le juge étatique, faute de caractère permanent de l'arbitrage. Certains auteurs considèrent que l'intervention du juge étatique contredit le but initial du recours à l'arbitrage et peut dans le cadre des mesures provisoires et conservatoires, résoudre le litige entre les parties avant la constitution du tribunal arbitral et ainsi vider la procédure arbitrale de tout intérêt. Il a été donc suggéré que la solution la plus appropriée serait d'accélérer la constitution du tribunal arbitral[238]. Toutefois, la constitution rapide n'est souvent pas possible et les législations nationales en particulier le droit français et le droit anglais prévoient des fonctions complémentaires ou parallèles pour le juge et l'arbitre. La compétence du juge étatique pour ordonner des mesures provisoires et conservatoires est largement admise en droit comparé et résulte en l'émergence d'un principe de complémentarité

238 G. Marchisio, *The notion of Award in International Commercial Arbitration : A Comparative Analysis of French Law, English Law, and the UNCITRAL Model Law*, 2017 p.145 (ISBN 978-90-411-8391-0).

des fonctions du juge et de l'arbitre[239]. Ce principe est clairement affirmé dans la version 2006 de la loi-type CNUDCI[240]

138. La jurisprudence française n'interdit pas de saisir le juge étatique en référé concernant les mesures provisoires, en présence d'une convention d'arbitrage. Elle a considéré qu'une clause compromissoire dans un contrat ne fait pas obstacle à la compétence du juge des référés pour nommer un séquestre, lorsqu'un contrat de cession de droit d'adaptation cinématographique a été résolu de plein droit. En l'absence de difficultés sérieuses relatives à l'interprétation ou aux conditions d'application de la clause résolutoire, le cédant est fondé à demander la mise sous séquestre du film dont la projection publique aurait pour effet de compromettre irrémédiablement les droits d'adaptation recouvrés par le cédant[241]. Il est également admis par la jurisprudence que la saisine du juge étatique concernant de telles mesures ne signifie pas la renonciation à la convention d'arbitrage[242].

139. L'ancien article 1558 de CPC disposait que « *Lorsqu'un litige dont un tribunal arbitral est saisi en vertu d'une convention d'arbitrage est porté devant une juridiction de l'État, celle-ci doit se déclarer incompétente. Si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi, la juridiction doit également se déclarer incompétente à moins que la convention d'arbitrage ne soit manifestement nulle. Dans les deux cas, la juridiction ne peut relever d'office son incompétence* ».

Cet article excluait toute intervention de « juridiction de l'État » dans un litige supposément soumis à l'arbitrage avant la saisine du tribunal arbitral. La disposition, interprétée largement pouvait englober le juge des référés, mais la Cour de cassation est venue préciser la portée de cette notion en considérant que seul le juge du fond peut rentrer dans le champ d'application de

239 C. Chainais, Ch. Jarrosson, « L'urgence avant la constitution du tribunal arbitral » in G. Keutgen, *L'arbitrage international et l'urgence* (Bruylant 2014), L. E. Graham, « Interim Measures : ongoing Regulation and Practices (A view from the UNCITRAL Arbitration Regime) » in Albert Jan van den Berg, *50 Years of the New York Convention : ICCA International Arbitration Conference*, 561 (Kluwer Law 2009) ; Charles Price, *Conflict with State Courts* in Johan Billiet, *Interim Measures in International Commercial Arbitration*, 39 (Maklu 2007) ; A. Yesilirmak, *provisional Measures in International Commercial Arbitration*, 65 ff. (Kluwer Law 2005) ; S. Besson, *Arbitrage international et mesures provisoires,* (Schulthess 1998) p.148.

240 Article 17 de la loi-type CNUDCI (J): « *Un tribunal dispose, pour prononcer une mesure provisoire en relation avec une procédure d'arbitrage, qu'elle ait ou non son lieu sur le territoire du présent État, du même pouvoir que celui dont il dispose en relation avec une procédure judiciaire. Il exerce ce pouvoir conformément à ses propres procédures en tenant compte des particularités d'un arbitrage international.* »

241 Trib. Civ. Seine (réf), 7 mars 1951, J.C.P., 1951, II, n°6178, note J. M., Gaz. Pal., 1951, 1, p.233.

242 Cass. Com., 3 juil. 1951, D., 1951, p. 701, R.T.D.civ., 1952, p.99 ; civ. (2e sect.), 4 déc. 1953, D., 1954, p. 108 ; Cass. Com., 4 nov. 1959, Gaz. Pal., 1960, 1, p. 191.

cet article et les parties pouvaient continuer à avoir recours au juge des référés pour des mesures provisoires.[243]

140. Dans l'arrêt *Atlantic Triton*[244], la Cour de cassation a étendu sa jurisprudence en matière d'arbitrage interne aux cas impliquant une convention arbitrale internationale. Dans cet arrêt, la Cour de cassation a été amenée à donner son interprétation de l'article 26 de la Convention de Washington instituant le CIRDI qui dispose que « *le consentement des parties à l'arbitrage est, sauf stipulation contraire, considéré comme renonciation à l'exercice de tout autre recours* ». Pour la Cour de cassation, la renonciation au recours au juge du fond pour le règlement d'un litige est différente de la renonciation à la possibilité de recourir au juge des référés pour des mesures provisoires. Dans cet arrêt, la Cour de cassation a rejeté l'interprétation de la Cour d'appel[245], soutenue par une partie de la doctrine internationale[246], et a considéré que l'article 26 de la Convention n'interdit pas aux parties de s'adresser à un juge étatique pour obtenir des « *mesures conservatoires destinées à garantir l'exécution de la sentence* ».

141. Depuis le décret du 13 janvier 2011 portant la réforme de l'arbitrage, l 'article 1449 de CPC dispose que « *l'existence d'une convention d'arbitrage ne fait pas obstacle, tant que le tribunal n'est pas constitué, à ce qu'une partie saisisse une juridiction de l'État aux fins d'obtenir une mesure d'instruction ou une mesure provisoire ou conservatoire* ». Concernant le moment de la constitution du tribunal arbitral, il faut se référer à la convention d'arbitrage et à défaut de dispositions spécifiques à la loi applicable à la procédure arbitrale[247].

Cette solution du droit français qui implique une complémentarité des rôles du juge étatique et arbitre est conforme à l'esprit de la plupart des conventions internationales comme la

---

243 Cass. Civ. 3e, 7 juin 1979, Bull, civ., III, n0122, D, 1979, I.R. p. 536 ; Gaz. Pal., 1979, 2, p. 492, note J. Viatte ; Rev. arb., 1980, p. 78, note P. Courteault ; Civ. 1re, 20 mars 1989, Rev. arb., 1989, p. 653-667, note Ph. Fouchard, R.T.D.civ., 1989, p. 623-6225, obs. R. Perrot / Com., 20 mai 1997, Bull. civ., IV, n° 153, où la Cour décide que « *les parties à un arbitrage peuvent s'adresser au juge étatique pour demander des mesures conservatoires destinées à garantir l'exécution de la sentence à venir* » / Cass. Civ. 2e, 7 mars 2002, Bull. civ., II, n°31, Rev. arb., 2002, p. 214 (Som.) : « *la clause compromissoire n'exclut pas, tant que le tribunal arbitral n'est pas constitué, la faculté de saisir le juge des référés aux fins de mesures provisoires ou conservatoires.* »

244 Cass. Civ.1re 18 nov. 1986, *Sté Atlantic Triton*, Rev. crit. D.I.P., 1987, p. 760, note B. Audit, Rev. arb., 1987, p. 315, note G. Flécheux, J .D.I., 1987, 125, note E. Gaillard, *Droit maritime français*, 1987, p. 697-706, note Ch. Jarrosoon et M. Rémond-Guilloud.

245 C.A Rennes, 26 oct. 1984, J.D.I., 1985, p. 925-945, note E. Gallard, Rev. arb., 1985, p. 439-456, note G. Flécheux.

246 Par ex. G. Deleaume, « *ICSID Arbitration Proceedings : Parctical aspects* », Pace law Rev., 1985, p. 582-583.

247 V. C.A. Caen, 10 octobre 2013, N° 12/04006 : « (*A)u jour où le juge des référés commerciaux a été saisi par assignation du 19 octobre 2012, le tribunal arbitral n'était pas constitué puisque, selon les propres explications de la société Contextus, les deux arbitres désignés par chacune des parties n'ont désigné le président du tribunal arbitral que le 4 décembre 2012, lequel n'a accepté sa mission qu'ultérieurement*. »

convention européenne de Genève sur l'arbitrage commercial international du 21 avril 1961[248], le règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce international[249], le règlement CNUDCI[250], ou le règlement de l'American Arbitration Association[251].

142. En droit anglais, il est en général établi que l'intervention du juge étatique concernant les mesures provisoires et conservatoires soit sollicitée dans les cas où le tribunal arbitral n'est pas en mesure d'agir efficacement et notamment avant la constitution du tribunal arbitral pour assurer le droit des parties au juge. En droit anglais, la section 44 d'EAA (*English Arbitration Act*) de 1996 admet la possibilité de recourir au juge étatique dans les cas où l'arbitre est dans l'impossibilité de prendre des mesures efficaces ou n'a pas le pouvoir de prendre de telles mesures[252].

La doctrine anglaise considère que l'inexistence du tribunal arbitral peut être assimilée à un cas d'impossibilité d'agir efficacement, lorsque celui-ci n'est pas encore constitué[253]. Les juges ont suivi la position de la doctrine dans l'affaire *Cetelem SA v. Roust Holdings Ltd*[254]. En plus de la condition de l'impossibilité de l'arbitre d'agir de manière effective, il faut également que la situation présente un caractère d'urgence pour que le juge anglais puisse intervenir. Selon l'article 44(4) EAA « *if the case is not one of urgency, the court shall act only on the application of a party to the arbitral proceedings… made with the permission of the tribunal or the agreement in writing of the parties*».

248 L'article VI-4 : « *une demande de mesures provisoires ou conservatoires adressée à une autorité judiciaire ne doit pas être considérée comme incompatible avec la convention d'arbitrage ni comme soumission de l'affaire quant au fond au tribunal judiciaire.* »
249 L'article 28, alinéa 2 dispose que la saisine d'une autorité judiciaire pour obtenir des provisoires ou conservatoires ne contrevient pas à la convention d'arbitrage, ne constitue pas une renonciation à celle-ci et ne préjudicie pas la compétence du tribunal arbitral à ce titre.
250 L'article 26, alinéa 3 : « *une demande de mesures provisoires adressée par l'une ou l'autre partie à une autorité judiciaire ne doit pas être considérée comme incompatible avec la convention d'arbitrage ni comme une renonciation du droit de se prévaloir de ladite convention*. » La notice explicative de la loi-type de la CNUDCI précise qu'on ne peut pas invoquer une demande adressée au juge étatique concernant les mesures provisoires pour démontrer la renonciation à la convention d'arbitrage ou contester son existence ou l'effet.
251 l'article 21 (3) du règlement dispose qu'une demande adressée par une partie à un juge étatique pour des mesures provisoires ne doit pas être interprétée comme renonciation à la convention d'arbitrage et n'est pas incompatible avec celle-ci.
252 L'article 44(5) EAA : *Il est possible pour les parties de recourir aux juridictions étatiques « to the extent that the arbitral tribunal, and any arbitral or other institution or person vested by the parties … has no power or is unable for the time being to act effectively* ».
253 R. Merkin et L.Flannery, *Arbitration Act 1996*, (Routledge 2014), p. 177 ; H. Seriki, *Injunctive Relief and International Arbitration*, 91 (Informa Law 2015) ; D. St J. Sutton, J. Gill et M. Gearing, *Russel on arbitration*, (Sweet and Maxwell 2007), p.432 ; K. O'Callaghan et J. Finnis, *Support and supervision by the Courts in Julian D.M. et al., Arbitration in England*, (Kluwer Law 2013), p.430.
254 *Cetelem SA v. Roust Holdings Ltd* (2004) EWHC 3175 (QB).

143. Aux États-Unis, *US Federal Arbitration Act* (FAA), prévoit la compétence du juge étatique pour ordonner des mesures provisoires et conservatoires pour certaines catégories limitées de litiges. Dans plusieurs affaires dans le cadre de FAA, le pouvoir d'intervention du juge a été reconnu pour ordonner des mesures provisoires et conservatoires dans le but de préservation du *statu quo* et de l'efficacité de la procédure arbitrale, avant la constitution du tribunal arbitral[255]. La question a été clairement tranchée dans l'affaire *Toyo Tire Holdings*[256]. En effet, le requérant exerçait un recours contre une décision du juge étatique rejetant sa demande d'une mesure provisoire et conservatoire. Dans cette affaire, les parties avaient prévu de confier le règlement de leur litige à la CCI en se référant au Règlement CCI de 1998. La demande d'arbitrage avait été enregistrée, mais le tribunal arbitral n'était pas encore constitué. Il a été décidé que le recours au juge étatique pour obtenir des mesures provisoires et conservatoires ne peut être considéré comme un non-respect de la convention d'arbitrage. Au contraire, l'intervention du juge est nécessaire pour la préservation du *statu quo* et par conséquent de « *meaningfulness* »[257] de la procédure arbitrale. Également, la Cour a souligné que dans certaines situations, le retard dans le prononcé d'une mesure nécessaire peut priver d'effet la sentence arbitrale sur le fond[258].

144. En général en droit comparé, le juge étatique est compétent pour ordonner des mesures provisoires et conservatoires nécessaires, avant la constitution du tribunal arbitral. Pour l'octroi des mesures en question, le juge étatique ne peut étudier le fond du litige, mais doit prendre en compte certaines considérations tenant aux circonstances de l'espèce. La nature spécifique des mesures provisoires et conservatoires exige un régime particulier de l'intervention du juge.

B. Le régime de l'intervention du juge étatique pour ordonner les mesures provisoires

145. En droit français, les mesures provisoires et conservatoires sont ordonnées à l'issue d'une procédure spécialement adaptée à cet effet (1). Également, certaines conditions doivent être remplies pour l'obtention de ces mesures (2).

255 *Blom ASA v. Pictometry International Corp*. 757 F. Supp. 2d 238 (2010)
256 *Toyo Tire Holdings Of Ams Inc v. Cont'l Tire N. Am. Inc*, 609 F. 3d 975 (2010).
257 *Ibid*, §12.
258 *Ibid*, §13 et 14.

1. Les modalités procédurales de l'intervention du juge du provisoire pour ordonner les mesures provisoires et conservatoires

146. Dans un sens large, la « mesure provisoire » peut être définie comme toute décision de justice susceptible, en raison de son objet ou sa nature d'être révisée sur la preuve d'un fait nouveau qui modifie les données génératrices de droit[259]. Une décision de justice peut également être provisoire en raison de la juridiction qui l'a prononcé. La décision d'un juge qui a un pouvoir juridictionnel limité et qui n'est pas saisi au principal, est considérée comme une mesure provisoire en raison des pouvoirs limités de la juridiction dont elle émane. Une telle décision ne reçoit pas l'autorité de la chose jugée et le juge principal saisi sur le fond peut la modifier[260]. L'ordonnance de référé constitue un exemple d'une mesure provisoire de ce type, car émanant de la « juridiction de référé », elle est introduite dans une procédure simplifiée et accélérée. L'ordonnance de référé est une décision provisoire et peut être modifiée en cas de circonstances nouvelles.

147. L'article 1449 du CPC désigne le président du tribunal judiciaire ou du tribunal de commerce comme compétent en matière des mesures provisoires demandées par des parties à une convention d'arbitrage. Le président du tribunal de commerce sera compétent pour des matières commerciales. L'article 1449 du CPC est silencieux sur la question de compétence territoriale du juge pour prononcer les mesures provisoires et conservatoires. La Cour de cassation a répondu à cette question dans l'arrêt récent *Système U* [261]. Elle a décidé qu'« *il résulte des articles 42, 46, 145 et 493 du code de procédure civile que le juge territorialement compétent pour statuer sur une requête fondée sur le troisième de ces textes est le président du tribunal susceptible de connaître de l'instance au fond ou celui du tribunal dans le ressort duquel les mesures d'instruction sollicitées doivent, même partiellement, être exécutées, sans que la partie requérante puisse se prévaloir d'une clause compromissoire* ». La Cour a ajouté qu'« *en présence d'une telle clause, le tribunal étatique susceptible de connaître de l'instance au fond est celui auquel le différend serait soumis si les parties, comme elles en ont la faculté, ne se prévalaient pas de la convention d'arbitrage* ».

259 G. Cornu, *Vocabulaire Juridique, Presses Universitaires de France*, 2e éd. 1991, p. 630
260 *Ibid.*
261 Cass. Civ. 1re, 23 juin 2021, *Système U*, n° 19-13.350, D. 2021. 1244.

Lorsqu'une demande est formée sur le fondement de l'article 145 du CPC[262], la partie dispose d'un choix entre le juge du lieu d'exécution des mesures et celui qui aurait été, à défaut de clause compromissoire, compétent pour connaître du fond. La Cour a visé les articles 42 et 46 du code, pour souligner que le juge compétent au fond peut être celui du domicile du défendeur, mais également, en matière contractuelle, celui du lieu de l'exécution de la prestation de service ou du lieu de la livraison de la chose. En application de cet arrêt, les juridictions parisiennes ne disposent pas d'une compétence générale pour connaître de ces demandes.

148. Le président du tribunal judiciaire statue sur requête suivant les règles définies aux articles 488 et suivants du CPC, ou en référé suivant les règles énoncées par les articles 493 et suivants du même code, lorsqu'à fin de l'effectivité de la mesure, il n'est pas nécessaire de respecter le principe de contradictoire[263]. Il existe des situations dans lesquelles il est important de prendre une partie au litige par surprise pour que la mesure ordonnée soit efficace, d'où l'importance d'une procédure sur requête. La Cour de cassation avait décidé que l'existence d'une clause compromissoire n'exclut pas la possibilité pour le président du tribunal *« d'ordonner sur requête toutes les mesures urgentes dont les circonstances exigent qu'elles ne soient pas prises contradictoirement* »[264]. En effet, le CPC était silencieuse sur ce point, mais la doctrine s'était montrée favorable à cette possibilité.

149. La procédure de référé est apparue au XVII siècle dans la jurisprudence du Châtelet de Paris dans l'objectif de constituer une procédure rapide et spéciale[265]. Elle a été officiellement introduite par l'édit du 22 janvier 1685 uniquement pour les affaires urgentes. Aujourd'hui, le champ d'application de cette procédure est significativement élargi et la condition d'urgence a perdu sa force initiale[266]. Le recours aux juges de référé dans différents domaines de droit n'est plus une procédure exceptionnelle. Le juge des référés intervient de façon rapide pour prendre des mesures nécessaires dans des questions diverses et variées qui seront par la suite examinées

---

262 « *S'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige, les mesures d'instruction légalement admissibles peuvent être ordonnées à la demande de tout intéressé, sur requête ou en référé.* »

263 J. Héron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé*, 5e éd., Montchrestien, 2012, n° 401, in fine, qui inclinent à y avoir une procédure spéciale, dont ils précisent toutefois qu'elle devrait être combinée avec les procédures en référé ou sur requête.

264 Cass. Com., 10 mars 1998, Rev. arb., 1999, note A. Hory : « *attendu que l'arret attaqué énonce à bon droit que l'existence d'une clause compromissoire ne prive pas le président du tribunal de commerce du pouvoir qu'il tient de l'article 875 du n.c.p.c. d'ordonner sur requête toutes les mesures urgentes dont les circonstances exigent qu'elles ne soient pas prises contradictoiremen*t. »

265 H. Solus, R. Perrot, *Droit judiciaire privé ,* t. III, Sirey, 1991, p.1056, n°1255

266 Sur l'évolution historique de la procédure de référé, V. P. Estoup, *La pratique des procédures rapides, référé, ordonnances sur requête, procédures d'injonction*, Litec 1998, p.10 ets. ; Solus, Perrot, p. 1057 et s., n° 1255 et s.

par le juge saisi au fond. Classiquement, les référés sont divisés en cinq catégories générales : le référé classique en cas d'urgence, le référé de remise en état, le référé préventif, le référé provision et le référé-injonction.

Le référé classique sur urgence permet au juge d'ordonner toute mesure appropriée pour peu que la condition d'existence d'une situation d'urgence soit remplie et que le prononcé de la mesure ne se heurte à aucune contestation sérieuse.

Dans le cadre de référé de remise en état, le juge a la possibilité de prendre des mesures nécessaires pour prévenir un dommage imminent ou pour cesser un trouble manifestement illicite, même s'il existe une contestation sérieuse contre la mesure demandée. Il est évidemment inutile de se référer à la condition d'urgence, car celle-ci est prise en compte lors de l'examen du dommage imminent qui justifie le référé de remise en état.

L'usage du référé préventif est particulièrement important dans le cadre des mesures d'instruction *in futurum*. Pour prendre des mesures de référé préventif, le juge n'est pas limité par la condition d'urgence ni celle d'absence de contestation sérieuse, il suffit qu'un motif légitime tenant à la conservation ou l'établissement des preuves nécessaires à la résolution du litige soit en cause.

Le référé le plus problématique est le référé provision qui permet au juge d'accorder une provision au créancier si l'existence de la créance n'est pas sérieusement contestable. Les conditions d'existence d'une situation d'urgence et l'absence de contestation sérieuse concernant la mesure ne sont pas nécessaires dans le cadre du référé provision. La seule condition concerne la créance elle-même qui ne doit pas être sérieusement contestable. La provision accordée par le juge français peut couvrir jusqu'à l'intégrité de la créance.

Pour ordonner l'exécution d'une obligation, le juge des référés peut utiliser le « référé-injonction de faire », si l'existence de l'obligation en question n'est pas sérieusement contestée. En effet cette dernière procédure de référé a été introduite à la demande des consommateurs pour obtenir la livraison ou la restitution d'un bien, ou encore la réalisation d'un service[267].

150. Dans le cadre de l'arbitrage, selon l'article 1469 du CPC, une partie à l'arbitrage peut faire assigner un tiers devant le président du tribunal judiciaire aux fins d'obtenir les preuves nécessaires au déroulement de l'instance : « *La demande est formée, instruite et jugée comme*

267 P. Estoup, *La pratique des procédures rapides, référés, ordonnances sur requête, procédures d'injonction*, Litec, 1998, p. 120, n°114.

en matière de référé ». La lecture du texte de l'article 1469 CPC suggère que la décision ordonnant une mesure provisoire ou conservatoire « *n'est pas exécutoire de plein droit* ». Dans le cadre de l'arbitrage les règles concernant les recours ne sont pas celles du droit commun du référé au fond. Le principe est l'absence de recours (l'article 1460 du CPC). Néanmoins l'article 1469 prévoit la possibilité d'appel « dans un délai de quinze jours suivant la signification de la décision ».

2) Les conditions de l'intervention du juge du provisoire

151. L'article 1449 prévoit deux conditions pour saisir le juge étatique en présence d'une convention d'arbitrage avant la constitution du tribunal arbitral. Le premier est l'hypothèse du motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution du litige (a) et le second est le prononcé de mesures provisoires ou conservatoires en cas d'urgence (b)[268].

a. Le motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution du litige

152. Selon l'article 1449 du CPC, le juge étatique a la possibilité d'ordonner des mesures d'instruction « *dans les conditions de l'article 145 du CPC* », c'est-à-dire « *s'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige* ». Les mesures d'instruction préventives doivent être sollicitées « *avant tout procès* », avant que le tribunal arbitral soit constitué. Selon la Cour de cassation seul le fait pour les parties de désigner un arbitre ne constitue pas la constitution du tribunal arbitral et il faut attendre l'acceptation de leurs missions pas les arbitres[269]. Par conséquent, si une des parties soupçonne la disparition d'une preuve avant la constitution du tribunal arbitral, elle pourra demander sa préservation devant le juge étatique.

153. Le recours au juge à ce stade peut engendrer des procédures parallèles notamment avec l'appréciation du rapport d'expertise par le tribunal arbitral.

---

268 Sur une présentation clairement dissociée entre procédures provisoires et cas d'ouverture des procédures provisoires voir S.Guinchard, C.Chainais, F. Ferrand, *Procédure civile*, Dalloz, 2012, n° 2097 et s., et n° 2126 et s.

269 Cass. Civ. 1re, 26 avril 2006, Rev. arb., 2007, 79, note J.El Ahdab ; Procédures, 2006, n° 150, obs. R. Perrot.

L'expertise est décrite comme une « *mesure d'instruction consistant à charger une ou plusieurs personne(s) compétente(s) appelée(s) expert(s) de faire des constatations techniques et d'exposer au tribunal le résultat de leur examen dans un rapport* »[270]. Aujourd'hui l'expertise a une importance cruciale. Malgré une tendance croissante à la spécialisation de l'arbitre, la réalité scientifique excède encore les compétences de l'arbitre. L'expertise apparaît dès lors comme une nécessité. L'appréciation de la valeur des expertises présentées revent à l'arbitre pendant la procédure arbitrale. Néanmoins, avant la constitution du tribunal arbitral, le juge étatique est seul chargé d'ordonner une mesure d'instruction. L'arbitre n'a le plus souvent pas la faculté d'ordonner lui-même une expertise, par conséquent, il ne dispose d'aucune alternative réelle aux informations qui lui sont fournies par les rapports d'expertise ordonnés par le juge ou sollicités par les parties.

b. L'urgence

154. La possibilité pour les parties de solliciter le juge étatique avant la constitution du tribunal arbitral dans le cas d'urgence est énoncée dans l'article 1449 du CPC après la référence à l'article 145 du CPC. L'accès aux mesures conservatoires et provisoires étatiques (autre que les mesures d'instruction *in futurum* est limité par les rédacteurs du décret de 2011 aux situations d'urgence, cela dans le but d'assurer la protection juridictionnelle provisoire sans pour autant empiéter sur la volonté des parties à soumettre le litige à l'arbitrage.

Les rédacteurs du décret n'ont pas souhaité étendre les possibilités pour les parties en arbitrage de solliciter le juge étatique aux différents cas d'ouverture habituels de référé des articles 808 et suivants du CPC, car cette procédure étant très efficace est utilisée non seulement pour les cas d'urgence (article 808 CPC, par exemple, ou article 809 alinéa premier, 1re branche), mais aussi dans des cas où l'urgence n'est pas forcément exigée comme mesures visant à faire cesser un trouble manifestement illicite (article 809 alinéa premier, 2e branche), ou mesures provisoires visant à octroyer une provision dès lors que l'existence de la créance n'est pas sérieusement contestable (article 809, alinéa 2).

Même si en présence d'une convention d'arbitrage, les parties ont décidé de soumettre leur litige à un juge privé, l'intervention du juge étatique pour le strict nécessaire avant la constitution du tribunal arbitral constitue une protection juridictionnelle étatique provisoire. Toutefois, dans certaines situations, une mesure provisoire et conservatoire peut permettre à la

270 V. Dictionnaire de la terminologie du droit international, Paris, Sirey, 1960, pp. 278-279 et Dictionnaire de droit international public, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 483-484.

partie demanderesse d'obtenir satisfaction sans déclencher une procédure au fond, c'est pourquoi le domaine d'intervention du juge étatique est limité en la matière.

§II. La limitation du domaine d'intervention du juge étatique pour la préservation de l'intérêt de l'arbitrage

155. Le risque de contournement de la procédure arbitrale sur le fond en ayant recours au juge étatique est l'une des préoccupations importantes des droits nationaux (A). Plusieurs solutions sont envisageables pour ne pas permettre aux parties d'utiliser la voie des mesures provisoires et conservatoires pour éviter une procédure arbitrale sur le fond (B).

A. Le risque de détournement de la procédure arbitrale au fond

156. Nous pouvons constater que le recours au juge étatique de provisoire comporte un risque de contournement de la convention d'arbitrage. Si la mesure anticipatoire ordonnée par le juge étatique satisfait le demandeur, il pourrait renoncer à porter le litige devant le tribunal arbitral. En droit français aucun texte n'oblige le bénéficiaire d'une mesure provisoire à saisir le tribunal arbitral pour statuer sur le fond du litige et la mesure provisoire qui est ordonnée pour une durée indéterminée peut devenir, *de facto*, définitive, même si elle est, *de jure*, provisoire. Il a été souligné que « *les effets pervers du système, appliqué à l'arbitrage, car la demande de mesure provisoire adressée au juge étatique avant la saisine de l'arbitre va permettre au créancier d'obtenir rapidement satisfaction, au point même de rendre l'arbitrage au fond inutile et, de ce fait, éliminer complètement la compétence arbitrale, au mépris de la volonté des parties* »[271]. Certes, la partie adverse c'est-à-dire défenderesse au référé ou sur requête pourra demander au tribunal arbitral de statuer sur le fond du litige, mais elle est alors en qualité de demandeur et non pas de défendeur, ce qui aurait été le cas si la partie qui a demandé la mesure provisoire, avait demandé la résolution du litige au fond par le tribunal arbitral[272].

L'exemple type d'un risque de contournement de l'arbitrage est le référé-provision. Selon l'article 809 alinéas 2 du CPC, la référé-provision est une provision dont « *l'existence n'est pas sérieusement contestable* » et que le juge des référés peut accorder, au provisoire. C'est une

271 J. –P ANCEL, « commentaires et conclusions », in *Mesures conservatoires et provisoires en matière d'arbitrage international*, Paris, Chambre de commerce international, 1993, p. 116.
272 A. Hory, obs. sous C.A. Nancy, 23 mai 1995, Rev. arb., 1996, p. 663 ; C. Chainais, *op. cit.,* n° 517 et s., spéc. N° 523.

mesure anticipatoire et semble comporter une appréciation sur le fond du litige, qui est censée être réservée aux arbitres[273]. L'emploi du terme « existence » laisse à penser que le juge se prononce sur le bien-fondé de la demande. Il n'est toutefois pas contestable que le tribunal arbitral saisi de la demande puisse se prononcer librement sur le fond et ne soit en aucun cas lié par la décision du juge étatique (Article 488 CPC).

La question du risque de détournement de l'arbitrage a été abordée devant les juridictions anglaises, dans l'affaire *Cetelem v. Roust Holdings*[274]. Les juges ont considéré que le juge étatique confronté à une demande de mesures provisoires et conservatoires sans qu'aucun tribunal arbitral soit constitué doit prendre en considération le risque de détournement de l'arbitrage en ne privant pas d'effet la procédure arbitrale[275].

157. Le pouvoir du juge étatique de connaître les demandes de mesures provisoires et conservatoires avant la constitution du tribunal arbitral est en général admis en droit comparé compte tenu du risque de déni de justice. Cependant, l'obtention de certaines mesures par les parties peut priver la procédure arbitrale de tout intérêt. La partie demanderesse se contente alors de demander une mesure provisoire et conservatoire au juge étatique sans initier une procédure arbitrale. Les législations nationales se soucient de ce risque de détournement de l'arbitrage par les parties et cherchent des solutions adaptées à ce sujet.

B) Les solutions au problème de détournement de la procédure arbitrale au fond

158. Une mesure provisoire accordée dans l'urgence peut être une mesure dont le contenu est parfaitement anticipatoire et vider ainsi l'instance arbitrale de sa finalité. Il existe donc un réel risque que « *la prudence des juges des référés devra veiller à éviter, afin de sauvegarder la compétence de l'arbitre international* »[276].

---

273 Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris, Litec, 1996, p. 744

274 *Cetelem v. Roust Holdings* (2005) 1 WLR 3555 (CA) §71. Cité par N. Andrews, *Arbitration and contract law, common law perspective,* Springer International Publishing, 2016, p.149.

275 « *The whole purpose of giving the court power to make (provisional) orders is to assist the arbitral tribunal in cases of urgency or before there is an arbitration on foot. Otherwise, it is all too easy for a party who is bent on a policy of non-cooperation to frustrate the arbitral process. Of course, in any case where the court is called upon to exercise the power, it must take great care not to usurp the arbitral process and to ensure, by exacting appropriate undertaking from the claimant, that the substantive questions are reserved for the arbitrator.* »

276 J. –P ANCEL, « commentaires et conclusions », in *Mesures conservatoires et provisoires en matière d'arbitrage international*, Paris, Chambre de commerce international, 1993, p. 116.

Pour surmonter ce problème de contournement de l'arbitrage, une des propositions qui a été avancée est la subordination ponctuelle de la mesure provisoire étatique à l'engagement ultérieur d'une instance arbitrale. Notamment en France, il a été suggéré que le juge étatique subordonne l'efficacité de la mesure en cause au recours à l'arbitrage dans un délai déterminé[277]. Une certaine liberté est alors laissée au juge des référés pour la modulation de la mesure[278]. Le juge aura, le pouvoir d'ordonner une mesure anticipatoire à condition que la partie demanderesse saisisse effectivement le tribunal arbitral dans un certain délai que le juge déterminera en fonction du cas de l'espèce. Le juge indique aux parties que la mesure provisoire sera caduque, si la partie demanderesse ne notifie pas à l'autre partie son intention de porter le litige devant l'arbitrage et ne procède pas, effectivement, à la nomination de l'arbitre de son côté, dans un délai déterminé. Cette solution est inspirée par l'ancien article 669-octies du Code de procédure civile italien. L'article 669-octies, section 3 du CPC italien prévoyait que la partie qui a obtenu une mesure provisoire et conservatoire d'une juridiction étatique doit notifier la demande d'arbitrage dans un délai de 60 jours, à défaut de laquelle la mesure ordonnée perd son efficacité[279]. Une subordination est donc établie entre la mesure provisoire et l'instance arbitrale. Dans cette proposition, la subordination est établie par la seule appréciation du juge du fond alors qu'en droit italien cela était systématique. Certains juges français ont déjà procédé de la sorte comme la première chambre civile de la Cour de cassation dans un arrêt de 16 juillet 1997[280].

Cette proposition présente de nombreux avantages. Une telle mesure assure la protection provisoire du demandeur tout en préservant l'intérêt de l'arbitrage et du défendeur pour voir l'affaire portée devant le tribunal arbitral. La mesure étant provisoire, la volonté originaire des parties est respectée. En même temps, la proposition présente une souplesse parfaite, car la subordination n'est établie par le juge qu'à la demande du défendeur. Cela évite la constitution artificielle du tribunal arbitral alors que les parties auraient pu atteindre une solution sans consacrer du temps et de l'argent à cet effet. De plus, rien n'empêche les parties d'aboutir à un consensus et se résigner conjointement à la décision du juge du provisoire.

277 C. Chainais, Ch. Jarrosson*, «* l'urgence avant la constitution du tribunal arbitral » in G. Keutgen, *L'arbitrage international et l'urgence*, bruylant 2014, p.80.
278 C. Chinais, *op. cit*., n° 613 et s., spéc. N° 630 et s., p. 681 et s.
279 Une exception existe à cette obligation de notifier la demande de l'arbitrage : les mesures de séquestre ordonnée en vertu de l'article 700 du CPC italien. Cependant, ces mesures ont un caractère subsidiaire et ne peuvent être accordées que dans les cas où aucune autre mesure ne peut garantir une efficacité similaire.
280 Cass. Civ. 1re, 16 juill. 1997, D., 1997, 264 et J.C.P., 1997, II 22964, note Derieux.

159. Pour que l'octroi d'une mesure provisoire ne constitue pas un contournement de la convention d'arbitrage, une autre solution est de s'assurer de la réversibilité de la mesure ordonnée par l'intermédiaire d'un dépôt de garantie ou de mise en place d'un cautionnement. L'article 489 du CPC prévoit la possibilité de substituer la mesure provisoire au dépôt d'une garantie. Cela a été pris en compte par la CJUE dans l'arrêt *Van Uden* dans lequel elle a considéré que « *le paiement à titre de provision d'une contre-prestation contractuelle ne constitue pas une mesure provisoire au sens de l'article 24, à moins que (...) le remboursement au défendeur de la somme allouée soit garanti dans l'hypothèse où le demandeur n'obtiendrait pas gain de cause au fond de l'affaire* ». Il faut tout de même noter qu'il existe en pratique des situations concrètes d'impécuniosité ou de risque de faillite du demandeur dans lesquelles une mesure provisoire anticipée est demandée. La protection juridictionnelle du provisoire dans une situation d'urgence et la réversibilité rentrent alors en contradiction.

160. Considérant le risque de détournement de l'arbitrage, le référé-provision français soulève plusieurs questions. En effet, une fois que la partie demanderesse obtient une mesure de référé-provision sur la totalité de la créance ou même une grande partie de la somme litigieuse, il est très probable qu'elle n'engage pas une procédure sur le fond. Il revient alors au défendeur de saisir le tribunal arbitral ou les juridictions compétentes sur le fond du litige. Le référé-provisoire peut alors devenir un moyen de contournement de la convention d'arbitrage.

La solution du Règlement CCI à ce propos semble avoir résolu ce problème de détournement de la procédure principale par les parties[281]. En ayant recours à l'arbitrage d'urgence, le demandeur s'engage à saisir le tribunal arbitral pour trancher le fond du litige. Cependant, l'efficacité de cette solution est à relativiser, notamment en France. Avant la constitution du tribunal arbitral, les parties ont le choix entre le juge étatique et l'arbitre d'urgence pour présenter leur demande de mesures provisoires et conservatoires. Le demandeur peut saisir le juge des référés pour une demande de référé-provision, sans être tenu d'engager une procédure sur le fond dans un délai précis.

La Cour de cassation a résolu ce problème en décidant que le référé-provision ne peut être accordé par le juge étatique en présence d'une convention d'arbitrage que dans les seuls cas où l'urgence est caractérisée.[282] La solution ne diffère pas en matière d'arbitrage international ou

281 V. *infra*.
282 Cass. Civ. 1re, 20 mars 1989, p. 147, note G. Peyrard, Rev. arb., 1990, et Cass. Civ. 1re, 20 mars 1989, et 6 mars 1990, Rev. arb., 1990, p. 633, note H. Gaudemet-Tallon : « *En l'absence de volonté claire des parties, recourant à un arbitrage international, l'existence d'une convention d'arbitrage, tant que le tribunal arbitral ad*

interne [283]et elle est saluée par la doctrine. En présence d'une convention d'arbitrage entre les parties, la Cour de cassation se montre plus exigeante pour prononcer une mesure de référé-provision dans le souci de protection de l'arbitrage. En principe, le fait que l'existence de la créance ne soit pas sérieusement contestable permet au demandeur d'obtenir un référé-provision. Toutefois, si les parties ont prévu de recourir à l'arbitrage pour le règlement de leurs litiges, le demandeur doit démontrer que la situation présente un caractère d'urgence et qu'il n'est pas possible d'attendre la constitution du tribunal arbitral[284]. Il ne suffit pas de s'appuyer sur l'existence d'une créance non contestable pour obtenir un référé-provision, il faut également prouver que les circonstances exigent le paiement immédiat de la somme due. La particularité de certaines situations justifie le prononcé d'un référé-provision ordonnant le paiement de la créance de façon urgente comme le risque de faillite du demandeur ou le risque d'insolvabilité du défendeur.

161. En réalité, le référé-provision permet d'éviter des contentieux inutiles sur le fond. Lorsqu'il n'existe pas de doute sur l'issue de la procédure, il est inutile d'engager un procès long/coûteux, qui ne peut bénéficier qu'à une partie souhaitant gagner du temps ou organiser son insolvabilité. C'est dans ce genre de situations que la compétence du juge étatique avant la constitution du tribunal arbitral reste nécessaire, même s'il existe la procédure d'arbitrage d'urgence dans le cadre d'arbitrage institutionnel. En effet, même si l'exigence supplémentaire du caractère urgent de la situation pour ordonner un référé-provisoire ne permet pas d'éviter les cas de détournement de l'arbitrage par les parties, elle constitue un pas en avant vers une solution équilibrée à ce problème.

Dans le cadre d'une demande de référé-provision, en présence d'une convention d'arbitrage, il faut prendre en compte d'une part, le risque de détournement de l'arbitrage par les parties en ayant recours au juge étatique pour obtenir un référé-provision et d'autre part, le risque de déroulement d'une procédure inutile sur le fond, source de perte de temps, d'argent et d'énergie. Il existe plusieurs approches vers une solution idéale établissant l'équilibre entre la faveur à l'arbitrage et l'efficacité procédurale. On peut considérer que le juge chargé d'étudier la demande de référé-provision est en mesure d'apprécier la situation de façon concrète pour

---

hoc n'est pas constitué et ne peut donc être effectivement saisi du litige, n'exclut pas, en cas d'urgence, laquelle avait été constatée en la cause, la compétence exceptionnelle du juge des référés pour accorder une mesure provisoire lorsque la créance n'est pas sérieusement contestable. »

283 Cass. Civ. 1re, 26 oct. 2001, Bull. civ. I, p. 175 ; v. déjà Cass. Civ . 2e, 2 avril 1997, Bull. civ., II, n° 108, RTD civ., 1999, p. 177, obs. J. Normand ; Rev. arb., 1998, p. 673, note L. Gegos.

284 Cass. Civ. 1re, 20 mars 1989. n° 86-17204 ; Cass. Civ. 1re, 6 mars 1990, n°88-16396 ; Cass. Civ. 2e, 18 octobre 2001, n° 00-13721, Cass. Civ. 2e, 13 juin 2002, n° 00-20077.

déterminer si la mesure de référé-provision demandée est justifiée dans le cas d'espèce. Le juge devra alors prendre en compte plusieurs facteurs qui permettent de déterminer si une procédure sur le fond dans le cadre du litige en question ne serait sans aucun intérêt, ou si une mesure de référé-provision permet aux parties d'échapper à une procédure arbitrale sur le fond qui a lieu d'être. Les facteurs pouvant être pris en considération par le juge étatique peuvent être divers.

En plus de l'existence d'une créance non contestable et du caractère urgent de la situation, le juge peut vérifier la proportionnalité de la mesure en fonction des circonstances de l'espèce et des situations respectives du demandeur et du défendeur. Dans le cadre de l'examen de la proportionnalité de la mesure, il peut étudier la possibilité d'ordonner une autre mesure moins contraignante pour le demandeur comme la mise sous séquestre de la somme. De plus, en fonction des circonstances de l'espèce, le juge peut examiner la probabilité pour les parties d'engager une procédure arbitrale sur le fond. Si le juge estime que le déroulement d'une procédure sur le fond est nécessaire, mais constate également qu'il est peu probable que les parties engagent une telle procédure après l'obtention d'un référé-provision, il peut conditionner l'efficacité de la mesure au dépôt d'une demande d'arbitrage sur le fond dans un délai déterminé.

162. Toutefois, cette solution a ses limites : la procédure des référés est une procédure rapide et le juge doit prendre sa décision dans des délais très courts. Il n'a pas le temps nécessaire pour étudier toutes les circonstances de l'espèce avec précision. L'exactitude de l'appréciation du juge des référés concernant la situation des parties ou la nécessité et la proportionnalité d'un référé-provisoire est à relativiser. De plus, dans le cadre des mesures provisoires et conservatoires, le juge n'étudie pas le fond du litige, ce qui rend très difficile la tâche d'apprécier l'opportunité ou non d'une procédure arbitrale sur le fond. Il n'est donc pas possible de laisser tous les éléments en cause à la détermination du juge des référés considérant le temps et les pouvoirs limités dont il dispose.

Le législateur quant à lui, ne peut avoir une appréciation concrète des circonstances de l'espèce. Toutefois, il est en mesure de déterminer des critères et des délais que le juge peut prendre en compte lors de sa décision. En effet, il est possible de différencier par catégorie les situations justifiant l'octroi d'une provision sur la totalité de la somme due, des situations ne justifiant qu'une provision partielle (par exemple 50% de la créance initiale). Dans ce cas, le législateur vient encadrer et guider l'examen effectué par le juge étatique et les mesures qu'il peut prendre. De nombreuses mesures provisoires et conservatoires sont à la disposition du juge étatique. Il prononce la mesure la plus adaptée aux circonstances de l'espèce. Pour comprendre le rôle du

juge étatique du provisoire avant la constitution du tribunal arbitral, il est important d'étudier les différentes mesures provisoires et conservatoires dans le cadre de l'arbitrage.

Sous-section II. Les mesures provisoires et conservatoires dans le cadre de l'arbitrage

163. Le juge étatique est compétent pour prendre des mesures provisoires et conservatoires adaptées aux circonstances de l'espèce et la demande des parties. Pour examiner la question des mesures provisoires et conservatoires dans le cadre de l'arbitrage, nous allons étudier tout d'abord la définition de la notion de mesures provisoires et conservatoires (§I), avant d'aborder les différentes catégories de mesures à la disposition du juge (§II).

§I. La notion de mesures provisoires et conservatoires

164. À ce jour, il n'existe pas encore de définition unanime de mesures provisoires et conservatoires. Certains auteurs considèrent que les mesures provisoires et conservatoires se réfèrent à deux types de mesures : d'une part les mesures provisoires adressées aux parties dans l'objectif de préserver le *status quo* pendant la procédure arbitrale ; d'autre part les mesures conservatoires destinées à assurer l'efficacité de la sentence arbitrale finale sur le fond du litige[285]. D'autres considèrent que le terme « mesures provisoires » se réfère à la nature temporaire et intérimaire des décisions qui ne préjugent pas la décision sur le fond, alors que le terme « mesures conservatoires » représente l'objectif des mesures ordonnées c'est-à-dire la préservation des droits des parties, le *status quo* ou les moyens de preuve[286].

165. En droit français, le prérequis essentiel pour l'obtention des mesures provisoires et conservatoires *stricto sensu* -à l'exception des mesures d'instruction-, réside dans l'existence d'une situation d'urgence[287]. Cette exigence fondamentale est commune dans la législation de la plupart des pays de tradition Romano-canonique[288]. L'urgence fonde en quelque sorte l'existence et la nature même des mesures provisoires et se trouve également dans la tradition

285 G. Born, *International Commercial Arbitration*, kluwer Law 2014, p.2426, O. Mignolet, « Les mesures provisoires et conservatoires prises par les arbitres », in A. Saletti, *L'arbitre et le juge étatique,* Brylant 2014, pp.165-166; D. Matray, F. Vidts, *Introduction générale dans L'arbitrage international et l'urgence,* Bruylant 2014, pp :1-21.
286 Ph. Fouchard, E. Gaillard, B.Goldman, *International Commercial Arbitration*, Kluwer Law 1999,p. 708.
287 V. article 1499 (2) CPC.
288L'article 700 du CPC italien.

de Common Law. En effet, la nécessité pour les parties de justifier l'existence d'un danger imminent devant les juridictions de Common Law trouve son fondement dans les considérations d'une situation d'urgence. L'exigence d'un danger imminent a été expliquée à l'aide d'autres éléments nécessaires dans l'affaire *Fletcher v. Baeley*[289] : « *There must, if no actual damage is proved, be proof of imminent danger, and there must also be proof that the apprehended damage will, if it comes, be very substantial. I should almost say it must be proved that it will be irreparable because, if the danger is not proved to be so imminent that no one can doubt that, if the remedy is delayed, the damage will be suffered, I think it must be shown that, if the damage does occur at any time, it will be impossible for the plaintiff to protect himself against it if relief is denied to him in a quia timet action.* » En plus de l'aspect irréparable du dommage imminent, le requérant d'une mesure provisoire et conservatoire doit démontrer qu'il a une chance raisonnable de gagner le procès au fond (Article 17 (A) (b) CNUDCI 2006)[290].

166. Les mesures sont provisoires en ce qu'elles sont ordonnées pour la durée de la procédure jusqu'à l'exécution de décision finale, elles sont conservatoires en ce qu'elles ont pour objet de préserver les moyens de preuve et les biens objets du différend. Il existe un débat intéressant sur ce que représente chacune des deux notions de « provisoire » et « conservatoire ». En effet, les mesures provisoires et les mesures conservatoires ne sont pas exactement synonymes, même si elles sont utilisées souvent ensemble. Selon certains auteurs, les mesures conservatoires peuvent être considérées comme une sous-catégorie de mesures provisoires[291]. La frontière entre ces deux notions est floue et l'utilisation de ces deux termes ensemble dans la pratique a résulté en une notion à elle-même indépendante de chacun de ces deux termes. Cette notion renvoie de façon générale aux mesures déterminées qui interviennent avant le jugement au fond pour assurer l'efficacité de la procédure et les intérêts des parties.

167. L'expression « mesures provisoires et conservatoires » est utilisée dans les conventions ou règlements internationaux sur l'arbitrage international ou encore, dans des textes tels que l'article 35 du règlement Bruxelles I bis[292]. Mais elle n'est pas pour autant claire et satisfaisante

289 *Fletcher v. Bealey* (1885), 28 Ch D 688, V. également *Earl of Ripon v. Hobart* (1834) cité dans Charles C-P. Cooper, « *Selected Cases Decided By Lord Brougham »* (S. Sweet 1835) 333.
290 *Blom ASA v. Pictometry International Corp*, 757 F. Supp. 2d 238 (2010).
291 S. R. Bond, *La nature des mesures provisoires et conservatoires* » in *Mesures provisoires et conservatoires en matière d'arbitrage international*, Publication CCI n°519, p. 12 ; V. également Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, op. cit., p. 723, n° 1303.
292 l'article 35 du règlement Bruxelles I Bis concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale : « *les mesures provisoires ou conservatoires prévues par la loi d'un Etat membre peuvent être demandées aux autorités judiciaires de cet Etat, même si, en vertu du présent règlement, une juridiction d'un autre Etat membre est compétente pour connaître du fond*.» voir : M.Nioche, *la décision provisoire en droit international privé européen*, Bruylant, 2012.

dans la réalité. Le terme « provisoire » évoque un aspect procédural qui renvoie au pouvoir d'un juge de rendre immédiatement une mesure nécessaire à l'immédiat, mais dépourvue de l'autorité de la chose jugée au principal. Le terme « conservatoire » relève un contenu fonctionnel de la mesure provisoire qui est la sauvegarde de la situation existante. Le terme « provisoire » renvoie à la nature de la décision alors que le terme « conservatoire » renvoie à son objet.[293] L'expression « mesures provisoires et conservatoires » renvoie à des réalités différentes et la notion de mesures conservatoires est en quelques sortes incluse dans la notion de mesures provisoires.[294]

On peut définir la « mesure provisoire », comme une décision judiciaire qui peut être modifiée (augmentée, diminuée, complétée, adaptée, supprimée) par une nouvelle décision de justice[295]. Concernant les « mesures conservatoires », le Doyen Cornu, les a définies comme « toute mesure urgente judiciaire qui tend à sauvegarder un bien ou un ensemble de biens soit dans l'intérêt du propriétaire (ex. : nomination d'un administrateur aux biens d'un absent), soit dans l'intérêt des créanciers (ex : saisie conservatoire, inscription de nantissement sur fond de commerce, inscription provisoire d'hypothèque judiciaire), soit à des fins diverses (inventaire, mise sous séquestre d'un bien, apposition de scellés) »[296].

168. En droit anglais, les mesures provisoires et conservatoires ont connu un développement significatif à partir des années 70 grâce à l'activité des tribunaux anglais. Traditionnellement, ces derniers étaient hostiles à accorder des mesures provisoires et conservatoires, et n'étudiaient une telle demande que s'ils étaient compétents à connaître le fond de l'affaire[297]. Lorsque le juge se trouvait devant une demande d'une injonction provisoire, il appréciait de façon anticipée le résultat du litige pour prononcer ou non une telle mesure[298]. Par conséquent, le requérant devait prouver qu'il avait une chance de succès considérable (*a prima facie case*) dans la procédure principale au fond de l'affaire[299].

---

293 Ph. Fouchard, E. Gaillard et B. Goldman*, Traité de l'arbitrage commercial international*, Prais, Litec, 1996, p. 723, n°1303.
294 V. R. Perrot, Ph. Théry, *op. cit*, n° 1125, p. 878 : « *les mesures conservatoires sont, par définition, des mesures essentiellement provisoires* ».
295 G. Cornu, *Vocabulaire Juridique, Presses Universitaires de France*, 2e éd. 1991, pp.629-630.
296 *Ibid*, p. 190.
297 Voir L. Collins, « *Provisional and protective measures in international litigation* », Rec. Cours. La Haye., 1992 III, vol/ 234, p. 99 et s.
298 L. Collins, « *Provisional measures, the Conflict of Laws and the Brussels Convention* », Yb. Eur. Law 1981, p. 249 ets.
299 L. Collins, « *Provisional and protective measures in international litigation* », Rec. Cours. La Haye., 1992 III, vil. 234, p. 26.

En 1975, la *House of Lords*, a jugé qu'une injonction provisoire doit résulter de l'examen d'une balance des intérêts des parties en présence (*balance of convenience test*) et non pas d'une appréciation anticipée du résultat du litige[300]. Cependant, le juge ne devra procéder à la mise en balance des intérêts que si la demande n'est pas abusive (*neither frivolous, nor vexatious*) et il existe une question sérieuse à étudier[301]. Cette nouvelle approche des juges anglais à l'égard des mesures provisoires et conservatoires a résulté en l'apparition de nouvelles mesures en droit anglais[302].

La notion de « mesures provisoires et conservatoires » comprend de nombreuses mesures qui se présentent différemment en droit comparé. Chacune de ces mesures a des caractéristiques spécifiques et peut se montrer particulièrement utile dans le cadre de l'arbitrage. Ces mesures peuvent être divisées en plusieurs catégories selon qu'elles visent à préserver le *status quo*, les moyens de preuves ou les intérêts des parties en vue de la sentence principale.

§II. Différentes catégories de mesures provisoires et conservatoires

169. Certaines mesures provisoires et conservatoires sont ordonnées en vue de la sentence principale intervenant sur le fond de litige pour garantir son exécution effective (A). D'autres mesures visent à garantir le bon déroulement de la procédure arbitrale en organisant les relations entre les parties, ou en régissant l'administration des moyens de preuve (B).

A. Les mesures provisoires et conservatoires garantissant l'effectivité de la sentence principale

170. Il existe différents types de mesures mises en place pour assurer l'effectivité de la sentence principale. Certaines mesures sont ordonnées pour garantir l'efficacité de la sentence en garantissant son exécution (1). D'autres mesures peuvent être prononcées par anticipation de la sentence principale en considération des circonstances de l'espèce (2).

300 *American Cyanamid Co. v/Ethicon Ltd* (1975) AC 396 et (1975) & All ER 504. Voir C. Gray, *Interlocutory Injonctions since Cyanamid,* (1981) Cambridge Law Journal 307.
301 V. les considérations de Lord Diplock dans l'arrêt *American Cyanamid Co. v/ Ethicon Ltd* (1975) AC 396, 407.
302 Par ex. la *Mareva Injunction* créée par la *High Court* de Londre en 1975.

1. Les mesures destinées à garantir l'exécution effective de la décision de justice à intervenir sur le fond

171. Il existe des mesures provisoires et conservatoires qui ont pour objet de garantir l'exécution de la sentence et d'éviter qu'une partie échappe à celle-ci en organisant par exemple son insolvabilité. Les biens du débiteur sont saisis en attendant la sentence au fond. Ces mesures peuvent porter sur des biens comme la saisie conservatoire française ou sur la personne du débiteur pour avoir un effet de blocage de patrimoine comme la *Mareva injunction* de droit anglais. Certains règlements prévoient expressément le pouvoir de l'arbitre d'ordonner des mesures de saisie[303], mais le pouvoir général donné aux arbitres de prendre des mesures appropriées a également permis aux différents tribunaux arbitraux d'ordonner ces mesures[304]. En ce qui concerne l'approche des législations nationales, certaines n'autorisent pas les arbitres à ordonner des mesures de saisie conservatoire, comme le droit français[305], d'autres permettent aux arbitres d'ordonner uniquement la saisie des biens objet du litige[306].

172. La *Mareva injunction* de droit anglais est un exemple de mesures garantissant l'exécution de la sentence finale par l'intermédiaire de gel des avoirs du débiteur. Le fonctionnement *in personam* de ces mesures permet au juge de contrôler les biens attachés à la personne du débiteur. Les « *Mareva injunctions* » sont les premières mesures créées par la *High Court* de Londres en 1975[307]. Par cette mesure, le juge empêche le débiteur de déplacer ses biens à l'étranger ou d'effectuer tout acte de disposition sur les biens sujets du litige, avant le prononcé du jugement sur le fond. La *Mareva injunction* est destinée à la personne du débiteur qui se rendra coupable d'un « *contempt of court* » en cas de non-respect de la mesure. C'est également le cas d'un tiers qui assiste le débiteur dans la réalisation des actes de disposition ou le déplacement des biens, alors qu'il a eu connaissance d'une *Mareva injunction*.

La *Mareva injunction* présente des spécificités qui méritent l'attention. Elle interdit au débiteur de déplacer ou transférer ses biens sans pour autant les saisir. L'effet de surprise étant indispensable à l'efficacité de cette mesure, elle est prise sur requête, mais une procédure

303 Article 25.1 (ii) du règlement d'arbitrage LCIA 2014 ; art. 35(3) du Règlement d'arbitrage NAI de 2015 ; art. 27 du règlement d'arbitrage CEPANI de 2013.
304 Les tribunaux CCI sur le fondement de l'article 38 du Règlement CCI 2012 qui prévoit que l'arbitre peut prendre « *toute mesure provisoire et conservatoire qu'il considère appropriée* ».
305 Art. 1468 de CPC français.
306 Art. 1655 de la loi argentine sur l'arbitrage, art. 593 de la loi autrichienne sur l'arbitrage 2006 ; art. 1041 de la loi allemande sur l'arbitrage 2003.
307 *Mareva Companiera Naviera S.A. v. International Bulkcarriers Ltd*, (1975) 2 Lloyd's Rep. 509 ; (1980) 1 All ER 213, (CA)

contradictoire est prévue dans un bref délai après l'octroi de la mesure. N'oublions pas que le juge anglais dispose d'une grande marge de manœuvre et peut ordonner la mesure après le déroulement d'une procédure contradictoire[308].

173. La *Mareva injunction* permet d'établir un véritable équilibre entre les intérêts des parties. D'une part, le créancier est ainsi protégé des manœuvres dilatoires éventuelles du débiteur et peut s'assurer que le *statu quo* reste préservé avant qu'un jugement sur le fond soit prononcé. D'autre part, l'atteinte aux droits du débiteur est minimisée lorsqu'il garde la possession de ces biens et continue à en bénéficier. En effet dans le cas où le débiteur travaille à l'aide des biens en question, la saisie de ces derniers peut lui causer des dommages significatifs. Lorsqu'une mesure ne présente pas de danger important pour la partie contre laquelle elle est prononcée - tout en étant efficace pour la partie demanderesse - les juges peuvent l'ordonner avec moins de difficulté. La mesure parfaite s'adresse aux droits ciblés qui sont menacés sans pour autant affecter d'autres droits du débiteur.

174. La *Mareva injunction* était ordonnée uniquement dans de rares cas où le défendeur était domicilié à l'étranger, possédait des biens au Royaume-Uni et les juges anglais étaient saisis au fond du litige. Même dans les situations où la procédure devait se dérouler à l'étranger et les biens litigieux se trouvaient au Royaume-Uni, l'octroi de telles mesures avait été refusé par la *House of Lords*[309]. C'est finalement le législateur qui a permis aux juges anglais d'accorder des mesures provisoires et conservatoires même lorsqu'ils ne sont pas compétents au fond (Section *37 du Supreme Court Act 1981 al.3*). Au fur et à mesure, le champ d'application de la *Mareva injunction* s'est élargi et toute limitation concernant le domicile du défendeur a été abrogée. En 1988, la *Mareva injunction* devient une mesure « extraterritoriale »[310] qui peut porter sur des biens situés au Royaume-Uni ou à l'étranger[311] et fut appelée « *worldwide Mareva injunction* »[312].

308 L. Collins, LQR 1989, p. 292
309 The *Siskina v/ Diskos SA*, (1979) AC 210, HL. C'était en fait dans cette affaire que la House of Lords a décidé que le juge anglais ne peut ordonner une *Mareva injonction* s'il n'est pas comptent pour connaître le fond de l'affaire.
310 M.A. Bahmaei, *L'intervention du juge des mesures provisoires et conservatoires en présence d'une convention d'arbitrage*, LGDJ, 2002, p. 56.
311 *Babanaft International Co SA v/ Bassante* (1989) 2 WLR 232, (CA) ; Republic of Haiti v/ Duvalier (1989) 2 WLR 261, (CA) ; Derby & Co Ltd. v/ Weldon and others (1989) 2 WLR 276, (CA)
312 P. Kaye, « *Extraterritorial Mareva Orders and the relevance of Enforceability* », CJQ 1990, p. 12 et s. ; L. Collins, « *The Terrotirial Reach of Mareva Injonctions* », LQR 1989, p. 262 et s. ; L. Collins, « *Provisional and conservatory measures in international litigation* », Rec. Cours. La Haye, 1992 III, vol. 234, p. 115.

175. La *Mareva injunction* n'est souvent pas prononcée seule et peut être accompagnée de toute une série de mesures accessoires qui assurent son efficacité. Une partie de ces mesures accessoires empêchent le débiteur de quitter le Royaume-Uni. Comme la *Mareva injunction* est destinée à la personne du débiteur, le départ de ce dernier du territoire de Royaume-Uni vide la mesure de tout son intérêt dans certains cas, c'est pourquoi les tribunaux anglais ont développé des mesures spécifiques pour garder le débiteur sur le territoire anglais. L'une de ces mesures est le « *writ ne exeat regano* » qui a pour objectif d'emprisonner immédiatement le débiteur[313]. Cela s'avère évidemment exorbitant d'emprisonner immédiatement un débiteur pour une dette éventuelle, mais cette mesure peut être ordonnée par le juge anglais. Une autre mesure accessoire est néanmoins préférable qui se contente de confisquer des pièces d'identité du défendeur : « *Bayer v. Winter order* ». Cette dernière est une mesure assez efficace sans une atteinte exorbitante aux droits fondamentaux du débiteur.

176. L' « *order for disclosure of assets* », est une autre mesure accessoire anglaise qui a pour objet d'assurer l'efficacité d'une *Mareva injunction*. Elle consiste à demander au débiteur de présenter des informations ou des documents sur la localisation et la valeur de ses biens, sous serment[314]. Avoir de telles informations peut éviter, dans certains cas, que le débiteur modifie le *statu quo*. Depuis 1988, les *order for disclosure of assets* peuvent être ordonnées concernant les informations sur des biens situés à l'étranger[315]. L'utilité de cette mesure pour le créancier est qu'il peut demander de nouvelles mesures conservatoires éventuellement dans d'autres pays lieu de situation des biens du débiteur, à l'aide des informations nécessaires qu'il obtient sur la localisation et le montant de ces biens[316]. Un *order of disclosure of assets* peut alors être ordonné pour s'assurer de l'efficacité d'une *worldwide Mareva injunction*.

177. Dans le souci de l'efficacité de *Mareva injunctions*, les tribunaux anglais vont de plus en plus loin. Une autre mesure accessoire créée par les juges anglais est l' « *order for transfer of assets* » qui consiste à ordonner au débiteur de rapatrier ses biens situés à l'étranger[317]. En plaçant les biens à l'intérieur du territoire anglais, la situation devient interne et le risque de détournement de la décision du juge anglais est minimisé. Une *worldwide Mareva injunction*

313 V. *Al Nakhel for Contracting and Trading Ltd. V. Lowe* (1986) 2 WLR 317 ; *Arab Bank v. Hajjar* (1988) QB 787.
314 *À v/ C* (1980) 2 All ER 347 ; *Bekhor Ltd v/ Bilton* (1981) 1 QB 923 ; V. Cuniberti, n° 158 et s. ; M. McLachlan, « *The jurisdictional limits of disclosure orders in transnational fraud litigation* », (1998) 47 ICLQ 3.
315 V. M. McLachlan, « *The jurisdictional limits of disclosure orders in transnational fraud litigation* », (1998) 47 ICLQ 10 ; V. également, L. Collins, LQR 1989, p. 263.
316 *Derby & Co Ltd v/ Weldon* (1989) WLR 412.
317 *Derby & Co. Ltd v/ Weldon* 6 (1990) 1 WLR 1 139 ; (1990) 3 All Er (CA). Voir G. Cuniberti, n° 167 et s.

accompagné d'un *order for transfer of assets* peut être considérée comme la mesure le plus probablement efficace[318].

2. Les mesures d'anticipation de la décision principale sur le fond

178. Les mesures anglaises garantissant la préservation du *statu quo*, s'assurent que le défendeur n'organise pas son insolvabilité avant le prononcé de la sentence principale sur le fond. Certaines autres mesures sont également prononcées en vue de garantir l'effectivité de la sentence sur le fond en anticipant celle-ci. Les mesures d'anticipation de la décision principale sur le fond constituent une garantie immédiate pour le fond du litige. Ces mesures ordonnent le versement d'une provision, soit lorsque la somme demandée est nécessaire à la poursuite de l'activité commerciale du créancier, soit pour garantir l'exécution de la décision au fond. Certaines législations prévoient la possibilité pour l'arbitre d'ordonner un paiement prévisionnel[319].

Le référé-provision du droit français est l'illustration parfaite de ce type de mesures provisoires et conservatoires qui permettent au juge d'ordonner le versement d'une partie ou la totalité de la somme en question au créancier à condition que la créance ne soit pas sérieusement contestable[320]. En matière d'arbitrage, une des parties peut demander un référé-provision, en dépit de l'existence d'une convention d'arbitrage, avant la constitution du tribunal arbitral[321] (v. infra).

179. Les mesures anticipatoires peuvent avoir un contenu identique à celle que pourrait avoir la sentence principale. Elles peuvent être analogues à celle prévue par les articles 808 première branche et 809 alinéa 1 et 2 du CPC ; mesures « *qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse* », soumises à la condition d'urgence, des mesures visant à faire cesser un trouble manifestement illicite ou à faire accorder une créance dont l'existence n'est pas sérieusement contestable.

---

318 *Mike Trading and Transport Ltd v/ Pagnan and Fratelli* (1980) 2 Lloyd's Rep 546.
319 Art. 39.2 de la loi anglaise sur l'arbitrage 1996 ; art. 17(2)(c) de la loi type CNUDCI 2006 ; art. 12 de la loi singapourienne sur l'arbitrage.
320 Art. 809, al. 2, et 873, al.2 du CPC français 2001.
321 Cass. (1re civ.), 6 mars 1990, n°88-16.396 ; Cass. (1re civ.), 21 octobre 1997, n°95-18.561 : Jurisdata, n°1997-004150.

180. Les mesures anticipatoires sont considérées comme faisant partie des mesures provisoires en droit comparé et en droit de l'Union européenne. Tout d'abord l'arrêt Reichert II a suscité quelques incertitudes, mais l'arrêt *Van Uden* a énoncé clairement la position de la CJCE sur « les mesures provisoires et conservatoires » de l'article 35 BI bis.[322] Dans cette décision, la Cour a décidé qu' « *il ne peut être exclu à l'avance, de façon générale et abstraite, qu'un paiement à titre de provision d'une contre-prestation contractuelle, même pour un montant correspondant à celui demandé au principal, soit nécessaire pour garantir l'efficacité de l'arrêt au fond et le cas échéant, apparaisse justifié, au regard des intérêts en présence*».

181. La partie qui veut engager une instance doit veiller, au préalable, à prendre des mesures conservatoires adaptées pour préserver le bien ou le droit litigieux. Certaines mesures visent à garantir l'exécution du jugement à venir pour protéger le créancier contre l'insolvabilité du débiteur qu'il peut légitimement redouter. Ces mesures conservatoires sont réglementées par le Code de procédure civile d'exécution qui distingue entre trois catégories de ces mesures :

Les saisies conservatoires susceptibles de porter sur les biens mobiliers, corporels ou incorporels du débiteur (art. L. 521-1) ; les sûretés judiciaires, en l'occurrence l'hypothèque provisoire, le nantissement de parts sociales ou de valeurs mobilières (art R. 531-1 à R. 533-6) ; la saisie-revendication qui garantit la délivrance ou la restitution d'un bien meuble corporel (art. R. 222-17 à R. 222-25).

182. À l'exception des cas prévus à l'article L. 511_2 du CPCE, ces mesures ne peuvent être pratiquées sans une autorisation judiciaire préalable (art. R. 511-1 CPCE). C'est le juge de l'exécution ou le président du tribunal de commerce qui autorise une telle mesure dans une ordonnance sur requête, avant le procès lorsque la créance en question relève de sa compétence (art. R. 511-3 CPCE). Le créancier dispose d'un délai de trois mois depuis l'autorisation pour pratiquer la mesure, sous peine de caducité (art. R. 511-6 CPCE), et un mois à partir de l'exécution de la mesure pour engager une procédure ou accomplir les formalités nécessaires pour l'obtention d'un titre exécutoire (art. L. 511-4 et R. 511-7 CPCE). Les mesures d'exécution sont indépendantes de l'exécution du jugement principal et peuvent être indispensables pour le bon déroulement de l'instance engagée sur le fond. La majorité des mesures conservatoires sont susceptibles de se pratiquer dans toutes les matières, mais il existe également des mesures spécifiquement adoptées au domaine de la propriété intellectuelle.

322 CJCE, 17 nov. 1998, *Van Uden c/ Deco-Line*, Aff. C-391/95, Rev. arb., 1999, note H. Gaudemet-Tallon, p. 143-166 ; Rev. Crit. D.I.P., 1999, p. 669-683, note A. Marmisse et M. Wilderspin ; Revue Lamy Dr. Aff., n° 13, 1er, Févr. 1999, p. 31-32, note L. costes ; D., 2000 Jur. P. 378.

183. Les mesures anglaises « *security of costs* » sont également de ce type et ont pour objet de s'assurer que le demandeur sera en mesure de prendre en charge les coûts de la procédure dans le cas où il perd le procès. En droit anglais, il est possible d'exiger un dépôt de garantie (*security of costs*) du demandeur pour les frais de procédure dans le cas où il n'obtiendra pas gain de cause[323]. Le créancier peut obtenir des juges anglais un jugement sommaire lui accordant une provision (*interim payment*) si la créance n'est pas sérieusement contestable[324]. Cette provision constitue une part raisonnable de la créance[325].

La possibilité pour les arbitres d'ordonner des mesures de versement d'une provision ou une garantie de la part du demandeur pour les frais de procédure n'est pas toujours expressément prévue par les règlements,[326] mais de plus en plus de tribunaux arbitraux y ont recours sur le fondement du caractère général des clauses des règlements leur permettant de choisir des mesures appropriées[327]. Les mesures provisoires sont ordonnées en fonction des circonstances particulières de chaque espèce. Elles n'ont pas pour seule fonction d'assurer l'efficacité des sentences principales, elles régissent également certains aspects concernant le déroulement de la procédure arbitrale.

B. Les mesures provisoires et conservatoires garantissant le bon déroulement de la procédure arbitrale

184. Les mesures provisoires et conservatoires régissent la procédure arbitrale avant le prononcé de la sentence au fond. Elles peuvent avoir pour objectif d'organiser les relations contractuelles entre les parties pendant la procédure arbitrale (1). Elles peuvent également porter sur la préservation et production des moyens de preuves nécessaires à la résolution du litige (2).

---

323 A. A. S., « *Mareva Injonctions and Security for Judgment in a Framework of Interlocutory Remedies* », L QR 1993, p. 445 ets. ; S. R. Bond, *«* La nature des mesures provisoires et conservatoires » in *Mesures provisoires et conservatoires en matière d'arbitrage international*, Publication CCI n°519, p. 12

324 Cette mesure est proche de référé-provision française avec la différence que cette dernière peut aller jusqu'à la totalité de la créance.

325 *RSC Order* 29, *rule* 11-12.

326 Certains règlements a prévoient : Art. 25(2) du règlement d'arbitrage LCIA 2014 ; art. 24 du règlement d'arbitrage HKIAC ; art. 27(j) du Règlement d'arbitrage SIAC 2106.

327 *Société Casa c. Société Cambior* ; sentence partielle, aff. CCI n° 6697 en date du 26 décembre 1990 ; W. Gu, « *Security for costs in international commercial arbitration* », 22 (3) Journal of international Arbitration, Kluwer Law International, 2005, pp.180-181.

1. Les mesures visant à gérer et stabiliser les relations entre les parties pendant la procédure arbitrale

185. Certaines mesures provisoires et conservatoires sont relatives à la préservation du *statu quo* et ont pour objet d'éviter la survenance d'un dommage irréparable ou l'aggravation du litige[328]. Elles tendent à préserver ou rétablir le *statu quo* en attendant la décision au fond[329]. Ces mesures peuvent porter sur la poursuite des relations contractuelles[330] ou l'interdiction de procéder aux actions qui peuvent altérer la situation existante en attendant la décision principale[331]. Les mesures conservatoires de droit français et les *interlocutory injunctions* en droit anglais sont des exemples des mesures de cette catégorie. Les *interlocutory injunctions* sont des mesures ordonnant à une partie de faire ou de ne pas faire quelque chose.

186. Les *anti-suit injonctions*[332] sont des mesures provisoires destinées à empêcher une partie d'engager une procédure devant une juridiction d'un autre État malgré la compétence des tribunaux anglais ou d'engager une procédure étatique quelconque en présence d'une convention d'arbitrage. Les *anti-suit injunctions* interdisent à une partie de commencer ou continuer une procédure devant un tribunal arbitral ou un juge étatique en dehors du siège de l'arbitrage ou en violation de la convention d'arbitrage. La sanction du non-respect de cette mesure peut aller jusqu'à la contrainte par corps ou la mise sous séquestre des biens. Ces mesures créées par les juges anglais ne sont pas aujourd'hui pratiquées en France[333], mais elles peuvent être ordonnées par le tribunal arbitral notamment pour protéger sa propre compétence[334].

187. Les mesures conservatoires françaises sont classées en général en deux catégories par la doctrine[335]. Premièrement, les mesures procédurales qui comprennent d'une part, l'apposition des scellés, la désignation d'un séquestre ou d'un administrateur de biens et l'inventaire lors d'une succession, d'autre part, ce qui a trait à la sauvegarde des intérêts de la

328 *Tokios Tokelés c. Ukraine,* CIRDI, aff. n° ARB/02/18, ordonnance n°1 en date du 1er juillet 2003, § 2.
329 L'article 26 (a) du Règlement CNUDCI prévoit la possibilité de restaurer le *statu quo*. Une partie peut demander à revenir sur l'état des choses tel qu'était avant le commencement de l'arbitrage.
330 Ex : l'ordre de continuation à fournir des droits de propriété intellectuelle ; aff. CCI n° 8894, sentence rendue en février 1997.
331 Ex : l'ordre de ne pas procéder à la vente des biens objets du litige : *Emilio Agustin Maffezini c. Royaume d'Espagne*, CIRDI, aff. n° ARB/97/7, ordonnance de procédure n°2 en date du 28 octobre 1999, §14.
332 *Tracomin SA v/ Sudan seeds Co. Ltd* (1983)3 All ER 140
333 Cass, civ 1re, 14 octobre 2009, n°08-16.369 ; A. Mourre, A. Vagenheim, *Jurisclasseur de procédure civile*, Fasc. 1075,§28.
334 *Paul Donin de Rosière c. République islamique d'Iran*, IUSCT, aff. n°ITM 64-498-1, sentence en date du 4 décembre 1986, 13 *Iran-US C.T.R.* 193, 194(1986).
335 J-R. Mirbeau-Gauvin, *Réflexions sur les mesures conservatoires*, Dalloz. 1989, p. 39, n°3.

famille, à l'arrêt de certains travaux de construction, ou encore à la protection des droits de la personnalité. Deuxièmement, les mesures relatives aux voies d'exécution.

Il existe des mesures conservatoires *stricto sensu*. Une partie peut demander la prononciation des mesures conservatoires au sens strict du terme, au juge étatique en vertu de l'article 1449 du CPC. Une mesure conservatoire a pour objet « *de protéger les biens contre les menaces de perte ou de disparition en les maintenant dans leur état* » ou *« la sauvegarde du patrimoine ou l'un de ses éléments* ».[336] Selon l'article L511-1 du CPCE, on peut saisir le président du tribunal judiciaire en qualité de juge d'exécution, à condition de justifier de « *circonstances susceptibles de menacer le recouvrement de sa créance* », pour obtenir une mesure conservatoire. L'article R. 511-1 CPC précise que *« la demande d'autorisation prévue à l'article L.511-1 est formée par requête. Sauf dans les cas prévus à l'article R511-2, une autorisation préalable du juge est nécessaire* ».

Il existe également des mesures conservatoires *lato sensu*. L'article 1449 du CPC permet aussi l'obtention des mesures conservatoires en cas d'urgence *lato sensu*, c'est-à-dire des mesures qui remplissent une simple fonction de sauvegarde et ne sont pas de nature à satisfaire immédiatement les parties sur le fond comme le placement sous séquestre judiciaire ou injonction de ne pas faire. Les mesures analogues énoncées dans les articles 808 et 809 de CPC comme les mesures conservatoires justifiant l'existence d'un différend ou prévoyant un dommage imminent, peuvent également être sollicitées.

188. Certaines mesures conservatoires sont passives. Elles ont pour objet de préserver le *statu quo* et éviter les manœuvres dilatoires du débiteur dans l'attente du jugement principal. L'apposition de scellés, la désignation d'un séquestre ou d'un administrateur ou encore la consignation constituent les mesures conservatoires passives essentielles. D'autres mesures conservatoires sont dites actives en ce qu'elles agissent directement sur la menace éventuelle pour la supprimer de façon provisoire au moins ou pour la décrypter en vue de son élimination définitive dans l'avenir. Par exemple, la saisie de duplications de nature à porter atteinte à l'intimité de la vie privée d'une personne est une mesure qui a pour objet de supprimer provisoirement la menace. Également, les mesures d'instruction notamment l'expertise, peuvent être ordonnées avant tout procès s'il existe un motif légitime pour décrypter une menace éventuelle.

336 Cl. Brenner, *L'acte conservatoire*, préf. P. Catala, LGDJ (bibl. dt. priv.), 1999, op. cit., n° 233, p.121.

189. Toute mesure conservatoire ne peut être prise contre la volonté d'une des parties sans autorisation judiciaire. Elles sont, généralement, prescrites en référé. Cependant, l'efficacité de certaines mesures dépend de l'effet de surprise et il est nécessaire qu'elles soient prises en méconnaissance du principe de contradictoire. Dans ce cas, elles sont ordonnées sur requête pour être effectives. L'objectif des mesures provisoires et conservatoires est d'assurer le bon déroulement de la procédure avant le prononcé de la sentence au fond, en régissant les relations contractuelles entre les parties, mais également en maîtrisant la préservation et la production des moyens de preuves nécessaires à la résolution du litige.

2. Les mesures destinées à l'administration des moyens de preuve

190. Certaines mesures ont pour objet de préserver les moyens de preuve. Ces dernières empêchent la disparition ou la destruction de preuves et permettent l'obtention de pièces utiles à la résolution du litige. Elles peuvent même rendre possible la production de preuves nécessaires au litige en obligeant un tiers à présenter des preuves qu'il a dans sa possession ou à comparaître en qualité de témoin. Le juge peut autoriser un constat d'expert[337], ou permettre l'accès à une machine[338].

191. En droit français, en vertu de l'article 145 du CPC, les mesures d'instruction nécessaires peuvent être ordonnées par le juge sur requête ou en référé pour la préservation ou la production des preuves nécessaires. En effet, le juge est la seule autorité chargée de l'administration de la preuve avant la constitution du tribunal arbitral. Même après la constitution du tribunal arbitral, la question de la production des moyens de preuves n'échappe pas complètement à la compétence du juge étatique qui est le seul à pouvoir ordonner des mesures adressées à toutes personnes détenant les preuves nécessaires à la résolution du litige[339].

192. En droit anglais, il est possible de nommer un expert chargé de procéder à l'inspection des biens[340]. Concernant la conservation des preuves, une mesure spécifique a été introduite dans le droit anglais par les tribunaux, et exige du défendeur de permettre aux « *sollicitors* » du demandeur d'entrer dans ses locaux pour chercher les moyens de preuve relatifs à l'instance en

337 Art. 25 (4) du règlement d'arbitrage CCI 2012 ; art. 21.1 du Règlement d'arbitrage LCIA 2014 : art. 26(1)(a) de la loi type CNUDCI 2006.
338 Aff. CCI n° 10040, sentence partielle rendue en avril 1999.
339 Pour une étude plus détaillée de cette question, v. le chapitre I du Titre II de la première Partie.
340 Art. 38 (4) de la loi anglaise sur l'arbitrage 1996 ; art. 21.3 et 22.1 (d) du règlement d'arbitrage LCIA 2014 ; art. 26 (1)(a) de la loi type CNUDCI 2006.

cours. Cette mesure appelée *Anton Piller Order* peut également être ordonnée par le juge anglais concernant la recherche des moyens de preuve dans les locaux du débiteur à l'étranger[341]. Ce qui garantit le respect des ordres du juge anglais par le débiteur est le risque d'une condamnation pour *contempt of court*. Le juge anglais dispose d'un pouvoir discrétionnaire concernant la prise en compte ou la sanction d'un *contempt of court*. En cas de non-respect des mesures prises par le juge, la partie défaillante peut être sérieusement sanctionnée par le juge dans le jugement principal sur le fond. Néanmoins, dans le cadre de l'arbitrage, le tribunal arbitral est seul compétent de connaître le litige sur le fond. Le juge étatique n'intervient que pour prononcer des mesures provisoires en attendant la constitution du tribunal arbitral. Ce pouvoir de protection provisoire *ante causam*, s'arrête après la constitution du tribunal arbitral. Une fois constitué, le tribunal arbitral devient compétent pour ordonner les mesures provisoires sous réserve des mesures conservatoires de l'exécution.

193. La compétence de principe du juge étatique en matière de mesures provisoires et conservatoires avant la constitution du tribunal arbitral est aujourd'hui, concurrencée par les procédures d'arbitrage d'urgence, créée par les institutions arbitrales. Pendant longtemps, le juge étatique était le seul à intervenir avant la procédure arbitrale pour ordonner des mesures provisoires et conservatoires. Aujourd'hui, la plupart des institutions arbitrales ont introduit des procédures d'arbitrage d'urgence permettant aux parties de présenter leur demande de mesures d'urgence devant un arbitre unique désigné par l'institution arbitrale. Désormais, les parties disposent parfois d'un choix entre la procédure d'arbitrage d'urgence et le recours au juge étatique, avant la constitution du tribunal arbitral.

Section II. La compétence de l'arbitre d'urgence pour prononcer des mesures provisoires et conservatoires

194. L'arbitrage d'urgence est une procédure mise en place par des institutions arbitrales pour pallier le problème de l'indisponibilité du tribunal arbitral avant la constitution de celui-ci (Sous-section I). La compétence de l'arbitre d'urgence pour prononcer les mesures provisoires

341 *Altertext Inc v/ Advanced Data Communications Limited* (1985) 1 All Et 395 ; (1985) 1 WLR 457.

et conservatoires et généralement admise. Par conséquent, le juge étatique du provisoire et l'arbitre d'urgence se trouvent parallèlement compétents pour connaître les demandes relatives aux mesures provisoires avant la constitution du tribunal arbitral (Sous-section II).

Sous-section I. L'arbitrage d'urgence, la solution arbitrale au problème de mesures provisoires et conservatoires

195. Pour étudier la solution arbitrale au problème de mesures provisoires et conservatoires avant la constitution du tribunal arbitral, nous allons étudier les modalités de la mise en œuvre de l'arbitrage d'urgence (§I). Nous allons également examiner les conditions auxquelles les institutions arbitrales soumettent la mise en place de l'arbitrage d'urgence (§II).

§I. La mise en œuvre de l'arbitrage d'urgence

196. Dès le début du XIXe siècle, nous assistons en France et dans le monde entier à l'émergence des procédures spécifiquement adaptées aux situations d'urgence[342] menant à la création de l'arbitrage d'urgence (A). Comme souligné par Jean-Claude Magendie, « *(n)otre société, qui privilégie l'instant présent et impose la tyrannie de l'urgence, dénonce souvent les lenteurs de la justice* »[343]. La procédure d'arbitrage d'urgence créée relativement récemment[344] par de nombreuses institutions arbitrales tend à répondre aux demandes des parties concernant les mesures provisoires et conservatoires (B).

A. L'émergence de l'arbitrage d'urgence

342 *« L'apparition du référé dans le droit judiciaire français est d'origine prétorienne. Elle a été l'œuvre du lieutenant civil de la Seine de 1829 à 1856. Cette institution ancienne, imaginée en vue de désencombrer les rôles des juridictions, notamment ceux de la capitale, permettait déjà de remédier aux lenteurs de la justice civile. Le Code de procédure civile de 1806 a généralisé cette procédure parisienne (...) en réservant dès l'origine la connaissance du référé à tous les présidents des tribunaux civils de première instance (...) Mais, face à l'essor d'un contentieux issu de nouvelles disciplines telles que le droit commercial, le droit des groupements ou le droit social, le législateur contemporain a été contraint d'étendre le référé à ces matières (...) par une loi du 11 mars 1924 (DP 1924.4.142)* » (M. Bruschi, *Référé commercial*, Rép. pr. civ., 2000).

343 Mission Magendie, *Célérité et qualité de la justice – la gestion du temps dans le procès*, Rapport au garde des Sceaux, 15 juin 2004, p. 11.

344 La première procédure d'arbitrage avait été élaborée dans une loi néerlandaise du 1er décembre 1986 (G. Meijer, B- R. Hoebeke, *The new Dutch Arbitration Act and the new NAI Arbitration Rules*, Lexology, 15 janvier 2015).

197. La plupart des institutions arbitrales ont introduit une procédure d'arbitrage d'urgence permettant aux parties d'obtenir des mesures provisoires et conservatoires avant la constitution du tribunal arbitral, par la voie arbitrale. La possibilité de recourir à l'arbitrage d'urgence semble de plus en plus facilitée par les droits nationaux et les règlements d'arbitrage.

198. Faute de caractère permanent du tribunal arbitral, celui-ci doit être constitué dans un premier temps pour connaître et résoudre les litiges survenus entre les parties. Même dans les cas où la convention d'arbitrage prévoit expressément et de façon claire les modalités de constitution du tribunal arbitral[345], celle-ci peut durer plusieurs mois[346]. L'absence de coopération d'une des parties à la procédure de constitution du tribunal arbitral ou les demandes de récusation des arbitres peuvent reporter le début du travail du tribunal arbitral[347]. Également, en général, les conventions d'arbitrages prévoient le règlement des litiges par un tribunal arbitral tripartite qui prend plus de temps à se constituer. Pendant cette période, une des parties peut tenter de déséquilibrer la situation économique existante, en transférant des actifs, en modifiant l'équilibre contractuel, en organisant son insolvabilité, etc. De telles modifications peuvent avoir un effet sur l'efficacité de la sentence arbitrale à intervenir. Pour protéger les parties contre une telle évolution[348] nuisible à l'intérêt d'une d'entre elles, les institutions arbitrales ont tenté de proposer des solutions arbitrales à cette question[349]. Les institutions arbitrales ont mis en place une procédure arbitrale d'urgence pour subvenir au besoin d'une

345 Par ex., l'article 38(1) du Règlement CCI autorise expressément les parties à prévoir une procédure d'arbitrage dite « *fast track* », qui leur permet de convenir, sous certaines conditions, de la réduction des différents délais prévus par le Règlement (sur ce point, voir notamment : T. Portwood, A. Pinna, « *L'arbitrage dit fast-track »*, La Semaine Juridique Édition Générale, n° 42, 12 oct. 2009, 340 ; E-A. Schwartz., Y. Derains, *Guide to the ICC Rules of Arbitration*, Second Edition (2005), p. 375 et s.).

346 « *The minimum time for constitution of a three-person tribunal under most institutional rules is likely to be in the order of 35 to 60 days, and more usually, between 60 and 90 days* », G. Smith, « *The Emergence of Emergency Arbitrations »*, Arbitrator & Mediator Journal, December 2015, updated on 12 August 2016.

347 Le nombre de récusations des arbitres dans le cadre de l'arbitrage CCI a augmenté de 50% après la réforme du Règlement de 2012, alors que le nombre d'affaires soumises est resté le même (Verbist H. et al., *ICC arbitration in practice*, 2nd edition, Kluwer Law International, 2015, p. 277).

348 « *There are many situations where this can arise, for example – calling of an on-demand performance bond; – likelihood of a party expropriating intellectual property; – a state-controlled entity requiring a party to abandon an investment; or – likelihood of a party dissipating important relevant evidence* » G. Smith, *op.cit.*

349 Certains auteurs ont également évoqué la possibilité de recourir à une procédure d'arbitrage d'urgence ad hoc : « *Parties are free to ... agree for themselves a tailored emergency arbitrator procedure in their commercial agreements. Although all of the institutional rules are broadly similar, there are differences among the rules, which drafters of arbitration clauses may wish to take into account, such as the timing of decisions, the content of applications, the substantive test to be applied by emergency arbitrators, and treatment of costs. Parties may also be tempted to confer upon the emergency arbitrator the status of a fully-fledged arbitral tribunal, albeit with limited authority to determine interim relief prior to constitution of the tribunal ... to enhance the potential for enforcement of the emergency's arbitrator decision. [However, i]n the author's view, there is a substantial risk that a court will construe the reference to relief granted by an 'arbitral tribunal' in provisions such as Article 17H of the 2006 Model Law as being a mandatory requirement, and therefore, not subject to amendment by the parties' agreement* », G. Smith, *op. cit.*

protection provisoire arbitrale. La procédure d'arbitrage d'urgence est aujourd'hui largement connue et établie par de nombreuses institutions d'arbitrage :

- Association Française d'Arbitrage (AFA) (1978)[350] ;
- Netherlands Arbitration Institute (NAI) (1997)[351] ;
- International Centre for Dispute Resolution (ICDR)(1999 (mécanisme optionnel)/ 2006)[352] ;
- International Institute for Conflict Prevention & Resolution (CPR) (2007)[353] ;
- Mexico City Chamber of Commerce (CANACO) (2008)[354];
- Stockholm Chamber of Commerce (SCC) (2010) (25)[355];
- Singapour International Arbitration Center (SIAC) (2010)[356];
- Australian Center for International Commercial Arbitration (ACICA) (2011)[357];
- Panel Of Recognised International Market Experts in Finance (P.R.I.M.E) (Finance Arbitration Rules) (2012)[358];
- Association des Chambres de commerce suisses pour l'arbitrage et la médiation (Règlement suisse d'arbitrage international) (2012)[359];
- Hong Kong International Arbitration Center (HKIAC) (2013)[360];
- Arbitration Center of the Portuguese Chamber of Commerce and Industry (CAC) (2014)[361];
- Judicial Arbitration and Mediation Services (JAMS) (2014)[362];
- London Court of International Arbitration (LCIA) (2014)[363];

350 Art. 13 du Règlement 2016 actuellement en vigueur.
351 Art. 36 du Règlement 2015 actuellement en vigueur.
352 Art. 6 du Règlement 2014 actuellement en vigueur.
353 Règle 14 du Règlement 2014 actuellement en vigueur.
354 Art. 50 du Règlement 2008 actuellement en vigueur.
355 Appendice II du Règlement 2010 actuellement en vigueur.
356Article 30.2 et Schedule 1 du Règlement 2016 actuellement en vigueur.
357 Schedule 1 du Règlement 2016 actuellement en vigueur.
358 Art. 26a et Annexe C du Règlement 2016 actuellement en vigueur.
359 Art. 43 du Règlement 2012 actuellement en vigueur.
360 Schedule 4 du Règlement 2013 actuellement en vigueur.
361 Art. 5 du Règlement 2014 actuellement en vigueur.
362 Règle 2 du Règlement 2014 actuellement en vigueur.
363 Art. 9B du Règlement 2014 actuellement en vigueur.

- Word Intellectual Property Organization (WIPO) (2014)[364];
- China International Economic and Trade Arbitration Commission (CIETAC) (2015)[365];
- Court of Arbitration of Madrid (CAM) (2015)[366];
- Korean Commercial Arbitration Board (KCAB) (2016)[367];
- Mumbai Center for International Arbitration (MCIA) (2016)[368]; et
- Dubai International Financial Center (DIFC-LCIA) (2016)[369],.[370]

199. Le centre international de résolution des différends (ICDR) est une branche internationale de *Amercian Arbitration Association* (AAA) et a été établi en 1996. En mai 2006, il a été la première institution d'arbitrage à introduire une procédure d'arbitrage d'urgence qui s'applique de façon automatique à moins que les parties prévoient son exclusion.

200. L'institution d'arbitrage de la SCC (Stockholm Chamber of Commerce) a introduit une procédure d'arbitrage d'urgence dans son règlement SCC en 2010[371]. Aujourd'hui, la version 2017 de règlement SCC inclut dans son appendix II, différentes modalités de la procédure d'arbitrage d'urgence. Selon l'article 9 (4) (iii) d'appendix II, une partie peut présenter sa demande de mesure d'urgence devant l'arbitre d'urgence même avant le commencement de la procédure arbitrale.

201. La LCIA (London Court of International Arbitration) a récemment introduit de nouvelles règles concernant l'arbitrage d'urgence[372]. Selon l'article 9B du règlement 2014 d'arbitrage LCIA, avant la constitution du tribunal arbitral, toute partie peut demander à l'institution d'arbitrage de désigner un arbitre unique d'urgence pour conduire la procédure d'urgence sans qu'il y ait besoin d'un accord exprès de l'autre partie.

---

364 Art. 49 du Règlement 2014 actuellement en vigueur.
365 Art. 23 et Appendice III du Règlement 2015 actuellement en vigueur.
366 Art. 37 et Annexe II du Règlement 2015 actuellement en vigueur.
367 Appendice III du Règlement 2016 actuellement en vigueur.
368 Art. 14 du Règlement 2016 actuellement en vigueur.
369 Art. 9B du Règlement 2016 actuellement en vigueur.
370 La procédure de l'arbitrage d'urgence demeure absente des règles du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) (cependant, en matière d'urgence, voir art. 39(5) du Règlement d'arbitrage CIRDI) ainsi que de celles de la Commission des Nations unies pour le droit commercial international (CNUDCI).
371 V. M. Öhrström, « SCC Rules » in Rolf A. Schütze, *Institutional Arbitration*, 815-862 (Verlag, Hart &Nomos, 2013) ; P. Shaughnessy, *Pre-arbitral Urgent Relief : The New SCC Emergency Arbitrator Rules*, 27 :4 J International Arb., 337-360 (2010).
372 D. Sabharwel, R. Zaman, « V*ive la difference : Convergence and Conformity in the Rules Reforms Of Arbitral Institutions : The Case of the LCIA Rules* », J International Arb, 2014700, 702 ff. (2014) ; Laurance Ponty, *Key features of the LCIA Arbitration Rules*, 34 :4 ASA Bill 757, 760-761 (2014).

202. Le 1er janvier 1990, la CCI a introduit dans son règlement, le référé pré-arbitral qui était une procédure spécifique permettant à un arbitre d'ordonner des mesures d'urgence. Toute partie à un litige avait la possibilité de présenter une demande de référé en justifiant un accord préalable avec son adversaire sur le recours au référé pré-arbitral CCI[373]. À cet effet, la possibilité pour les parties de recourir à un arbitre pour présenter leur demande de mesure provisoire ou conservatoire était conditionnée à l'accord exprès des parties non pas seulement sur le recours à l'arbitrage, mais également sur le recours à la procédure de référé pré-arbitral. Les parties pouvaient soit, s'accorder sur le choix d'un « tiers statuant en référé », soit laisser cette tâche au Président de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI (délai de 8 jours). Le tiers désigné était compétent pour ordonner des mesures provisoires et conservatoires nécessaires pour résoudre un problème qui présente un caractère d'urgence[374]. Ces mesures prenaient la forme d'une ordonnance prononcée dans un délai de 30 jours à compter de la réception de la demande de référé. L'ordonnance du « tiers statuant en référé », avait un caractère obligatoire pour les parties, mais pouvait être modifiée ou révoquée par le tribunal arbitral statuant au fond du litige.

Un nombre total de 14 référés pré-arbitraux ont été recensées entre 1990 et 2012 devant la CCI et cette procédure innovatrice dans son temps, a connu un échec relatif. L'exigence d'un accord exprès et spécifique des parties sur le recours à cette procédure était l'un des facteurs contribuant à cet échec. En effet, cette procédure était nouvelle et n'était pas entrée dans les pratiques contractuelles. Les clauses d'arbitrage prévoyant la possibilité pour les parties de demander des mesures d'urgence devant « un tiers statuant en référé », étaient rares. De plus, la nature de cette procédure et la portée des ordonnances de ce « tiers » n'étaient pas claires, le « tiers » ne bénéficiant pas de la qualité d'arbitre[375]. C'est la raison pour laquelle la CCI a introduit une procédure dite d'arbitrage d'urgence (Règlement du 1er janvier 2012)[376].

---

373 Clause type : « *Toute partie au présent contrat peut recourir au Règlement de référé pré-arbitral de la CCI, les parties se déclarant liées par les dispositions dudit Règlement* ». L'admissibilité de la procédure de référé pré-arbitral, est indépendante du dépôt d'une demande d'arbitrage sur le fond.

374 Article 2.1 du Règlement de référé pré-arbitral de la CCI : « *Le tiers statuant en référé a pouvoir : (a) d'ordonner toute mesure conservatoire ou de remise en état qui revêt un caractère d'urgence, afin de prévenir soit un dommage imminent soit un préjudice irréparable et ainsi de sauvegarder tout droit ou bien d'une partie ; (b) d'ordonner à une partie d'effectuer à toute autre partie ou à un tiers tout paiement devant lui être fait ; (c) d'ordonner à une partie de prendre toute mesure qui devrait être prise en vertu du contrat liant les parties, y compris la signature ou la délivrance de tout document ou l'intervention d'une partie en vue de faire signer ou délivrer un document ; (d) d'ordonner toute mesure nécessaire à la conservation ou à l'établissement de preuves* ».

375 C.A. Paris, 29 avril 2003, Gaz. Pal. 31 mai 2003, p. 23, note A. Mourre et P ; Pedone. : La Cour d'appel a considéré que le référé pré-arbitral de la CCI ne constitue pas une procédure arbitrale à proprement parler.

376 À l'article 29, complété par l'Appendice V.

Mis à part la dénomination de l'arbitre d'urgence, le règlement d'arbitrage de la CCI est marqué par une autre modification importante : les parties ont la possibilité de recourir à la procédure d'arbitrage d'urgence sauf si cette dernière est expressément (« *opt out* »)[377] ou tacitement (« *implied opt-out* » : le choix de référé pré-arbitral par les parties)[378] écartée par elles. Il est évident que la procédure d'arbitrage d'urgence présente l'avantage d'être plus rapide et claire, par rapport à la procédure de référé pré-arbitral qui sera abandonnée. La possibilité de recourir à l'arbitrage d'urgence étant devenue automatique dans le cadre de l'arbitrage institutionnel, la compétence du juge et celle de l'arbitre d'urgence peuvent rentrer en compétition.

B. Le déroulement de la procédure d'arbitrage d'urgence

203. La partie qui souhaite demander des mesures provisoires et conservatoires devant les juridictions étatiques doit suivre la procédure spécifique à celle-ci. La rapidité et la simplicité de cette procédure varient d'un pays à l'autre. En France, la procédure applicable aux demandes de mesures provisoires et conservatoires est celle de référé. La durée de la procédure des référés est très courte permettant au demandeur d'obtenir une ordonnance dans un délai de 96 heures considérant le degré d'urgence, la complexité de la demande et les juridictions compétentes (le référé dit d'heure à heure[379]). Dans certaines juridictions, il est possible d'obtenir une décision dans les 24 heures si les circonstances de l'espèce l'exigent. En effet, certaines étapes comme la nomination de l'arbitre d'urgence, l'acceptation de sa mission, la vérification de la convention d'arbitrage, etc. ne sont pas nécessaires devant les juridictions étatiques, qui peuvent agir de façon plus rapide.

Néanmoins, la procédure de référé exige que le demandeur présente une requête préalable pour obtenir une autorisation d'assignation[380]. Également, la signification de l'assignation s'effectue par voie d'huissier, ce qui alourdit la procédure, notamment lorsqu'une des parties est établie à l'étranger[381]. La divergence des systèmes juridiques et les difficultés procédurales propres à

377 Règlement CCI, article 29(6)(b).
378 Règlement CCI, article 29(6)(c).
379 M-A. Peyron, M. Seranne , « *Le référé d'heure à heure, un outil très efficace pour obtenir une ordonnance et débloquer des situations de crise très rapidement* », La Revue, Squire Patton Boggs, 14 décembre 2012. Par comparaison, à l'exclusion des espèces où le demandeur est autorisé à assigner d'heure à heure, le délai moyen de traitement d'une procédure de référé est de 1 à 2 mois (Rapport n° 178 (2001-2002) de M. Paul Girod, fait au nom de la commission des lois, déposé le 23 janvier 2002, p. 29 ; *Ministère de la Justice, Les chiffres-clés de la Justice* 2015, p. 11).
380 Ce qui implique de démontrer que « *le cas requiert célérité* » (CPC, article 485, al. 2).
381 Code de procédure civile, articles 683 et s.

chaque contentieux nécessitent dans la majorité des cas le recours à un conseil local, ce qui constitue un coût supplémentaire pour les parties.

Certains facteurs déterminants expliquent le recours préférentiel par les parties à la procédure d'arbitrage d'urgence : divergence culturelle des systèmes juridiques nationaux, l'approche différente des lois nationales vers les modes de preuves admissibles[382], les règles et interprétations contradictoires, le souci de la confidentialité de la procédure ainsi que le doute sur l'indépendance de certaines juridictions nationales[383].

204. La création de la procédure d'arbitrage d'urgence avait pour objectif la simplicité et la modernité, reflétées notamment dans le Règlement d'arbitrage CCI de 2012[384]. L'institution d'arbitrage est l'administrateur principal de la procédure. Tout d'abord, le Secrétariat de la CCI signifie la requête de mesures d'urgence aux parties[385]. L'arbitre d'urgence une fois nommé invite les parties à échanger les informations nécessaires par email. Il met en œuvre un calendrier propre à la résolution du litige en cause dans les meilleurs délais[386]. L'arbitrage d'urgence poursuit un but de flexibilité et réactivité, ce qui exige de l'arbitre de rester disponible pour échange avec les parties pendant la procédure. Les audiences peuvent se dérouler par tout moyen (téléphone, vidéoconférence, etc.[387]). En effet, l'efficacité est au cœur de la procédure d'arbitrage d'urgence qui nécessite une certaine rapidité tout en étant économe.

205. L'arbitre d'urgence dans le cadre du Règlement CCI de 2012 est tenu de rendre une ordonnance dans les quinze jours à compter de sa nomination[388]. La nomination de l'arbitre d'urgence par l'institution d'arbitrage intervient dans les deux jours à compter du dépôt de la

---

382 Par exemple, la force probatoire accordée aux preuves orales, dépositions et témoignages tend à être plus importante devant les juridictions de Common Law, ainsi que généralement devant les tribunaux arbitraux en matière internationale (sous réserve cependant des dispositions de la lex arbitri, de la loi du contrat et/ou du choix des parties relativement au droit de la preuve), que devant les juridictions françaises, où la preuve écrite reste la norme. Au surplus, les articles 213 et 214 du CPC interdisent expressément la pratique – inévitable pour les praticiens de Common Law et très populaire en matière d'arbitrage international – de l'interrogatoire ("*direct examination*") et contre-interrogatoire ("*cross-examination*") de témoins. Dès lors, la nature des éléments probatoires à disposition de la partie demanderesse peut constituer un élément décisif dans son choix entre l'arbitre d'urgence et le juge étatique : une partie qui ne dispose que de peu de preuves écrites pourrait ainsi préférer recourir à l'arbitre d'urgence, plus réceptif aux preuves orales.

383 G. Bertou et H. Piguet, « *Arbitrage d'urgence CCI vs procédure judiciaire de référé : approche comparative* », Cah. arb. 1 Mars 2017, n°4, p. 857

384 A. Carlevaris, J. R. Feris, « *Running the ICC Emergency Arbitrator Rules: the first ten cases »*, ICC Bull., Vol. 25, 2014 ; E. Castineira, « *The Emergency Arbitrator in the 2012 ICC Rules of Arbitration »*, Cah. Arb., 2012, p. 65 ; B. Baigel, « *The emergency arbitrator procedure under the 2012 ICC rules: a juridicial analysis »*, Journ. of Int'l. Arb., Vol. 31, Issue 1, p. 8.

385 Règlement CCI, Appendice V, article 1(5).

386 Règlement CCI, Appendice V, article 5(1).

387 Règlement CCI, Appendice V, article 4(2).

388 Règlement CCI, Appendice V, article 6(4).

demande par le demandeur[389]. La procédure d'arbitrage d'urgence CCI, dure en principe au plus, 17 jours, période qui peut être prolongée[390]. Les prolongations ne sont pas rares dans le cadre des procédures d'arbitrage d'urgence et la facilité de modifier le délai initial prévu pour rendre une ordonnance dénature en quelque sorte l'intérêt d'avoir déterminé une période de quinze jours[391]. Toutefois, en général, les arbitres d'urgence prononcent une ordonnance dans les 10 à 15 jours suivant leur nomination[392]; ou ordonnent des mesures temporaires pour protéger les intérêts des parties jusqu'à la reddition de l'ordonnance.

Dans le cadre de l'arbitrage CCI, l'arbitre d'urgence peut prononcer « *des mesures provisoires et conservatoires urgentes qui ne peuvent attendre la constitution d'un tribunal arbitral* »[393]. La décision de l'arbitre d'urgence prend la forme d'une ordonnance[394], rendue dans un délai de 15 jours[395]. Les ordonnances de l'arbitre d'urgence n'ont pas de caractère définitif et il est possible pour lui-même, le tribunal arbitral saisi au fond du litige ou un autre arbitre d'urgence de les modifier ou révoquer[396]. Après la constitution du tribunal arbitral, celui-ci est en charge de la procédure et peut au fur et à mesure étudier les demandes des parties. La constitution du tribunal arbitral peut prendre plusieurs mois et les circonstances du litige peuvent évoluer nécessitant l'évolution des mesures d'urgence prises par l'arbitre d'urgence. Les parties peuvent être amenées à engager plusieurs procédures d'urgence dans quel cas, le président de CCI a la possibilité de nommer le même arbitre pour l'efficacité et la rapidité de toutes les procédures[397]. Évidemment, dans les cas où l'indépendance et l'impartialité de l'arbitre sont mises en cause par l'une des parties, un nouvel arbitre peut-être en charge d'étudier la demande de modification, suspension ou révocation des mesures d'urgence[398].

206. L'arbitre d'urgence, dans le cadre de l'arbitrage LCIA est désigné dans les trois jours à compter de la réception de la demande. Il dispose d'un délai de quatorze jours depuis sa

389 Règlement CCI, Appendice V, article 2.1.
390 En application de l'article 6(4) de l'Appendice V du Règlement CCI, *« [l]e Président peut prolonger ce délai sur demande motivée de l'arbitre d'urgence, ou d'office s'il l'estime nécessaire* ». Une telle extension de délai n'est en pratique accordée que pour une courte durée.
391 Pour un exemple, v. G. Bertou, H. Piguet, « *arbitrage d'urgence vs procédure de référé : approche comparative »*, Cah. Arb. 2017 n°4 p. 857
392 En 2014, la durée moyenne fut de 11,5 jours (2014 *ICC Dispute Resolution Statistics,* ICC Dispute Resolution Bulletin 2015/No. 1). Notons qu'il est précisé que dans deux affaires une demande de récusation de l'arbitre d'urgence fut présentée, sans pour autant entraîner un allongement du délai.
393 Règlement CCI, article 29(1).
394 Règlement CCI, article 29(2).
395 Règlement CCI, Appendice V, article 6(4).
396 Règlement CCI, Appendice V, article 6(8).
397 Dans le cadre de l'article 8 de l'Appendice V du Règlement CCI.
398 Par ex. au regard des premières ordonnances rendues dans le cadre des procédures arbitrales d'urgence antérieures.

désignation pour rendre sa décision (Article 9.8 du règlement). Cependant, une forme d'accélération de la procédure peut être atteinte grâce à l'article 9.7 du règlement LCIA qui permet à l'arbitre d'urgence de prendre sa décision sur la base des documents disponibles sans qu'une audience soit obligatoire (« *hearing* »). Concernant les décisions de l'arbitre d'urgence dans le cadre de l'arbitrage LCIA, selon l'article 9.9 du Règlement LCIA, elles prennent la forme d'une « sentence » écrite comprenant les motifs de celles-ci. Malgré l'utilisation du terme « sentence » dans cet article, le Règlement admet dans son article 9.11 que la décision peut également prendre la forme d'une ordonnance et peut être modifiée, révoquée ou confirmée par le tribunal arbitral saisi au fond du litige.

207. Dans le cadre de l'arbitrage SCC, l'arbitre d'urgence doit rendre sa décision dans les cinq jours suivant sa désignation (Article 8 (1) Appendix II). Selon l'article 4 (1) de l'Appendix II du Règlement SCC, la désignation de l'arbitre d'urgence intervient dans les 24h de la réception de la demande d'arbitrage d'urgence. Il faut cependant noter que le délai de 6 jours proposé par la SCC ne représente pas les délais habituels proposés par d'autres institutions arbitrales. Le délai est très rapide et peut rentrer en compétition avec les délais de procédures étatiques concernant les mesures provisoires et conservatoires.

En vertu du Règlement SCC, l'arbitre d'urgence doit exécuter sa mission de façon indépendante et impartiale en prévoyant les mêmes possibilités pour les parties d'être entendues. La décision d'accorder ou non une mesure provisoire et conservatoire dépend de la seule discrétion de l'arbitre d'urgence, qui a seulement une obligation de motiver sa décision. Selon l'article 37(3) du Règlement SCC, la décision de l'arbitre d'urgence peut prendre la forme d'une ordonnance ou d'une sentence. Cette décision est obligatoire pour les parties notamment compte tenu de la nature contractuelle de la convention d'arbitrage (Article 9(3) Appendix II). Les mesures provisoires et conservatoires ordonnées par l'arbitre d'urgence ont une nature temporaire et peuvent être modifiées ou révoquées par le tribunal arbitral (Article 9(2) Appendix II).

Concernant la forme de la décision de l'arbitre d'urgence, le Règlement ICDR également permet à la décision de l'arbitre d'urgence de prendre la forme d'une sentence.

208. En principe, l'octroi des mesures provisoires et conservatoires est conditionné à l'existence de certains éléments comme le caractère d'urgence de la situation ou le risque d'un

dommage imminent. L'issue d'une procédure peut dépendre de l'appréciation et de l'interprétation de ces notions, ce qui provient en général de la jurisprudence[399].

La procédure d'arbitrage d'urgence est marquée par son caractère confidentiel, ce qui implique la non-publication des débats ni des ordonnances rendues par l'arbitre d'urgence. De plus, le nombre de ces ordonnances reste actuellement très limité. Par conséquent, les parties ne sont pas en mesure de prévoir l'appréciation exacte des notions retenues par l'arbitre d'urgence pour estimer leur chance d'aboutir dans la procédure d'urgence. L'article 29 du Règlement d'arbitrage CCI de 2012 prévoit que l'arbitre d'urgence peut prendre toute mesure d'urgence qui ne peut attendre la constitution du tribunal arbitral. Ce dernier est la seule directive donnée à l'arbitre d'urgence qui est libre quant au choix des mesures à prendre et les conditions à prendre en compte pour les octroyer.

Dans le cadre de l'arbitrage d'urgence, il n'existe pas de précisions permettant d'encadrer la notion même d'urgence. Une possibilité pour l'arbitre d'urgence est d'appliquer la pratique des tribunaux arbitraux en général ou du moins de l'institution arbitrale à laquelle il appartient concernant les mesures provisoires ou conservatoires (article 28 du Règlement d'arbitrage CCI 2012[400]). Il peut également se baser sur la jurisprudence des tribunaux étatiques du siège de l'arbitrage ou de la loi applicable au fond du litige[401]. En tout état de cause, rien n'interdit à l'arbitre d'urgence de créer ses propres mesures adaptées à l'instance en cause en considérant les critères qu'il estime appropriés sans que ceux-ci soient des critères ou mesures traditionnellement connus. L'arbitre d'urgence peut créer des conditions à remplir par les parties propres au contentieux en cours et prononcer des mesures provisoires et conservatoires sur mesure aux questions présentées dans la procédure d'urgence. Toutefois, il est plus difficile de prévoir la décision de l'arbitre d'urgence.

209. Selon l'article 9.5 du règlement LCIA, la demande d'arbitrage d'urgence doit mentionner les fondements de la demande considérée comme d'urgence et les raisons de la

399 Règlement CCI, article 29(1) : « *(...) mesures conservatoires ou provisoires urgentes qui ne peuvent attendre la constitution d'un tribunal arbitral ». En France, les articles 145 (« motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige »), 872 (« Dans tous les cas d'urgence (...) toutes les mesures qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse ou que justifie l'existence d'un différend ») et 873 (« dans les mêmes limites, et même en présence d'une contestation sérieuse (...) les mesures (...) qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite »*) du Code de procédure civile.

400 Par ex. : risque (imminent) de dommage irréparable ; absence de nécessité de préjuger du fond de l'affaire afin d'ordonner la mesure ; preuve que la demande est, à première vue (*prima facie*), fondée et/ou sérieuse ; proportionnalité de la mesure demandée (balance des intérêts en jeu) ; etc.

401 V. A. Carlevaris, J.R. Feris, *op. cit.,* §4(D).

demande de mesures en question. Cette provision reste néanmoins vague et il reste à déterminer les conditions à remplir par la partie demanderesse pour que la procédure d'arbitrage soit ouverte. Il est suggéré que la fameuse condition de dommage irréparable soit appliquée pour déterminer si le dommage en cause est susceptible d'être réparé par des dommages et intérêts[402]. Cependant, le recours à cette condition n'est pas une solution unanimement admise et il n'existe pas de consensus dans la doctrine concernant les conditions requises pour l'octroi des mesures provisoires et conservatoires[403]. En effet, la formulation générale de l'article 9.5 laisse une certaine liberté à l'arbitre d'urgence quant aux critères à prendre en compte lors de l'étude d'une telle demande. Il faut noter que l'article 9B du règlement impose une exigence stricte du caractère urgent de la situation, qui est appliquée de façon très sérieuse par la cour de LCIA[404].

Nous avons étudié que l'octroi des mesures provisoires et conservatoires par l'arbitre d'urgence et soumis à des conditions particulières. Il faut également souligner que la désignation de l'arbitre d'urgence et l'effectivité des mesures prises par lui sont également soumises à des conditions prévues par les institutions arbitrales.

§II. Les conditions de la mise en place de l'arbitrage d'urgence

210. Avant la désignation de l'arbitre d'urgence, les institutions arbitrales vérifient l'existence et l'applicabilité de la convention d'arbitrage. Lorsque la compétence *prima facie* de l'arbitre d'urgence est établie (A), il peut examiner la demande de mesures provisoires et conservatoires. Les institutions arbitrales doivent également s'assurer que la procédure d'arbitrage d'urgence ne constitue pas un moyen pour les parties d'éviter la procédure arbitrale au fond. Certaines solutions ont été prévues pour garantir l'autonomie de la procédure d'urgence et la procédure arbitrale au fond (B).

A. La compétence *prima facie* de l'arbitre d'urgence

211. Certaines législations excluent les tribunaux arbitraux et par conséquent l'arbitre d'urgence du pouvoir de prononcer des mesures provisoires et conservatoires, qui est

402 L. Ponty, « *Key features of the LCIA Arbitration Rules* », 34 :4 ASA Bill 757, 761 (2014), p.761
403 A. Yesilirmak, « *Interim and Conservatory Measures in ICC Arbitral Practice* »,(2000)11(1) ICC Int'l Ct Arb. Bull. 31.N° 3-4.
404 De nombreuses demandes ont été rejetées sur la base de ces critères. V. P. Turner, R. Mohstashami, *A Guide to the LCIA Arbitration Rules*, 73 (Oxford University Press 2009), p. 73.

expressément réservé aux juridictions étatiques[405]. Dans ce cas, aucun choix ne s'ouvre aux parties concernant les situations d'urgence. À l'exclusion de ces législations, il est généralement admis que l'arbitre d'urgence est compétent pour prononcer les mesures d'urgence à l'encontre des parties signataires de la convention d'arbitrage[406]. La compétence de l'arbitre d'urgence pour prononcer des mesures provisoires et conservatoires est d'origine contractuelle. La commune volonté des parties de soumettre leurs litiges à l'arbitrage leur permet de recourir à l'arbitrage d'urgence une fois qu'une requête d'arbitrage au fond est introduite[407], ou est sur le point d'être introduite (dans les dix jours, dans le cadre de l'arbitrage CCI[408]). En plus des législations étatiques, les règlements d'arbitrage imposent souvent une vérification *prima facie* de l'existence et l'applicabilité de la convention d'arbitrage avant de désigner l'arbitre d'urgence.

212. Dans le cadre de l'arbitrage SCC, la SCC refuse de désigner un arbitre d'urgence lorsque son incompétence est manifeste (Article 4(2) Appendix II). Après la désignation de l'arbitre d'urgence (Article 4(1) Appendix II), celui-ci doit rendre sa décision dans les cinq jours qui suivent sa désignation (Article 8 (1) Appendix II). Il ne s'agit pas d'apprécier la compétence arbitrale ou la compétence d'un tribunal SCC, mais uniquement de vérifier que la convention d'arbitrage ne soit pas manifestement nulle ou inapplicable. Le règlement d'arbitrage SCC, prévoit les modalités de la procédure d'arbitrage de façon précise en assurant une certaine rapidité[409]. Le règlement n'exige pas expressément que l'arbitre d'urgence déclare son indépendance avant d'accepter sa mission, mais l'institution elle-même veille à ce qu'une telle déclaration soit fournie[410].

213. Selon le Règlement d'arbitrage de la LCIA, l'arbitre d'urgence est désigné par la LCIA dans les trois jours à compter de la réception de la demande s'il existe « *exceptional urgence* » *prima facie*[411]. En effet l'article 9 de la version 1998 du règlement LCIA prévoyait que toute partie pouvait demander la formation d'un tribunal de façon urgente à condition qu'il existe une situation d'urgence exceptionnelle que la cour peut établir *prima facie*. Cette exigence est

405 "*In some places of arbitration (e.g., in Argentina, China, Greece, Italy and Quebec), the power to award interim relief is reserved to national courts*" (J. Grierson, A. van Hooft, *Arbitrating under the 2012 ICC Rules*, Kluwer Law International, 2012, p. 63)
406 L'arbitre d'urgence n'a en effet pas compétence pour connaître d'un litige impliquant une partie non-signataire de la clause compromissoire (Règlement CCI, article 29(5)).
407 Règlement CCI, article 29(1).
408 Règlement CCI, Appendice V, article 1(6).
409 Art. 4(3) Appendix II
410 L. Knapp, « *SCC Practice Emergency Arbitrator Decisions »* 2014 (online), hyyp:/www.sccinstitute.com/ 2. Voir Schedule 1, Section 5 de Signapore Internationale Arbitration Centre (SIAC) 2016 Arbitration Rules.
411 L. Ponty, « *Key features of the LCIA Arbitration Rule »s*, 34 :4 ASA Bill 757, 761 (2014).

transposée dans la version 2014 de ce règlement concernant la constitution express du tribunal arbitral[412].

En effet le règlement d'arbitrage LCIA prévoit la possibilité de demander la constitution du tribunal arbitral saisi au fond du litige de façon express. Pour bénéficier de cette procédure express, la partie demanderesse doit démontrer l'existence d'une situation d'urgence exceptionnelle (article 91 du règlement). Le règlement d'arbitrage LCIA prévoit également la procédure d'arbitrage d'urgence dans son article 9B. Dans les cas où la constitution express du tribunal arbitral est en cours, la partie qui demande l'ouverture d'une procédure d'urgence doit démontrer que la constitution express du tribunal arbitral ne suffit pas et que l'intervention de l'arbitre d'urgence est nécessaire. La demande de procédure d'arbitrage d'urgence doit contenir les fondements et raisons de la nécessité d'une telle procédure. La partie qui souhaite obtenir des mesures provisoires et conservatoires devant l'arbitre d'urgence se heurte à de multiples difficultés dès le stade de désignation de l'arbitre d'urgence. La longue durée de la procédure d'urgence de LCIA et les difficultés de démarrage même de cette procédure l'ont vidé d'intérêts pratiques.

214. Dans le cadre de l'arbitre CCI, l'arbitre d'urgence est nommé par le président de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI « *dans les plus brefs délais normalement dans les deux jours de la réception de la Requête* »[413]. Selon le Règlement d'arbitrage CCI, l'arbitre d'urgence est tenu de « *(…) statue(r) sur la recevabilité de la requête conformément à l'article 29, paragraphe 1, du règlement et sur sa propre compétence pour ordonner les mesures d'urgence* »[414]. Une vérification de la recevabilité de la demande et de la compétence de l'arbitre d'urgence s'avère nécessaire afin de limiter des manœuvres dilatoires des parties. Un contrôle rapide effectué sur la convention d'arbitrage et la compétence de la CCI, peut éviter le déroulement d'une procédure inutile et accorder plus de crédibilité à l'ordonnance rendue par l'arbitre d'urgence.

Certains ont suggéré que l'on présume la compétence de l'arbitre d'urgence dans le règlement CCI, sous réserve d'une vérification d'existence, *prima facie*, d'une clause compromissoire applicable, par le président de la Cour[415]. Pour soutenir cette proposition, il a été avancé que la

412 P. Turner, R. Mohstashami, *A Guide to the LCIA Arbitration Rules*, 73 (Oxford University Press 2009) ; S. Konrad, R. Hunter, *LCIA Rules* dans Rolf A. Scütze, *Institutional Arbitration*, 445 ff. (Beck and Hart Publishing 2013)
413 Règlement CCI, Appendice V, article 2.1.
414 Règlement CCI, Appendice V, article 6(2).
415 Règlement CCI (Appendice V, article 1(5)).

présomption de compétence permet premièrement de limiter les éventuelles exceptions d'incompétence à des fins dilatoires et deuxièmement d'obtenir des mesures d'urgence dans les délais conformes à ceux du règlement CCI[416].

B. L'autonomie entre la procédure au fond et la procédure d'urgence

215. Parfois, les mesures provisoires et conservatoires peuvent satisfaire le demandeur sans que celui-ci déclenche une procédure arbitrale sur le fond du litige. Cela peut devenir un moyen pour une partie de mauvaise foi d'éviter le recours à l'arbitrage sur le fond. Plusieurs moyens ont été mis en œuvre au niveau des juridictions étatiques, mais également par les institutions arbitrales pour éviter que la possibilité de demander des mesures provisoires et conservatoires soit nuisible à l'arbitrage sur le fond.

216. Dans le cadre de l'arbitrage SCC, la décision de l'arbitre d'urgence sous forme de sentence ou ordonnance cesse de produire effet lorsque le tribunal arbitral rend une sentence finale ou dans l'hypothèse où la procédure arbitrale n'est pas commencée dans les 30 jours à compter de la décision d'urgence (Article 9(4)(ii) and (iii) Appendix II). Cette solution du règlement SCC est particulièrement intéressante concernant le risque de détournement de l'arbitrage par une des parties. En effet, en soumettant l'effectivité de la décision d'urgence au déclenchement de la procédure arbitrale, on s'assure d'une part de la protection provisoire des parties et d'autre part, de l'efficacité et l'intérêt de la procédure arbitrale.

217. Le Règlement de l'arbitrage LCIA prévoit que la procédure d'arbitrage d'urgence ne peut avoir lieu que si la procédure arbitrale a déjà été initiée par une des parties (Article 9.5 du règlement LCIA). L'exigence de commencement de la procédure arbitrale pour présenter sa demande de mesures provisoires et conservatoires est la solution du Règlement d'arbitrage LCIA concernant le risque de détournement de l'arbitrage par les parties. La protection provisoire des parties n'est pas assurée tant qu'elles ne sont pas parties au litige devant l'arbitrage. Cette solution constitue le moyen le plus sûr contre le risque de détournement de l'arbitrage, mais ne facilite pas l'accès à l'arbitrage d'urgence pour les parties.

218. Dans le cadre de l'arbitrage CCI, la partie demanderesse d'une mesure d'urgence doit déposer une requête d'arbitrage sur le fond, dans les dix jours suivant sa demande d'arbitrage

416 G. Bertou, H. Piguet, « *arbitrage d'urgence vs procédure de référé : approche comparative* », Cah. arb. n°4 p. 857.

d'urgence, sous peine d'irrecevabilité de celle-ci[417]. Le délai court envisagé pour l'exigence de dépôt d'une requête sur le fond, bien que nécessaire, peut constituer un obstacle pour une partie ayant besoin des mesures d'urgence, mais n'ayant pas la possibilité de présenter sa demande sur le fond de manière immédiate. En plus du coût de l'arbitrage, la demande principale en arbitrage nécessite un certain temps pour être formulée.

219. Certains contrats conditionnent le recours à l'arbitrage à une étape préliminaire de tentative de règlement des différends à l'amiable. Les parties peuvent être tenues de recourir à une procédure de négociation, conciliation ou médiation plus ou moins déterminée qui prendra plus probablement plus de dix jours. La partie qui trouve ses intérêts en danger de façon urgente est alors, privée de la possibilité de recourir à l'arbitrage d'urgence. Pour présenter sa demande de mesure d'urgence devant un arbitre, le demandeur devra attendre la fin de la période impartie au règlement amiable des différends, ce qui prive toute cette procédure de son objectif de pallier un risque immédiat[418]. La demande concernant une mesure provisoire et conservatoire doit être examinée dans les plus brefs délais en raison de la nature spécifique de ces mesures. La procédure de l'arbitrage d'urgence a été mise en place pour pallier le problème de l'indisponibilité du tribunal arbitral avant sa constitution. La protection juridictionnelle provisoire des parties exige qu'elles aient accès à la justice en cas d'urgence pour obtenir des mesures provisoires et conservatoires. Si cette possibilité est soumise au déroulement d'un certain délai, elle perd toute son utilité. C'est peut-être la raison pour laquelle le Règlement CCI prévoit la possibilité pour l'arbitre d'urgence de prolonger ce délai s'il l'estime nécessaire[419]. L'existence d'un accord préalable sur une période de négociation à l'amiable peut être un facteur à prendre en compte par l'arbitre d'urgence pour prolonger le délai prévu par le Règlement pour le dépôt de la requête sur le fond.

220. Le rapprochement/l'interdépendance de la procédure d'urgence à l'arbitrage sur le fond du litige n'est pas sans risque. L'arbitrage d'urgence est une procédure créée pour la protection des intérêts des parties, le plus rapidement possible, sans considération du litige au fond. L'interdépendance de ces deux procédures est susceptible de permettre la pénétration des

417 Règlement CCI, Appendice V, article 1(6)
418 Sauf à déposer une requête demandant expressément au tribunal arbitral de suspendre la procédure arbitrale ainsi commencée jusqu'à l'achèvement de la procédure amiable, dans le seul objectif de permettre le recours à la procédure de l'arbitre d'urgence. Une telle suspension est, par exemple, autorisée par les juridictions suisses (v. Tribunal fédéral, 4A_628/2015, 16 mars 2016).
419 Règlement CCI, Appendice V, article 1(6).

incohérences et des litiges survenus dans le cadre de la procédure d'urgence, sur la procédure du fond.

En France, le déroulement de la procédure des référés étatique est indépendant du dépôt de la demande sur le fond du litige et aucun risque d'assimilation n'existe. Toutefois, cela peut créer le risque de détournement de l'arbitrage : les mesures provisoires et conservatoires peuvent priver la sentence arbitrale au fond de tout intérêt. L'objectif est l'efficacité de la procédure arbitrale au fond ainsi que la procédure d'arbitrage d'urgence. Pour atteindre cet objectif, il faut s'assurer que les mesures prononcées sont adaptées aux circonstances de l'espèce. L'efficacité de la procédure est conditionnée par l'efficacité des mesures prononcées. Le choix des mesures d'urgence détermine également le choix de l'autorité devant laquelle elles doivent être demandées.

Sous-section II. La compétence parallèle du juge et de l'arbitre d'urgence

221. En France, avant la constitution du tribunal arbitral, le juge étatique est principalement compétent pour connaître des demandes des mesures provisoires et conservatoires. Cependant, dans le cadre du recours à une institution d'arbitrage dont le règlement prévoit une procédure d'arbitrage d'urgence, on assiste à la compétence parallèle du juge étatique et l'arbitre d'urgence (§I). Nous allons étudier la possibilité de cumul du recours à l'arbitre d'urgence et au juge étatique du provisoire dans une première partie (I). Il faut souligner que l'arbitre d'urgence et le juge étatique dispose des pouvoirs différents pour prononcer les mesures provisoires et conservatoires. Nous allons comparer ces deux procédures concurrentes dans une deuxième partie (II).

§I. La possibilité de cumul du recours à l'arbitre d'urgence et au juge étatique du provisoire

222. L'arbitre d'urgence et le juge étatique sont parallèlement compétents pour prononcer des mesures provisoires et conservatoires avant la constitution du tribunal arbitral. La procédure d'arbitrage d'urgence et la procédure judiciaire de référé peuvent même être complémentaires

et cumulatives[420]. La Cour d'appel de Paris a confirmé la compétence du juge des référés en présence d'une convention d'arbitrage renvoyant à un règlement d'arbitrage qui prévoit une procédure d'arbitrage d'urgence[421]. Elle a considéré que « *Le fait que les règles de l'American Arbitration Association prévoient une procédure applicable en cas d'urgence ne prive pas la société intimée de demander à son bénéfice l'application des dispositions de l'article 1449 du code de procédure civile* ». La Cour d'appel de Toulouse s'était également prononcée dans le même sens précédemment, dans une affaire concernant le règlement d'arbitrage CCI[422].

223. Néanmoins, cette solution est spécifique au droit français. En Angleterre, l'article 44(5) de l'EAA prévoit que le juge étatique ne peut pas prononcer des mesures provisoires et conservatoires lorsque « *the arbitral tribunal, and any arbitral or other institution or person vested by the parties with power in that regard, has no power or is unable for the time being to act effectively* ». Sur le fondement de cet article, la *Commercial Court* a considéré que lorsque la procédure d'arbitrage d'urgence est disponible, le recours au juge étatique n'est pas possible concernant les mesures provisoires et conservatoires[423].

224. Le cumul de l'arbitrage d'urgence et des procédures judiciaires étatiques ne pose pas de problème en application de la majorité des règlements d'arbitrage des institutions d'arbitrage. Ainsi, selon l'article 29(7) du Règlement d'arbitrage CCI de 2012 « *[l]es Dispositions relatives à l'arbitre d'urgence n'empêchent pas les parties de solliciter l'octroi de mesures provisoires ou conservatoires urgentes auprès de toute autorité judiciaire compétente à tout moment avant la soumission d'une requête à cette fin conformément au Règlement et même postérieurement si les circonstances s'y prêtent. La saisine d'une autorité judiciaire compétente pour obtenir de telles mesures ne contrevient pas à la convention d'arbitrage et ne constitue pas une renonciation à celle-ci. Pareille requête, ainsi que toutes mesures prises par l'autorité judiciaire sont portées sans délai à la connaissance du Secrétariat* ».

L'article 29 (7) du Règlement d'arbitrage CCI exige la notification de toute requête ou mesure prise par les juridictions étatiques, au Secrétariat de la CCI. Aucune sanction particulière n'a été prévue pour le non-respect de cette obligation par les parties. Il incombe alors à l'arbitre d'urgence de prendre en compte cet élément dans l'étude des circonstances de l'espèce. Cette

420 G. Bertrou, H. Piguet, « *Arbitrage d'urgence CCI vs procédure judiciaire de référé : approche comparative* », CAPJIA 2017, p. 857.
421 C.A. Paris, 31 octobre 2019, n° 19/05913, Cah. arb. 2020, n°1, p. 95 note G. Bertrou, H. Piguet.
422 C.A. Toulouse, ch. 3, 30 avr. 2018, n° 17/03754.
423 *Gerald Metals SA v Timis* [2016] EWHC 2327 (Ch).

omission peut être interprétée comme une violation du principe de contradictoire susceptible d'affecter l'ordonnance de l'arbitre d'urgence ou résulter en sa révocation[424].

Certaines questions restent à clarifier sur ce point : dans quelle mesure faut-il appréhender l'expression « si les circonstances s'y prêtent » ? La saisine des juridictions étatiques serait-elle permise qu'après le dépôt d'une demande devant l'institution d'arbitrage ? Le Règlement d'arbitrage CCI ne prévoit aucune spécification précise quant au moment de la saisine des juridictions étatique et son incidence sur l'admissibilité de la demande d'arbitrage d'urgence. Toutefois, l'arbitre d'urgence prend en compte toutes les circonstances de l'espèce pour rendre son ordonnance. Dans le cas d'une demande parallèle devant les juridictions étatiques concernant les mêmes mesures, la décision du juge étatique sera également prise en considération par l'arbitre d'urgence. Si la mesure demandée a été accordée par le tribunal étatique, l'urgence ayant disparu, il n'existe plus de situation d'urgence nécessitant le prononcé d'une ordonnance arbitrale. Également, dans l'hypothèse d'un refus du juge étatique d'ordonner une mesure sollicitée, le fondement d'une telle décision pourra être étudié par l'arbitre d'urgence.

225. Selon l'article 2 d'appendix II du Règlement d'arbitrage SCC, la partie requérante doit notifier un résumé du litige avec la proposition de la mesure sollicitée, les raisons de sa demande, ainsi qu'une copie de la convention d'arbitrage à l'institution d'arbitrage. L'ancienne version de ce règlement contenait dans son article 37(5), une provision selon laquelle une demande de mesure provisoire et conservatoire devant le juge étatique était considérée comme incompatible avec une convention d'arbitrage ou le règlement d'arbitrage SCC. Cependant, cette provision n'existe plus dans la nouvelle version du règlement SCC, ce qui démontre qu'une telle possibilité est aujourd'hui ouverte aux parties.

226. Le règlement LCIA reconnaît la compétence parallèle de l'arbitre et du juge en prévoyant la possibilité pour les parties de recourir au juge étatique pour obtenir des mesures provisoires et conservatoires. L'article 9.12 du règlement dispose que même après la désignation de l'arbitre d'urgence, les parties peuvent présenter leur demande devant le juge étatique. Cette demande doit être notifiée par écrit à l'arbitre d'urgence et la partie adverse.

227. Dans le cadre de l'arbitrage ICDR également, la compétence parallèle du juge et de l'arbitre d'urgence est admise. Selon l'article 7 du Règlement ICDR, la demande de mesures provisoires et conservatoires, par l'une des parties devant le juge étatique, n'est pas

424 Règlement CCI, Appendice V, article 6(8).

incompatible avec la convention d'arbitrage ou l'article 6 du règlement sur l'arbitrage d'urgence.

228. La possibilité de cumul de la procédure d'arbitrage d'urgence et du recours aux juridictions étatiques présente des avantages notamment dans les situations nécessitant des mesures complémentaires. Il est évident que le choix de la procédure adaptée à chaque espèce se fait par la considération des mesures nécessaires. En effet, le demandeur peut saisir à la fois, les juridictions étatiques pour obtenir une mesure nécessitant une mise en œuvre rapide comme le gel des actifs sur le territoire d'un État donné, et l'arbitre d'urgence pour obtenir une mesure nécessitant une portée internationale. Lorsque les parties disposent du choix entre l'arbitre d'urgence et le juge étatique concernant une mesure provisoire et conservatoire, plusieurs éléments peuvent influencer leur décision.

Aujourd'hui, la procédure d'arbitrage d'urgence prend de plus en plus de place dans le monde de l'arbitrage[425] et les parties se trouvent confrontées au choix entre l'arbitrage d'urgence et l'action devant les juridictions étatiques. Le choix de recours à l'arbitrage pour le règlement des litiges au fond est effectué au stade des négociations et de la conclusion du contrat. Toutefois, le choix de recourir ou non à l'arbitre d'urgence s'effectue après la naissance du litige et présente un caractère d'urgence. Les parties et notamment les praticiens doivent prendre en compte les considérations concrètes du litige et les caractéristiques de la mesure la plus adaptée à leur cas pour effectuer ce choix. La compétence parallèle du juge étatique et de l'arbitre d'urgence, avant la constitution du tribunal arbitral, crée une certaine concurrence entre ces deux autorités compétentes.

§II. La comparaison du pouvoir de l'arbitre d'urgence et du juge étatique de prendre des mesures provisoires et conservatoires

425 Dans une étude publiée en 2015, réalisée auprès de près de 800 praticiens et professionnels de l'arbitrage par *White & Case et la School of international Arbitration de la Queen Mary University of London* (2015 *International Arbitration Survey: Improvements and Innovations in International Arbitration*, p. 27-29), 46 % des interrogés ont indiqué préférer le recours aux juridictions étatiques afin d'obtenir des mesures conservatoires ou provisoires urgentes, contre 29 % en faveur de l'arbitre d'urgence (26 % demeurent indécis). Ce choix est avant tout dicté, pour 79 % des interrogés, par la possibilité de faire exécuter la décision rendue in fine (sur ce point, cf. infra, section II.C). Ces chiffres sont toutefois à relativiser dès lors que 66 % des interrogés n'ont encore jamais été confrontés à une procédure d'arbitrage d'urgence durant les 5 dernières années, et que seuls 4 % d'entre eux l'ont été à cinq reprises ou plus. En tout état de cause, 93 % des praticiens et professionnels sont favorables au mécanisme de l'arbitrage d'urgence.

229. L'arbitre d'urgence et le juge étatique se trouvent parallèlement compétents pour prononcer certaines mesures provisoires et conservatoires avant la constitution du tribunal arbitral. Il est difficile de comparer le recours des parties à ces deux autorités compétentes concernant les mesures provisoires et conservatoires, sur le plan pratique, en raison de la confidentialité des sentences[426], et le nombre limité des précédents[427]. Toutefois, il existe des différences significatives au niveau pratique et théorique entre ces deux procédures. L'arbitre d'urgence et le juge étatique n'ont pas les mêmes pouvoirs concernant le type des mesures provisoires et conservatoires qu'ils peuvent prononcer (B), ou l'effet des mesures qu'ils ordonnent (A). Ces éléments doivent être pris en compte par les parties lors du choix de l'autorité à laquelle elles souhaitent présenter leur demande.

A. L'effet des mesures provisoires et conservatoires prises par l'arbitre d'urgence et le juge étatique

230. L'arbitre d'urgence est en principe compétent pour prendre toute mesure provisoire ou conservatoire dans le cadre du champ d'application de la convention d'arbitrage. La compétence de l'arbitre d'urgence trouve sa source dans la clause compromissoire ou la convention d'arbitrage entre les parties et n'a aucune limite géographique. C'est la raison pour laquelle le recours à l'arbitrage d'urgence présente « *l'avantage d'internationaliser, centraliser et harmoniser le contentieux de l'urgence* »[428]. Dans des situations nécessitant la préservation du *statu quo* ou le gel d'actifs à l'étranger ou dans plusieurs États, la considération du caractère international des décisions de l'arbitre d'urgence est un facteur important à prendre en compte. Les juges étatiques ne sont pas toujours à même de prononcer des mesures provisoires et conservatoires qui auront vocation à s'appliquer à l'étranger[429]. Certes, les juridictions anglaises

426 En comparaison avec le nombre significatif de requêtes d'arbitrage déposées devant la CCI (exemple : 791 en 2015), le nombre de requêtes d'arbitrage d'urgence est très limité : 2 en 2012, 6 e 2013, 6 en 2014 et 10 en 2015 (CCI, Introduction à l'arbitrage CCI, Statistiques)

427 Les chiffres énoncés dans la note précédente sont à relativiser, car la procédure d'arbitrage d'urgence ne pouvait être choisie que par les parties aux contrats conclus après le 1er janvier 2012. L'International Center for Dispute Resolution (ICDR) de l'American Arbitration Association a accueilli 67 demandes d'arbitrage d'urgence en 2016, Singapour international Arbitration Center (SIAC) a accueilli 50 demandes et Hong Kong International Arbitration Center (HKIAC) en a reçu 6(M. Grando, *The Coming of Age of Interim Relief in International Arbitration : A Report from the 28th Annual ITA Worksho*p, Kluwer Blog, 2016).

428 G. Bertou et H. Piguet, « *Arbitrage d'urgence CCI vs procédure judiciaire de référé : approche comparative* », Cah. Arb. 1 Mars 2017, n°4, p. 857

429 En raison de l'attitude adoptée tant (1) par le juge dont est requise l'exécution de mesures prononcées à l'étranger, qui s'interdit de donner effet à une mesure conservatoire ordonnée par un juge étranger, que (2) par le juge dont sont requises les mesures conservatoires, qui s'interdit fréquemment de prononcer des mesures visant des actifs situés à l'étranger. Cependant, à ce second égard, le Règlement 1215/2012 du 12 décembre 2012 (dit «

se sont montrées moins réticentes à prononcer des mesures extraterritoriales au cours des années dans le cadre de l'arbitrage, cependant, les cas de l'intervention du juge anglais dans une procédure arbitrale étrangère restent limités (par exemple l'injonction anti-suit).

231. L'article premier du règlement Bruxelles I bis, exclut l'arbitrage de son champ d'application. Le considérant 12 contient des clarifications concernant le pouvoir du juge étatique de se prononcer sur les questions relatives à l'arbitrage, la reconnaissance et l'exécution des décisions rendues par les tribunaux des États membres en présence d'une clause d'arbitrage, et les questions exclues du champ d'application du règlement.

Selon ce considérant, *« toute action ou demande accessoire portant, en particulier, sur la constitution d'un tribunal arbitral, les compétences des arbitres, le déroulement d'une procédure arbitrale ou tout autre aspect de cette procédure* », et toute action ou décision *« concernant l'annulation, la révision, la reconnaissance ou l'exécution d'une sentence arbitrale, ou l'appel formé contre celle-ci* » doivent être considérées comme relative à l'arbitrage[430]. Toutes les questions concernant la mise en œuvre de la procédure arbitrale et la validité de la convention d'arbitrage sont exclues du champ d'application du règlement. En revanche, les mesures provisoires et conservatoires sont considérées comme relevant du domaine du règlement. Elles ne relèvent pas de la procédure arbitrale quand bien même elles ont été prises dans le cadre d'un litige conféré à l'arbitrage[431].

L'article 2-a), alinéa 2 du règlement Bruxelles I bis prévoit que le terme « *décision englobe les mesures provisoires ou les mesures conservatoires ordonnées par une juridiction qui, en vertu du présent règlement, est compétente au fond* ». Les mesures provisoires ordonnées par un juge compétent au fond peuvent bénéficier de la « libre circulation » en vertu du considérant 33 du règlement. A contrario, lorsque le juge saisi n'est pas compétent au fond, ce qui est le cas en

---

Bruxelles I bis »), pris en ses articles 39 et 40, organise l'exécution dans un État membre de mesures exécutoires (même provisoires, à l'instar des ordonnances de référé) rendues dans un autre État membre – poursuivant en cela la logique initiée par la CJUE dans son arrêt Denilauler du 21 mai 1980 (Aff. 125/79) ainsi que l'article 31 du Règlement 44/2001 du 22 décembre 2000 (dit « Bruxelles I »), que la France a appliqué avec précision (Cass. civ. 1re, 30 juin 2004, n° 01-03248, Stolzenberg ; Cass. com., 8 mars 2011, n° 09-13830, Bénéteau, JDI 2011, n° 3, p. 16). Comme le Règlement Bruxelles I, le Règlement Bruxelles I bis (en son article 35) précise en outre qu'une juridiction d'un État membre peut prononcer des mesures ayant vocation à s'appliquer hors de son territoire (et ce malgré la compétence de principe, en matière d'exécution, de l'État du lieu d'exécution – aux termes de l'article 24-5). Sur l'ensemble de ces questions, voir notamment : G.Cuniberti, *Les mesures conservatoires portant sur des biens situés à l'étranger*, LGDJ, 2000.

430 La liste des matières exclues avait déjà été affinée : v. Les rapports Jenart JOCE 1979, C 59, p. 13. et Schlosser JOCE 1979, C 59, p. 93., l'arrêt *Marc Rich* de la Cour de justice, CJCE 25 juill. 1991, Marc Rich, aff. C-190/89, Rec. I-3855. et conclusions de l'avocat général Darmon relatives à ce dernier arrêt.

431 CJCE 17 nov. 1998, *Van Uden*, aff. C-391/95, Rec. I-7091.

présence d'une clause d'arbitrage, les mesures prononcées ne peuvent pas bénéficier de la libre circuler. Elles ont un effet purement territorial.

Selon la jurisprudence Van Uden, « *la juridiction compétente pour connaître du fond d'une affaire en vertu d'un des chefs de compétence prévu [dans le règlement] reste également compétente pour ordonner des mesures provisoires ou conservatoires, sans que cette dernière compétence soit subordonnée à d'autres conditions* » [432]. Lorsque le juge est compétent au fond, il est également de plein droit compétent pour ordonner des mesures provisoires. Ces dernières peuvent être reconnues et exécutées dans les autres États membres.

L'article 35 du règlement prévoit que « *les mesures provisoires ou conservatoires prévues par la loi d'un État membre peuvent être demandées aux juridictions de cet État, même si les juridictions d'un autre État membre sont compétentes pour connaître du fond* ». Néanmoins, lorsque le juge étatique n'est pas compétent sur le fond, selon le considérant 33 du règlement Bruxelles I bis, l'effet des mesures provisoires et conservatoires est limité au territoire de l'État à l'origine de ces mesures.

232. Les juges étatiques n'ayant pas toujours le pouvoir de prononcer des mesures applicables de façon extraterritoriale, la demande de mesures d'urgence peut rencontrer des complications. Plusieurs procédures distinctes devront être intentées par la partie demanderesse dans chacun des pays où la situation financière de l'adversaire est susceptible de changer. Également, la saisine d'une des juridictions étatiques par le demandeur peut inciter la saisine concurrente d'autres juridictions étatiques par la partie adverse, ce qui peut résulter en plusieurs décisions contradictoires.

233. L'effet des mesures provisoires et conservatoires prononcées par le juge étatique est plus ou moins limité géographiquement en fonction des juridictions étatiques compétentes. Les juridictions de Common Law se trouvent moins liées par les frontières et n'hésitent pas à prononcer des mesures applicables sur le territoire d'autres États. À titre d'exemple, le juge anglais[433] se reconnaît le pouvoir de prononcer des « Woldwide freezing orders »[434] qui ont vocation à produire des effets non seulement au Royaume-Uni, mais également au-delà des frontières britanniques. Ces ordonnances judiciaires interdisent à une des parties de disposer de ses biens qu'ils soient situés à l'intérieur ou l'extérieur du Royaume-Uni. La compétence des tribunaux britanniques est fondée sur la présence d'actifs des parties sur leur territoire, alors

432 CJCE 17 nov. 1998, *Van Uden*, aff. C-391/95, Rec. I-7091, spéc. n° 22.
433 Au fondement de la Section 37 du Senior Courts Act 1981.
434 « *worldwide Mareva injunctions* ».

que les mesures d'urgence sont prononcées *in personam* et non pas *in rem*. Malgré la vocation extraterritoriale de ces mesures, leur véritable effet au-delà des frontières britanniques peut rencontrer des limites[435].

B. Le type des mesures prises par l'arbitre d'urgence et le juge étatique

234. Il existe des mesures qui ne peuvent être prononcées que par le juge étatique et d'autres qui peuvent être demandées au juge ou à l'arbitre indifféremment. Certaines mesures peuvent être plus efficaces si elles sont prononcées par le juge étatique. Nous allons les étudier dans plusieurs catégories basées sur leurs caractéristiques essentielles.

Le juge des référés et l'arbitre d'urgence peuvent prendre des mesures soit ordonnant au défendeur de faire ou donner quelque chose[436] ; soit empêchant le défendeur de faire certaines actions (en général les mesures de préservation de *status quo*[437]). Pour prononcer une mesure plus contraignante, le juge ou l'arbitre se montre plus exigeant concernant l'établissement de la gravité du dommage imminent à intervenir ou le caractère d'urgence de la situation. Également, le pouvoir des parties d'exécuter les mesures demandées et la probabilité de leur mise en œuvre sera pris en compte par le juge ou l'arbitre.

235. Le référé provision est un cas particulier. Par une ordonnance de référé-provision, la partie demanderesse peut obtenir une décision la satisfaisant totalement même si elle n'a pas l'autorité de la chose jugée[438]. Les demandes des mesures octroyant une provision ont également été présentées devant l'arbitre d'urgence[439]. Théoriquement, l'arbitre d'urgence est en mesure de prononcer toutes mesures et rien ne l'empêche d'ordonner le paiement d'une grande partie, voir l'intégralité du montant de la demande principale au fond. Cependant, une telle décision de l'arbitre d'urgence peut se heurter à plusieurs limites.

En effet, la position du droit français permettant au juge d'accorder une provision pouvant aller jusqu'à 100% de la créance est isolée en droit comparé. En général, la partie défenderesse

---

435 *ICICI Bank UK Plc v Diminco NV* [2014] EWHC 3124 (Comm) (28 August 2014), *Dadourian Group Int. Inc v Simms & Others* [2006] EWCA (Civ) 399.
436 Comme par ex. payer une provision, exécuter, ou continuer d'exécuter, un contrat.
437Comme par ex. l'interdiction de transférer des actifs, de résilier un contrat, interdire à une partie de faire certaines déclarations publiques, ou encore d'intervenir dans des relations contractuelles, etc.
438 Art. 488, al.2 CPC
439 A. Carlevaris, J. R. Feris, *op. cit.,* §4(B)(iv) : « *an application requesting the emergency arbitrator to order the responding party to make an immediate payment, subject to its right to seek reimbursement following the arbitration* ».

estime que cette mesure ne peut pas être considérée comme une « mesure provisoire ou conservatoire » rentrant dans la compétence de l'arbitre d'urgence. De plus, certaines questions se posent relativement aux conséquences particulières justifiant une telle mesure de provision alors que d'autres mesures peuvent également être effectives tout en ayant moins de charges pour la partie défenderesse. Le critère de la proportionnalité de la mesure aux circonstances de l'espèce est souvent mis en avant par le défendeur pour démontrer le caractère excessif de la mesure par rapport à la situation des parties. Sauf dans le cas d'un risque effectif de faillite du demandeur, le défendeur peut demander que la somme en question soit seulement mise en séquestre au lieu d'être payée.

La compétence de l'arbitre d'urgence est dépendante du dépôt de la demande d'arbitrage sur le fond, dans le cadre de l'arbitrage CCI. Dans la mesure où le demandeur obtient une mesure lui accordant la totalité de sa créance, il n'existe pas d'intérêt pour lui d'agir sur le fond. Toutefois, le retrait de la demande au fond affecte la force obligatoire de l'arbitrage d'urgence[440]. Dans ce cas, le défendeur pourra demander que la somme payée lui soit remboursée, une fois que l'ordonnance de l'arbitre d'urgence cesse de produire effet. En effet, dans le cadre de l'arbitrage d'urgence, même si la totalité de la créance objet du litige est accordée au demandeur, la décision de l'arbitre d'urgence est marquée par son caractère provisoire. Le demandeur, tenu d'engager une procédure d'arbitrage au fond dans les dix jours suivant la réception de sa demande d'arbitrage d'urgence, ne sera définitivement satisfait qu'après la sentence finale rendue sur le fond du litige. Il est donc évidemment plus favorable pour le demandeur de recourir au juge des référés pour obtenir une mesure de référé-provision portant sur la totalité de la créance, lorsque les juridictions françaises sont compétentes en la matière.

236. Les mesures *ex parte* prononcées en l'absence de la partie adverse[441] ne peuvent pas être ordonnées dans le cadre du Règlement d'arbitrage CCI. Ce dernier prévoit la transmission obligatoire de la requête et tous les éléments nécessaires de la procédure à la partie adverse[442].

Dans le cadre de l'arbitrage ICDR également il n'est pas possible pour l'arbitre d'urgence de prendre des mesures *ex parte*. Selon l'article 37 qui a été introduit avec l'amendement de 2005

440 Règlement CCI, Appendice V, article 6(6)(d).
441 L'article 493 du CPC : « *L'ordonnance sur requête est une décision provisoire rendue non contradictoirement dans les cas où le requérant est fondé à ne pas appeler de partie adverse* ».
442 Règlement CCI, Appendice V, article 1(5). « *If the President of the ICC Court is satisfied that the emergency arbitrator provisions apply, a copy of the application will be transmitted by the ICC Secretariat to the responding party. The respondent will therefore be on notice of the application, negating the possibility of an ex parte injunction* » (K. Wilford, The 2012 ICC Rules of Arbitration, *The international law Quarterly*, Florida Bar International Law Section, Spring 2012).

au règlement ICDR, une partie ayant besoin de mesures d'urgence avant la constitution du tribunal arbitral doit notifier l'institution organisatrice de l'arbitrage et les autres parties par écrit de la nature de la mesure sollicitée et les raisons pour lesquelles ces mesures sont nécessaires. Cette provision est aujourd'hui incorporée dans l'article 6 du règlement ICDR, qui prévoit qu'après une procédure équitable permettant aux parties d'être entendues, l'arbitre d'urgence a la possibilité d'ordonner toute mesure provisoire et conservatoire nécessaire.

Également, selon le Règlement de la LCIA, la demande d'arbitrage d'urgence de la part d'une des parties doit être notifiée à toutes les parties à l'arbitrage (Article 9.7 du règlement LCIA), ce qui exclut *ab initio*, les mesures provisoires et conservatoires *ex parte*.

La partie souhaitant obtenir des mesures *ex parte*, doit obligatoirement s'adresser aux juridictions étatiques qui sont généralement les seules à pouvoir prononcer une mesure d'urgence en l'absence d'une des parties. Ces mesures constituent une catégorie importante, car la plupart des mesures d'urgence ne sont effectives que si elles ont été prises à l'insu de l'adversaire pour la préservation de l'effet de surprise.

237. S'agissant des mesures d'instruction, c'est-à-dire « *[d]es investigations menées directement sous la direction du juge, soit à la demande des parties, soit spontanément par le juge ou à sa demande* »[443], le pouvoir des arbitres est généralement admis[444], notamment afin d'éviter la disparition ou la destruction de preuves. À condition d'être qualifiée de « mesure conservatoire urgente » plutôt que de « mesure provisoire urgente »[445], une mesure d'instruction peut entrer dans le champ de compétence de l'arbitre d'urgence[446].

Cependant, en matière de mesures d'instruction d'urgence, le recours au juge étatique sera souvent plus efficace que l'arbitrage d'urgence. En effet, devant le juge étatique (i) la demande peut être faite par voie de requête, c'est-à-dire ex parte (ii) la caractérisation de l'urgence n'est souvent pas nécessaire (la justification d'un « motif légitime » suffit)[447] et (iii) le juge étatique a le pouvoir de mandater directement des auxiliaires de justice (huissier, expert, etc.) qui pourront alors, le cas échéant, solliciter l'appui de la force publique.

---

443 Cour de cassation, Rapport annuel 2012, *La preuve dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, p. 265.
444 V. notamment article 1467, al. 3 du CPC : *« Si une partie détient un élément de preuve, le tribunal arbitral peut lui enjoindre de le produire selon les modalités qu'il détermine et au besoin à peine d'astreinte* ».
445 Une mesure d'instruction semblant en effet difficilement rétractable, comme se doit de l'être une mesure provisoire.
446 Règlement CCI, Article 29(1).
447 Par ex. il ne semble généralement y avoir aucune urgence, mais certainement une légitimité, à faire pratiquer une expertise de gestion.

238. Concernant les mesures d'exécution, au titre de l'article 1468, al. 1er du CPC « *la juridiction de l'État est seule compétente pour ordonner des saisies conservatoires et sûretés judiciaires* ». Ce monopole étatique des voies d'exécution est un principe quasiment universel[448]. L'arbitre d'urgence, qui n'a pas, par exemple, compétence pour décider de la saisie forcée d'un bien, s'incline ici nécessairement face au juge étatique.

239. Concernant les mesures de nomination d'un mandataire provisoire, le juge des référés et l'arbitre d'urgence, sont tous les deux, compétents pour prononcer ces mesures exceptionnelles. Cependant, le juge étatique a une meilleure maîtrise des règles locales de gouvernance des entreprises et est mieux placé pour désigner ce mandataire. De plus, ces mesures sont très attachées au siège social de l'entreprise et l'arbitre d'urgence devrait s'assurer que le juge étatique a un avis favorable concernant la mesure ordonnée. Les arbitres d'urgence n'accordent ces mesures que de façon exceptionnelle et prudente en prenant en compte les règles locales.

240. Les injonctions anti-suit peuvent être demandées indifféremment au juge ou à l'arbitre d'urgence. Mais le juge étatique n'ayant parfois pas le pouvoir de prononcer de telles mesures[449], le recours à l'arbitre d'urgence pourrait s'avérer opportun – quoiqu'il faille, devant l'arbitre d'urgence, justifier de l'urgence à prononcer une telle mesure avant la constitution du tribunal arbitral, ce qui peut être délicat.

Par ailleurs, en toute logique, une partie ne peut demander une « *anti-arbitration injunction* » à l'arbitre d'urgence, du moins si cette demande vise un arbitrage fondé sur la même clause compromissoire que la demande de mesure urgente. En effet, il serait nécessairement contradictoire d'introduire une demande d'arbitrage d'urgence pour contester la validité d'une clause compromissoire ou l'arbitrabilité d'un litige, alors même qu'une demande au fond précisément introduite sur ce fondement devra impérativement suivre dans les 10 jours.

---

448 « *C'est un des principes les plus sûrs du droit international public que le pouvoir coercitif ne s'exerce que dans les limites du territoire* », H. Batiffol et P. Lagarde, Droit international privé, LGDJ, 7e éd. 1983, n° 710 ; « *Certes les États organisent par des conventions internationales un système d'entraide judiciaire, mais il ne porte pas atteinte à la territorialité (...) L'imperium est donc une prérogative essentielle de l'État, que celui-ci préserve jalousement* » (C. Jarrosson, Réflexions sur l'imperium, op. cit., p. 252-253) ; même dans le Règlement n° 1215/2012, voir l'article 24-5 (héritant des articles 22-5 du Règlement Bruxelles I et 16-5 de la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968).

449 Ainsi, par ex. dans des arrêts dits *Turner* (CJCE, 27 avril 2004, C-159/02) puis *West Tankers* (CJCE 10 février 2009, C-185/07), la CJUE a décidé que les anti-suit injunctions étaient prohibées au sein de l'Union européenne, lorsque prononcées entre États membres. À l'inverse, les anti-suit injunctions ne sont pas prohibées lorsque prononcées par un tribunal arbitral (CJUE, 13 mai 2015, C-536/13, Gazprom).

241. Concernant les litiges impliquant une entité étatique, notons que les parties à une procédure d'arbitrage d'investissement sous l'égide de la CCI, fondée sur un traité, ne devraient pas bénéficier des dispositions relatives à la procédure de l'arbitre d'urgence. En effet, en application de l'article 29(5) du Règlement CCI « *les Règles relatives à l'arbitre d'urgence (...) ne s'appliquent qu'aux parties qui sont signataires de la convention d'arbitrage visant le Règlement sur laquelle la requête est fondée* ». La CCI a considéré dès la rédaction du Règlement[450] que les investisseurs et les États hôtes ne sont pas des parties signataires de la convention d'arbitrage, formée dans un tel cas via la faculté offerte par l'État à l'investisseur dans le traité bilatéral d'investissement – l'acceptation de ce dernier n'intervenant qu*'a posteriori*.

En toute logique, le Président de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI devrait donc – sauf à reconsidérer la doctrine de la CCI sur ce point[451] – refuser d'accueillir toute requête aux fins de mesures d'urgence présentée par un investisseur en lien avec un traité bilatéral d'investissement[452].

À l'inverse de la CCI, les autres institutions permettent le recours au mécanisme de l'arbitre d'urgence entre investisseurs et États. C'est par exemple le cas de la SCC[453]. En outre, dès lors qu'il est unanimement admis que l'acceptation d'une clause compromissoire par un État ou une organisation internationale (ou tout autre bénéficiaire de l'immunité de juridiction) vaut nécessairement renonciation par ces derniers à se prévaloir de l'immunité de juridiction devant le tribunal arbitral[454], ainsi qu'à l'occasion des procédures connexes[455], il semblerait que cela

---

450 ICC, *ICC Arbitration Commission Report on Arbitration Involving States and State Entities under the ICC Rules of Arbitration*, 862-1 ENG, 2015, p. 6-7.

451 La lettre de l'article 29(5) n'interdit, en effet, pas expressément le recours au mécanisme de l'arbitre d'urgence en matière d'arbitrage d'investissement.

452 La stipulation de clauses dites de « *fast track arbitration* » peut permettre de pallier partiellement l'indisponibilité du mécanisme de l'arbitre d'urgence en matière d'arbitrage d'investissement. C'est ainsi que, par exemple, en application du mécanisme de résolution des litiges prévu dans un contrat d'investissement, un investisseur a pu obtenir la constitution du tribunal arbitral en 10 jours, puis une mesure provisoire en 3 jours *(Bankers Petroleum Ltd. v. Albania, ICC Arbitration*, Nov. 23, 2015).

453 V. *TSIKinvest LLC v. Republic of Moldova, SCC Emergency Arbitration* No. EA (2014/053) ; *Griffin Group v. Poland, SCC Emergency Arbitration* No. EA (2014/183) ; *JKX Oil & Gas, et al. v. Ukraine, SCC Emergency Arbitration* No. EA (2015/002).

454 E. Gaillard, « *Convention d'arbitrage et immunités de juridiction et d'exécution des États et des organisations internationales »*, ASA Bulletin, Vol. 18, No. 3 (2000), p. 471-481, citant Pinguel-Lenuzza I., *Les immunités des États en droit international*, Bruyant, 1998 ; Cosnard M., *La soumission des États aux tribunaux internes face à la théorie des immunités des États*, Pedone, 1996.

455 R. Dupeyré*, Les immunités de juridiction et d'exécution des États dans l'arbitrage international*, 2010 ; « *With respect to immunity from jurisdiction, in most cases, the agreement to arbitrate constitutes a waiver of that immunity – both in relation to the arbitral proceedings themselves and any ancillary proceedings in the national courts. However, with respect to enforcement, often neither the arbitration agreement itself nor the New York and ICSID Convention constitute a waiver of the right to immunity from execution* » (L. Chung, *Recent Trends in State*

inclut également la procédure de l'arbitre d'urgence, dont la compétence repose sur le Règlement d'arbitrage expressément visé par la clause d'arbitrage.

En revanche, il n'est pas certain que l'effet de renonciation à l'immunité de juridiction (et/ou d'exécution[456]) via la stipulation d'une clause compromissoire s'étende automatiquement aux procédures visant à obtenir des mesures provisoires ou conservatoires devant le juge étatique dans l'attente de la constitution du tribunal arbitral[457].

En effet, le caractère accessoire/annexe à la procédure arbitrale de telles procédures pourrait être contesté par l'entité étatique devant le juge des référés dès lors que ces procédures demeurent formellement indépendantes et autonomes, et ne se rattachent donc pas, d'un point de vue strictement procédural, à une quelconque procédure arbitrale au fond. Un demandeur mal intentionné pourrait ainsi être tenté de détourner à son avantage l'existence d'une procédure arbitrale afin de contourner l'immunité de juridiction de son adversaire, et par ce biais, obtenir du juge étatique des mesures dépassant le simple cadre de ce qui est nécessaire à l'arbitrage qui vient d'être initié.

Le juge des référés, saisi d'une telle demande, devra donc vérifier si le demandeur est de bonne foi, et si les mesures requises s'inscrivent effectivement dans le cadre strict d'une procédure d'arbitrage ayant donné lieu à une renonciation à son immunité de juridiction par l'entité étatique. À défaut, le juge pourra relever l'immunité de juridiction comme fin de non-recevoir[458].

Si le recours à la procédure d'arbitrage d'urgence permet d'éviter cet écueil, il présente cependant un risque pour les États ou les entités étatiques, compte tenu de sa plus grande souplesse processuelle : par exemple, pour ceux d'entre eux ayant une certaine inertie dans le traitement de l'information (ou des périodes d'indisponibilité, notamment pendant les périodes de congés), il sera parfois préférable d'exclure l'application de l'arbitrage d'urgence au stade de la clause compromissoire, afin d'éviter les situations dans lesquelles les acteurs d'une

---

Immunity, Kluwer Blog, 2013) ; Ch. Seraglini, *Synthèse – Arbitrage international : convention arbitrale*, J.-Cl. Dr Int., 2015, §35 ; C.A. Paris, 19 juin 1998, n° 97-26549, Rev. arb. 1999, p. 343, note Jarrosson C. ; Cass. civ. 1re, 11 juin 1991, n° 90-11282, JDI 1991, p. 1005, note Gaillard E. ; Rev. arb. 1991, p. 637, note Broches A.

456 Cass. civ. 1re, 6 juill. 2000, n° 98-19068 ; JDI 2000, p. 1054, note I. Pingel-Lenuzza; Rev. arb. 2001, p. 114, note P. Leboulanger; JCP G 2001, II, 10512, note C. Kaplan. et G. Cuniberti; Gaz. Pal. 2001, jurispr. p. 80, note S. Piedelièvre; A. J Moury., *L'incidence de la stipulation d'une clause compromissoire sur l'immunité d'exécution de l'État étranger* : D. 2001, chron. p. 2139.

457 Comme cela est autorisé par le 1er alinéa de l'article 1449 du CPC.

458 Articles 122 et 125 du CPC ; Cass. civ. 1re, 15 avril 1986, rev. crit. DIP, 1986, p. 723, note Couchez.

procédure n'en seraient pas informés dans les délais imposés par la procédure d'arbitrage d'urgence (soit quelques jours) et éviter ainsi qu'une décision ne soit rendue par défaut.

242. Concernant les contentieux multipartites en application de l'article 29(5) du Règlement CCI, « *les Règles relatives à l'arbitre d'urgence (...) ne s'appliquent qu'aux parties qui sont signataires de la convention d'arbitrage visant le Règlement sur laquelle la requête est fondée ou leurs successeurs* ». Ainsi, les règles de jonction d'arbitrage ou relatives aux contrats multiples[459], ou encore la doctrine d'extension de la clause compromissoire à des parties non-signataires, applicables aux procédures d'arbitrage au fond, sont expressément écartées en matière d'arbitrage d'urgence.

Le recours au juge étatique présente donc ici l'avantage de permettre d'inclure à la procédure l'ensemble des parties concernées par le litige, qu'elles soient ou non signataires de la clause d'arbitrage, mais aussi, le cas échéant, de prononcer des mesures produisant leurs effets sur des tiers au contrat et/ou au litige, et notamment sur les biens que ces derniers pourraient détenir. Le champ de compétence des juges étatiques est donc *de facto* plus large s'agissant des parties visées par les mesures d'urgence.

Concernant les mesures d'astreinte, en principe le juge et l'arbitre sont tous deux compétents pour assortir leurs ordonnances d'une astreinte. Toutefois, la partie demanderesse doit tenir compte des difficultés d'exécution de ces mesures[460]. Enfin, si l'absence d'autorité de la chose jugée au principal d'une ordonnance de référé[461] emporte clairement que son exécution est, en tout état de cause, faite aux risques et périls du demandeur – justifiant, le cas échéant, la réparation du dommage causé par l'exécution d'une ordonnance ultérieurement infirmée[462]– cette question n'est en revanche pas expressément tranchée, ni prévue en matière de mesures prononcées par un arbitre d'urgence. Néanmoins, dès lors que le tribunal arbitral a le pouvoir d'infirmer l'ordonnance d'urgence, il nous semble que celui-ci pourrait décider, le cas échéant, d'appliquer le principe selon lequel l'exécution d'une décision de justice provisoire ne peut avoir lieu qu'aux risques de celui qui la poursuit.

243. Avant la constitution du tribunal arbitral, les parties peuvent choisir de recourir au juge étatique ou à l'arbitrage d'urgence concernant leur demande de mesure provisoire ou conservatoire. Différents facteurs doivent être pris en compte en vue de ce choix. Tout d'abord,

459 Règlement CCI, articles 9 et 10.
460 V. le chapitre II du Titre II de la première Partie.
461 Article 488 al. 1er CPC.
462 Cass. Ass. Plé., 24 février 2006, n° 05-12679.

la nature des mesures recherchées peut avoir un effet déterminant, considérant que l'arbitre d'urgence n'est pas en mesure d'ordonner des mesures *ex parte*, ou de mettre en œuvre des saisies ou voies d'exécution. La localisation des actifs objets de la demande, est également un élément à prendre en compte, dans la mesure où l'ordonnance de l'arbitre d'urgence est destinée à produire ses effets dans le monde entier. La procédure de l'arbitrage d'urgence a l'avantage de permettre une certaine internationalisation et centralisation de la procédure par l'usage des différents moyens de communication modernes. Dans les cas où il existe des difficultés tenant à l'accès au juge étatique ou la confiance que l'on pourrait lui accorder, la possibilité de recours à un arbitre d'urgence, neutre[463] spécialisé et réactif peut-être opportun. L'arbitrage d'urgence garantit également la confidentialité de la procédure et un délai défini et relativement rapide (délai de 1 à 15 jours à compter de l'introduction de la requête dans le cadre de l'arbitrage CCI). Toutefois, la procédure d'arbitrage d'urgence étant relativement coûteuse (frais fixes de 40 000 dollars dans le cadre de l'arbitrage CCI[464]), dans les cas où les parties peuvent avoir confiance en la justice étatique et la confidentialité de la procédure ne présente pas de difficulté particulière, le recours à l'arbitrage d'urgence peut être inutile. De plus, concernant l'exécution des mesures prises, même s'il est fortement probable que les parties respectent spontanément les décisions de l'arbitre d'urgence, ces dernières ne peuvent faire l'objet d'une exécution forcée en application de la Convention de New York.

463 Suite à la présentation du nouveau Règlement CCI, Michael Bühler, l'un des rédacteurs de celui-ci, a précisé que « *[l]e nouveau règlement permettra à l'avenir dans bien des cas d'obtenir des mesures provisoires sans recourir au juge étatique, et donc de préserver l'esprit de l'arbitrage, qui justement est d'exclure les tribunaux étatiques dans le règlement des litiges commerciaux entre les parties à un contrat. Dans certains pays, il serait illusoire de vouloir saisir les tribunaux étatiques pour obtenir des mesures provisoires à l'encontre d'une société de ce pays*. » (*Droit et Patrimoine l'Hebdo*, n° 846, *Section Entretien, Trois questions à Michael W. Bühler*, 3 octobre 2011).

464 V. l'article 7 (2) de l'appendix V du Règlement d'arbitrage CCI de 2012 : Le Président peut à tout moment de la procédure de l'arbitre d'urgence décider d'augmenter les honoraires de l'arbitre d'urgence ou les frais administratifs de la CCI, compte tenu, notamment, de la nature de l'affaire ainsi que de la nature et de la quantité du travail fourni par l'arbitre d'urgence, la Cour, le Président et le Secrétariat. La Requête est considérée comme retirée si le requérant ne paie pas le supplément exigé dans le délai fixé par le Secrétariat.

Conclusion

244. Avant la constitution du tribunal, la compétence du juge étatique est admise pour prononcer les mesures provisoires et conservatoires. Le juge est le garant de la protection juridictionnelle provisoire de tous les justiciables et en attendant la constitution du tribunal arbitral, les parties ont la possibilité de s'adresser aux juridictions étatiques concernant les demandes de mesures provisoires. Néanmoins, en présence d'une convention d'arbitrage, le régime de la prononciation des mesures provisoires par le juge étatique est adapté aux exigences de l'arbitrage. Le juge veille à ce que les mesures provisoires ne permettent pas aux parties d'éviter la saisine du tribunal arbitral.

245. Pour répondre au besoin des mesures provisoires et conservatoires, les institutions arbitrales ont mis en place une procédure d'arbitrage d'urgence pour permettre aux parties d'obtenir ces mesures par voie arbitrale. Ainsi, dans le cadre de l'arbitrage institutionnel, le juge partage sa compétence avec l'arbitre d'urgence pour prononcer les mesures provisoires. La compétence parallèle du juge et de l'arbitre permet aux parties de choisir l'autorité à laquelle elles souhaitent présenter leur demande de mesures provisoires. Plusieurs facteurs peuvent être pris en compte par les parties comme la durée de la procédure, la nature des mesures en cause ou le risque de l'inexécution des mesures par la partie adverse.

246. On peut se demander si l'arbitre d'urgence peut véritablement remplacer le juge étatique dans son rôle concernant les mesures provisoires et conservatoires. À notre sens, la réponse à cette interrogation est négative.

Tout d'abord, certaines mesures ne peuvent être ordonnées que par le juge étatique. Par exemple, seul le juge peut prononcer les mesures d'exécution. L'arbitre d'urgence n'est pas en mesure de mettre en œuvre des saisies ou voies d'exécution ou d'ordonner des mesures *ex parte.* Également, en matière de mesures d'instruction d'urgence, le recours au juge étatique sera souvent plus efficace que le recours à l'arbitrage d'urgence. Certaines règles comme celles de jonction d'arbitrage ou celles relatives aux contrats multiples[465], ou encore la doctrine d'extension de la clause compromissoire à des parties non-signataires, applicables aux procédures d'arbitrage au fond, sont expressément écartées en matière d'arbitrage d'urgence.

465 Par exemple : Règlement CCI, articles 9 et 10.

De plus, l'exécution des décisions de l'arbitre d'urgence peut présenter des difficultés. Celles-ci ne peuvent faire l'objet d'une exécution forcée en application de la Convention de New York (*v. infra*).

Conclusion du Titre I

247. Avant la constitution du tribunal arbitral, l'intervention du juge étatique est admise pour le soutien de l'arbitrage. Le juge étatique intervient dans la mise en place de la procédure arbitrale. Au moment du commencement de la procédure arbitrale, l'appui du juge peut être nécessaire pour la constitution du tribunal arbitral. Le tribunal arbitral est seul compétent pour connaître le litige entre les parties à l'arbitrage. Néanmoins, les litiges entre les parties et le tribunal arbitral concernant la composition de celui-ci ou la maîtrise du temps de l'arbitrage relèvent de la compétence du juge étatique.

L'intervention du juge étatique dans l'arbitrage est limitée dans le cadre de l'arbitrage institutionnel. Les institutions d'arbitrage sont chargées de la constitution du tribunal arbitral. Elles mettent en place la procédure arbitrale et veillent à son bon déroulement. Néanmoins, l'examen du droit positif a montré l'existence de certains disfonctionnements dans le dispositif actuel. Il faut donc admettre l'intervention plus poussée du juge dans le cadre de l'arbitrage institutionnel pour la protection des droits des parties.

248. Également, avant la mise en place de la procédure arbitrale, le juge étatique est compétent pour prononcer les mesures provisoires et conservatoires. Il assure la protection juridictionnelle provisoire des parties en attendant la constitution du tribunal arbitral.

Pour répondre aux demandes de mesures provisoires et conservatoires, les institutions d'arbitrage ont prévu une procédure d'arbitrage d'urgence. La compétence du juge étatique pour prononcer les mesures provisoires et conservatoires avant la constitution du tribunal arbitral est concurrencée par celle de l'arbitre d'urgence. Les parties peuvent choisir l'autorité à laquelle elles souhaitent adresser leur demande de mesures provisoires et conservatoires en fonction des circonstances de l'espèce.

Il faut noter que l'arbitrage d'urgence ne peut pas être considéré comme un véritable remplacement pour le juge étatique. Les pouvoirs de l'arbitre d'urgence sont très limités. Non seulement, il ne peut pas prononcer certains types de mesures comme les mesures d'exécution ou des mesures *ex parte,* l'efficacité des mesures qu'il peut prononcer est également limitée.

En dehors de l'arbitrage institutionnel, certaines difficultés tenant à l'absence du tribunal arbitral, peuvent créer des blocages au déroulement et à l'efficacité de la procédure arbitrale. Le soutien du juge étatique permet aux parties de surmonter ces difficultés. Après la constitution

du tribunal arbitral, le juge étatique maintient son soutien à la procédure arbitrale, néanmoins, sa compétence est subsidiaire par rapport au tribunal arbitral.

Titre II. L'intervention du juge étatique en soutien de l'arbitrage, après la constitution du tribunal arbitral

249. En présence d'une convention d'arbitrage, la résolution du litige échappe à la compétence des juridictions étatiques. Néanmoins, l'intervention du juge étatique est requise concernant les litiges relatifs aux mesures provisoires et conservatoires. Avant la constitution du tribunal arbitral, le juge est principalement compétent pour prononcer ces mesures. En l'absence du tribunal arbitral, l'intervention du juge étatique est nécessaire pour éviter une atteinte au droit d'accès au juge des parties à l'arbitrage. Néanmoins, la constitution du tribunal arbitral limite considérablement l'intervention du juge étatique dans la procédure arbitrale. Le tribunal arbitral est compétent pour prendre les mesures nécessaires et adaptées à la situation des parties. En théorie, les fonctions du juge étatique doivent prendre fin avec la naissance du tribunal arbitral. Cependant, l'arbitre ne dispose pas de l'*imperium pur* et détient son pouvoir de la convention des parties. Ces spécificités mettent obstacle à l'indépendance totale de l'arbitrage et rendent nécessaire l'intervention du juge étatique même après la constitution du tribunal arbitral. Le juge étatique intervient d'une part, pour ordonner certaines mesures provisoires et conservatoires (Chapitre I), et d'autre part, pour assurer l'exécution des mesures provisoires et conservatoires arbitrales (Chapitre II).

Chapitre I. L'intervention du juge étatique du provisoire dans la procédure arbitrale après la constitution du tribunal arbitral

250. Aujourd'hui, il est majoritairement admis en droit comparé que les arbitres ont le pouvoir d'ordonner des mesures provisoires et conservatoires. Dans certaines législations, l'arbitre partage ce pouvoir avec le juge étatique qui dispose d'une compétence parallèle pour prononcer des mesures provisoires et conservatoires (droit suisse). Dans d'autres, l'arbitre est assisté par le juge qui n'est compétent que lorsque l'arbitre n'est pas en mesure d'agir. Ces législations prévoient la compétence complémentaire du juge et l'arbitre. Dans quelle mesure les compétences du juge et de l'arbitre s'articulent-elles de façon optimale concernant les mesures provisoires et conservatoires après la constitution du tribunal arbitral ? Pour répondre à cette problématique, nous allons étudier tout d'abord, la compétence complémentaire du juge et de l'arbitre pour prononcer des mesures provisoires et conservatoires (Section I). Ensuite, nous allons examiner la nécessité de l'élargissement du champ de compétence du juge étatique pour prononcer des mesures provisoires et conservatoires (Section II).

Section I. La compétence complémentaire du juge et de l'arbitre pour prononcer des mesures provisoires et conservatoires

251. Lorsque les législations nationales prévoient la compétence complémentaire du juge et de l'arbitre pour prononcer des mesures provisoires et conservatoires, le juge ne sera compétent que dans les cas où l'arbitre n'est pas en mesure d'intervenir. Après la constitution du tribunal arbitral, l'intervention du juge étatique du provisoire est limitée au strict nécessaire. La compétence principale pour ordonner des mesures provisoires et conservatoires revient au tribunal arbitral (sous-section. I). Le juge étatique n'a qu'une compétence subsidiaire et ne peut intervenir que ponctuellement dans les cas d'incompétence du tribunal arbitral (Sous-section II).

Sous-section I. La compétence de principe de l'arbitre pour prononcer des mesures provisoires et conservatoires

252. En général, les droits nationaux admettent que l'arbitre dispose du pouvoir d'ordonner des mesures provisoires et conservatoires[466]. Seulement certaines mesures échappent à la compétence arbitrale. Dans le cadre du droit français et anglais, le tribunal arbitral est principalement compétent pour prononcer les mesures provisoires et conservatoires. Nous allons étudier les modalités de la mise en place de la compétence arbitrale, d'abord dans le cadre du droit français (§I), ensuite, dans le cadre du droit anglais (§II).

§1. L'admission de la compétence de principe de l'arbitre pour prononcer des mesures provisoires et conservatoires en droit français

253. En France, après la constitution du tribunal arbitral, celui-ci est principalement compétent pour prononcer des mesures provisoires et conservatoires (A). Il n'existe pas des conditions particulières quant à l'exercice de ce pouvoir (B).

A. L'admission du pouvoir de l'arbitre d'ordonner des mesures provisoires et conservatoires en droit français

254. Traditionnellement, le pouvoir de l'arbitre d'octroyer des mesures provisoires et conservatoires n'était pas reconnu par la majorité des législations nationales. Aujourd'hui, il est généralement admis que l'arbitre puisse prononcer des mesures d'urgence[467]. Néanmoins, les parties ont la possibilité d'en convenir autrement. En droit français, l'article 1468 du CPC prévoit que le tribunal arbitral peut ordonner des mesures provisoires et conservatoires à l'exception des saisies conservatoires et sûretés judiciaires. Cependant, certaines législations nationales continuent à considérer que les mesures provisoires et conservatoires ne peuvent être ordonnées que par le juge étatique comme le droit chinois et le droit argentin[468]. D'autres,

466 Sauf quelques exceptions : droit chinois, droit argentin.
467 Art. 183 alinéa premier de la loi suisse sur l'arbitrage de 1989, admet également une telle possibilité pour le tribunal arbitral en respectant le choix des parties ; en droit anglais, l'article 38 de l'EAA, prévoit la compétence de l'arbitre d'ordonner des mesures provisoires et conservatoires.
468 Art. 68 de la loi chinoise sur l'arbitrage 1995 ; art. 753 de la loi argentine sur l'arbitrage 2014

comme le droit italien, limitent le pouvoir de l'arbitre à ordonner des mesures d'urgence aux cas expressément prévus par la loi[469]. En général, si les parties souhaitent soustraire leur litige à la compétence du juge étatique, il leur est conseillé de prévoir la compétence du tribunal arbitral pour ordonner des mesures provisoires et conservatoires directement dans la convention d'arbitrage ou indirectement en se référant au règlement d'arbitrage d'une institution reconnaissant le pouvoir des arbitres à ordonner de telles mesures. À titre d'exemple, le règlement de la CCI autorise le tribunal arbitral à prendre toute mesure qu'il considère appropriée[470].

255. En droit français, en principe, le juge étatique n'a aucun rôle à jouer après la constitution du tribunal arbitral. Depuis le décret du 13 janvier 2011, l'article 1468 du CPC reconnaît à l'arbitre le pouvoir d'assurer une protection provisoire des justiciables par l'intermédiaire des mesures provisoires. Avant la réforme de 2011, la reconnaissance de ce pouvoir de l'arbitre était implicite, en l'absence de disposition légale. L'ancien article 1494 du CPC était souvent invoqué comme fondement du pouvoir de l'arbitre pour ordonner des mesures provisoires. L'article 1494 disposait dans son alinéa 2 que « *dans le silence de la convention, l'arbitre règle la procédure, autant qu'il est besoin, soit directement, soit par référence à une loi ou à un règlement d'arbitrage*. » Il est important de noter que le pouvoir de rendre des mesures provisoires est une question de compétence et non pas de procédure[471]. En effet, l'idée était que l'arbitre dispose d'un pouvoir de trancher le litige au principal donc il devra avoir le pouvoir d'ordonner une mesure provisoire qui est l'accessoire au litige principal. Il a la *jurisdictio* à titre définitive, qui explique son pouvoir accessoire de *jursidictio* provisoire[472]. En d'autres termes, qui peut le plus peut le moins. Sur ce fondement, la Cour d'appel de Paris a reconnu à l'arbitre le « *pouvoir de juger d'une demande d'urgence* » en prononçant une mesure conservatoire[473]. Cette jurisprudence s'inscrit dans le prolongement de l'ancien article 1460 alinéa 3, qui donnait à l'arbitre le pouvoir d'ordonner aux parties de produire des éléments de preuves[474].

---

469 Décret législatif n°5 du 17 janvier 2003. Cette législation se heurte à la pratique arbitrale de la majorité des institutions italiennes, art. 19 du Règlement de l'IAI 2008 ; art. 22 (2) du Règlement de Milan 2010

470 Art. 28 du Règlement CCI 2012

471 S. Besson, J. –F. Poudret, *Droit comparé de l'arbitrage international*, Schulthess, 2002, n° 606, p. 552

472 Aux États-Unis, dans une décision, le pouvoir du juge étatique de prononcer des mesures provisoires et conservatoires a été considéré comme un incident à son pouvoir d'imposer le respect de la convention d'arbitrage (V. *Albatross S. S. Co v Manning Bros Inc,* (95 F. Supp 459)). Toutefois, ce raisonnement n'est pas suivi par tous les tribunaux américains. Dans une autre décision, l'intervention du juge étatique du provisoire a été expliquée par la volonté des parties d'assurer l'effectivité de la sentence arbitrale (V. *Murray Oil Products v Mitsui & Co,* (146 F. 2d 381)).

473 C.A. Paris (1re Ch. C), 7 oct. 2004, S.A. Oter et al. c/ Carlyle, juris-Cata, n° 2004-262342, Rev. arb., 2004, p. 982, J.C.P., 2005, II, n° 10 071, note J.-M. Jacquet

474 V. E. Gaillard et P. De Lapasse, *le nouveau droit français de l'arbitrage interne et international*, *op. cit.*

Après la réforme de 2011, l'article 1468 du CPC reconnaît explicitement le pouvoir arbitral d'ordonner des mesures provisoires. Cela s'inscrit dans une harmonie avec le droit comparé, mais aussi avec les conventions internationales et règlements d'arbitrage[475]. En droit comparé la tendance majoritaire est de reconnaître à l'arbitre le pouvoir d'ordonner des mesures provisoires (l'Allemagne, Belgique, Espagne, la Suisse), même si quelques pays hostiles à l'arbitrage ne reconnaissent pas ce pouvoir (Italie) ou le soumettent à certaines conditions[476]. Cette tendance en droit comparé avait conduit la doctrine majoritaire française à reconnaître à l'arbitre le pouvoir de prononcer des mesures provisoires. Il convient de noter qu'il existe aujourd'hui encore des incertitudes sur la nature juridique des mesures provisoires et conservatoires prononcées par les arbitres et que l'exécution de ces mesures peut présenter des difficultés[477].

B. L'étendue de la protection provisoire arbitrale

256. En France, le principe est la liberté de l'arbitre dans le choix des mesures provisoires. La formulation de l'article 1468 est très générale comme celle de l'article 484 du CPC concernant le pouvoir du juge des référés de prononcer des mesures nécessaires. Cette formulation donne à l'arbitre une liberté d'appréciation identique à celle du juge. Il a la possibilité d'être créatif dans le choix de la mesure et les conditions l'accompagnant, comme le pouvoir d'assortir la mesure d'une astreinte. L'arbitre peut ordonner toute mesure provisoire ou conservatoire que le juge a compétence pour prononcer avant la constitution du tribunal arbitral[478]. Cependant, il existe une exception à la liberté de l'arbitre pour le choix des mesures. L'article 1468 du CPC impose une limite importante au pouvoir de l'arbitre de prononcer des mesures provisoires : seule la juridiction étatique est autorisée à prononcer des mesures conservatoires d'exécution.

---

475 Art. 17 de la loi-type CNUCI, Art. 28 al.1 du règlement CCI de 2017, Art. 21 du règle American Arbitration Association.

476 Par ex., le droit anglais n'admet la compétence de l'arbitre pour ordonner certaines mesures qu'avec l'accord des parties : Art. 39 de l'Arbitration Act de 1996, V. également la loi néerlandaise, art. 1051 alinéa 1 WBR.

477 Pour une étude détaillée de cette question v. *infra* : Chapitre II du Titre II de la première Partie.

478 Mesure d'expertise ou de constat ou une injonction de ne pas faire, un séquestre ou une mesure pour conservation des éléments de preuve, v. TGI paris 21 janvier 1986, Rev. arb., 1985, p. 579, TGI se déclare incompétent pour déclarer sous séquestre des œuvres d'art en garantie du montant de provision à laquelle le défendeur était condamné dans l'instance arbitrale, au motif qu'il appartenait à l'arbitre d'ordonner une telle mesure. Et Cass. Civ. 2e, 30 mars 2000, Rev. arb. , p. 623-634 note L. Cadiet, le juge étatique est incompétent d'ordonner la main levée d'un séquestre ordonné par l'arbitre.

257. Concernant les conditions d'octroi des mesures provisoires et conservatoires, en général, les droits nationaux et les règlements concernant les mesures d'intérim sont silencieux sur les principes et standards à examiner pour ordonner de telles mesures[479]. Par exemple, l'alinéa premier de l'article 28 du règlement d'arbitrage CCI prévoit que « *sauf accord contraire des parties et à la demande de l'une d'entre elles, le tribunal arbitral peut dès que le dossier lui a été remis, ordonner toute mesure conservatoire ou provisoire qu'il considère appropriée*. » Le règlement d'arbitrage CCI comme d'autres règlements d'arbitrage ne prévoit pas des critères spécifiques à prendre en compte pour prononcer des mesures conservatoires ou provisoires et le tribunal peut exercer son pouvoir de façon discrétionnaire en accordant des mesures d'intérim qu'il considère comme appropriées.

258. Alan Tsang considère que les pratiques des cours internationales et des tribunaux arbitraux en matière des mesures d'intérim démontrent l'émergence de certaines règles procédurales coutumières concernant les conditions fondamentales à satisfaire pour obtenir des mesures provisoires[480]. Pendant des années, la jurisprudence des tribunaux arbitraux a donc construit un corps de règles de procédure transnationale gouvernant le domaine de ces mesures. Cette jurisprudence est particulièrement construite par la Cour Internationale de Justice et la CIRDI. Ces règles sont applicables à de nombreux litiges internationaux privés et publics et ont été reconnues dans les règles d'arbitrage de la CNUDCI.

259. Une étude sur la jurisprudence de CCI suggère que les tribunaux arbitraux exigent au moins trois conditions pour prononcer les mesures provisoires sollicitées[481]. Premièrement, le demandeur doit prouver qu'il y a urgence pour obtenir des mesures en cause. Deuxièmement, il doit démontrer qu'un dommage grave et irréparable lui sera causé si la mesure n'est pas prononcée. Enfin, il doit prouver qu'il a des chances d'obtenir gain de cause en vue de ses réclamations substantielles au fond. Ces exigences font partie des principales conditions prises en compte par les arbitres lors de l'étude d'une demande de mesure provisoire ou conservatoire. S'il existe un litige concernant la compétence du tribunal arbitral, la partie qui souhaite obtenir ces mesures doit alors établir la compétence *prima facie* du tribunal au fond[482].

---

479 A. Yesilirmak, *Provisional Measures in International Commercial Arbitration*, The Hague, Kluwer, 2005, n° 5-2.

480 A. Tsang, « *transnational rules on interim measures in international courts and arbitration* », International Arbitration Law Review, 2011

481 V. A. Yesilirmak, « *Interim and Conservatory Measures in ICC Arbitral Practice* »,(2000)11(1) ICC Int'l Ct Arb. Bull. 31.

482 G. Born, *Provisional Relief in international arbitration*, International Commercial Arbitration (2nd ed.) Kluwer Law International, 2014, pp.2480-2481, V. également CIRDI no. ARB/98/2, décision sur les mesures provisoires de 25 septembre 2001, n°2.

§II. L'admission de la compétence de principe de l'arbitre pour prononcer des mesures provisoires et conservatoires en droit anglais

260. La compétence pour ordonner des mesures d'urgence appartient en principe au tribunal arbitral. L'intervention du juge anglais pour ordonner des mesures provisoires et conservatoires pendant la procédure arbitrale n'est possible que si elle est expressément prévue par l'*English Arbitration Act* (EAA). En droit anglais, même si le juge étatique peut intervenir pour prononcer des mesures provisoires et conservatoires, il ne doit utiliser son pouvoir que dans les cas où le tribunal arbitral n'est pas en mesure d'ordonner des mesures adéquates ou lorsque la décision du juge étatique apporte un soutien particulier à l'arbitrage. L'objectif des mesures ordonnées par le juge étatique est d'assurer l'effectivité de la sentence arbitrale finale sur le fond du litige et l'EAA ne permet l'intervention du juge qu'à ce propos. Comme souligné par *Lord Mustill*[483], « *Whatever view is taken regarding the correct balance of the relationship between international arbitration and national courts, it is impossible to doubt that at least in some instances the intervention of the courts may not only be permissible but highly beneficial* »[484].

261. En droit anglais, l'EAA n'utilise pas expressément le terme « mesures d'intérim », mais prévoit dans son article 38, des pouvoirs généraux du tribunal pour accorder des mesures conservatoires, des mesures de cautionnement des frais, et des injonctions. Selon cet article, à défaut d'accord express des parties interdisant au tribunal arbitral d'ordonner des mesures provisoires, ce dernier dispose du pouvoir de prononcer ces mesures. Cependant, les pouvoirs annoncés dans l'article 39 peuvent être exercés uniquement avec l'autorisation des parties. En vertu de l'EAA, les pouvoirs d'un tribunal arbitral concernant les mesures provisoires peuvent être classés dans deux catégories.

La première regroupe les cas dans lesquels le tribunal arbitral a le pouvoir implicite de prononcer des mesures provisoires spécifiées en vertu de l'article 38. Ce dernier prévoit la possibilité pour le tribunal d'ordonner le cautionnement des frais conformément au principe de *cautio judicatum solvi*[485]. L'article 38 permet également au tribunal arbitral de prononcer des

483 C*oppee-Lavalin vs. Ken-Ren Chemicals and Fertilizers Ltd.* (1994) 2 All. E. R. 449, H.L.
484 Ibid, p.466.
485 L'article 38 d'EAA accorde expressément aux arbitres le pouvoir d'ordonner une mesure de *Security for Costs* et par cette provision, la compétence du juge anglais pour ordonner une telle mesure en présence d'une

mesures relatives à un bien objet de litige, ou en possession d'une des parties. Ce pouvoir est assez large et comprend plusieurs domaines. Le tribunal peut ordonner l'inspection, la conservation, la photographie, la détention ou la garde d'un bien par le tribunal, un expert, ou une des parties. Il peut également autoriser les expérimentations ou les observations sur les biens. Les mesures nécessaires concernant la conservation des éléments de preuve en possession d'une des parties sont également régies par l'article 38 de l'EAA.

La deuxième catégorie concerne certaines mesures ne pouvant être prononcées par le tribunal arbitral qu'avec l'autorisation express des parties en vertu de l'article 39 de l'EAA. Les parties peuvent s'accorder sur le pouvoir du tribunal arbitral d'ordonner le paiement d'une provision ou la mise à disposition d'un bien par une partie. Le tribunal arbitral peut également ordonner le paiement d'une provision relative au coût de l'arbitrage.

262. Le juge étatique peut être amené à intervenir dans l'arbitrage pour s'assurer du respect des mesures arbitrales[486]. Également, certaines mesures provisoires et conservatoires ne peuvent être prises par l'arbitre comme la saisie conservatoire de droit français. Les parties doivent alors recourir au juge pour obtenir ces mesures. Même si le tribunal arbitral est principalement compétent pour ordonner les mesures provisoires et conservatoires, il faut noter que le juge étatique du provisoire reste subsidiairement compétent pendant la procédure arbitrale.

Sous-section II. La compétence subsidiaire du juge étatique pour prononcer des mesures provisoires et conservatoires

263. En principe, après la constitution du tribunal arbitral, la compétence du juge étatique est exclue pour prononcer des mesures provisoires et conservatoires (§I). Néanmoins, son intervention est nécessaire dans certaines situations notamment, à défaut de la compétence du tribunal arbitral (§II).

---

procédure arbitrale est effacée (D.St. John Sutton, J. Kendall, J. Gill, *Russell on Arbitration,* 21st ed., Sweet and Maxwell, Russell, pp. 389).

486 L'intervention du juge étatique est nécessaire pour répondre aux difficultés d'exécution des mesures provisoires et conservatoires prises par le tribunal arbitral. Pour une étude détaillée sur cette question v. *infra*, Chapitre II du Titre II de la première Partie.

§I. L'exclusion de la compétence du juge étatique pour prononcer des mesures provisoires et conservatoires

264. Même si l'arbitrage est exclu du champ d'application du règlement Bruxelles I bis, les mesures provisoires et conservatoires sont considérées comme relevant du domaine du règlement[487]. Elles ne relèvent pas de la procédure arbitrale quand bien même elles ont été prises dans le cadre d'un litige conféré à l'arbitrage. La jurisprudence fait une distinction selon que le juge saisi d'une demande de mesures provisoires et conservatoires est ou non compétent au fond[488]. Lorsqu'il est compétent au fond il est également compétent pour ordonner des mesures provisoires et conservatoires à effet extraterritorial. Lorsqu'en revanche, le juge saisi n'est pas compétent au fond, les mesures provisoires et conservatoires prises n'ont pas d'effet extraterritorial.

L'article 35 du règlement prévoit que « *les mesures provisoires ou conservatoires prévues par la loi d'un État membre peuvent être demandées aux juridictions de cet État, même si les juridictions d'un autre État membre sont compétentes pour connaître du fond* ».

Néanmoins, l'article 2 du règlement Bruxelles I bis prévoit qu'« (a)ux fins du chapitre III, le terme «décision» englobe les mesures provisoires ou les mesures conservatoires ordonnées par une juridiction qui, en vertu du présent règlement, est compétente au fond ». En effet, en vertu du règlement Bruxelles I, les mesures provisoires et conservatoires ne sont considérées comme un « jugement » pouvant circuler que lorsqu'elles sont ordonnées par le juge compétent au fond.

De plus, selon le considérant 33 du règlement Bruxelles I bis lorsque le juge étatique n'est pas compétent sur le fond, l'effet des mesures provisoires et conservatoires est limité au territoire de l'État d'origine de ces mesures. En effet, la possibilité pour le juge étatique de prononcer des mesures provisoires et conservatoires est déterminée uniquement par les législations nationales.

265. En France, avant la réforme de 2011, il n'existait aucune disposition spécifique concernant la compétence du juge étatique pour ordonner des mesures provisoires et conservatoires après la constitution du tribunal arbitral. La Cour de cassation avait admis dans certains arrêts, le pouvoir du juge étatique d'ordonner des mesures provisoires, en présence

487 CJCE 17 nov. 1998, *Van Uden*, aff. C-391/95, Rec. I-7091.
488 CJCE 17 nov. 1998, *Van Uden*, aff. C-391/95, Rec. I-7091, spéc. N° 22.

d'une convention d'arbitrage entre les parties, même après la constitution du tribunal arbitral[489]. Le juge pouvait intervenir concernant les demandes de référé provision[490], ou les mesures conservatoires[491]. Les arrêts de la Cour d'appel de Paris suivaient la solution de la Cour de cassation[492]. Le juge des référés avait compétence pour prononcer des mesures provisoires et conservatoires dans deux cas. Premièrement, en cas d'urgence, en vertu de l'article 808 du CPC, si la mesure sollicitée ne se heurtait à aucune contestation sérieuse ou si elle était justifiée par l'existence du différend[493]. Deuxièmement, lorsqu'il s'agissait de prévenir un dommage imminent ou de faire cesser un trouble manifestement illicite en vertu de l'article 809 alinéa 1 du CPC[494]. Toutefois, en vertu de l'alinéa 2 de l'article 809 du CPC, il n'était plus possible de recourir au juge étatique après la saisine du tribunal arbitral[495].

La jurisprudence avait établi même avant la réforme de 2011 que l'intervention du juge étatique était complémentaire du tribunal arbitral avant sa constitution, et subsidiaire après sa constitution[496]. Le juge étatique est compétent pour prendre des mesures provisoires avant la constitution du tribunal arbitral en vertu de l'article 1449 du CPC. Le texte est silencieux sur la période dans laquelle l'instance arbitrale est en cours. Une lecture *a contrario* de l'article 1449 du CPC permet de conclure qu'il n'est pas possible de saisir le juge étatique pour prononcer

489 Cass. civ. 1re, 1er février 1989, *Rev. arb.*, 1989.494, note G. Couchez ; Cass. civ. 2e, 8 juin 1995, *Bull. civ.* II, n° 170 ; C.A. Rouen, 7 septembre 1995, *Rev. arb.,* 1996.275 ; C.A.Versailles, 8 octobre 1998, *Rev. arb.,* 1999.58, note A. Hory ; *RTD com.,* 2006.297, obs. E. Loquin.

490 Civ. 1re, 14 mars 1984, Rev. arb., 1985, p. 69, note G. Couchez ; Civ. 1ère, 20 mars 1989, Rev. arb., 1989, p. 65667, note Ph. Fouchard ; Cass. Civ. 1ère, 6 mars 1990, Horeva, Rev. arb., 1990, p. 633, note H. Gaudemet-Tallon.

491 Cass. Civ. 1re, 18 nov. 1986, Sté Atlantic Triton*, cit. supra.* La Cour précise ainsi que « *le pouvoir du juge étatique d'ordonner des mesures conservatoires, qui n'est pas écarté par la convention de Washington, ne pouvait l'être que par une convention expresse des parties ou par une convention implicite résultant de l'adoption d'un règlement d'arbitrage qui comporterait une telle renonciation* ».

492 C.A. Paris, 13 févr. 1990, p. 593, note G. Peyrard : « *la compétence internationale de la juridiction française des référés, justifiée par l'urgence, est cependant exclue dès lors que le tribunal arbitral est saisi, et peut l'être, dans tous les cas, par la convention des parties* » (…) « *considérant qu'il apparaît que la convention ne contient aucune stipulation excluant la compétence du juge des référés, qui au contraire expressément visée dans le règlement de la CCI au titre des mesures provisoires (…)* ». V. aussi C.A. Paris 2 avril 2003, Rev. arb., Som. Jur. P. 981-982 et Rev. arb., 2005, p. 115-133, note X. Boucobza : « *si l'existence d'une convention d'arbitrage ne fait pas en principe obstacle au pouvoir reconnu au juge des référés par l'article 145 du nouveau code de procédure civile d'ordonner, avant toute saisine de la juridiction compétente les mesures d'instruction légalement admissible, il en va néanmoins autrement lorsque, par des stipulations particulières, les parties ont prévu de réserver aux arbitres la recherche des preuves.*»

493 C.A. Rouen, 7 septembre 1995, *Rev. arb.,* 1996.275 ; C.A. Versailles, 8 octobre 1998, *Rev. arb.,* 1999.58, note A. Hory ; M.-A. Bahmaei, *L'intervention du juge étatique des mesures provisoires et conservatoires en présence d'une convention d'arbitrage,* LGDJ, 2002, n° 52 et s.

494 Ch. Jarrosson, J. Pellerin, « *Le droit français de l'arbitrage après le décret du 13 janvier 2011* », *Rev. arb.,* 2011.5, p. 15.

495 Cass. civ. 1re, 14 mars 1984, n° 82-15.619, *Bull. civ.* I, n° 93 ; *Rev. arb.,* 1985.69, note G. Couchez ; *D.*, 1984.629 ; *JCP,* 1984, note H. Synvet ; *RTD civ.,* 1985.208, obs. J. Normand.

496 M.-A. Bahmaei, *op. cit.,* n° 112 et s.

une mesure provisoire ou conservatoire après la constitution du tribunal arbitral. Néanmoins, cet article fait l'objet d'interprétations divergentes.

266. Certains auteurs estiment qu'« il est incontestable que la demande au titre de l'article 145 du code de procédure civile n'est plus recevable si le tribunal arbitral, juge du principal, a déjà été saisi du fond du litige, puisque la mesure doit être ordonnée "avant tout procès" ; une fois l'instance arbitrale engagée, le juge ne peut donc plus intervenir sur la base de ce texte »[497]. D'autres auteurs considèrent qu'il n'y a pas lieu d'effectuer une lecture a contrario de l'article 1449 du CPC[498]. Une autre proposition consiste en la lecture aménagée de l'article 1449 CPC. Il est suggéré de lire l'article comme une disposition ouvrant la compétence étatique tant que le tribunal n'est pas constitué[499]. Il faut en revanche, limiter la signification négative de cette disposition en considérant qu'elle indique qu'une fois que le tribunal est constitué, la situation est plus complexe et peut engendrer l'exclusion de la compétence du juge étatique concernant les mesures provisoires, sans que cela soit systématique. Lorsque le tribunal disposera des pouvoirs suffisants pour répondre à l'urgence par les mesures provisoires qui lui sont demandées, c'est à lui d'examiner la demande (par exemple des mesures d'injonction de faire ou de ne pas faire, des mesures de simples constats et des mesures pour lesquelles l'existence de la clause compromissoire impose de ne pas se retourner vers le juge étatique). Au contraire, lorsque le tribunal arbitral n'aura pas les moyens d'ordonner les mesures sollicitées (mesures ex parte, mesures conservatoires comportant une part d'imperium merum, mesures de prévention d'un dommage imminent dont l'efficacité est particulièrement assurée par le juge des référés, etc.), le tribunal étatique sera compétent.

267. Plusieurs arguments sont avancés contre la lecture *a contrario* de l'article 1449 du CPC. Tout d'abord, selon le Rapport au Premier ministre, l'intention du rédacteur du décret de 2011 n'était pas de modifier les solutions jurisprudentielles[500]. Également, certains ont considéré « *que l'article 1449 étant situé dans le chapitre relatif à la convention d'arbitrage, il ne se soucie pas de régir les pouvoirs respectifs du juge et de l'arbitre au cours de l'instance arbitrale* »[501]. Toutefois, l'argument le plus convaincant repose sur le droit d'accès au juge des parties. La continuité de l'accès à une protection provisoire est l'enjeu fondamental en la matière. Il a

497 Ch. Seraglini, J. Ortscheidt, *op. cit.,* n° 701.
498 Ch. Jarrosson, J. Pellerin, *op. cit.,* p. 16.
499 V. Ch. Jarrosson et J. Pellerin, « *le droit français de l'arbitrage après le décret du 13 janvier 2011* », Rev. arb. 2011, spéc. P. 5 et s., spéc. N° 13 et s.
500 Rapport au Premier ministre relatif au décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage, JO 14 janvier 2011, p. 773.
501 Ch. Jarrosson, « Le juge et l'instance arbitrale : le juge, l'arbitre et la preuve en droit français », in *l'arbitre et le juge étatique*, mélanges offert à Guiseppe Tarzia, Bruylant, 2014.

été souligné qu'« *on ne peut exclure de rencontrer des hypothèses dans lesquelles le tribunal arbitral, même saisi et même muni des pouvoirs qui sont les siens, ne sera pas en position d'ordonner efficacement la mesure nécessaire souhaitée* »[502]. Ainsi, l'intervention du juge étatique pour prévenir un dommage imminent, faire cesser un trouble illicite ou sauvegarder un élément de preuve aura pour finalité d'assurer le droit d'accès à la justice[503].

Le droit à la protection juridictionnelle de tous les justiciables est considéré comme la contrepartie de l'interdiction de se faire justice soi-même[504]. Il faut souligner que *« le fait d'interdire à quiconque de se faire justice à soi-même a pour corollaire indispensable la faculté reconnue à tous, sans discrimination d'aucune sorte, de saisir les tribunaux en vue d'obtenir la justice* »[505]. À défaut de cette possibilité pour les justiciables de se faire valoir leurs droits devant un tribunal étatique, on sera dans un cas de « déni de justice »[506]. Cette notion est en lien direct avec le droit à une protection juridictionnelle. Ainsi, le déni de justice a été défini comme « un manquement de l'État à son devoir de protection juridictionnelle de l'individu »[507].

268. Dans l'approche proposée, l'arbitre et le juge étatique sont tous les deux compétents. Gérard Pluyette résume les fondements de cette complémentarité entre le juge étatique et l'arbitre : « *En ce qui concerne l'intervention du juge étatique en cours d'arbitrage, on peut en conclure que ce sont essentiellement les notions d'urgence et de péril qui dominent la matière. On peut aussi leur adjoindre celle de déni de justice, notion très proche, qui pourrait être utilement invoquée lorsque les circonstances démontraient une paralysie totale du tribunal arbitral et son impuissance à remplir sa fonction, privant une partie du droit fondamental d'être jugée dans des conditions équitables. Une telle situation pourrait rendre légitime l'intervention du juge à titre provisoire ou conservatoire.* »[508] L'auteur conclut : « *le juge étatique remplit une mission de coopération et d'assistance à l'arbitrage. Ceci implique une intervention complémentaire lorsque les arbitres ne sont pas encore saisis et subsidiaires quand le tribunal arbitral est constitué. Cette complémentarité et cette subsidiarité ont pour but de rechercher la plus grande efficacité dans le seul intérêt des parties, sans esprit de concurrence, mais dans le*

502 Ch. Jarrosson, J. Pellerin, *op. cit.,* p. 16.
503 N. Cayrol, *op. cit.,* n° 125.
504 Pour plus de développement sur cette question v. C. Chainais, *La Protection juridictionnelle provisoire dans le procès civil en droit français et italien*, Dalloz 2007, n°3.
505 H. Solus, R. Perrot, *Droit judiciaire privé,* Paris, Sirey, t. I*, « Introduction, notions fondamentales et organisation judiciaire »,* 1961, p. 262, n°284.
506 V. M.-A. Frison-Roche, *« Déni de justice et interprétation de la loi par le juge* », J.Cl. civ., 1996 ; F. Kernaguelen, V. « Déni de justice », in *Dictionnaire de la justice*, L. Cadiet (dir.), P.U.F., 2004, p. 324-326.
507 L. Favoreu, *Du déni de justice en droit public français*, Paris, LGDJ. (bibl. dr. Pub.), 1964, p. 559.
508 G. Pluyette, « Une vue française », in *mesures conservatoires et provisoires en matière d'arbitrage international*, Paris, Chambre de commerce internationale, 1993, p. 91.

respect des principes fondamentaux devant être protégés par un État de droit. C'est ainsi que la jurisprudence érige le plus souvent comme condition d'intervention du juge d'urgence, le péril, l'intérêt légitime, auxquels il convient d'ajouter le risque de déni de justice, même et peut-être surtout, en matière internationale. »

Un principe d'entraide et non de concurrence entre le juge étatique et le tribunal arbitral serait alors établi. Par conséquent, un justiciable devrait toujours avoir la possibilité d'accéder immédiatement à un juge sans qu'il puisse renoncer à ce droit par une convention d'arbitrage[509]. Ce principe de droit à la protection juridictionnelle effective est reconnu par la CEDH et aujourd'hui inscrit dans la Charte des droits fondamentaux de l'UE. On devrait même considérer que la compétence du juge étatique pour prononcer des mesures provisoires et conservatoires relève de l'ordre public[510].

269. À notre sens, l'exclusion de la compétence du juge pour prononcer les mesures provisoires et conservatoires au cours de l'instance arbitrale n'est pas convaincante pour plusieurs raisons. D'une part, on ne comprend pas pourquoi une mesure provisoire changerait de nature selon qu'elle est ordonnée avant ou après l'instance[511], d'autre part, l'arbitre étant dépourvu d'*impérium* pur, il peut exister des cas d'urgence où il ne pourra pas ordonner une mesure provisoire efficace que la situation en cause exige (hypothèse de faillite ou impécuniosité par exemple). Cette exclusion est d'autant plus contestable que le risque de contournement de la compétence de l'arbitre est écarté après la constitution du tribunal arbitral. Un examen *in concreto*, subordonné à l'urgence, pourrait justifier l'accessibilité d'une telle mesure prononcée par le juge étatique même après la constitution du tribunal arbitral. Selon Charles Jarrosson, « *les parties, en choisissant l'arbitrage, tournent le dos à la justice étatique, mais l'urgence les fait revenir sur leur choix premier* »[512].

270. On constate une émergence de procédures arbitrales accélérées mises en place par les institutions arbitrales comme l'association française de l'arbitrage, American Arbitration Association, Institut d'arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm, la CCI et

509 N. Cayrol, *op. cit.* ; n°125.
510 M.-A. Bahmaei, *op. cit.,* n° 280 et s. ; E. Loquin, obs. sous C.A. Paris, 20 janvier 1988, *JDI*, 1989.1032 ; J. Normand, obs. RTD civ., 1985.210.
511 PH. Théry, « Judex Gladii : des juges et de la contrainte en territoire français », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ?* Mélanges offerts à Roger Perrot, Paris, Dalloz, 1996, p. 477 ets., spéc. P. 492-493 ; S. Besson, J.-F. Poudret, *Droit comparé de l'arbitrage international*, *op. cit.,* n° 613.
512 Ch. Jarrosson, « *Neuvième colloque CCI-CIRDI-AAA : mesures conservatoires et provisoires en matière d'arbitrage international* », Rev. arb., 1992, p. 686.

L'Association Paris Place d'Arbitrage[513]. Il est logique pour les règlements d'arbitrages de mettre en place des procédures permettant d'éviter complètement l'intervention du juge étatique. Néanmoins, il est remarquable que ces mesures restent optionnelles et n'empêchent pas les parties de recourir au juge étatique dans certaines situations. Cette possibilité de recourir au juge étatique est même considérée comme « de droit » par la disposition n° 4.9 du Règlement d'arbitrage de Paris. L'article 29-7 du règlement de la CCI va aussi dans le même sens.

Actuellement, seule une lecture aménagée de l'article 1449 du CPC permet de combler ce vide par une complémentarité entre les fonctions du juge étatique et de l'arbitre[514]. La réforme belge de l'arbitrage de 2013 est exemplaire sur ce point. Le nouvel article 1683 du code judiciaire belge, issu de la récente loi belge du 24 juin 2013 sur l'arbitrage dispose qu'une demande en justice « *avant ou pendant la procédure arbitrale* », en vue de l'obtention des mesures d'urgence, n'est pas incompatible avec la convention d'arbitrage. Il y a là, un partage de compétence entre le juge étatique et l'arbitre en situation d'urgence pour la protection provisoire des parties. En Belgique, le référé-provision est toujours subordonné à la condition d'urgence. Les juges du fond ont alors jugé qu'elle pouvait être accordée en présence d'une instance arbitrale, sans ajouter des conditions particulières à l'octroi de cette mesure provisoire en plus de l'urgence[515].

En France, après la constitution du tribunal arbitral, la compétence du juge étatique est *a priori* exclue pour ordonner les mesures provisoires et conservatoires. Néanmoins, certaines mesures ne peuvent pas être prises par le tribunal arbitral. L'intervention du juge étatique est alors nécessaire pour ordonner ces mesures.

§II. L'intervention nécessaire du juge étatique pour prononcer certaines mesures provisoires et conservatoires

271. Malgré la compétence de l'arbitre pour prononcer des mesures provisoires et conservatoires, certaines de ces mesures restent dans le champ de compétence exclusive du juge

513 V. toute la discussion sur le règlement 1999 et 2012 de CCI, sur les mesures provisoires et le référé pré arbitral

514 Dans le même sens, voir J. Héron et Th. Le Bars, *op. cit.,* n° 427 : *« Il faut espérer que la jurisprudence à travers une lecture compréhensive des textes (…) comblera un vide juridique qui confinerait un déni de justice* ».

515 Voir comm. Cherleroi (réf), 22 juin 1995, n° 95/00030

étatique. Ce dernier est seul compétent pour prononcer les mesures d'exécution (A) et pour l'administration des moyens de preuve détenus par des tiers à l'arbitrage (B).

A. La compétence exclusive du juge étatique pour prononcer les mesures d'exécution

272. Les mesures d'exécution ne peuvent être prises par l'arbitre. C'est une des raisons pour lesquelles, le juge étatique pourra toujours être amené à intervenir dans la procédure arbitrale. En vertu de l'article 1468, alinéa 1 du CPC, « *la juridiction de l'État est seule compétente pour ordonner des saisies conservatoires et sûretés judiciaires* ». Ce monopole étatique des voies d'exécution est un principe quasiment universel[516].

L'arbitre étant une juridiction privée ne dispose pas d'*imperium* et ne peut donc prononcer des mesures qui comportent en elles-mêmes un élément d'exécution et qui ne sont qu'une étape dans la procédure d'exécution. Toutes les mesures qui ne peuvent pas être exécutées spontanément par les parties sont exclues du pouvoir de l'arbitre et constituent un « cas d'inarbitrabilité »[517]. Ces mesures impliquent l'obtention d'un titre exécutoire, ce qui ne peut être ordonné par un arbitre. « *Ce sont des mesures de caractère coercitif, qu'elles s'exercent entre les parties (saisies conservatoires), ou qu'elles affectent des tiers, à l'image d'une injonction adressée à une banque émettrice de garanties contractuelles, ou injonction de produire des documents détenus par des tiers.* »[518] La doctrine française se montre favorable à cette solution[519]. C'est une approche populaire en droit comparé[520].

Dans le même ordre d'idée, le pouvoir d'ordonner la saisie conservatoire est dans la compétence exclusive du juge étatique. Étant similaire à l'exécution forcée, elle présente un aspect très coercitif. « *Dans la mesure où une saisie conservatoire n'est que l'anticipation de l'exécution de la sentence à intervenir, dont elle est destinée à assurer l'efficacité, elle relève naturellement*

---

516 « *C'est un des principes les plus sûrs du droit international public que le pouvoir coercitif ne s'exerce que dans les limites du territoire* », H. Batiffol et P. Lagarde, *Droit international privé*, LGDJ, 7e éd. 1983, n° 710 ; « *Certes les États organisent par des conventions internationales un système d'entraide judiciaire, mais il ne porte pas atteinte à la territorialité (...) L'imperium est donc une prérogative essentielle de l'État, que celui-ci préserve jalousement* », Ch. Jarrosson, Réflexions sur l'imperium, *op. cit*., p. 252-253 ; même dans le Règlement n° 1215/2012, voir l'article 24-5 (héritant des articles 22-5 du Règlement Bruxelles I et 16-5 de la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968).

517 J. –P ANCEL, « commentaires et conclusions », in *Mesures conservatoires et provisoires en matière d'arbitrage international*, Paris, Chambre de commerce internationale, 1993, p. 117

518 C. Goldman, « *mesures provisoires et arbitrage international* », R.D.A.I./I.B.L.J., 1993, n°1, p. 3-26

519 *Ibid*. (Fouchard, Gaillard, Goldman)

520 V. l'article 1969 al. 1 du Code judiciaire belge. L'article 1041 al. 1 du ZPO allemand fait une exception en autorisant l'arbitre à prononcer un *arrest*.

de la compétence des juridictions étatiques. »[521] Cette solution avait été établie en droit français avant la réforme de 2011. Pierre Mayer avait constaté qu'« *un arbitre ne serait pas compétent pour autoriser une saisie conservatoire, ou si l'on préfère une autorisation accordée par l'arbitre ne pourrait recevoir l'exequatur, et ne permettrait pas à l'huissier de procéder à la saisie* ». Cette affirmation reste valide même après la réforme de 2011[522]. Cette approche est également inscrite dans la tendance générale en droit comparé[523].

B. La compétence exclusive du juge étatique concernant les preuves détenues par les tiers à l'arbitrage

273. L'arbitrage étant un mode consensuel de règlement des différends, l'arbitre ne peut prononcer des mesures contre les tiers à l'arbitrage, sur le fondement de l'effet relatif de la convention d'arbitrage[524]. Il n'a pas le pouvoir d'ordonner à un tiers à l'arbitrage de produire un élément de preuve ou de comparaître comme témoin devant le tribunal arbitral. Par conséquent, il est admis que le juge du provisoire peut intervenir ponctuellement dans la procédure arbitrale pour l'administration des moyens de preuve notamment lorsqu'elles sont détenues par les tiers, mais également pour sauvegarder des éléments de preuve qui risquent d'être détruits.

274. « *Le droit français de l'arbitrage met tout en œuvre pour que le choix des parties de recourir à l'arbitrage produise son plein effet.* »[525] En principe, la preuve est portée devant l'arbitre, mais il existe des cas exceptionnels où le recours au juge reste nécessaire, alors même que les parties ont conclu une convention d'arbitrage. Avant la constitution du tribunal arbitral, il est possible de saisir le juge étatique pour préserver un élément de preuve et non pas pour l'apprécier sur le fondement de l'article 145 du CPC qui institue le référé probatoire. Après la saisine du tribunal arbitral, il n'est plus possible de se référer à l'article 145. Il faut rappeler que la tâche d'apprécier l'admissibilité des différents moyens de preuve est laissée au tribunal arbitral. Le juge étatique n'apporte son soutien que concernant la disponibilité des preuves

521 E. Gaillard, note sous Cass. Civ. 1ère, 1, nov. 1986, J.D.I., 1987, p. 130.
522 P. Mayer, « *l'imperium de l'arbitre et mesures provisoires* », art. cit., p. 453.
523 S. Besson, *Arbitrage international et mesures provisoires : étude de droit comparé, Étude suisse de droit international*, publiée par la Société suisse de droit international, vol. 105, Zurich, éd. Schülthess Polygraphyscher, 1998, p. 111-112, n° 145.
524 Exception faite d'une éventuelle extension de la convention d'arbitrage aux tiers.
525 Ch. Jarrosson, « Le juge et l'instance arbitrale : le juge, l'arbitre et la preuve en droit français », dans *l'arbitre et le juge étatique*, mélanges offert à Guiseppe Tarzia , Bruylant, 2014.

nécessaires à l'arbitrage[526]. Au cours de l'instance, le rôle du juge étatique est limité à l'administration de la preuve, c'est-à-dire la manière dont la preuve est apportée et non pas son appréciation. Le juge ne pourra pas être saisi pour apprécier la manière de la présentation ou interprétation des preuves dans la procédure arbitrale. Cela relève du pouvoir de direction de l'instance des arbitres en vertu de l'article 1464 du CPC. Les questions relatives à la charge de la preuve relèvent aussi du pouvoir de l'arbitre et le juge n'intervient qu'au moment du contrôle de la sentence sur le fondement du principe de la contradiction ou de l'ordre public procédural.

Selon l'article 1469 du CPC « *Si une partie à l'instance arbitrale entend faire état d'un acte authentique ou sous seing privé auquel elle n'a pas été partie ou d'une pièce détenue par un tiers, elle peut, sur invitation du tribunal arbitral, faire assigner ce tiers devant le président du tribunal de grande instance aux fins d'obtenir la délivrance d'une expédition ou la production de l'acte ou de la pièce* ». Cet article prévoit l'intervention du juge étatique dans la procédure arbitrale concernant les documents détenus par les tiers. La doctrine a qualifié le juge étatique du juge de la preuve dans ce contexte[527]. Il n'est pas possible pour le tribunal arbitral de demander au juge d'ordonner la comparution d'un tiers devant le tribunal arbitral[528]. Il semble que l'initiative n'appartient qu'à une partie intéressée et non pas au tribunal arbitral. Le tribunal arbitral étant sans pouvoir à l'égard des tiers, ce texte organise une coopération entre le juge étatique et l'arbitre. Ce dispositif avait pour objectif de « combiner la nécessaire concentration des pouvoirs de l'arbitre à qui rien de la procédure arbitrale ne doit échapper et l'imperium du juge étatique qui, seul, peut ordonner sous la contrainte la production de documents »[529].

275. L'arbitre dispose d'un pouvoir d'« invitation », qui constitue la première étape. La partie qui souhaite faire produire un élément de preuve détenu par un tiers ne pourra pas le faire sans l'intervention de l'arbitre. Ce dernier a ainsi un rôle d'intermédiaire entre la volonté de la partie en question et le juge. Cette solution suit l'idée que l'intervention du juge étatique est dans une optique de coopération judiciaire et non d'une distribution de compétence entre le juge et l'arbitre. Le juge n'intervient que pour s'assurer du bon déroulement de l'arbitrage. La question de la portée de ce pouvoir d'invitation a été posée. Il est logique de considérer, après une lecture de l'article 1469 alinéa 4, que le juge est libre dans son appréciation et cette invitation ne le lie

526 En droit suisse également l'article 184 alinéa 1 de la LDIP suisse dispose que « le *tribunal arbitral procède lui-même à l'administration des preuves. Si l'aide des autorités judiciaires de l'État est nécessaire à l'administration de la preuve, le tribunal arbitral, ou les parties d'entente avec lui, peuvent requérir le concours du juge du siège du tribunal arbitral ; ce juge applique son propre droit.* »
527 Th. Clay, « *L'appui du juge à l'arbitrage* », Cah. arb*.,* 2011, n° 2, pp. 331 et s., n° 59.
528 Ce que regrettent certains auteurs : v. Ch. Seraglini et J. Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, Montchretien, 2013, n°338.
529 Th. Clay, « *L'appui du juge à l'arbitrage* », Cah. arb*.,* 2011, n° 2, pp. 331 et s., n° 57.

pas[530]. En pratique, il y aura d'abord, un débat sur la possibilité et l'opportunité de saisir le juge devant le tribunal arbitral. Après une éventuelle invitation du tribunal arbitral, un second débat contradictoire va être mis en place devant le juge. Dans cette procédure, la partie demanderesse sera forcément présente. Le texte est silencieux sur la présence de l'autre partie à l'arbitrage qui aura peut-être son mot à dire dans la mesure où elle pourrait avoir un lien avec le tiers détenteur de la preuve. Elle doit au moins être appelée à se présenter. Concernant le tiers, faut-il l'assigner ? Quelle est la solution dans le cas où la communication d'une pièce n'est pas possible en raison de sa confidentialité ? La procédure manque de clarté sur certains points.

Dans le système mis en place par l'article 1469 du CPC, il n'existe pas de mécanisme de saisine du juge étatique sur requête et par conséquent pas d'effet de surprise à l'encontre de la partie contre laquelle la mesure est sollicitée. Dans l'avant-projet de décret, la possibilité de saisir le juge sur requête était prévue. Elle a été écartée, car « *pour y parvenir, il eût fallu renoncer soit au passage devant le tribunal arbitral, soit à l'application du principe du contradictoire devant lui. Dans le premier cas, on aurait dépouillé l'arbitre d'une partie de la procédure qu'il est pourtant censé diriger. Dans le second cas, on aurait atteint à un principe fondamental de procédure qui ne se fractionne pas et doit donc être appliqué en permanence* »[531].

276. Néanmoins, il est important de noter qu'il y a de moins en moins de cas de compétence du juge étatique pour prononcer des mesures de conservation de la preuve. Le décret de 2011 suit la jurisprudence concernant le pouvoir d'ordonner une astreinte. L'article 1467 issu de la réforme reprend la jurisprudence qui avait admis que le tribunal arbitral puisse adresser une injonction « *au besoin à peine d'astreinte* ». La jurisprudence considérait que le pouvoir de l'arbitre de prononcer une astreinte « *constitue un prolongement inhérent et nécessaire à la fonction de juger* »[532]. Ce recours à l'astreinte ne nécessite pas qu'il soit pris par une sentence[533]. L'article 1468 spécifie qu'une ordonnance pourra aussi être envisagée. Ce pouvoir d'arbitre d'ordonner des astreintes diminue les hypothèses de recours au juge étatique en matière de preuve.

Le serment en droit français n'est prêté que devant une personne qui a reçu un pouvoir particulier de l'État, car elle est assermentée. Cela relie en quelque sorte le pouvoir de recevoir

530 Cela diffère de la solution du droit suisse qui lui a servi de modèle V. en droit suisse, A. Buchere et alii., Commentaire romand LDIP, convention de Lugano, Helbing Lichtenchtein, 2011, p. 1619, sous art. 184, n°13
531 Th. Clay, « *L'appui du juge à l'arbitrage* », *Cah. arb.,* 2011, n° 2, pp. 331 et s., n° 58.
532 C.A. Paris, 24 mai 1991, Rev. arb., 1992.636, obs. J. Pellerin : dans cette affaire, l'astreinte visait à assurer l'exécution de la sentence.
533 C.A. Paris, 1re Ch. C, 7 octobre 2004, Rev. arb., 2005.737, note E. Jeuland : « la mesure prise sous forme de sentence partielle limitait son effet à la durée de l'instance ».

serment à *l'imperium*[534]. L'article 1467du CPC prévoit que les témoins sont entendus sans prestation de serment, mais ne se prononce pas sur la question de savoir s'ils peuvent être renvoyés devant le juge afin de prêter serment. Selon l'article 1470 CPC, l'arbitre est aussi compétent pour la vérification d'écriture ou des incidents de faux.

En résumé, après la constitution du tribunal arbitral, la compétence du juge étatique pour prononcer des mesures provisoires et conservatoires est très limitée. De plus, l'obtention des moyens de preuve avec l'effet de surprise est impossible. Certains mécanismes complémentaires ont alors été suggérés pour les parties à l'arbitrage pour obtenir *ex parte* des moyens de preuve comme le recours au juge pénal[535]. Deux hypothèses peuvent être envisagées pour le recours au juge pénal en matière de preuve dans le cadre d'une procédure arbitrale. La première hypothèse concerne le cas où les preuves produites sont douteuses, falsifiées ou obtenues de façon illicite. La seconde hypothèse concerne les cas où une partie est suspectée d'avoir commis une infraction pénale affectant l'issue du litige devant le tribunal arbitral.

277. Les parties à l'arbitrage peuvent chercher à produire des moyens de preuve issus d'une procédure pénale en cours devant le tribunal arbitral. En vertu de l'article 11 du code de procédure pénale, ces preuves sont protégées par le principe du secret de l'enquête préliminaire et de l'instruction. Néanmoins, l'avocat peut communiquer des informations issues d'une procédure pénale, à la partie qu'il représente, lorsqu'elles sont nécessaires à l'exercice de ses droits de la défense[536]. On se demandait alors si cette partie avait la possibilité de diffuser ces informations auprès d'un tiers[537]. La Cour de cassation a jugé dans l'affaire *Tapie* [538]que les parties à une instance civile peuvent produire les pièces d'un dossier pénal[539]. Selon cette jurisprudence, une partie civile peut produire dans une instance arbitrale des documents issus de l'enquête ou de l'instruction, même lorsque la procédure pénale est en cours, sous réserve d'avoir l'autorisation du ministère public.

---

534 V.R . Perrot, « *l'administration de la preuve en matière d'arbitrage (le droit continental de la preuve)* », Rev. arb., 1974.159, spéc. P. 172.
535 J-Y Geraud, E. Lung, « *l'obtention ex parte d'un document en matière d'arbitrage* », Rev. arb., Vol. 2020, Issue 1, pp 15-52.
536 Par le biais d'un courrier couvert par le secret professionnel.
537 P. Beauvais, « *Le régime de la communication des éléments de la procédure pénale dans une procédure judiciaire et dans un arbitrage* », *Rev. arb.*, 2019.58.
538 Cass. civ. 1re, 30 juin 2016, n° 15-13.755, 15-13.904 et 15-14.145, *Rev. arb.,* 2016.1123, note P. Mayer.
539 *Ibid* : « *Attendu que le secret de l'instruction n'est opposable ni aux parties civiles ni au ministère public ; que, dès lors, la cour d'appel a retenu, à bon droit, qu'il était loisible à ce dernier, partie jointe, de verser aux débats, pour être soumis à la discussion contradictoire des parties, tous documents ou renseignements de nature à contribuer à la solution du litige et qu'il pouvait autoriser les sociétés CDR et l'EPFR, parties civiles, à communiquer des pièces extraites du dossier de l'information judiciaire alors en cours.»*

Une partie à l'arbitrage peut également envisager de porter plainte contre la partie adverse dans l'arbitrage pour commencer une enquête pénale, lorsque les éléments de preuve manquent et aucune procédure pénale n'est en cours. Néanmoins, cette voie doit être utilisée avec prudence. Si la plainte sur le fondement des actes répréhensibles de la partie adverse n'est pas fondée, l'instrumentalisation de la justice pénale peut engendrer la responsabilité pénale du requérant. Également, l'initiation d'une enquête pénale peut prendre un certain temps, ce qui peut être inconciliable avec l'objectif de l'efficacité et de rapidité de l'instance arbitrale[540]. La possibilité pour les parties à l'arbitrage de recourir au juge pénal pour obtenir des moyens de preuve existe en théorie. Toutefois, l'enquête pénale risque de dépasser le délai imparti aux parties pour présenter leurs arguments devant le tribunal arbitral.

278. À notre sens, d'autres moyens de l'intervention du juge peuvent être envisagés, en matière de preuve, après la constitution du tribunal arbitral. On pourrait imaginer le recours au juge pour qu'il demande par commission rogatoire à l'autorité compétente d'un État étranger de faire un acte d'instruction, ou bien encore le recours par l'arbitre au juge de son siège pour avoir des renseignements sur un droit étranger[541]. La coopération du juge et de l'arbitre est envisageable tout au long de la procédure arbitrale notamment concernant les moyens de preuve nécessaires au déroulement de l'arbitrage. Cette coopération est une notion utile et son développement serait favorable à l'arbitrage et à l'amélioration de la qualité de la justice en général.

Pendant la procédure arbitrale, une plus grande coopération entre le juge et l'arbitre serait souhaitable. Actuellement, l'exclusion de la compétence du juge étatique pour prononcer des mesures provisoires et conservatoires ne lui permet pas d'assurer ses fonctions ni en tant que garant du droit d'accès au juge des parties ni en tant qu'assistant de l'arbitrage. L'intervention plus poussée du juge étatique pendant la procédure arbitrale lui permettrait de combler les lacunes de l'arbitrage et d'assurer la protection juridictionnelle des justiciables.

---

540 J-Y Geraud, E. Lung, « *l'obtention ex parte d'un document en matière d'arbitrage* », Rev. arb., Vol. 2020, Issue 1, p.43.

541 Ch. Jarrosson, « Le juge et l'instance arbitrale : le juge, l'arbitre et la preuve en droit français », dans *l'arbitre et le juge étatique*, mélanges offert à Guiseppe Tarzia, Bruylant, 2014.

Section II. La nécessité de l'élargissement du champ de compétence du juge étatique pour prononcer des mesures provisoires et conservatoires

279. Après la constitution du tribunal arbitral, la compétence du juge étatique est exclue pour prononcer des mesures provisoires et conservatoires, sauf dans certains cas. Néanmoins, il est possible de constater des lacunes de la protection juridictionnelles des parties dans un tel système. C'est pourquoi l'intervention du juge étatique est nécessaire même après la constitution du tribunal arbitral pour assurer la protection juridictionnelle des justiciables (Sous-section I). À ce titre, il est intéressant d'étudier le droit suisse établissant la compétence parallèle du juge et de l'arbitre pour prononcer des mesures provisoires et conservatoires (Sous-section II). Ses solutions pourraient servir de modèle pour l'évolution du droit français.

Sous-section I. La nécessité de l'intervention du juge étatique pour la protection juridictionnelle des parties

280. L'intervention du juge étatique est nécessaire même après la constitution du tribunal arbitral pour assurer la protection juridictionnelle des parties à l'arbitrage. Dans certains cas, la possibilité de recours au juge étatique pour obtenir des mesures provisoires et conservatoires permet d'éviter une situation de déni de justice. Par conséquent, la possibilité pour les parties de renoncer au recours au juge étatique du provisoire doit être réévaluée (§I). Également, dans les situations où les mesures arbitrales ne peuvent pas être effectives, la possibilité de recours au juge étatique peut permettre d'assurer la protection juridictionnelle effective des parties à l'arbitrage (§II).

§I. La possibilité de renonciation au recours au juge étatique concernant les mesures provisoires et conservatoires

281. Il est admis en droit français que les parties puissent renoncer à la possibilité de recourir au juge étatique pour obtenir des mesures provisoires et conservatoires (A). Néanmoins, il faut soumettre la validité d'une clause de renonciation au recours au juge à certaines conditions pour éviter les éventuels cas de déni de justice (B).

A. La possibilité pour les parties de renoncer au recours au juge étatique du provisoire

282. Parfois, les parties souhaitent exclure toute possibilité d'intervention du juge étatique dans la procédure du règlement de leur litige pour différentes raisons. Elles peuvent avoir un intérêt à concentrer toute la procédure devant une seule juridiction pour éviter le conflit entre plusieurs juridictions étatiques de pays différents[542]. De plus, la confidentialité de la procédure est protégée devant le tribunal arbitral. L'arrêt *Atlantic Triton* a confirmé la « *licéité de la renonciation par les parties à leur droit de saisir les juridictions étatiques en matière de mesures conservatoires et même a fortiori en matière de mesures provisoires* ».[543] Une demande de mesure provisoire devant le juge étatique en présence d'une telle clause de renonciation se heurterait à une fin de non-recevoir d'origine conventionnelle, même dans une situation d'urgence[544]. La doctrine s'est montrée favorable à l'idée que « *le pouvoir du juge étatique d'ordonner des mesures provisoires ou conservatoires peut être écarté par une convention expresse des parties ou par une convention implicite résultant de l'adoption d'un règlement d'arbitrage qui comporterait une telle renonciation* »[545].

283. La jurisprudence française est incertaine concernant les conditions de validité des clauses de renonciation au recours au juge étatique du provisoire. Les arrêts qui font référence à une clause de renonciation le font uniquement pour constater son inexistence. L'existence d'une telle clause est donc perçue comme une condition *nécessaire* et non pas *suffisante* pour pouvoir exclure la compétence du juge étatique en matière de mesures conservatoires. De même, il y a un doute sur la question de savoir si la clause de renonciation serait licite dans le cas où le tribunal arbitral n'est pas encore constitué.

Il est admis que la compétence du tribunal arbitral pour prononcer des mesures provisoires et conservatoires peut être exclue par la convention des parties ou par référence à un règlement d'arbitrage[546], cependant la question de l'exclusion de la compétence du juge étatique reste

542 M. Wirth, « *Interim or preventive measures in support of International Arbitration in Switzerland* », Bulletin ASA, Bâle 2000, p. 41
543 M. de Boisséson, « *le droit français de l'arbitrage* », *op. cit,* n° 755, p. 753 ; dans le même sens, Ph. Fouchard, note sous Cass. Civ. 1re, 20 mars 1989 et Cass. Civ. 2e, 28 juin 1989, Rev. arb., 1989, P. 653-667
544 En ce sens A. Hory, « *mesures d'instruction in futurum et arbitrage* », Rev. arb., 1996, p. 199, note 29
545 G. de Leval, *« le juge et l'arbitre* », in *Les mesures provisoires en droit belge, français et italien : étude de droit comparé*, J. van Compéronelle, G. Tarzia (dir.), Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 423-445, spéc. P. 439-440. La formule de l'auteur résume cette position qui n'est pas la sienne.
546 Art. 374 (1) CCP ; Art. 183 (1) PILA ; Art. 26 (1) et (3) Suiss Rules.

ouverte. On peut se demander si les parties peuvent également exclure la compétence des juridictions étatiques concernant les mesures provisoires, en se référant simplement au règlement d'une institution arbitrale. La réponse à cette question est aujourd'hui incertaine en droit positif français. À notre sens, l'exclusion de la compétence du juge étatique par l'adoption d'une convention implicite, ne devrait pas être possible. Le juge est le garant de la protection juridictionnelle provisoire des parties. Les parties ne devraient pouvoir renoncer à leur droit au juge que de façon expresse.

284. En Suisse, en matière sportive, les parties s'accordent en général pour soumettre leurs litiges de manière exclusive à la CAS (Cours d'Arbitrage Sportif), siégeant en Suisse, en application de son propre code de procédure. C'est un bon exemple de l'exclusion de la compétence du juge étatique. Les compétitions sportives organisées par les fédérations ayant lieu dans des pays différents, il est nécessaire d'implanter un mécanisme de résolution des litiges avec une juridiction unique compétente, pour assurer l'égalité de tous les participants. L'article R37 de code de procédure de CAS prévoit qu'en acceptant de soumettre leurs litiges à la CAS, les parties renoncent expressément à leur droit de demander des mesures provisoires et conservatoires aux juridictions étatiques[547]. Cette clause soulève la question de la validité d'une telle exclusion en vertu du droit suisse. Le droit suisse est silencieux à ce propos et la réponse a soulevé des controverses. La validité de l'exclusion de la compétence des juridictions étatiques prévue par l'article R37 du règlement de CAS, a été admise par un tribunal suisse en 2005[548]. Dans cette affaire, la juridiction étatique suisse s'est déclarée incompétente et a envoyé les parties devant la CAS.

La solution du droit suisse n'est pas convaincante pour plusieurs raisons. La renonciation au recours au juge du provisoire peut avoir des conséquences sérieuses pour la résolution du litige. Les parties peuvent se référer au règlement d'une organisation d'arbitrage pour la facilité du déroulement de la procédure sans vouloir renoncer à leur droit à la protection juridictionnelle provisoire. C'est pourquoi, à notre sens, la clause de renonciation au recours au juge étatique concernant les mesures provisoires et conservatoires doit être expresse et spécifique.

547 « *in agreeing to submit to these Procedural Rules any dispute subject to appeal arbitration proceedings, the parties expressly waive their rights to request such measures from state authorities*. »
548 Bezirksgericht Zürich, 16.08.2005, consid. 6.2 (not published), cité par G. Kaufmann-Kohler, A. Rigozzi, *Arbitrage international*, *op. cit.* p,381.

B. La nécessité d'imposer certaines restrictions à la possibilité de la renonciation au recours au juge étatique du provisoire

285. La possibilité d'écarter la compétence du juge étatique du provisoire connaît certaines limites. Pour examiner la possibilité d'écarter la compétence du juge étatique du provisoire sous le droit de l'UE, il convient de rapprocher une clause de renonciation compromissoire à une renonciation au droit de recours à un juge de fond[549]. La Commission européenne de droit de l'Homme, dans une décision de 5 mars 1962, a admis la licéité d'une telle renonciation[550] avec la réserve de déni de justice : « *l'on pourrait pourtant se demander, le cas échéant si la validité initiale du consentement dont une clause compromissoire tire sa valeur juridique, ne se trouve pas affectée après coup lorsque l'arbitre, dans l'accomplissement des fonctions qu'elle lui confère, se comporte d'une manière incompatible avec l'esprit de la Convention, et notamment l'article 6 ; (...) cette question ne surgit cependant pas, en l'espèce, la Commission n'ayant aucune raison de penser que le Consul Général de la République fédérale d'Allemagne ait commis un déni de justice au détriment de X*»[551]. Il faut donc qu'il existe une voie alternative pour la protection provisoire des parties. La solution proposée par la Commission a été suivie par la CEDH.[552]

La doctrine majoritaire française considère que la renonciation au recours au juge étatique est possible[553]. Néanmoins, certains auteurs suggèrent l'imposition de certaines restrictions pour éviter les cas de déni de justice et assurer le droit de tout justiciable au juge[554]. Ils estiment que les accords d'exclusion de la compétence du juge étatique concernant les mesures provisoires

549 Pour les rapports entre la renonciation aux droits procéduraux et l'arbitrage voir Ch. Jarrosson, « *L'arbitrage et la Convention européenne des droits de l'homme* », Rev. arb., 1989, n°4, p. 573 ; J.F. Flauss, « *l'application de l'article 6, 1° de la convention européenne des droits de l'homme* », Gaz. Pal., 1989, II, 407 ; O. Jacot-Guillermond, « l'arbitrage privé face à la convention européenne des droits de l'homme », in *Protection des droits de l'homme : La dimension européenne*, Mélanges en l'honneur de G. Wiarda, C. Heymanns, 1989, p. 281
550 Comm. EDH, req. N° 1197/61, X c/ R.F.A., 5 mars 1962, Rec., N°8, p. 68 : « *la commission ne saurait davantage présumer que les États contractants, en acceptant les obligations qui découlent de l'article 6 §1, aient entendu s'engager à empêcher les personnes placées sous leur juridiction de confier à des arbitres le règlement de certaines affaires*. »
551 *Ibid*.
552 CEDH, *Dewer c/ Belgique*, 27 février 1980, série A, n° 35, §49 : Dans le système interne des États contractants, pareille renonciation se rencontre fréquemment au civil, notamment sous la forme de clauses contractuelles d'arbitrage, et au pénal sous celle, entre autres, des amandes de composition. Présentant pour les intéressés comme pour l'administration de la justice des avantages indéniables, elle ne se heurte pas en principe à la Convention », v. également CEDH, Req. N° 46483/99, *pasteur c/ Italie*, 25 mai 1999
553 J-F. Poudret, S. Besson, *Comparative Law of International Arbitration*, *op. cit.* §615 and réf. ; M. Wirth, « *Interim or preventive measures in support of International Arbitration in Switzerland »*, *art. précité.* p. 40
554 Von Segesser, Ch. Kurth, « Interim Measures », in, *International Arbitration in Switzerland a Handbook for Practitioners*, Kaufmann-Kohler/Stucki (eds), 2005, p. 85 ; Oetiker, *op. cit* p. 238

doivent être explicites et spécifiques[555]. Les parties peuvent incorporer cet accord dans la convention d'arbitrage ou conclure un accord séparé avant ou après le commencement de la procédure arbitrale[556].

Pour interpréter une clause de renonciation, il faut chercher « la commune intention des parties » selon l'ancien article 1156 du Code civil. En cas d'existence de cette clause, il est évident que les parties envisagent de soustraire leur litige à la compétence du juge étatique et de le soumettre à l'arbitre. L'intention n'est en aucun cas, de priver les parties de toute protection provisoire. Par conséquent, dans le cas d'urgence et uniquement dans le cas où le tribunal arbitral est dans l'impossibilité manifeste d'ordonner la mesure provisoire, le juge étatique pourrait écarter la fin de non-recevoir d'origine conventionnelle. Le juge étatique saisi d'une demande de mesure provisoire devrait ainsi se déclarer compétent quand la situation présente une urgence particulière et un délai est nécessaire pour permettre aux arbitres de se réunir[557], par exemple pour faire cesser une voie de fait[558]. C'est le cas également des mesures qui requièrent une part d'*imperium merum* dans le droit positif du pays dans lequel elles sont demandées, ou des mesures qui doivent être ordonnées *ex parte*.

Une solution pratique utile pour les parties serait de rédiger la clause de sorte qu'elle engage les parties à s'adresser toujours à l'arbitre sauf dans les cas où celui-ci est dans l'impossibilité de rendre des mesures provisoires effectives. Un tribunal arbitral a ainsi décidé que les parties pouvaient, « *sous réserve des impératifs d'ordre public, convenir par contrat de ne pas présenter au juge compétent de demandes de mesures provisoires* »[559]. Dans le sens d'une nécessité d'évolution du droit positif vers cette solution, A. Hory estime que, « *si les parties ont prévu un mécanisme de substitution à l'intervention du juge des référés, cette exclusion peut parfaitement être admise (…). Mais, dans l'hypothèse où ce mécanisme s'avère insuffisant ou inexistant, il convient de réserver la possibilité pour la partie confrontée à une situation de grave péril exigeant une réponse urgente, de saisir la juridiction étatique des référés* »[560].

---

555 M. Wirth, « *Interim or preventive measures in support of International Arbitration in Switzerland* », *art. précité.* p. 41 ; . Von Segesser, Ch. Kurth, « Interim Measures », in, *International Arbitration in Switzerland a Handbook for Practitioners*, *op.cit.* p. 85, Oetker, p. 238.
556 Von Segesser, Ch. Kurth, « Interim Measures », in, *International Arbitration in Switzerland a Handbook for Practitioners*, *op.cit.* p. 85.
557 Rappr. M. Audit, note cit. p.770.
558 G. De Leval, « *le juge et l'arbitre* », art. cit., p. 74, n°103. Dans le même sens J. Linsmeau, *L'arbitrage volontaire en droit privé belge*, Bruxelles, Brylant, 1991, p. 74, n° 103.
559 Sentence finale de 1994, Aff. 7589, Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI, Vol. 10, n°1, 1999, p. 62
560 A. Hory, « *mesures d'instruction in futurem et arbitrage* », *op. cit.,* p. 198

286. Le droit à une protection juridictionnelle provisoire pourrait être mis à mal par la renonciation des parties à la compétence du juge étatique pour prononcer des mesures provisoires et conservatoires[561]. Comme nous l'avons mentionné, le droit d'accès au juge doit être considéré comme relevant de l'ordre public, indisponible aux parties. Il ne devrait pas être possible pour les parties de renoncer à leur droit à la protection juridictionnelle provisoire par une convention. Comme l'a souligné B. Audit *« Encore la licéité d'un tel engagement pourrait-elle être contestée au regard de l'ordre public. En effet, l'urgence est en général un élément qui intervient dans la décision d'octroyer des mesures provisoires, n'en serait-elle pas une condition nécessaire ; son existante patente pourrait donc justifier l'octroi des mesures à la demande d'une partie, nonobstant une convention contraire, pour des motifs d'ordre public»562.* Dans le même sens, la Cour d'appel de Bruxelles a décidé que « *la clause compromissoire ne peut exclure le droit fondamental d'obtenir à titre précaire une protection des droits du demandeur en référé, et ce même lorsque l'arbitrage est mis en place* »[563].

La renonciation au recours au juge étatique peut présenter certains problèmes pratiques. Le tribunal arbitral seul compétent pour prononcer des mesures provisoires et conservatoires ne peut ordonner certaines mesures. De plus, l'utilité des mesures prononcées par le tribunal arbitral est parfois incertaine. Certaines mesures ne sont pas dotées du même degré d'efficacité lorsqu'elles sont prononcées par le tribunal arbitral.

§II. L'efficacité limitée de certaines mesures provisoires arbitrales

287. Certaines mesures provisoires et conservatoires prononcées par le tribunal arbitral peuvent avoir une efficacité limitée par rapport aux mesures prises par le juge étatique. C'est le cas notamment des mesures qui nécessitent d'être prises *ex parte* (A). La compétence du juge étatique est exclue lorsque le tribunal arbitral est compétent pour prononcer des mesures provisoires et conservatoires. En cas d'inefficacité des mesures prises par le tribunal arbitral, une des parties à l'arbitrage peut être privée de la protection juridictionnelle effective (B).

561 V. Ph. Théry, « *judex gladii* », art. cit., p.492 ; R. Perrot, R.T.D. civ., 1989, p. 625 également : P. De Vareilles-Sommières , « *la compétence internationale des tribunaux français en matière de mesures provisoires* », Rev. Crit. D.I.P., 1996, n°5, p. 437, note 118 ; Ch. Jarrosson et M. Rémond-Guilloud, note cit., Droit maritime français, 1987, p. 705.
562 Rappr. M. Audit, note cit. p.770.
563 C.A. Bruxelles (16e Ch.), 23 juin 1987, R.G., n° 4987.

A. Les mesures *ex parte* dans la procédure arbitrale

288. La compétence de l'arbitre pour prononcer des mesures *ex parte* peut présenter certaines difficultés sur le fondement du principe de procès contradictoire (1). Également, l'utilité des mesures prises *ex parte* par le tribunal arbitral est incertaine (2).

1. La compétence de l'arbitre pour prononcer les mesures *ex parte*

289. Après la constitution du tribunal arbitral, le droit positif français prévoit la compétence exclusive du tribunal arbitral pour ordonner des mesures provisoires et conservatoires, sauf certaines exceptions (article 1449 CPC). L'exclusion de l'intervention du juge étatique a été critiquée par la doctrine notamment en ce qu'elle limite la possibilité pour les parties d'obtenir des mesures *ex parte*[564]. Dans certains cas, en cours de l'instance, une partie souhaite obtenir une mesure provisoire à l'insu de son adversaire. Les mesures provisoires et conservatoires sont généralement ordonnées par une procédure permettant l'échange des écritures et l'entente des arguments des parties par l'arbitre ou le juge. Cependant, certaines situations nécessitent que les mesures en question soient prises *ex parte*, sans la possibilité pour le défendeur de connaître les arguments de son adversaire et de se prévaloir de ses droits ou même être notifiée de l'ouverture de la procédure. Certaines mesures provisoires et conservatoires sont ordonnées *ex parte*, sans que la partie défenderesse ait la possibilité de présenter sa défense. L'octroi de telles mesures est basé sur la nécessité de l'effet de surprise pour son efficacité ou pour l'efficacité de la procédure en général. Les mesures *ex parte* sont prises lorsque la notification de la requête à la partie défenderesse lui laisserait le temps d'entreprendre des manœuvres menaçant l'objet de la requête ou l'efficacité de la décision au fond.

290. La compétence de l'arbitre pour prononcer des mesures *ex parte* a fait l'objet de débats sérieux notamment à l'occasion de l'amendement de la loi-type CNUDCI de 2006[565]. La qualité contractuelle et ponctuelle de la mission de l'arbitre peut présenter certaines difficultés. L'argument principal à l'encontre de la possibilité d'introduction d'une procédure sur requête dans la procédure arbitrale, repose sur la nécessité du respect du procès contradictoire. Le

564 C. Chainais *op.cit.* p. 316.
565 L'article 17 (B) de la loi type CNUDCI 2006 sur la possibilité de l'arbitre à prendre des mesures provisoires et conservatoires en procédure ex parte.

principe du procès contradictoire est essentiel dans l'arbitrage[566]. En vertu des articles 1464 alinéa 2[567] et 1510 du CPC[568], le tribunal arbitral doit respecter les principes directeurs du procès, notamment le respect du principe du contradictoire. Selon l'article 16 du CPC le tribunal arbitral est tenu en toute circonstance de « *faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction ». De plus, le non-respect du principe du procès contradictoire peut fonder un recours en annulation sur le fondement des articles 1492-4°(arbitrage interne) et 1520-4° du CPC(arbitrage international).*

291. Les parties à une procédure devant les juridictions étatiques ont la possibilité d'obtenir des mesures ex parte[569]. Les besoins des parties pendant la procédure restent inchangés que l'on soit devant un juge étatique ou un tribunal arbitral. C'est pourquoi une différence de traitement des demandes portant sur les mesures ordonnées de façon *ex parte*, ne semble pas justifiée[570]. Considérer que le respect de principe de procès contradictoire doit avoir une force plus contraignante dans une procédure arbitrale par rapport à une procédure judiciaire étatique, revient à nier la confiance en arbitrage, mais également le respect de choix des parties.

La loi-type CNUDCI prévoit dans son article 17(B), que les arbitres peuvent ordonner des mesures provisoires et conservatoires *ex parte*. Néanmoins, certains droits nationaux restent réticents à cet égard. Les raisons de cette hostilité ont été rappelées par les travaux parlementaires qui ont précédé, en Belgique, l'adoption de la loi nouvelle sur l'arbitrage[571]. Parmi ces raisons se trouve l'efficacité incertaine (en tout cas inférieure à celle des mesures étatiques), l'incompatibilité avec la nature consensuelle de l'arbitrage, le risque de la mise en péril de l'indépendance de l'arbitre et les droits de la défense, source potentielle d'erreurs, pour ne citer que les principaux griefs.

---

566 H. Van Houtte, *Ten reasons against a proposal for ex parte interim measures of protection in arbitration*, Arbitration International, vol. 20, n°1, 2004, p. 90.

567 « *Toutefois, sont toujours applicables les principes directeurs du procès énoncés aux articles 4 à 10, au premier alinéa de l'article 11, aux deuxième et troisième alinéas de l'article 12 et aux articles 13 à 21, 23 et 23-1* ».

568 « *Quelle que soit la procédure choisie, le tribunal arbitral garantit l'égalité des parties et respecte le principe de la contradiction* ».

569 En vertu de l'article 812 du Code de procédure civile, la requête est autorisée pour « *toutes mesures urgentes lorsque les circonstances exigent qu'elles ne soient pas prises contradictoirement* ». L'article 493 du Code de procédure civile prévoit quant à lui que l'ordonnance rendue sur requête est une « *décision provisoire rendue non contradictoirement dans les cas où le requérant est fondé à ne pas appeler la partie adverse* ». La procédure sur requête est permise à condition du rétablissement du procès contradictoire concernant un référé-rétractation : l'article 496 alinéa 2 du Code de procédure civile prévoit que « *s'il est fait droit à la requête, tout intéressé peut en référer au juge qui a rendu l'ordonnance* ».

570 G. Kaufmann-Kohler, *op. cit.,* pp. 96 et s.

571 La loi du 24 juin 2013 modifiant la sixième partie du Code judiciaire relative à l'arbitrage, Rev. arb., 2014, 1113, et le commentaire d'O. Caprasse, Rev. arb., 2014, 953.

292. Le non-respect du principe de procès contradictoire dans le cadre des mesures provisoires et conservatoires e*x parte* est inquiétant. Il faut envisager la mise en place des garanties procédurales par le tribunal arbitral. Ces garanties consistent en la notification du tribunal à la partie contre laquelle la mesure a été ordonnée immédiatement après le prononcé de la mesure, la possibilité de contestation de l'accord de la mesure par la partie défenderesse et la communication de tous les échanges entre le demandeur et le tribunal arbitral concernant la mesure en question. C'est en quelque sorte le rétablissement du procès contradictoire qui est en cause, après l'octroi de la mesure[572]. Les garanties envisageables sont similaires à celles rendues sur le fondement de l'article 145 du CPC prévoyant les mesures d'instruction *in futurum*, comme la mise sous séquestre des documents obtenus. La partie contre laquelle la mesure a été prononcée aura ensuite la possibilité d'exercer un recours en rétractation contradictoire.

Le professeur Van Houtte considère que la même protection peut avoir lieu sans qu'une atteinte aussi grande soit portée au principe de procès contradictoire. Il propose que le tribunal ordonne d'abord le maintien de *statu quo* pour ensuite examiner de façon contradictoire la demande des mesures provisoires et conservatoires[573]. Ainsi seule une mesure de maintien de *statu quo* est prise en violation du principe de procès contradictoire, sans même une procédure quelconque. Cette proposition est intéressante en ce qu'elle tend à minimiser l'atteinte au principe de procès contradictoire et les effets indésirables d'une mesure *ex parte*. Cependant, elle ne résout pas complètement la difficulté liée à la nécessité d'assurer le respect du procès contradictoire puisqu'une mesure importante devra au moins être prise *ex parte*.

2. L'efficacité limitée des mesures arbitrales prises *ex parte*

293. L'efficacité des mesures *ex parte* dépend de leur effet de surprise et de leur exécution immédiate[574]. En général, la doctrine admet que les décisions arbitrales sont exécutées volontairement[575]. Toutefois, il existe le risque qu'une partie refuse d'exécuter une mesure provisoire et conservatoire prononcée par l'arbitre. Les décisions du tribunal arbitral ne sont

572 *Le principe de contradictoire en arbitrage*, collectif, Bruylant 2016.
573 H. van Houtte, *Ten reasons against a proposal for ex parte interim measures of protection in arbitration*, Arbitration International, vol. 20, n°1, 2004, p. 89.
574 G. Kaufmann-Kohler, *op. cit.,* pp. 98 et s.
575 B. Moreau, E. Glucksmann, P. Feng, « *Arbitrage international* », *Répertoire de procédure civile,* Dalloz, Juin 2016, mis à jour juillet 2019, n° 221.

pas dotées de force exécutoire *per se*[576]. Pour assurer l'exécution des mesures arbitrales, l'intervention du juge étatique est nécessaire. La nature de cette intervention dépend de la qualification juridique de la décision arbitrale ordonnant une mesure provisoire et conservatoire. Une ordonnance ne peut faire l'objet ni d'un exequatur ni d'un recours immédiat. Ces voies sont disponibles uniquement pour une sentence arbitrale (voir le chapitre suivant).

294. Certains auteurs suggèrent que la décision arbitrale sur les mesures provisoires et conservatoires sur le fondement de l'article 1468 du CPC soit considérée comme une sentence ouvrant le droit pour les parties de demander son exequatur[577]. Néanmoins, la qualification juridique des décisions arbitrales dépend de l'appréciation souveraine du juge. La jurisprudence n'a accordé la qualification de sentence qu'à certaines décisions ordonnant des mesures conservatoires assorties d'une astreinte[578]. De plus, même si on admet la possibilité de demander l'exequatur pour ces décisions, ce qui semble très improbable, celui-ci ne résout pas le problème de l'inefficacité des mesures *ex parte* prises par l'arbitre. Tout d'abord, l'exequatur ne sera pas accordé si la décision arbitrale est manifestement contraire à l'ordre public[579] en arbitrage interne, et à l'ordre public international en arbitrage international[580]. Le juge d'exequatur pourra refuser de reconnaître la décision arbitrale prise *ex parte*, en raison du non-respect du principe de procès contradictoire[581].

Pour surmonter cette difficulté, il a été suggéré que l'ordonnance comprenne des garanties procédurales comme celles prévues par l'article 145 du CPC concernant les mesures d'instruction *in futurum*. Néanmoins, il faut souligner que cette solution n'a jamais été examinée en pratique et reste soumise à la condition qu'on admette la qualification de la sentence pour l'ordonnance arbitrale sur les mesures provisoires et conservatoires. De plus, même en cas de succès de la procédure d'exequatur, celle-ci prend du temps. Ainsi, la mesure perd son efficacité sans l'effet surprise ou l'exécution immédiate.

---

576 Y. Derains, *op. cit.,* n° 4.

577 B. Moreau, E. Glucksmann, P. Feng, *op. cit.,* n° 221, se référant à Ch. Seraglini, J. Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international,* Montchrestien, 2019, n° 871.

578 C.A. Paris, 7 octobre 2004, *Rev. arb.,* 2005.737, note E. Jeuland ; *JCP,* 2005, II, 10071, note J.-M. Jacquet. S'agissant d'injonctions de faire assorties d'une astreinte, prononcées à titre conservatoire, la cour d'appel a relevé que " *le tribunal arbitral s'est définitivement prononcé le 4 avril 2002 sur la demande de mesures conservatoires qui lui avait été présentée par les sociétés Carlyle, la limitation des mesures ordonnées à la durée de l'instance ne remettant pas en cause l'autorité de la chose jugée de sa décision, que les arbitres ont pu exprimer sous forme de sentence, choix de procédure auquel aucune des parties ne s'est opposée, leur pouvoir de juger d'une demande d'urgence qui participe à la résolution du litige* ".

579 Article 1488 du Code de procédure civile, applicable à l'arbitrage interne.

580 Article 1514 du Code de procédure civile, applicable à l'arbitrage international.

581 J-Y Geraud, E. Lung, « *l'obtention ex parte d'un document en matière d'arbitrage* », Rev. arb., Vol. 2020, Issue 1, p. 26.

On peut conclure que « *si l'on ne peut se passer de l'intervention du juge, il est alors plus rapide et plus efficace de s'adresser directement à lui. C'est ce que font les parties chaque fois que c'est possible. Lorsque ce ne l'est pas, elles estiment préférable de saisir le tribunal arbitral de la demande de mesure provisoire en en adressant une copie à leur adversaire, tout en invitant les arbitres à ordonner à ce dernier de ne pas modifier le* statu quo *avant que le tribunal arbitral se soit prononcé sur la mesure demandée »*[582].

À notre sens, il faut admettre la possibilité de recourir en référé au juge étatique même lorsque le tribunal arbitral est constitué, pour obtenir des mesures provisoires et conservatoires. Il peut exister des cas dans lesquels, le tribunal arbitral même constitué ne pourra pas ordonner efficacement des mesures nécessaires. L'intervention du juge sera limitée au strict nécessaire, mais pourra constituer un soutien à l'arbitrage en comblant des lacunes qui peuvent exister dans une procédure arbitrale.

B. L'atteinte au droit à la protection juridictionnelle provisoire effective en raison de l'inefficacité des mesures provisoires arbitrales

295. En plus des mesures nécessitant d'être prises *ex parte,* d'autres mesures ordonnées par l'arbitre peuvent avoir une efficacité limitée par rapport aux mesures prononcées par le juge étatique. En général, il est possible pour l'arbitre de prononcer des mesures d'instruction et il a été admis que la caractérisation de l'urgence n'est souvent pas nécessaire ; la justification d'un « motif légitime » suffit[583]. Cependant, le juge étatique a le pouvoir de mandater directement des auxiliaires de justice (huissier, expert, etc.) qui pourront alors, le cas échéant, solliciter l'appui de la force publique. Une mesure d'instruction prise par le juge étatique peut en pratique s'avérer plus effective que celle prise par l'arbitre.

De même, concernant la nomination d'un mandataire provisoire, celle-ci est définie en droit français comme une « mesure exceptionnelle » pouvant être demandée au juge des référés et « *qui suppose rapportée la preuve de circonstances rendant impossible le fonctionnement normal de la société et menaçant celle-ci d'un péril imminent* »[584]. La désignation d'un administrateur provisoire d'une société est une mesure que des tribunaux arbitraux ont pu ordonner en

582 Y. Derains, « *L'arbitre et l'octroi de mesures provisoires ex parte* », *Gaz. Pal.,* 2004.74, n° 4.
583 Par ex. il ne semble généralement y avoir aucune urgence, mais certainement une légitimité, à faire pratiquer une expertise de gestion.
584 Cass. com., 18 mai 2010, *Scetbun c/ Bectarte,* n° 09-14838, F-D.

désignant des mandataires, administrateurs, *receivers* ou autres trustees afin d'assurer momentanément la gestion d'une société dans un cadre précis, tout en dessaisissant les organes de direction à ce titre[585]. Il ne s'agit toutefois pas d'une pratique courante en matière arbitrale, et son emploi reste exceptionnel.

En outre, la force contraignante d'une ordonnance de nomination d'un mandataire rendue par un juge étatique est un avantage conséquent. En effet, même si la partie adverse acceptait de se soumettre à une ordonnance équivalente rendue par un arbitre, la situation pourrait en pratique très vite dégénérer : les décisions prises par le mandataire pourraient faire l'objet de contestations, y compris de la part des tiers à l'entreprise, et l'efficacité de la mesure pourrait être limitée.

296. Dans certaines situations, si le juge étatique ne peut être saisi pour prononcer des mesures conservatoires d'exécution parce que le tribunal arbitral est constitué, un cas de « déni de justice » peut se présenter[586]. Il peut arriver des cas où le tribunal arbitral est compétent pour prononcer la mesure sollicitée, mais celle-ci ne résout pas le problème en cause effectivement en raison des pouvoirs limités de l'arbitre[587]. Le « droit au juge » n'est pas le droit à n'importe quel juge[588]. L'État a un devoir d'assurer une protection juridictionnelle effective à tous les justiciables. Il n'est pas suffisant d'avoir seulement la possibilité de présenter sa demande devant un juge, il faut également que ce dernier puisse résoudre le litige de façon équitable. La possibilité de prendre différentes mesures adaptées au litige doit être prise en compte dans cette perspective. L'accès des justiciables aux tribunaux étatiques est le pilier de la protection juridictionnelle des justiciables. L'existence d'une convention d'arbitrage témoigne de la volonté des parties de se soustraire aux tribunaux étatiques, mais concernant les mesures provisoires et conservatoires, une protection provisoire des justiciables doit être assurée par l'État. Malgré la compétence de l'arbitre pour prononcer des mesures provisoires et conservatoires, l'effectivité d'une telle demande devant le tribunal arbitral et l'effectivité de sa décision restent parfois discutables.

297. En principe, en réalité, le juge étatique reste le garant de la continuité de l'accès à une protection juridictionnelle provisoire en cas d'urgence. Même si le droit français de l'arbitrage a une vision délocalisée de l'arbitrage et tend à minimiser l'importance conférée au siège de

585 Hoellering M. F., « *Conservatory and Provisional Measures in International Arbitration, AAA's Experience* », AAA Dispute Resolution Journal, Dec. 1992.
586 J. Héron, Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé*, *op. cit.,* n°427, p. 353. s
587 Pour une étude détaillée des exemples de ce type de mesures v. Chapitre II, Titre II, Partie I.
588 V. Heuzé, « *Arbitrage international : quelle raison à la déraison ?* », Recueil Dalloz 2011, p. 2880

l'arbitrage, il n'est pas encore concevable d'imaginer l'arbitrage comme un ordre juridique totalement autonome. En excluant l'intervention du juge étatique, on priverait une partie des justiciables de la protection provisoire notamment en situation d'urgence.

Considérant les arguments développés ci-dessus, nous considérons qu'il faut mieux protéger le droit des parties de recourir au juge étatique pour obtenir des mesures provisoires et conservatoires. La meilleure solution serait de laisser la partie demanderesse choisir l'autorité à laquelle elle souhaite demander la mesure sollicitée. Cette solution suppose la compétence parallèle du juge et de l'arbitre pour prononcer les mesures provisoires et conservatoires. Il faut souligner que le choix d'une des autorités par les parties exclut la compétence de l'autre et il ne sera pas possible de saisir le juge et l'arbitre concernant la même mesure. Néanmoins, nous sommes conscients que la solution proposée est incompatible avec le droit positif français qui prévoit la compétence complémentaire du juge et de l'arbitre en favorisant la compétence de principe de l'arbitre. C'est pourquoi aujourd'hui la seule solution possible réside dans une lecture plus souple des textes en permettant l'intervention du moins subsidiaire du juge étatique pour éviter les éventuels cas de déni de justice.

La compétence parallèle du juge et de l'arbitre pour prononcer des mesures provisoires et conservatoires n'est pas envisageable actuellement en droit français. Cependant, certaines législations ont opté pour cette solution comme le droit suisse. Ainsi, en Suisse, les parties ont le droit de choisir l'autorité devant laquelle elles souhaitent présenter leur demande de mesure provisoire et conservatoire. Le législateur français pourrait s'en inspirer.

Sous-section II. Le droit suisse : illustration de la compétence parallèle du juge étatique et de l'arbitre pour prononcer les mesures provisoires et conservatoires

298. En droit suisse, le juge et l'arbitre sont tous les deux compétents pour prononcer des mesures provisoires et conservatoires. Il est intéressant d'étudier les modalités de la mise en place de la compétence parallèle du juge et de l'arbitre (§I). Il revient aux parties de choisir l'autorité compétente pour prononcer les mesures provisoires et conservatoires (§II).

§I. Les modalités de la mise en place de la compétence parallèle du juge et de l'arbitre pour prononcer les mesures provisoires et conservatoires

299. Le droit suisse admet la compétence de l'arbitre pour prononcer des mesures provisoires et conservatoires (A). Néanmoins, le juge étatique reste également compétent après la constitution du tribunal arbitral. La compétence parallèle du juge et de l'arbitre suppose l'articulation des décisions de ces deux autorités concernant les mesures provisoires et conservatoires (B).

A. L'admission de la compétence parallèle du juge et de l'arbitre pour prononcer les mesures provisoires et conservatoires

300. En arbitrage interne, historiquement, le droit suisse n'accordait aucune compétence aux arbitres pour prononcer des mesures provisoires et conservatoires[589]. Néanmoins aujourd'hui, le nouveau code de procédure civile suisse, prévoit dans son article 374 (1) que la juridiction étatique ou, sauf convention contraire des parties, le tribunal arbitral, peut - à la demande d'une des parties- prononcer une mesure provisoire ou conservatoire notamment celles relatives à la préservation de la preuve[590]. La compétence des juridictions étatiques n'est cependant pas affectée par cette évolution et la doctrine considère que la compétence des arbitres pour prononcer des mesures provisoires n'est pas exclusive et n'élimine pas celle du juge étatique[591].

301. En droit suisse, les parties à une procédure arbitrale interne conservent la possibilité de saisir directement le juge étatique sans passer par le tribunal arbitral. Concernant l'arbitrage international, le droit suisse prévoit la même solution : en vertu de l'article 138 (1) de la LDIP[592], la compétence des juridictions étatiques est implicite. Les arbitres sont également compétents pour prononcer des mesures provisoires, sauf convention contraire des parties. Également, l'article 10 de la LDIP prévoit que les juridictions suisses sont compétentes pour

589 Ancien art. 26 (1) de *Concordat suisse sur l'arbitrage.*
590 Art. 374 (1) de la code de procédure civile suisse: « *the state court or, unless the parties have otherwise agreed, the arbitral tribunal can upon application by a party order provisional measures including orders relating to the securing of evidence.* »
591 J-F. Poudret, S. Besson, *Comparative Law of International Arbitration*, Zurich 2002, § 612 and ref.
592 Loi sur le Droit international Privé.

accorder des mesures provisoires mêmes dans les cas où ils ne sont pas compétents pour connaître le fond de l'affaire[593].

302. Aujourd'hui, il est établi que le droit suisse reconnaît la compétence parallèle du juge étatique et de l'arbitre pour prononcer des mesures provisoires et conservatoires. Cette approche de droit suisse repose sur des arguments juridiques. Pour la doctrine majoritaire suisse, cette interaction est simplement nécessaire pour remédier aux lacunes de l'arbitrage[594]. La compétence du juge étatique peut être indispensable notamment lorsque le tribunal arbitral ne peut ordonner des mesures à l'encontre des tiers à l'arbitrage ; ou lorsqu'il n'a pas le pouvoir de forcer l'exécution d'une mesure concernant le blocage des fonds[595] ; ou lorsqu'il ne peut garantir l'exécution forcée immédiate des mesures qu'il a prononcées. En cas d'urgence et de risque de non-respect des mesures par les parties, il peut être plus efficace de saisir directement le juge étatique. La compétence du tribunal arbitral peut également être nécessaire pour implanter un régime provisoire qui est souvent très lié à la procédure arbitrale et sa solution[596]. En effet, lorsque le tribunal arbitral a étudié l'affaire de façon extensive, il est logique pour une partie de présenter sa demande devant le tribunal arbitral et de bénéficier de ses connaissances sur l'affaire, plutôt que de saisir le juge qui n'a que des connaissances minimes sur les circonstances de l'espèce[597].

303. La compétence parallèle du juge et de l'arbitre permet aux parties de choisir l'autorité compétente pour ordonner des mesures provisoires et conservatoires. Cette solution est en accord avec la nature contractuelle de l'arbitrage. La résolution du litige par le déroulement de la procédure arbitrale repose sur la volonté des parties. En droit français, la compétence du juge étatique pour prononcer des mesures provisoires et conservatoires est très limitée sur le fondement du respect du principe de l'autonomie de la volonté des parties. En général, on considère que le choix des parties de soustraire leur litige à la compétence du juge étatique fait obstacle à la possibilité de recours au juge étatique même lorsque la résolution du litige n'est pas en cause.

---

593 G. Von Segesser, Ch. Kurth, « Interim Measures », in, *International Arbitration in Switzerland a Handbook for Practitioners*, Kaufmann-Kohler/Stucki (eds), 2005, p. 85.
594 J-F. Poudret, S. Besson, *Comparative Law of International Arbitration*, Zurich 2002, §615.
595 En vertu de la loi fédérale sur la poursuite pour dette et la faillite/ Suiss Debt and Execution Bankrpty Act (DEBA).
596 J-F. Poudret, S. Besson, *Comparative Law of International Arbitration*, *op. cit.* §615
597 M. Wirth, « *Interim or preventive measures in support of International Arbitration in Switzerland »*, Bulletin ASA, Bâle 2000, p. 44.

Cependant, il faut opérer une distinction entre le recours au juge étatique pour la résolution du fond du litige et le recours au juge pour l'obtention des mesures provisoires et conservatoires. Dans le premier cas, l'intervention du juge étatique serait évidemment contraire à la volonté des parties. En revanche, dans le second cas, le juge étatique n'intervient que pour prononcer certaines mesures indépendamment de la résolution finale du litige. La possibilité du recours au juge pour obtenir des mesures provisoires et conservatoires ne peut porter atteinte au principe de l'autonomie de la volonté des parties. De plus, c'est un signe de respect de la volonté des parties que d'accorder le choix aux parties de définir l'autorité compétente pour ordonner des mesures provisoires et conservatoires.

304. Compte tenu des lacunes de l'arbitrage concernant, d'une part, la compétence limitée de l'arbitre pour ordonner toutes les mesures provisoires et conservatoires et, d'autre part, l'efficacité discutable des mesures ordonnées de celui-ci, il convient d'envisager un rôle plus important pour le juge étatique pendant la procédure arbitrale. Nous sommes conscients que la compétence parallèle du juge et de l'arbitre pour prononcer des mesures provisoires et conservatoires est incompatible avec le droit positif français. Néanmoins, il est possible d'inclure la possibilité de recours au juge pour surmonter les difficultés rencontrées par les parties en raison des lacunes de l'arbitrage. Par exemple, la compétence subsidiaire du juge étatique doit être envisagée lorsque le tribunal arbitral ne peut prendre des mesures effectives.

B. L'articulation des décisions du juge et de l'arbitre concernant les mesures provisoires et conservatoires

305. La compétence parallèle du juge et de l'arbitre engendre le risque de conflit de compétences et des décisions contradictoires. Comment les décisions de ces deux institutions s'articulent-elles au sein du système suisse ? Quelle est la solution du droit suisse pour remédier au problème de conflit de compétences et de risque de décisions contradictoires ? En effet, il n'y a pas de réponse précise à ces questions. Certains auteurs considèrent que pour éviter des décisions contradictoires, les tribunaux arbitraux et les juridictions étatiques doivent décider qu'une partie ne peut saisir les deux ordres en même temps pour demander des mesures provisoires et conservatoires[598]. En suivant cette idée, lorsqu'un tribunal arbitral ou une

598 Von Segesser, Ch. Kurth, « Interim Measures », in, *International Arbitration in Switzerland a Handbook for Practitioners*, *op.cit.* p.164

juridiction étatique rejette une demande portant sur des mesures provisoires la partie demanderesse n'aura pas la possibilité de saisir l'autre juridiction sur la même question[599].

306. Il est admis en général qu'une décision sur les mesures provisoires et conservatoires ne bénéficie pas de l'autorité de chose jugée. Par conséquent, la révocation d'une décision du juge étatique, par le tribunal arbitral (ou vice versa) est en théorie possible. La doctrine suisse admet unanimement que le tribunal arbitral peut révoquer une mesure provisoire ordonnée par la juridiction étatique, lors de la rédaction de la sentence finale[600]. La majorité des auteurs suisses considèrent que les relations entre les mesures ordonnées par les juridictions étatiques et celles prononcées par les tribunaux arbitraux sont régies par les principes affirmés dans une sentence CCI de 2 avril 2002[601]. Selon cette dernière, le tribunal arbitral ne peut pas réviser une décision d'une juridiction étatique sur les mesures provisoires et conservatoires dans certaines circonstances[602].

Lorsque la mesure demandée au tribunal arbitral est identique à celle demandée devant le juge étatique, sans changement dans les faits ou les moyens de preuve, le tribunal arbitral ne peut pas revenir sur la décision du juge étatique. Cette limitation concerne uniquement les cas où le tribunal arbitral applique les mêmes règles que le juge étatique pour répondre à la demande. Il faut souligner que dans tous les cas, il est possible pour le tribunal arbitral de réviser la décision du juge étatique si les droits procéduraux n'ont pas été intégralement respectés.

307. Le tribunal arbitral est en revanche compétent pour revenir sur une décision étatique sur la question lorsque les circonstances d'espèce de l'affaire ont changé depuis la décision du juge étatique ou des preuves nouvelles sont disponibles ; ou lorsque les règles appliquées pour résoudre le litige sont différentes. Dans ces conditions, le tribunal arbitral est libre d'examiner la demande même si le juge étatique s'est déjà prononcé sur une demande similaire ou identique. Le tribunal arbitral examine alors dans chaque affaire, si en vertu de la loi gouvernant la procédure arbitrale, les circonstances justifient l'octroi des mesures sollicitées[603]. La solution du juge étatique, saisi précédemment de la même affaire peut être différente de celle du tribunal arbitral, simplement en raison de l'application d'une autre loi[604].

---

599 *Ibid.*
600 J-F. Poudret, S. Besson, *Comparative Law of International Arbitration*, *op. cit.* §622 et G. Kauffman-Kohler, A. Rigozzi, *Arbitrage International*, Bern 2010, p. 369.
601 ASA Bull 4/2003, 817
602 B. D. Ehle, « Concurrent Jurisdiction: Arbitral Tribunals and Courts Granting Interim Relief », in: *International Arbitration Mediation – From the Professional's Perspective*, Yorkhill Law Publishing 2007, p. 165.
603*Ibid.*. p. 165.
604 *Ibid.*

Lorsque le juge étatique et l'arbitre sont parallèlement compétents pour prononcer des mesures provisoires et conservatoires, les parties peuvent choisir l'autorité à laquelle elles s'adressent. Le choix entre l'arbitre et le juge étatique s'effectue en fonction de la mesure en cause et d'autres facteurs pris en compte lors de la demande.

§II. Les parties face au choix de l'autorité compétente pour prononcer les mesures provisoires et conservatoires

308. En Suisse, le juge et l'arbitre étant parallèlement compétents pour prononcer des mesures provisoires et conservatoires, les parties peuvent choisir l'autorité compétente pour obtenir les mesures nécessaires (A). Les conditions d'octroi des mesures provisoires et conservatoires peuvent différer devant le juge étatique et l'arbitre (B).

A. Les critères pris en considération par les parties pour choisir l'autorité compétente

309. Quelles sont les considérations à prendre en compte dans le choix entre le juge étatique et l'arbitre pour obtenir les mesures provisoires et conservatoires ? Dans le système suisse, lorsque le juge et l'arbitre sont parallèlement compétents pour accorder des mesures d'intérim, une partie peut avoir la possibilité de choisir entre ces autorités pour présenter sa demande[605]. Ehle a suggéré plusieurs critères à prendre en compte pour choisir entre le juge et l'arbitre pour obtenir des mesures provisoires et conservatoires[606] :

Le premier critère est celui de l'urgence. Lorsqu'il existe un besoin immédiat pour une décision et le tribunal arbitral ne s'est pas encore constitué, il est évident qu'il faut saisir le juge étatique. Cette affirmation comporte un tempérament lorsque le tribunal arbitral est composé d'un arbitre unique. En tout état de cause, il faut évaluer le pouvoir du tribunal arbitral de prononcer rapidement une mesure effective. Lorsque le tribunal arbitral est constitué, il peut être plus à même d'ordonner une mesure dans un court délai.

Le deuxième critère est celui de l'existence d'un risque de non-respect des mesures ordonnées. Lorsqu'il y a le risque que la partie adverse ne respecte pas volontairement l'ordre du tribunal

605 Ce genre de système est souvent appelé « modèle libre-choix » (free-choice model).
606 B. D. Ehle, « Concurrent Jurisdiction: Arbitral Tribunals and Courts Granting Interim Relief », *op. cit.*

arbitral et ignore des mesures prises par ce dernier, il est suggéré d'obtenir la mesure en question par l'intermédiaire du juge étatique. Cela est explicable par le défaut d'i*mperium pur* de l'arbitre. En cas de non-respect des mesures prises par l'arbitre, l'intervention du juge étatique est nécessaire pour forcer l'exécution de celles-ci. Cette procédure -lorsqu'elle est possible- prend un certain temps. En cas de doute sur l'exécution volontaire des mesures par la partie adverse, il est fortement conseillé de recourir au juge étatique.

Le troisième critère concerne la présence des tiers dans la procédure arbitrale. Dans les cas où des tiers à l'arbitrage sont impliqués dans l'affaire, seul le juge étatique peut effectivement ordonner une mesure d'intérim à l'encontre de ceux-ci. En vertu du principe de l'effet relatif des contrats, la compétence du tribunal arbitral est limitée aux parties signataires de la convention d'arbitrage. Également, la consolidation d'une telle mesure par le tribunal arbitral n'est pas très efficace. Par exemple, en cas de preuves détenues par les tiers, le juge étatique est souvent la seule autorité compétente pour prononcer des mesures provisoires et conservatoires.

Le quatrième critère concerne la nécessité de la connaissance du cas pour ordonner la mesure sollicitée. Lorsque la mesure d'intérim est sollicitée en cours de procédure arbitrale et l'affaire en question comporte des complications techniques et juridiques, il est préférable de saisir le tribunal arbitral, qui a déjà étudié l'affaire extensivement et est mieux à même de se prononcer sur l'octroi d'une mesure d'intérim.

Le cinquième critère est le savoir-faire requis pour connaître la demande. Lorsqu'une procédure arbitrale est en cours, une autre raison de saisir le tribunal arbitral concernant les mesures d'intérim est de profiter du savoir-faire et de l'expérience des arbitres qui sont choisis pour leur spécialisation dans le domaine de l'affaire. Dans certaines situations, les caractéristiques techniques de l'affaire ont poussé les parties à confier le règlement de leur litige à l'arbitrage. Le tribunal arbitral constitué d'experts dans le domaine en cause, pourra examiner la demande de mesure provisoire plus rapidement et plus efficacement.

Le sixième critère concerne la confidentialité du litige. Dans les cas où les parties ont un intérêt particulier à préserver la confidentialité de la procédure, elles peuvent préférer la compétence même exclusive du tribunal arbitral.

Finalement, il faut également prendre en considération le type de mesure sollicitée. La gamme des mesures potentiellement prononcées par le juge étatique est plus restreinte que celles prononcées par le tribunal arbitral. Mais cela est à relativiser, car certaines mesures comme l'exécution forcée ne peuvent être prononcées que par le juge étatique et d'autres peuvent être

plus efficaces lorsqu'elles sont ordonnées par le juge. Il faut donc cibler la mesure appropriée pour chaque affaire et déterminer l'autorité plus à même de la prononcer.

B. Les conditions de l'octroi des mesures provisoires et conservatoires devant le juge et l'arbitre

310. En arbitrage interne, le code de procédure civile suisse, interprété par les juges, spécifie les types des mesures provisoires et conservatoires qui peuvent être prononcées par le tribunal arbitral, mais également les critères à remplir pour obtenir de telles mesures (art. 261 et 262 CPC suisse). Les auteurs suisses distinguent généralement trois catégories de mesures[607]. Premièrement, les mesures visant à maintenir le *statu quo* : la situation actuelle telle qu'elle (par exemple un ordre de ne pas faire). Deuxièmement, les mesures réglementaires et déclaratoires (par exemple les ordres déclarant le statut d'une relation de droit litigieux). Troisièmement, les mesures provisoires qui ont pour objet de conserver l'intérêt de la sentence finale. Pour ordonner les mesures provisoires et conservatoires certaines conditions doivent être remplies : La mesure doit être demandée par une partie au litige, le tribunal arbitral doit avoir compétence *prima facie* pour connaître l'affaire, la demande doit avoir une chance de succès raisonnable, il doit exister une urgence ou un dommage imminent aux droits d'une des parties, un risque de dommage substantiel en l'absence de protection doit être constatable, et enfin la mesure doit pouvoir assurer une sécurité appropriée à la partie demanderesse.

311. Concernant l'arbitrage international, le droit suisse est silencieux. Il existe seulement un article sur les mesures d'intérim de protection dans *lex arbitri* (art. 183 (1) LDIP). Cette disposition prévoit simplement la compétence des arbitres pour prononcer des mesures provisoires et conservatoires, mais ne spécifie pas les critères à remplir pour l'obtention de telles mesures[608].

Pour l'arbitrage institutionnel, une solution similaire est prévue à l'article 26 (1) de Règlement suisse d'arbitrage international des chambres de commerce suisses[609]. On peut déduire de ce silence que les parties sont libres de déterminer les conditions à remplir pour obtenir des mesures provisoires et conservatoires. À défaut d'accord des parties sur les modalités

607 M. Wirth, « *Interim or preventive measures in support of International Arbitration in Switzerland* », *art. précité.* p. 33.
608 E. Geisinger, « *Les relations entre l'arbitrage commercial international et la justice étatique en matière de mesures provisionnelles* », La Semaine judiciaire, SJ 2005 II 375, p. 377.
609 *Ibid.*

d'obtention de ces mesures, le tribunal arbitral est alors libre de déterminer les conditions requises ou d'appliquer la *lex causae*. Il peut accorder des mesures d'intérim dans des conditions différentes de celles prévues par le droit suisse. Toutefois, Poudret et Besson soulignent une convergence dans la pratique arbitrale et judiciaire dans le domaine des mesures provisoires. Ils notent que les conditions généralement admises par les arbitres sont plus ou moins similaires à celles appliquées en droit interne suisse[610].

312. Comme déjà mentionné, le droit suisse est silencieux sur les types de mesures provisoires et conservatoires qui peuvent être accordées par le tribunal arbitral. La solution est donc développée par les arbitres et la doctrine[611] et permet aux arbitres de prononcer toutes les mesures qu'ils estiment nécessaires, premièrement pour protéger la partie demanderesse d'un préjudice qui ne peut être réparé par la sentence finale ; et deuxièmement, pour réguler les relations entre les parties durant la procédure arbitrale.

La première source d'information, concernant le type de mesure qui peut être accordée, est le contrat. En cas de silence du contrat, les détails concernant les mesures disponibles peuvent se trouver dans les règles procédurales applicables à la procédure arbitrale. Si les règles procédurales sont silencieuses à ce propos, le tribunal arbitral peut se baser sur les mesures prévues par la *lex causae*. Finalement, le tribunal arbitral peut ordonner toute mesure prévue par la loi du pays où la sentence doit être exécutée[612]. Par conséquent, le tribunal arbitral suisse a une compétence plus large par rapport au juge étatique suisse pour prononcer des mesures provisoires et conservatoires[613]. Premièrement, le tribunal arbitral peut prononcer des mesures qui ne sont pas prévues par le droit suisse. Deuxièmement, il peut ignorer les conditions de droit suisse pour accorder ces mesures ou les remplacer par d'autres conditions qu'il estime plus appropriées.

610 J-F. Poudret, S. Besson, *Comparative Law of International Arbitration*, *op. cit.* §626.
611 Marc Blessing, *Introduction to Arbitration – Swiss and International Perspectives*, Bâle 1999, p. 279.
612 M. Wirth, « *Interim or preventive measures in support of International Arbitration in Switzerland »*, *art. précité.* p. 33
613 *Ibid*.

Conclusion

313. Actuellement en droit français, après la constitution du tribunal arbitral, ce dernier est principalement compétent pour prononcer des mesures provisoires et conservatoires. La compétence du juge étatique est donc essentiellement exclue sauf concernant les mesures conservatoires d'exécution. Le recours au juge étatique est également possible dans certaines situations notamment en cas d'existence de moyens de preuve détenus par des tiers à l'arbitrage. Le droit français met tout en œuvre pour que la procédure arbitrale se déroule sans l'intervention du juge étatique, dans la mesure du possible. Néanmoins, l'arbitre étant dépourvu de *l'imperium pur*, ne dispose pas de tous les pouvoirs du juge étatique. Par exemple, certaines mesures ne peuvent pas être prises effectivement en pratique par l'arbitre même s'il est théoriquement compétent pour les prononcer comme les mesures devant être prises *ex parte*.

La compétence du tribunal arbitral pour prononcer les mesures provisoires et conservatoires n'est généralement pas contestée. Néanmoins, l'efficacité des mesures prises par le tribunal arbitral peut être remise en question dans certaines situations. Les difficultés rencontrées par les parties nécessitent l'intervention du juge étatique notamment celles concernant l'exécution des mesures provisoires arbitrales. Le juge étatique doit pouvoir remplir ses fonctions en tant que garant de la continuité du droit d'accès au juge des justiciables. C'est pourquoi nous proposons d'élargir le champ de compétence du juge étatique pour prononcer les mesures provisoires et conservatoires même après la constitution du tribunal arbitral. La possibilité pour les parties de présenter leur demande de mesures provisoires et conservatoires devant le juge étatique permet de combler les lacunes de l'arbitrage. Le droit suisse peut être pris comme modèle. La compétence parallèle du juge et de l'arbitre est admise en droit suisse concernant le prononcé des mesures provisoires et conservatoires. Les parties peuvent choisir l'autorité devant laquelle elles souhaitent présenter leur demande en fonction des circonstances de l'espèce.

Chapitre II. L'intervention du juge étatique concernant l'exécution des mesures provisoires et conservatoires arbitrales

314. Aujourd'hui, on assiste au développement de la compétence du tribunal arbitral pour prononcer des mesures provisoires et conservatoires en droit comparé. Le débat central porte plutôt sur la reconnaissance et l'exécution des mesures ordonnées par l'arbitre. En effet, la nature contractuelle de l'arbitrage et son statut privé privent l'arbitre d'un pouvoir coercitif découlant de l'*imperium pur*. L'arbitre ne dispose que de la *juridictio* vis-à-vis des parties, ce qui rend difficile de suivre l'exécution de ses décisions, notamment, lorsque le pays du siège de l'arbitrage diffère de celui où les mesures doivent être exécutées. De plus, l'arbitre n'a aucun pouvoir vis-à-vis des tiers qui ne sont pas tenus par la convention d'arbitrage. Par conséquent, un certain nombre de moyens pour la reconnaissance et l'exécution des mesures prises par l'arbitre, qui touchent à la souveraineté de l'État, exigent l'intervention du juge étatique. La question essentielle porte sur la manière dont la justice étatique réagit pour remédier aux lacunes de l'arbitrage. C'est un domaine particulièrement sensible, car, il faut veiller au respect des droits fondamentaux des parties notamment le droit au juge, tout en respectant leur choix de soumettre leur litige à l'arbitrage.

L'intervention du juge étatique s'avère nécessaire dans certains stades de la procédure arbitrale concernant les mesures provisoires et conservatoires. L'étendue de cette intervention est le point essentiel qui détermine si le juge constitue un support de l'arbitrage ou un moyen de fragilisation de celui-ci. En effet, la complexité des litiges commerciaux internationaux et la durée des procédures rendent nécessaires l'adoption et l'exécution rapide des mesures provisoires et conservatoires, pour préserver des situations *de facto* et *de jure* et permettre aux arbitres de poursuivre la résolution des litiges. Dans ce contexte, l'intervention du juge étatique peut être considérée comme un soutien indispensable à la justice arbitrale.

315. Pour répondre aux problèmes qui peuvent se poser avant la constitution du tribunal arbitral, plusieurs institutions arbitrales ont mis en place une procédure d'arbitrage d'urgence. Les parties ont ainsi la possibilité d'obtenir des mesures provisoires et conservatoires dans le cadre de l'arbitrage institutionnel sans avoir recours au juge étatique. L'exécution des décisions de l'arbitre d'urgence est l'aspect le plus important de la procédure d'arbitrage d'urgence et les

difficultés de celle-ci remettent en cause l'efficacité même de cette procédure. Un sondage conduit par Queen Mary College de l'Université de Londres en 2015 démontre que seulement 29% des usagers de l'arbitrage commercial international préfèrent demander des mesures provisoires et conservatoires aux arbitres d'urgence et la large majorité de ceux-ci préfèrent présenter leur demande devant les tribunaux étatiques[614]. Parmi des personnes favorables au juge étatique, 79% ont expliqué la raison de leur choix par les incertitudes et inquiétudes relatives à la possibilité d'exécuter les décisions des arbitres d'urgence[615]. Ces propos ne tiennent pas uniquement sur la nouveauté du phénomène, mais sur le fait que l'exécution de ces décisions rencontre souvent des problèmes[616].

316. Nous sommes aujourd'hui dans un contexte de l'émergence d'un principe de l'ingérence minimale des juges nationaux dans les procédures arbitrales internationales, dans des législations les plus modernes[617]. Même si l'existence d'un tel principe n'est pas établie, une certaine hostilité envers l'intervention du juge étatique dans la procédure arbitrale est constatable notamment dans le monde de l'arbitrage. C'est peut-être une des raisons de l'apparition du phénomène de l'arbitrage d'urgence. Il existe donc d'une part, une volonté de promouvoir l'indépendance de l'arbitrage même dans le cadre de la question des mesures provisoires et conservatoires et d'autre part, l'inefficacité de certaines mesures prises par le tribunal arbitral. En effet, l'intervention et le soutien du juge étatique sont nécessaires dans deux situations : en cas du non-respect de la mesure provisoire et conservatoire ordonnée par l'arbitre d'urgence ; et en cas d'intérêt légitime de la partie contre laquelle la mesure a été ordonnée de contester la décision de l'arbitre d'urgence ou s'opposer à son exécution.

317. Le pouvoir de l'arbitre de prononcer des mesures provisoires et conservatoires n'est généralement pas contesté. Néanmoins, l'efficacité des mesures prises par l'arbitre est à relativiser. Dans un tel contexte, il convient de se poser la question de savoir quelle est la nature de la décision arbitrale sur les mesures provisoires et conservatoires et quels sont les moyens

614 Queen Mary University of London & White & Case, 2015 *International Arbitration Survey: Improvements and innovations in International Arbitration*, p. 27, accessible sur : http://www.arbitration.qmul.ac.uk/docs/164761.pdf.
615 *Ibid.*, p. 28.
616 En suède par ex., les mesures provisoires et conservatoires ordonnées par les arbitres ne sont pas, en général, exécutoires. P. Ewerlöf, « Application of the New York Convention by Swedish Courts », in U. Franke, A. Magnusson, et al (éds.), *International Arbitration in Sweden: A Practitioner's Guide*, Kluwer, 2013, p. 295.
617 Par ex. : S. Sánchez-Lorenzo, « Le principe de l'intervention minimale judiciaire dans l'arbitrage commercial international, *El principio de mínima intervención judicial en el arbitraje comercial internacional*, *Arbitraje »*, vol 9, 2016.13 cité par J-J. Caicedo, dans *« L'exécution et le contrôle judiciaire des décisions prises par les arbitres d'urgence* », Rev. arb.,2017, issue 2.

effectifs de l'exécution de ces mesures. Pour répondre à cette problématique, nous allons nous intéresser à la détermination de la nature juridique de la décision arbitrale sur les mesures provisoires et conservatoires (Section I), avant d'aborder la question de l'intervention du juge étatique pour assurer l'exécution effective des mesures provisoires et conservatoires arbitrales (Section II).

Section I. La détermination de la nature juridique de la décision arbitrale sur les mesures provisoires et conservatoires

318. La détermination de la nature juridique des mesures provisoires et conservatoires prises par le tribunal arbitral est une tâche relativement délicate. En règle générale, pour la qualification d'une décision, il suffit d'étudier l'autorité de laquelle elle émane ainsi que les caractéristiques spécifiques de la décision. Or, dans le cadre des mesures provisoires et conservatoires arbitrales, la qualification de l'autorité à l'origine des décisions n'est pas toujours établie compte tenu de la nature spécifique de la procédure d'arbitrage d'urgence (Sous-section II). De plus, les caractéristiques particulières de la décision elle-même ne permettent pas de déterminer la qualification exacte de celle-ci (Sous-section I).

Sous-section I. La qualification des décisions arbitrales concernant les mesures provisoires et conservatoires

319. Les décisions du tribunal concernant les mesures provisoires et conservatoires demandées par les parties peuvent être qualifiées différemment d'un pays à l'autre. En France, le juge étatique est chargé de la qualification de ces décisions (§I). En droit comparé, l'approche des droits nationaux peut être différente concernant la qualification des mesures provisoires arbitrales (§II).

§I. La qualification des décisions arbitrales sur les mesures provisoires et conservatoires en droit français

320. La qualification de la décision du tribunal arbitral ordonnant des mesures provisoires et conservatoires est particulièrement importante compte tenu des effets qu'elle pourra avoir sur les recours contre ces décisions. La qualification de « sentence arbitrale » ouvre la possibilité pour les parties de former un recours en annulation dans le pays du siège de l'arbitrage (A) ou de demander l'exequatur de la décision en vertu de la Convention de NY (B).

A. L'effet de la qualification de « sentence arbitrale » : l'ouverture du recours en annulation

321. On peut constater que le Code de procédure civile (CPC) est incertain quant à la nature juridique de la décision arbitrale ordonnant des mesures provisoires. L'article 1468 du CPC indique que l'arbitre « ordonne » des mesures provisoires. La qualification que pourrait entraîner le terme « ordonne » ne peut être clairement définie. On pourrait penser que celui-ci fait penser au terme « ordonnance ». Si on déduit la qualification de l'ordonnance des termes de l'article 1468 du CPC, l'intérêt de cette qualification serait d'éviter la procédure d'exequatur et la possibilité de tout recours devant le juge étatique. Mais cela pourrait renvoyer à la fonction juridictionnelle de l'activité de l'arbitre ainsi qu'à des mesures de simple administration. Il existe un flou maintenu autour de la qualification des décisions arbitrales ordonnant les mesures provisoires.

La qualification d'« ordonnance » présente certains avantages pour l'arbitre en ce qu'elle évite l'intervention du juge étatique, mais aussi lui permet de revenir librement sur la mesure, en l'absence même de circonstances nouvelles avérées. Cela présente également un avantage en termes d'économie de justice pour des tribunaux étatiques.

322. Ces mesures sont en effet perçues comme étant au service de la sentence principale, mais ce flou dans leur définition ne peut exister à long terme. Peut-on considérer que le droit français de l'arbitrage avance vers une pleine *juridictio* arbitrale du provisoire ? Il peut y avoir un intérêt dans la qualification de sentence provisoire. On pourrait penser à introduire dans le CPC, la notion de sentence provisoire dotée de l'autorité de la chose jugée au provisoire, qui permettrait aux parties d'obtenir l'exequatur de cette sentence provisoire et former un recours

en annulation contre celle-ci. Le juge étatique est juge de droit en vertu de l'article 12 du CPC et peut requalifier les faits litigieux. Tout juge pourra être amené à requalifier l'« ordonnance » provisoire en une « sentence arbitrale ».

323. Pour déterminer si les effets d'une telle décision peuvent être assimilés aux effets d'une sentence, il faut se référer aux droits nationaux. En France, la question de la volonté de l'arbitre dans la qualification d'une sentence s'est posée dans l'arrêt *Société Otor*[618]. La Cour d'appel a considéré que « *les arbitres ont pu exprimer sous forme de sentence, choix de procédure auquel aucune des parties ne s'est opposée, leur pouvoir de juger une demande d'urgence qui participe à la résolution du litige* ». Les commentateurs ont critiqué cette façon d'aborder la qualification d'une sentence en prenant en considération le « choix » des parties alors qu'il convient d'étudier la décision sur le fond en vertu de la législation nationale en cause pour déterminer la qualification de la décision[619]. En effet, ils estiment que le choix des parties n'est qu'une « fiction »[620], car la question de la qualification de la décision ne s'était pas posée devant l'arbitre et les parties n'avaient même pas eu l'opportunité de se prononcer sur la question.

324. La Cour d'appel de Paris, dans l'arrêt de 7 octobre 2004, Otor, a décidé que *« le tribunal arbitral s'étant définitivement prononcé sur la demande des mesures conservatoires a pu exprimer sous forme de sentence, sa décision, la limitation des mesures ordonnées à la durée de l'instance ne remettant pas en cause l'autorité de chose jugée de celle-ci, qui n'est au demeurant que l'expression du pouvoir de juger une demande d'urgence qui participe à la résolution du litige, aucune des parties ne s'étant d'ailleurs opposée à ce choix de la procédure*». Ainsi, la Cour a qualifié cette mesure de sentence, ouvrant ainsi la possibilité d'un recours en annulation contre elle[621].

---

618 C.A. Paris (1re Ch. C), *Société Otor Participations et autres c/ Carlyle Holdings 1 et a.*, Rev. arb*.,* 2005.737, note E. Jeuland ; JDI, 2005.341, note A. Mourre et P. Pedone ; *JCP*, 2005.II.10071, note J.-M Jacquet ; JCP, 2005.I.134, § 5 et 7, obs J. Ortscheidt ; *D.*, 2005, Pan., 3062, obs. Th. Clay ; *Journal of International Arbitration*, Vol. 22, N° 4, 2005.357, note D. Bensaude.

619 V. Y. Derains et L. Kiffer, National Report for France (2013), in J. Paulsson et L. Bosman (éds.), ICCA International Handbook on Commercial Arbitration, Kluwer, 2013, p. 43 (« *is the judge facing the interim measure who has to characterize the judgment to determine whether it is a real award which meets the definition given by French courts »*) ; Cass civ. 1re, 12 octobre 2011, *SA Groupe Antoine Tabet (GAT) c/ République du Congo,* Rev. arb., 2012.86, note F.-X. Train ; Cah. arb., 2012.2.397, note J. Jourdan-Marques ; D., 2011.3032, note Th. Clay.

620 J-J. Caicedo, *« L'exécution et le contrôle judiciaire des décisions prises par les arbitres d'urgence* », Rev.arb., 2017, issue 2 p. 445-481 n° 37

621 C.A. Paris, Civ, 1er, 7 octobre 2004, *S.A. Otor et al. c/ Carlyle*, Juri-Data, n° 2004-262342, Rev. arb., 2004, p. 982, JCP., 2005, II, n0 10 071, note J.-M. Jacquet, JCP., 2005, I, n° 134, §5, obs. J. Ortscheidt, JDI., 2005, p. 341-349, note A. Mourré et P. Pédone, Rev. arb., 2005, p. 737-750, note E. Jeuland.

La Cour a ainsi adopté une lecture extensive de la définition de « sentence » donnée par la jurisprudence antérieure. Selon la jurisprudence, une sentence est « *une décision qui tranche de manière définitive tout ou partie du principal, ou qui met fin à un litige sur un moyen de procédure* »[622]. Il est donc admis que la sentence peut porter sur une mesure provisoire sur laquelle il est tranché définitivement. Cette décision suscite tout de même certaines interrogations sur le mode de qualification d'une mesure en tant que sentence. Il semble qu'il appartient à l'arbitre de décider s'il entend qualifier la décision ordonnant des mesures provisoires de simple ordonnance ou de « sentence » selon la force qu'il entend donner à sa décision[623]. Plus de clarté sur l'existence d'un tel choix entre l'ordonnance ou sentence pour l'arbitre, était attendue de la Cour de cassation[624]. Il nous semble que le juge étatique est toujours le maître de la qualification des décisions arbitrales sur les mesures provisoires et conservatoires malgré des incertitudes engendrées par l'arrêt *Otor*[625].

B. L'effet de la qualification de « sentence arbitrale » : l'application de la Convention de New York

325. La Convention de New York s'applique « *à la reconnaissance et exécution des sentences arbitrales rendues sur le territoire d'un État autre que celui où la reconnaissance et l'exécution des sentences sont demandées* »[626]. On pourrait se demander si la Convention de New York serait applicable aux mesures provisoires et conservatoires arbitrales. La Convention ne fournit pas de définition de sentence arbitrale.

Il convient de rechercher le sens ordinaire du terme « sentence arbitrale » en droit international[627]. Selon le Professeur Salmon dans le Dictionnaire de Droit International public, la sentence arbitrale est un « *acte juridictionnel dont l'objet est de trancher de manière définitive et obligatoire une contestation.* » Il s'agit d'un « *terme utilisé pour les décisions*

622 C.A. Paris, 25 mars 1994, *Sardisud et al. c/ Techip*, Rev. arb., 1994, p. 391-396, note Ch. Jarrosson ; C.A. Paris, 25 mai 2000, *Guignier c/ SA HRA, Europe*, Cah. arb., Rec. Vol. II, 2002-2003, p. 329. La Cour a même qualifié de sentence des décisions qui tranchaient définitivement la question de la recevabilité d'un recours en révision : C.A. paris, 1re Juillet 1999, Braspero c/ GMRA, Juris-Data, n° 1999-116865, Rev. arb., 1999, p. 834-852, note Ch. Jarrosson.
623 V. note A. Mourré et P. Pédone *op. cit.* note de bas de page n° 8
624 V. F.-X. train, note sous Cass. Civ. 1re, 12 oct. 2011, Rev. arb., 2011, p. 90
625 C.A. Paris, Civ, 1er, 7 octobre 2004, *S.A. Otor et al. c/ Carlyle*, Juri-Data, n° 2004-262342, *op. cit.*
626 Convention de New York, Article I(1), R.T.N.U, vol. 330, n° 4739, 1959, p. 38.
627 Il doit, en effet, être souligné que le sens ordinaire auquel se réfère l'article 31(1) de la Convention de Vienne sur le droit des traités est, en principe, le sens international du terme. R. Kolb, *Interprétation et création du droit international*, Bruylant, 2006, n° 182.

rendues par un arbitre ou un tribunal arbitral (award en anglais) »[628]. Le *Guide to the Interpretation of the 1958 New York Convention* du ICCA, explique que « *an award is a decision putting an end to the arbitration in whole or in part or ruling on a preliminary issue the resolution of which is necessary to reach a final decision. An award finally settles the issues that it seeks to resolve »*[629].

326. En France, la Cour d'appel de Paris a rendu une décision sur cette question, dans un arrêt *Société Braspetro Oil Services (Brasoil) c/ GMRA*[630]. Dans cette affaire, un tribunal arbitral dans le cadre d'un l'arbitrage CCI, avait rejeté la demande de révision d'une sentence arbitrale partielle pour cause de fraude, dans une décision appelée « ordonnance ». Selon la Cour d'appel, « *la qualification de sentence ne dépend pas des termes retenus par les arbitres ou par les parties* » et le contenu de la décision détermine sa qualification réelle. La qualification de la décision s'effectue en vertu du droit du siège de l'arbitrage, même si aujourd'hui, la pratique judiciaire des États a créé une sorte de définition internationale de la sentence arbitrale[631]. Le siège était, dans cette affaire, en France. C'est ce qui explique une concordance entre la solution de la Cour d'appel de Paris dans l'affaire *Brasoil* et les « *solutions habituelles* » [632] du droit comparé.

327. La définition de la sentence selon la Cour d'appel souligné par l'auteur José Joaquin Caicedo serait la suivante : « *la décision motivée par laquelle les arbitres ont ainsi, après examen des thèses contradictoires des parties et appréciation minutieuse de leur bien-fondé, tranché de manière définitive la contestation qui opposait les parties quant à la recevabilité du recours en révision initié par Brasoil en rejetant les prétentions de Brasoil et mis fin au litige qui s'était greffé sur l'instance qui leur était soumise, ressortit bien à l'évidence à l'exercice du pouvoir juridictionnel du tribunal arbitral* »[633].

Dans la mesure où les mesures provisoires et conservatoires sont prises en attendant la sentence principale, l'exigence du critère de finalité pour la qualification d'une décision de sentence

---

628 J. Salmon, *Dictionnaire de Droit international public*, Bruylant, 2001, p. 1028. Également : *Dictionnaire de la terminologie du Droit international*, Sirey, 1960, p. 559 (« *Sentence arbitrale : Acte par lequel un arbitre ou un tribunal arbitral prononce avec force obligatoire pour les parties une question litigieuse qui lui a été soumise »*).

629 *ICCA's Guide to the Interpretation of the 1958 New York Convention*, ICCA, 2011, p. 17.

630 *Société Braspetro Oil Services (Brasoil) c/ GMRA*, C.A. Paris (1re Ch. C), 1er juillet 1999, Rev. arb., 1999.834, note Ch. Jarrosson.

631 Ch. Jarrosson, note sous C.A. Paris (1re Ch. C) 1er juillet 1999, *Société Braspetro Oil Services (Brasoil) c/ GMRA*, Rev. arb., 1999.843.

632 Ch. Jarrosson : « *La solution de la Cour d'appel de Paris ne peut être considérée comme franco-française :en effet, elle est tout à fait conforme aux solutions habituelles du droit comparé »*. p. 846, n° 17.

633 *Société Braspetro Oil Services (Brasoil) c/ GMRA*, *op. cit.*, *supra*, note de bas de page 34, p. 836.

arbitrale, rend très difficile sinon impossible leur inclusion dans le champ d'application de la Convention de New York[634]. Néanmoins, dans certaines législations nationales les mesures provisoires et conservatoires ont été qualifiées comme sentence arbitrale relevant du domaine d'application de la Convention de New York[635].

§II. La qualification des décisions arbitrales sur les mesures provisoires et conservatoires en droit comparé

328. La définition de la notion de sentence arbitrale diffère d'une législation nationale à l'autre. Par conséquent, la qualification des décisions arbitrales concernant les mesures provisoires et conservatoires n'est pas uniforme en droit comparé (A). Dans le cadre de certains droits nationaux, les mesures provisoires et conservatoires arbitrales peuvent être considérées comme sentences arbitrales. La qualification de sentence arbitrale permet aux parties de demander l'exequatur de la mesure en question en vertu de la Convention de NY (B).

A. La qualification des décisions arbitrales concernant les mesures provisoires et conservatoires par les droits nationaux

329. L'article 35 du règlement Bruxelles I bis, prévoit que l'on peut demander l'exequatur d'une décision portant sur des mesures provisoires. Le règlement Bruxelles I bis exclut l'arbitrage de son champ d'application. On a proposé l'idée de modifier la Convention de NY pour inclure les mesures provisoires dans les décisions concernées. En attendant, une telle solution, il faut se référer à la définition de « sentence » dans les droits nationaux pour déterminer la qualification des mesures provisoires et conservatoires arbitrales.

330. La loi-type de la CNUDCI énonce dans son article 17 H 1° qu'« *une mesure provisoire prononcée par un tribunal arbitral est reconnue comme ayant force obligatoire et, sauf indication contraire du tribunal arbitral, est exécutée sur demande adressée au tribunal compétent, quel que soit le pays où elle a été prononcée, sous réserve des dispositions de l'article 17 I*». En suivant celle-ci, l'article 1051 du CPC néerlandais dispose qu'« *une sentence*

634 I*CCA's Guide to the Interpretation of the 1958 New York Convention*, ICCA, 2011, p. 18 : « *Because they are only issued for the duration of the arbitration and can be reopened during that time, provisional measures are not awards* ».
635 Par exemple le droit américain, V. A. Mourré, P. Pédone, note préc., p. 347, S. Besson, J.-F. Poudret, *Droit comparé de l'arbitrage international*, n°632.

en référé arbitral a la même valeur qu'une sentence arbitrale ». En plus du droit néerlandais, les droits écossais, australien et canadien choisissent de qualifier ces mesures conservatoires comme des sentences. L'article 21, 2° de la loi dominicaine relative à l'arbitrage international du 19 décembre 2008 prévoit que « *les règles sur l'annulation et l'exécution forcée des sentences arbitrales s'appliquent aux décisions arbitrales relatives aux mesures conservatoires, quelles qu'elles soient* ».

331. Cette solution a néanmoins des inconvénients qu'il ne faut pas négliger. La procédure d'exequatur prend en elle-même un certain temps qui peut même aller jusqu'à vider la mesure provisoire de son efficacité. Ça ne sera donc, en pratique, que l'expression « sentence provisoire » qui incitera les parties à exécuter les mesures et permettre au juge d'exercer un contrôle minime sur les mesures avec la procédure de recours en annulation.

Une proposition intermédiaire face à ce problème de qualification sera, une qualification à géométrie variable. Cette proposition a pour objet de permettre aux parties de déterminer, en amont, la qualification juridique des mesures provisoires rendues par l'arbitre, par un choix de procédure applicable à l'ensemble de la procédure arbitrale. Il est également possible de permettre à l'arbitre de choisir la portée de sa décision provisoire en la qualifiant de l'ordonnance ou « sentence »[636].

332. L'approche des législations nationales à l'égard la nature de la décision arbitrale sur les mesures provisoires et conservatoires diffère d'un pays à l'autre. En Suisse, la qualification de sentence arbitrale est refusée aux mesures provisoires et conservatoires arbitrales. En effet, le droit suisse distingue une ordonnance arbitrale sur les mesures provisoires d'une sentence finale et accorde un statut particulier à l'ordonnance, ce qui permet le recours de l'arbitre à l'assistance du juge étatique concernant l'exécution des mesures en cause.

333. Le Tribunal fédéral suisse a eu l'occasion de se prononcer sur cette question le 13 avril 2010 dans le cas d'un recours en annulation contre une décision intitulée « sentence préliminaire »[637]. Cette décision ordonnait le transfert des enregistrements d'une marque au défendeur, la cession d'un stock de marchandises et le paiement d'une somme provisoire pour le rachat de ces marchandises. Le Tribunal a refusé de se prononcer sur le fond de la demande en estimant qu'elle était irrecevable. Selon le Tribunal fédéral, il s'agissait d'une décision

636 C. Chainais, « Les mesures provisoires dans le nouveau droit français de l'arbitrage », dans *L'arbitre et le juge étatique*, mélanges offerts à Guiseppe Tarzia, Bruylant, 2014
637 Tribunal fédéral suisse, 1re Cour de droit civil, 13 avril 2010, Requête N° 4a_582/2009, *X. SA v. Y. BV*, *Bull. ASA*, vol. 28, n° 3, 2010, p. 598 ; *Rev. arb.*, 2010.888, note P.-Y. Tschanz. n° 2.3.5 et 2.3.1

ordonnant des mesures provisoires et conservatoires et non pas d'une sentence. Le tribunal fédéral suisse a considéré qu'« *une simple ordonnance de procédure pouvant être modifiée ou rapportée en cours d'instance n'est pas susceptible de recours* »[638]. Le Tribunal fédéral définit des éléments à prendre en compte pour la qualification d'une sentence susceptible de recours en annulation : la décision en cause doit « *mettre un terme à l'instance arbitrale pour un motif de fond ou de procédure* » ou régler au moins une partie d'une ou plusieurs prétentions ou certaines questions préalables de fond ou de procédure de façon définitive. Il s'agit d'étudier le contenu de la décision en cause sans tenir compte de son intitulé, car le tribunal considère qu'en principe les ordonnances de mesures provisoires et conservatoires ne sont pas des sentences arbitrales susceptibles de recours en annulation sauf le cas où l'arbitre a rendu une sentence jugeant le fond de l'affaire sous couvert de la dénomination d'ordonnance.

L'assimilation des décisions de l'arbitre d'urgence sur les mesures provisoires et conservatoires à une sentence rencontre de nombreuses difficultés quant à la différence de nature et objectif de ces actes. Néanmoins, en droit comparé, il existe des mouvements en faveur d'une qualification de sentence provisoire. Par exemple, la jurisprudence américaine admet qu'une décision statuant sur des mesures provisoires puisse recevoir l'exequatur en application de la Convention de New York[639].

B. L'application de la Convention de New York aux mesures provisoires et conservatoires en droit comparé

334. La définition de la sentence arbitrale qui découle de la Convention de New York est largement acceptée en droit comparé[640]. Dans certains pays comme aux États-Unis, les mesures provisoires et conservatoires ont été considérées comme des sentences arbitrales finales entrant dans le champ d'application de la Convention de New York. Le raisonnement derrière cette solution repose sur le fait qu'une décision de l'arbitre d'urgence tranche le litige concernant les mesures provisoires et conservatoires entre les parties[641].

---

638 *Ibid* n° 2.3.1 et 2.3.3

639 V. A. Mourré, P. Pédone, note préc., p. 347, S. Besson, J.-F. Poudret, *Droit comparé de l'arbitrage international*, n°632.

640 Cour d'appel fédérale du 7e circuit, affaire Publicis Communication c. True North Communications Inc. Aux EU Et : Cour d'appel de Paris dans l'affaire Société Braspetro Oil Services (Brasoil) c/ GMRA, C.A. Paris (1re Ch. C), 1er juillet 1999, Rev. arb., 1999.834, note Ch. Jarrosson.

641 Par ex., *Ecopetrol S.A. et Korea National Oil Corporation v. Offshore Exploration and Production LLC*, 10 septembre 2014, Affaire No. 14-cv-529 (S.D.N.Y.).

335. Aux États-Unis, la Cour d'appel fédérale du 7e circuit dans l'affaire *Publicis Communication c. True North Communications Inc.*[642] s'est prononcée sur la question de la reconnaissance d'une décision d'un tribunal arbitral sur les mesures provisoires et conservatoires. En effet une décision arbitrale était intervenue pour ordonner à Publicis de fournir des pièces à True North au titre de preuves. La Cour d'appel fédérale a analysé la décision en question et a considéré qu'elle tranchait le litige de façon finale et pouvait être assimilée à une sentence. Selon la Cour, la qualification de l'« ordonnance » n'est pas en soi significative et il faut vérifier que les conditions requises par la Convention de NY sont remplies par le contenu de la décision.

La Convention

> « *speaks only of recognizing and enforcing an arbitral « award » ; it does not refer to an arbitral order or any other comparable term. Commentators describe « awards » as final and enforceable [...] The New York Convention, the United Nations arbitration rules, and the commentators' consistent use of the label « award » when discussing final arbitral decisions does not bestow transcendental significance on the term. Their treatment of « award » as interchangeable with final does not necessarily mean that synonyms such as decision, opinion, order, or ruling could not also be final. The content of a decision — not its nomenclature — determines finality* »[643].

336. Cependant, quelques critiques peuvent être adressées à cette argumentation. Le caractère définitif de la décision de l'arbitre d'urgence est en soi discutable considérant que l'arbitre d'urgence –pendant sa mission-, le tribunal arbitral saisi au fond de litige et dans quelques cas le juge étatique, ont le pouvoir de modifier cette décision. De plus, la mesure provisoire et conservatoire en cause cesse d'exister une fois que la sentence arbitrale intervient sur le fond de litige. Si cette solution a résolu en quelque sorte le problème de l'absence de caractère définitif des décisions de l'arbitre d'urgence, le caractère provisoire de celle-ci subsiste. Également, l'assimilation de la décision de l'arbitre d'urgence à une sentence arbitrale repose sur le fait qu'un litige existant est tranché, mais l'existence de litige est discutable dans certaines situations. En effet, dans les cas où un effet de surprise est requis pour s'assurer de l'efficacité de la mesure en question, aucune procédure contradictoire n'a lieu avant que l'arbitre d'urgence rende sa décision. L'assimilation de la décision de l'arbitre d'urgence à une

642 *Publicis Communication v. True North Communications, Inc.*, United States Court of Appeals For the Seventh Circuit, 14 mars 2000, 206 F.3d 725 (7th Cir 2000), note Ph. Pinsolle, *Rev. arb.*, 2000.657.
643 *Publicis Communication c/ True North Communications, Inc.*, *op. cit.*, *supra*, note de bas de page 33, p. 258

sentence arbitrale finale revient à admettre qu'un litige peut être tranché de façon « définitive » sans le respect du principe de contradictoire.

Cette affirmation a une signification importante lorsque l'on aborde le sujet dans le cadre de l'application de la Convention de New York, qui admet la possibilité de l'annulation d'une sentence arbitrale en cas de non-respect des droits procéduraux des parties, notamment, le principe de contradictoire. Les mesures provisoires et conservatoires rendues *ex parte* par l'arbitre d'urgence seront alors catégoriquement annulées par le juge étatique dans le cadre d'un recours en annulation. Toutefois, l'examen de cette pratique des tribunaux américains mérite l'attention.

337. L'affaire *Yahoo! c/ Microsoft*[644], présente des particularités intéressantes concernant la question du caractère définitif de la décision de l'arbitre d'urgence. Dans cette affaire, l'arbitre d'urgence avait ordonné dans une décision appelée « sentence », le *specific performance du* contrat en estimant que Yahoo! avait violé le contrat en question. Yahoo! a intenté un recours en annulation contre cette décision sur le fondement de dépassement de ses pouvoirs par l'arbitre d'urgence dans la mesure où, ce dernier a préjugé le fond de l'affaire de façon définitive. La Cour de New York a décidé qu'en vertu du règlement de la AAA *Optional Rules for Emergency Measures of Protection*, l'arbitre d'urgence disposait du pouvoir d'ordonner toute mesure qu'il estime appropriée pour la préservation ou rétablissement de *statu quo* et rien ne l'empêchait de prendre des mesures finales et définitives.

338. L'admission du caractère définitif d'une décision d'urgence est très discutable compte tenu de la nature provisoire et la définition même des mesures d'urgence. À part les circonstances particulières de cette affaire dans laquelle le Règlement d'arbitrage ne comportait l'exigence de mesure temporaire ou intérimaire, les règlements d'arbitrage prévoient, en général, que les décisions d'arbitres d'urgence peuvent être modifiées ou révoquées[645]. Le caractère définitif et obligatoire constitue la frontière entre une sentence arbitrale dotée d'autorité de la chose jugée et une décision sur les mesures provisoires et conservatoires. Une sentence arbitrale *stricto sensu* n'est pas modifiable et une fois prononcée, elle est considérée

644 *Yahoo! Inc. v. Microsoft Corporation*, S.D.N.Y. Affaire No. 13 CV 7237, ordonnance du 21 octobre 2013 : http://law.justia.com/cases/federal/district-courts/new- york/nysdce/1:2013cv07237/418671/26/.

645 Les *AAA Optional Rules for Emergency Measures of Protection* prévoient, par exemple, que " *the emergency arbitrator may modify or vacate the interim award or order for good cause shown* " (AAA-ICDR Optional Rules for Emergency Measures of Protection, Article 37(e)) et " *once the tribunal has been constituted, the tribunal may reconsider, modify or vacate the interim award or order of emergency relief issued by the emergency arbitrator* " (Article 37(f))

comme finale[646]. Certaines corrections ou interprétations peuvent avoir lieu sur la forme de la sentence, mais il n'est plus possible de modifier les points sur le fond qui ont été tranchés[647].

339. Il existe un point commun entre la jurisprudence des tribunaux américains et la jurisprudence française ou suisse : les juges se reportent au contenu de la décision en cause pour lui accorder ou non la qualification de la sentence arbitrale. Dans le cadre de l'examen de la décision, le caractère définitif de celui-ci et ses effets sur les questions du fond du litige constituent des points essentiels dans la qualification de sentence arbitrale. Dans l'affaire *yahoo ! c/ Microsoft*, même si la mesure avait été ordonnée par l'arbitre d'urgence, son caractère définitif et final a permis aux juges new-yorkais d'admettre la possibilité d'un recours à son encontre.

Au contraire, dans l'affaire *Michaels c/ Mariforum Shipping*[648], il a été rappelé qu'aucun recours ne peut être tenté contre une décision d'un arbitre qui ne tranche pas de façon finale et définitive les questions au fond de litige. Ce qui importe est le caractère final de la décision concernant le fond du litige, peu importe qu'elle se rapporte à un ou plusieurs points du litige[649]. Cette approche semble claire en théorie, mais elle est difficile à mettre en œuvre dans la mesure où les décisions d'arbitres sur les mesures provisoires et conservatoires peuvent trancher une demande ou un litige de façon définitive, mais sont, en général, susceptibles de modifications ou révocations ultérieures. C'est peut-être la raison pour laquelle cette solution reste isolée en droit comparé.

Par exemple, la Cour suprême de Queensland a eu l'occasion de se prononcer sur la question et a décidé qu'une ordonnance arbitrale accordant une mesure d'intérim n'est pas exécutoire en Australie, car la référence à « une sentence arbitrale » dans la Convention de NY n'inclut pas

---

646 Principe de finalité : V. M. de Boisséson, *Le droit français de l'arbitrage interne et international*, Joly, 1990, p.333, n°395 ; Ch. Seraglini, J. Ortscheidt, *Droit de l'Arbitrage Interne et international*, Montchrestien, 2013, p. 824-825, n°903.

647 Affaire CCI n° 12131, Decision of the Tribunal Dismissing a request for Interpretation (2006), cité par T. Webster, M. Bühler, *Handbook of ICC Arbitration*, p. 541, n°35-16 : L'interprétation et la correction de la sentence « *does not provide an occasion for the reconsideration of the tribunal's decisions (…). Interpretation does not entail a modification or an addition to initial decision ans thus cannot jeopardize res judicata* » ; affaire CCI N° 16451 (2010), *ICC Bull. Spec. Suppl*. 2010, p. 10 ; J. Fry, S. Greenberg et F. Mazza, The Secretariat's Guide to ICC Arbitration, ICC Publishing, 2012, p. 349 : « *Article 35(2) does not provide a means of appeal. It does not permit the arbitral tribunal to review the substance of its reasoning or deal with additional claims or arguments. It is limited to situations involving clear errors or vague language* ».

648 *Michaels v. Mariforum Shipping S.A.*, Cour d'appel des États-Unis, Second Circuit, 624 F.2d 411 (2d Cir. 1980) ; *E. Int'l Resources Holdings v. SA. Minerals Ltd. P'ship*, No. 12 Civ. 8087 (CM), S.D.N.Y., 2012 WL 6178236, 12 décembre 2012, p. 2.

649 *Ibid.* et *Metallgesellschaft A. G. v. MlV Capitan Constante*, 790 F.2d 280, 283 (2d Cir. 1986) ; *Global Gold Mining, LLC v. Caldera Resources, Inc.*, 941 F. Supp. 2d 374, 383 (S.D.N.Y. 2013).

une ordonnance intermédiaire prononcée par l'arbitre, mais uniquement une sentence qui détermine en finale les droits des parties[650].

340. Comme nous l'avons développé, la qualification des mesures provisoires et conservatoires arbitrales présente certaines difficultés. Cette question suscite des débats concernant l'application de la Convention de NY et la disponibilité des voies de recours ouvertes aux sentences arbitrales. Les difficultés de qualification des décisions arbitrales sur les mesures provisoires et conservatoires ne tiennent pas uniquement à la nature particulière de celles-ci, mais également aux spécificités de l'autorité de laquelle elles émanent.

Sous-section II. La qualification des décisions de l'arbitre d'urgence

341. L'arbitrage d'urgence est une procédure relativement nouvelle, mise en place par les institutions d'arbitrage pour répondre aux litiges qui peuvent subvenir avant la constitution du tribunal arbitral. L'arbitre d'urgence, nommé par l'institution d'arbitrage, n'est ni juge ni arbitre. Il dispose d'un statut spécifique qui lui est propre. La particularité de la procédure d'arbitrage d'urgence, rend difficile la tâche de qualification des décisions prises par l'arbitre d'urgence (§I). Toutefois, certaines réponses ont été apportées par les droits nationaux et les institutions d'arbitrage concernant la qualification des mesures provisoires et conservatoires prises par l'arbitre d'urgence (§II).

§I. Les difficultés de la qualification des décisions de l'arbitre d'urgence

342. L'exécution des décisions prises par les arbitres d'urgence présente des difficultés particulières tenant aux caractéristiques de la mission de l'arbitre d'urgence et de sa décision. Le caractère exécutoire de cette décision et sa reconnaissance en général dépendent de la législation nationale du lieu où les mesures ordonnées sont destinées à prendre effet. Il arrive rarement qu'une législation nationale dispose d'une réglementation spécifique concernant les décisions prises par un arbitre d'urgence. La question se pose de savoir si l'on peut considérer l'arbitre d'urgence comme un arbitre et sa décision comme une sentence arbitrale. Au regard

650 YCA 1995, p. 640.

des différentes solutions du droit comparé, il semble que la réponse à cette question soit négative. En général, pour l'exécution de ces décisions, les législations nationales exigent une sorte de contrôle du juge étatique. Ce dernier constitue une procédure qui peut prendre du temps et remettre en cause l'efficacité de la procédure d'urgence mise en place par l'institution arbitrale.

343. L'arbitrage d'urgence est une procédure *ante causam* permettant aux parties de demander des mesures de protection temporaires ou conservatoires, avant la constitution du tribunal arbitral compétent à connaître le fond du litige[651]. Une fois le tribunal arbitral constitué, la mission de l'arbitre d'urgence prend fin de plein droit. L'arbitrage d'urgence est la création des institutions arbitrales dans le but de remédier au problème de détermination de compétence de l'autorité à intervenir avant la constitution du tribunal arbitral pour prononcer des mesures provisoires et conservatoires. En effet, l'existence d'une convention d'arbitrage entre les parties démontre leur volonté de soustraire leur litige à la compétence du juge étatique.

Cependant, certaines situations particulières nécessitent les mesures présentant un effet de surprise et/ou un caractère d'urgence. Avant la mise en place de l'arbitrage d'urgence, les parties n'avaient d'autre choix que de présenter leur demande concernant les mesures provisoires et conservatoires devant le juge étatique compétent à cet effet, tant dans le cadre de l'arbitrage institutionnel, que dans le cadre de l'arbitrage ad hoc. Aujourd'hui, certaines institutions fournissent la possibilité pour les parties d'obtenir une mesure provisoire et conservatoire de façon rapide en dehors de la juridiction nationale concernée[652].

344. Néanmoins, le sort des décisions prises dans le cadre de l'arbitrage d'urgence reste incertain. Les législations nationales sont le plus souvent silencieuses concernant ces décisions qui proviennent d'une procédure relativement nouvelle. Cette nouveauté peut expliquer en elle-

---

651 L'expression « mesure conservatoire » est généralement comprise comme « *une mesure urgente qui a pour objet de préserver un droit (représentation d'un présumé absent), un bien (apposition de scellés) ou une personne (admission en soins psychiatriques) »*, *Lexiques des termes juridiques*, Dalloz, 24e éd , 2016-2017, p 698.

652 La procédure d'urgence n'est pas réservée à l'arbitrage commercial international. Des exemples antérieurs peuvent être trouvés dans le cadre des procédures de règlement des différends interétatiques. L'article 290(5) de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer de 1982 prévoit ainsi que le Tribunal international du droit de la mer dispose d'une compétence obligatoire dans les affaires relatives à la prescription de mesures conservatoires en attendant la constitution d'un tribunal arbitral. V., à ce sujet, *Affaire de l'Usine MOX (Irlande c/ Royaume Uni)*, TDIM, Ordonnance du 3 décembre 2001 (Demande en prescription de mesures conservatoires), accessible sur : https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no_10/Order.03.12.01.F.pdf.

Par ex. : F. G. Santacroce, « *The emergency arbitrator: a full-fledged arbitrator rendering an enforceable decision?* », Int. Arb., 2015.2 ; R. Bu', « Emergency Arbitrator Procedure and Open-List Arbitrator Appointment Under the New China (Shanghai) Pilot Free Trade Zone Arbitration Rules: Dawn of a New Era? », *U. Penn. East Asia Law Review*, Vol. 10, 2014- 2015, p 72 ; G. Marchac, « *Interim Measures in International Commercial Arbitration Under the ICC, AAA, LCIA and UNCITRAL Rules* », Am. Rev. Int'l Arb., Vol. 10, 1999.126.

même cette lacune dans les réglementations nationales et même les conventions internationales sur l'arbitrage. Cependant les difficultés concernant l'arbitrage d'urgence ne se limitent pas au fait qu'il s'agit d'un phénomène nouveau, les spécificités inhérentes à ce dernier suscitent des approches différentes à son encontre. L'assimilation de l'arbitre d'urgence à un arbitre et par conséquent sa décision à une sentence, se heurte à des difficultés sérieuses et a été rejetée par certaines législations[653].

La plupart des législations étatiques prévoient des critères à prendre en compte pour déterminer si une procédure peut être considérée comme un arbitrage. La considération de ces critères fait obstacle à la qualification de l'arbitre d'urgence comme un véritable arbitre chargé de résoudre un litige sur les droits substantiels des parties de façon définitive. La mission de l'arbitre d'urgence ne s'assimile pas aux missions essentielles de l'arbitre. Tout d'abord, il ne tranche pas le litige de façon définitive et sa décision n'a pour objectif que d'assurer l'efficacité de la procédure arbitrale au fond. Ensuite, il ne préjuge pas les droits substantiels des parties et ne procède que par une simple mise en balance des intérêts. Enfin, l'arbitre d'urgence n'est pas choisi par les parties. Ce dernier point s'explique dans la mesure où la désignation de l'arbitre d'urgence s'effectue par le centre d'arbitrage dans les modalités définies par le règlement d'arbitrage du centre en question auquel les parties ont confié leur litige d'une manière ou d'une autre.

Par exemple, le juge anglais dans l'affaire *Wolkinshow c/ Diniz*[654], a considéré que la référence à un tiers intervenant par la dénomination de l'arbitre ne suffit pas à la qualification de ce dernier comme arbitre. Dans cette affaire, la Cour a souligné que certaines conditions doivent être remplies afin qu'une procédure puisse être considérée comme arbitrage, notamment, la procédure doit se dérouler entre les mêmes parties parmi lesquelles le litige sur le fond est intervenu et le tribunal arbitral doit être choisi par les parties ou par un procédé déterminé et consenti par celles-ci.

---

653 R. Brot and S. Mathur, « *Laying old ghosts to rest, or not? — The 'Section 9'enigma continues* », Indian Journal of Arbitration Law, vol 5, n° 1, 2016, p. 175-6 (« *While the 246th Law Commission Report recommended the addition of 'emergency arbitrator' to the definition of 'arbitral tribunal' under Section 2(d) of the Act, the same has not been accepted by the legislature* »). V., également, le Rapport du Ministère Indien de la justice : Report No. 246 — Amendments to the Arbitration and Conciliation Act 1996, août 2014, p. 37, accessible sur: http://lawcommissionofindia.nic.in/reports/Report246.pdf.

654 *Walkinshaw v. Diniz*, 2000 2 AII ER (Comm.) 237, confirmé par *England and Wales Cricket Board Limited v. Kaneria* [2013] EWHC 1074 (Comm).

345. L'arbitre d'urgence n'est pas directement nommé par les parties, ne tranche pas le litige de façon définitive et ne peut examiner le fond de l'affaire. L'arbitrage d'urgence est prévu par les institutions arbitrales pour remédier aux difficultés qui peuvent intervenir avant la constitution du tribunal arbitral. Malgré son appellation, l'arbitre d'urgence n'a pas la qualité d'arbitre et son statut indéterminé est souvent pris en considération pour la qualification de ses décisions. C'est la raison pour laquelle les difficultés de qualification des mesures prises par l'arbitre d'urgence subsistent. Certaines solutions ont été adoptées pour répondre à ces difficultés.

§II. Les réponses aux difficultés de la qualification des décisions de l'arbitre d'urgence

346. Confrontée à la question de la qualification des décisions de l'arbitre d'urgence sur les mesures provisoires et conservatoires, la jurisprudence française a tenu compte de la nature spécifique de l'arbitrage d'urgence (A). Depuis, les institutions arbitrales s'efforcent d'établir une qualification déterminée de l'arbitre d'urgence pour s'assurer de l'efficacité de ses décisions. L'idéal pour ces institutions serait que l'arbitre d'urgence soit qualifié d'arbitre (B) et ses décisions soient considérées comme des « sentences arbitrales ». Cependant, la réelle qualification du statut de l'arbitre d'urgence est celle retenue par les droits nationaux.

A. La qualification des décisions de l'arbitre d'urgence par la jurisprudence française

347. La question de la qualification de l'arbitre d'urgence a été posée pour la première fois dans l'arrêt *SNCP c/ Total Fina*[655] dans laquelle la Cour d'appel s'est prononcée sur la nature juridique de la procédure de référé du règlement pré-arbitral. Dans un contrat pétrolier conclu entre la société Total Fina et la société SNCP, une clause compromissoire prévoyait la compétence du centre d'arbitrage CCI pour le règlement des litiges relatifs à ce contrat. Après la survenance du litige, Total Fina a demandé le prononcé d'une mesure provisoire et conservatoire à un tiers nommé par la CCI. Le tiers intervenant en question a ordonné la SNPC

655 C.A. Paris, 1re Ch. Civ., *Société Nationale des Pétroles du Congo (SNPC) et République du Congo c/ Total Fina Elf E & P Congo*, 29 avril 2003, Rev. arb., 2003.1296-1299, note Ch. Jarrosson ; JDI, 2004.511, note P. Mayer ; RTD com., 2003.482, obs. E. Loquin ; Revue Camerounaise de l'Arbitrage, vol. 23, 2003.20, note G. Kenfack Douajni ; D., 2003.2478 note Th. Clay, JurisClass Périodique, 2004, p. 322, note Ch. Kaplan.

de ne pas faire obstacle à l'exécution du contrat de vente de pétrole avant la prononciation de la sentence finale sur le fond par le tribunal arbitral mettant fin au litige entre les parties sur ce sujet[656].

348. Le Règlement de référé pré-arbitral de la CCI adopté dans les années 1990 et utilisé dans cette affaire[657] a franchi le premier pas vers la création de l'arbitrage d'urgence tel que l'on connaît aujourd'hui. Il était prévu dans son préambule que : « *(d)e nombreux contrats, notamment lorsqu'ils comportent des transactions à long terme, donnent lieu à des problèmes exigeant une action urgente. II est souvent impossible d'obtenir dans le temps requis une décision définitive d'un arbitre ou d'un juge. Aussi la Chambre de commerce international (CCI) a-t-elle établi le présent règlement instituant une procédure de référé pré-arbitral afin de permettre aux parties qui en sont convenues d'avoir rapidement recours à une personne (dite "tiers statuant en référé") habilitée à ordonner des mesures tendant à résoudre un problème urgent, y compris la préservation ou la conservation de preuves. L'ordonnance de référé pourra donc apporter une solution provisoire à un litige et poser les bases de son règlement final par transaction ou par tout autre moyen* »[658].

Le Règlement pré-arbitral utilisait le terme « tiers » dans son article 2.1 et le terme « ordonnance motivée » dans son article 6, au lieu des termes « arbitre » et « sentence ». La doctrine a considéré que le choix de ces termes reflétait la volonté des rédacteurs du Règlement d'opérer une distinction entre la qualité de l'arbitre et le tiers intervenant ainsi qu'entre la qualification d'une sentence et l'ordonnance provenant de la décision du tiers intervenant[659].

349. La société SNPC a exercé un recours en annulation contre l'ordonnance en question sur le fondement de l'article 1504, alinéa 1 du CPC[660], en vigueur au moment des faits, en estimant

---

656 Aux termes de cette clause « *Chaque partie pourra solliciter des mesures provisoires ou conservatoires en application du Règlement de référé pré-arbitral de la Chambre de commerce internationale, le tiers statuant en référé en application de ce Règlement ayant compétence exclusive à cet effet* ». V. la note de Ch. Jarrosson, *Rev. arb.*, 2003.1299, n° 2 et 3.

657 Malgré le succès mitigé du Règlement pré-arbitral et le fait qu'il soit devenu redondant pour les arbitrages régis par le Règlement d'arbitrage de la CCI en vigueur à compter du 1er janvier 2012, ce Règlement demeure un précédent marquant pour l'analyse de l'arbitrage d'urgence dans l'arbitrage commercial international.

658 Règlement pré-arbitral, Préambule, accessible sur : https://cms.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2016/11/1990-Rules-for-a-Pre-Arbitral- Referee-Procédurale.

659 Règlement pré-arbitral, article 6.3; article 6.6. note de Ch. Jarrosson, Rev. arb., 2003.1300, n° 6 ; E. Gaillard et Ph. Pinsolle, « *The ICC Pre- Arbitral Referee: First Practical Experiences* », Arb. Int., vol. 20, 2004.15 ; J. Paulsson, « *An Introduction to the 1990 ICC Rules for Pre-Arbitral Referee Procedure* », *International Arbitrator Report*, 1990.20 ; A. Mourre, « *Référé pré-arbitral de la CCI : To be or Not to be a Judge* », Gaz. Pal., 28-29 mai, 2003, p. 5-7.

660 « *La sentence arbitrale rendue en France en matière d'arbitrage international peut faire l'objet d'un recours en annulation dans les cas prévus à l'article 1502 ».*

que la décision du tiers était une sentence véritable qui avait un caractère obligatoire et tranchait le litige d'une certaine manière et que ce tiers était investi du pouvoir juridictionnel. Il invoquait le dépassement de sa mission par le tiers (ancien article 1502-3° CPC) et le non-respect du principe de contradictoire (ancien article 1502-4° CPC). La société *Total Fina* soulevait l'irrecevabilité du recours au motif que l'ordonnance en question ne pouvait pas être qualifiée de sentence, faute de caractère définitif.

La Cour d'appel de Paris a jugé l'affaire irrecevable, car le « tiers intervenant » n'avait pas la qualité d'arbitre et par conséquent, sa décision ne pouvait être qualifiée de sentence arbitrale susceptible de recours. La Cour d'appel a examiné le Règlement et en a déduit que le tiers n'examine pas l'affaire au fond, ne préjuge pas la sentence finale et son ordonnance ne modifie pas la situation des parties et le tribunal arbitral. Selon la Cour d'appel, le tiers n'avait pas une mission juridictionnelle et sa décision ne pouvait recevoir force de chose jugée, elle constituait simplement une chose convenue. La décision de la Cour d'appel, notamment la qualification de contractuelle et non juridictionnelle de la mission du tiers, a suscité des critiques[661]. Cependant, de façon générale, les commentateurs ont approuvé cette qualification opérée par la Cour d'appel de Paris[662]. Il n'y a pas de doute sur le caractère temporaire de la décision du tiers sur les mesures provisoires et conservatoires et le fait qu'elle ne préjuge pas le fond de l'affaire. Cette décision est donc dénuée de force de chose jugée ou de caractère définitif[663].

Depuis, les institutions arbitrales ont essayé de doter l'arbitre d'urgence de la qualification d'arbitre, pour que ses décisions puissent être considérées comme des sentences arbitrales. Néanmoins, malgré l'appellation choisie par les règlements d'arbitrage, les droits nationaux, proposent leur propre qualification de l'arbitre d'urgence et de ses décisions.

B. L'appui des institutions arbitrales sur la qualification de l'« arbitre »

350. À la suite de l'arrêt de la Cour d'appel de Paris dans l'affaire *SNPC c/ Total Fina*[664], les règlements d'arbitrage des institutions se sont efforcés à qualifier l'arbitre d'urgence

661 E. Gaillard et Ph. Pinsolle, *op. cit.*, *supra*.
662 « Justesse de qualification », terme employé par Charles Jarrosson dans note de Ch. Jarrosson, Rev. arb., 2003.1300, n° 6.
663 La plupart des législations nationales ne reconnaissent comme sentence arbitrale, que des décisions tranchant définitivement une question de façon finale, v. *supra*.
664 C.A. Paris, 1re Ch. C*, Société Nationale des Pétroles du Congo (SNPC) et République du Congo c/ Total Fina*

d'« arbitre » et sa décision de « sentence ». Cependant, ces qualifications se heurtent à la conception traditionnelle de l'« arbitre » et de « sentence arbitrale », établie depuis longtemps. L'une des difficultés qui empêchent la considération de la décision de l'arbitre d'urgence comme une sentence arbitrale est son caractère provisoire. La sentence devra présenter un caractère obligatoire, mais également définitif.

L'auteur, Jose Joaquin Caicedo a identifié plusieurs éléments communs dans les règlements d'arbitrage prévoyant une procédure d'arbitrage d'urgence[665]. D'une part, certains points témoignent de la volonté des rédacteurs des règlements d'arbitrage de privilégier la qualification de sentence arbitrale notamment par la qualification du tiers comme arbitre[666], par l'emploi des termes « sentence » ou « ordonnance » pour viser la décision de l'arbitre d'urgence[667], ou en rappelant le caractère obligatoire des mesures pour les parties[668]. D'autre part, certains éléments soulignent les différences fondamentales entre la décision de l'arbitre d'urgence et la sentence arbitrale finale comme l'exigence de la nature temporaire de la mesure prononcée par l'arbitre d'urgence[669] et la liberté du tribunal arbitral saisi du fond de litige de modifier ou révoquer les mesures en question[670]. La décision de l'arbitre d'urgence a un caractère provisoire, cela implique qu'elle ait une date limite de validité qui est en général, la date du prononcé de la sentence finale ou la date de la révocation ou modification de la mesure par le tribunal arbitral saisi au fond de l'affaire[671]. L'arbitre d'urgence peut mentionner les

---

Elf E & P Congo, 29 avril 2003, Rev. arb., 2003.1296-1299, note Ch. Jarrosson ; JDI, 2004.511, note P. Mayer ; RTD com., 2003.482, obs. E. Loquin ; Revue Camerounaise de l'Arbitrage, vol. 23, 2003.20, note G. Kenfack Douajni ; D., 2003.2478 note Th. Clay, JurisClass Périodique, 2004, p. 322, note Ch. Kaplan.

665 J-J. Caicedo, *« L'exécution et le contrôle judiciaire des décisions prises par les arbitres d'urgence* », Rev. arb., 2017, issue 2 p. 445-481.

666 Règlement d'arbitrage CCI (2017), Article 29(2) et Appendice V, Article 2 ; Règlement LCIA (2014), Article 9B (9.4) ; Règlement SIAC (2016) (Annexe 1), Rule 1.3 ; Règlement SCC (2010) (Appendice II), Article 1 ; *SCC Expedited Arbitration Rules* (2017) (Appendix II), Article 1.

667 Par ex. : Règlement LCIA (2014), Article 9B (9.8) ; Règlement SIAC (2016) (Annexe 1) Article 1(3) et Article 8 ; Règlement SCC (2010), Article 32(1)-(3), (Appendice II), Article 1(2) ; *SCC Expedited Arbitration Rules* (2017) Article 38(1)-(3), (Appendice II), Article 1(2). Quelques règlements, comme celui du SIAC, précisent que l'arbitre a le pouvoir de prononcer discrétionnairement une « sentence », Règlement SIAC (2016) Article 1(3), (Annexe 1) Articles 8, 10 et 12 ; Règlement LCIA (2014), Articles 9B (9.8)-(9.9). V. le Règlement d'arbitrage CCI (2017), Article 29(2) et Appendice V, Article 6(1).

668 Règlement LCIA (2014), Article 9B (9.9) en conjonction avec Article 26.8 ; Règlement SIAC (2016) (Annexe 1) Article 12 ; Règlement SCC (2010) (Appendice II), Article 9(1) ; *SCC Expedited Arbitration Rules* (2017) (Appendice II), Article 9(1).

669 Règlement d'arbitrage CCI (2017), Article 29 ; Règlement LCIA (2014), Article 9.B (9.12) (l'Article 9.7 fait toutefois référence à l' « *emergency relief* ») ; Règlement SIAC (2016) (Annexe 1), Article 8 ; Règlement SCC (2010) (Appendice II) , Article 8 ; *SCC Expedited Arbitration Rules* (2017) (Appendice II) Article 8 ; *Reglamento de Arbitraje de la Corte de Arbitraje de Madrid*, Annexe II Article 1.

670 Règlement d'arbitrage CCI (2017), Article 29(3) ; Règlement LCIA (2014), Article 9B (9.11) ; Règlement SIAC (2016) (Annexe 1) Article 10 ; SCC Arbitration Rules (2017) (Appendice II) Article 9(5).

671 Par ex. : Règlement d'arbitrage CCI (2017), Article 29(3) : « *Le tribunal arbitral peut modifier ou rapporter*

modalités par lesquelles sa décision cesse de produire effet ou la modifier au cours de sa mission[672].

351. Si les règlements d'arbitrage s'efforcent de donner l'appellation d'arbitre, au tiers qui intervient avant la constitution du tribunal arbitral pour ordonner des mesures provisoires et conservatoires, c'est plutôt pour des considérations pratiques. Les explications théoriques ne se présentent que dans un second lieu. Il est important pour les institutions arbitrales que les décisions de l'arbitre d'urgence aient la force obligatoire d'une sentence arbitrale. C'est un moyen d'assurer leur exécution effective. Toutefois, les droits nationaux prennent en compte la nature spécifique des décisions de l'arbitre d'urgence pour déterminer la qualification de l'arbitre d'urgence. La réelle qualification de l'arbitre d'urgence de l'arbitre ne dépend pas de son appellation par les règlements d'arbitrage. La conception des droits nationaux de la sentence arbitrale ainsi que la pratique des tribunaux nationaux concernant l'application de la Convention de NY démontrent que la nature et le contenu de la décision sont plus significatifs que son intitulé[673].

352. La qualification de l'arbitre a une importance en particulier concernant le sort de la décision provenant de l'arbitre d'urgence et son exécution dans les différents États, d'où les efforts des règlements d'arbitrage sur l'assimilation de la procédure d'urgence à l'arbitrage. L'enjeu de la qualification du statut de l'arbitre d'urgence et en général des décisions arbitrales sur les mesures provisoires et conservatoires est d'une importance considérable compte tenu des difficultés d'exécution des mesures d'urgence arbitrales. En effet, la nature spécifique de ces décisions rend difficile pour les parties leur l'exécution. L'intervention du juge étatique est nécessaire pour assurer l'exécution effective des décisions arbitrales sur les mesures provisoires et conservatoires.

---

l'ordonnance ou toute modification apportée à celle-ci par l'arbitre d'urgence ou lever les mesures ordonnées » ; Règlement LCIA (2014), Article 9B (9.11) ; Règlement SIAC (2016) (Annexe 1) Article 10. Certains règlements d'arbitrage prévoient la possibilité pour les parties de choisir entre les tribunaux étatiques et le tribunal arbitral pour demander les mesures provisoires et conservatoires. Règlement d'arbitrage CCI (2017), Article 29(7).

672 Par ex. : Règlement SIAC (2016) (Annexe 1) Article 8 ; Règlement SCC (2017) (Appendice II) Article 9(2) ; Règlement de la Cour d'arbitrage de Madrid (2015) (Annexe II) Article 7(2).

673 V. *supra*.

Section II. Les difficultés d'exécution des mesures provisoires et conservatoires arbitrales

353. L'arbitrage est un mode contractuel de règlement des litiges et les parties choisissent de recourir à un arbitre ou une institution d'arbitrage d'un commun accord. Que ce soit un tribunal arbitral ou l'arbitre d'urgence qui prononce les mesures provisoires et conservatoires, les parties sont censées respecter la décision de la personne qu'elles ont elles-mêmes choisi directement ou indirectement. Néanmoins, en pratique, les parties n'exécutent pas toujours spontanément toutes les mesures provisoires arbitrales. L'intervention du juge étatique est donc nécessaire pour assurer l'exécution effective des mesures provisoires et conservatoires arbitrales (Sous-section I). Le juge peut également intervenir pour contrôler ou modifier les mesures provisoires et conservatoires arbitrales à la demande des parties (Sous-section II).

Sous-section I. L'intervention du juge étatique pour assurer l'exécution effective des mesures provisoires et conservatoires arbitrales

354. Pour assurer l'exécution effective des mesures provisoires et conservatoires arbitrales, les législations nationales ont adopté des solutions divergentes. Les modalités de l'exécution de ces mesures dépendent des réglementations nationales en la matière (§I). En général, la problématique essentielle de ce sujet concerne la sanction du non-respect d'une mesure provisoire arbitrale, pour la partie défaillante (§II).

§I. Les modalités d'exécution des mesures provisoires et conservatoires arbitrales

355. Dans le cadre de l'exécution des mesures provisoires et conservatoires, le droit du pays de l'exécution de la mesure est en général sollicité. Les législations nationales ont tenté de répondre au problème de l'exécution des mesures provisoires en se référant aux mécanismes déjà existants ou en créant des nouveaux (A). Le droit suisse est particulièrement innovant en la matière en prévoyant un mécanisme d'assistance du juge étatique à l'arbitre pour le respect des mesures d'urgence prises pendant la procédure arbitrale (B).

A. La solution des droits nationaux au problème de l'exécution des mesures provisoires et conservatoires arbitrales

356. Les législations nationales permettant l'application des dispositions concernant les mesures provisoires étatiques aux mesures provisoires arbitrales : en Europe, plusieurs législations nationales témoignent leur faveur à l'arbitrage en reconnaissant le pouvoir de l'arbitre à ordonner des mesures provisoires et conservatoires et en facilitant l'exécution de celles-ci. La loi-type de la CNUDCI est le fondement de nombreuses législations nationales sur l'arbitrage commercial. Selon l'article 17 (1) de la loi-type CNUDCI, *« une mesure provisoire prononcée par un tribunal arbitral est reconnue comme ayant force obligatoire et, sauf indication contraire du tribunal arbitral, est exécutée sur demande adressée au tribunal compétent, quel que soit le pays où elle a été prononcée* »[674]. La recherche des solutions des droits nationaux concernant l'exécution des décisions d'arbitrage d'urgence s'effectue le plus souvent dans les dispositions relatives aux mesures provisoires et conservatoires ordonnées par les tribunaux arbitraux, en l'absence de disposition spécifique à l'arbitrage d'urgence.

357. Certaines législations considèrent que les mesures provisoires et conservatoires ordonnées par l'arbitre doivent être traitées comme des sentences arbitrales[675]. La reconnaissance et l'exécution des décisions arbitrales sur les mesures provisoires et conservatoires seraient soumises aux mêmes règles que celles des sentences arbitrales. L'exequatur de la sentence pourrait être nécessaire pour sa reconnaissance et exécution. De la même façon, les voies de recours ouvertes contre les sentences arbitrales seraient ouvertes contre lesdites décisions. Cette solution peut être critiquée dans la mesure où les sentences arbitrales sont susceptibles du contrôle du juge étatique, ce qui pourrait nuire à l'efficacité des mesures marquées par un effet d'urgence ou de surprise[676]. Cependant, le recours en annulation ne suspend pas l'exécution de la décision et le contrôle du juge étatique ne peut avoir qu'un effet de ralentissement et complication de la procédure impliquant des mesures provisoires et conservatoires[677]. La possibilité d'exercer un recours contre les mesures d'urgence arbitrales s'avère nécessaire, en particulier, concernant les mesures prises *ex parte*. Dans le souci du respect du principe de contradictoire, il convient de permettre à la partie contre laquelle la mesure a été prise, de présenter ses observations.

---

674 Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international (2006), Article 17 (h), dans : https://www.uncitral.org/pdf/french/texts/arbitration/ml-arb/07-86999_Ebook.pdf.
675 Loi espagnole 60/2003 du 23 December 2003 sur l'arbitrage, *Rev.arb.*, 2004.459.
676 M. MiróGili, *op. cit.* p. 53
677 Loi 60/2003 du 23 décembre 2003 sur l'arbitrage, Articles 42-44.

358. La jurisprudence française reconnaît le pouvoir d'assortir sa mesure provisoire d'une astreinte. La Cour d'appel de Paris a considéré que « *le prononcé d'astreintes ou d'injonctions constitue un prolongement inhérent et nécessaire à la fonction de juger pour assurer une meilleure efficacité au pouvoir juridictionnel* »[678]. L'article 1468 al. 1 de CPC confirme cette solution de la jurisprudence. Non seulement la possibilité d'assortir la mesure provisoire à une astreinte permet à l'arbitre d'avoir une part de l'*imperium* pur, elle est également cohérente avec le système des mesures provisoires, dans la mesure où elle incite l'exécution immédiate de la mesure. Les mécanismes par lesquels la somme annoncée augmente à mesure que le temps s'écoule sont adaptés aux mesures provisoires puisqu'ils assurent l'exécution la plus rapide des mesures.

359. On peut s'interroger sur la possibilité pour un juge étatique de contraindre directement une partie à l'exécution d'une décision arbitrale ordonnant une mesure provisoire. Le CPC, même après la réforme de 2011, est silencieux concernant la possibilité de recourir au juge étatique pour obtenir l'exécution d'une mesure provisoire prononcée par l'arbitre. Une solution au problème d'inexécution des mesures provisoires aurait pu être le recours au juge étatique afin qu'il ordonne l'exécution de la décision arbitrale. À notre sens, il faut s'assurer de l'exécution des mesures provisoires et conservatoires par les parties. L'intervention du juge étatique peut alors permettre de surmonter certaines difficultés d'exécution des mesures provisoires et conservatoires arbitrales. Il faut mettre en place des mécanismes permettant d'obtenir l'exécution des mesures provisoires et conservatoires arbitrales devant le juge étatique.

Cette question reçoit des réponses différentes en droit comparé. La solution au Japon qui a trouvé une certaine faveur au Liban aussi consiste pour la partie requérante à solliciter du juge étatique une mesure comparable à celle rendue par le tribunal arbitral[679]. Dans ce cas, la partie bénéficiaire de la mesure provisoire arbitrale produit au juge étatique une copie de la décision provisoire arbitrale en lui demandant de prendre la même mesure qui sera, elle, exécutoire de plein droit. Cela suppose une coopération étroite entre les juridictions étatiques et arbitrales.

Le recours au juge étatique dans cette pratique présente un avantage particulièrement important : ses décisions sont exécutoires de plein droit. Également, il n'a pas le pouvoir d'examiner le litige au fond, donc la procédure devant le tribunal arbitral n'est pas dénuée de son intérêt. En

678 C.A. Paris (1ère Ch. Civ.), 7 oct. 2004, préc.
679 J- J Caicedo, *« L'exécution et le contrôle judiciaire des décisions prises par les arbitres d'urgence* », Rev. arb., 2017, issue 2 p. 445-481.

pratique, la décision du juge étatique confère, à la mesure prise par l'arbitre, un effet exécutoire, qu'il n'avait pas en soi. Dans la mesure où le juge étatique n'exerce pas de contrôle sur le fond de l'ordonnance arbitrale, l'intervention du juge étatique pour reprendre la décision de l'arbitre peut être considérée comme une simple formalité.

360. La possibilité d'un tel recours pourrait apporter la solution au problème de l'efficacité des mesures prises par un tribunal arbitral ou l'arbitre d'urgence. En effet, un rapport de 2015[680] démontre l'inquiétude des parties concernant l'exécution des mesures prononcées par l'arbitre d'urgence, cette affirmation peut être étendue à toutes les mesures prises par le tribunal arbitral au cours de la procédure arbitrale. Le recours au juge étatique pour l'exécution d'une mesure arbitrale peut remédier à cette difficulté. Il est néanmoins nécessaire de noter qu'une telle intervention du juge peut avoir pour effet d'attarder la procédure.

On aurait pu créer un nouveau cas d'ouverture du référé français, qui serait l'exécution d'une décision arbitrale provisoire, ou inventer une procédure accélérée devant le juge de l'exécution afin qu'il puisse donner son appui à une telle décision provisoire. Le décret n'a pas consacré cette solution pour éviter l'engorgement des juridictions.

361. Dans les cas où les règlements d'arbitrage prévoient une procédure d'urgence, tout en admettant le recours des parties au juge étatique pour obtenir des mesures provisoires et conservatoires, la compétence concurrente du juge et l'arbitre peut poser plusieurs difficultés. Certaines législations nationales n'admettent pas l'exécution des ordonnances arbitrales sur les mesures provisoires et conservatoires. Par exemple dans l'affaire *HSBC c/ Avitel Post Studioz*[681], la High Court de Bombay a confirmé une décision d'un arbitre d'urgence dont le siège se situait à Singapour. En effet, la High Court a reproduit la décision en cause dans une ordonnance de mesures provisoires et conservatoires, car en vertu de la législation indienne seule les sentences arbitrales pouvaient être exécutées. La doctrine considère cette affaire comme l'illustration d'exécution indirecte d'une décision d'urgence[682]. Cette solution rappelle la pratique japonaise de reproduction de la mesure arbitrale sans contrôle sur le fond pour lui conférer force exécutoire.

---

680 Queen Mary University of London & White & Case, 2015 *International Arbitration Survey: Improvements and innovations in International Arbitration*, p. 27, accessible sur: http://www.arbitration.qmul.ac.uk/docs/164761.pdf.

681 *HSBC PI Holdings (Mauritius) Ltdv. Avitel Post Studioz Ltd and others*, *op.cit.*, *supra*, note de bas de page 69.

682P. Simsive, « *Indirect Enforceability of Emergency Arbitrator's Orders* », Kluwer Arbitration Blog, accessible sur : http://kluwerarbitrationblog.com/2015/04/15/indirect- enforceability-of-emergency-arbitrators-orders.

362. Concernant la reconnaissance et l'exécution des mesures provisoires et conservatoires prononcées par l'arbitre, la loi colombienne 1563 de 2012 est particulièrement innovante[683]. Elle opère une distinction entre les mesures prises *ex parte* destinées à protéger l'efficacité d'autres mesures conservatoires et des mesures provisoires et conservatoires « classiques » telles que nous les connaissons. Les premières n'ont pas de caractère exécutoire et ne peuvent pas être qualifiées de sentence arbitrale susceptible de recours alors que les deuxièmes peuvent être contrôlées par le juge étatique en tant que sentence arbitrale[684].

363. Le droit de l'arbitrage de certains pays comme Singapour et Hong Kong consacre une réglementation spécifique à l'exécution des décisions de l'arbitre d'urgence. La législation nationale de Singapour a prévu que l'arbitre d'urgence est considéré comme arbitre (Section 2 de l'*Arbitration Act de Singapour*) et que toutes les ordonnances des tribunaux arbitraux y compris celles de l'arbitre d'urgence sont exécutoires (Section 12 (6) de l'*Arbitration Act de Singapour*). En effet, une décision de l'arbitre d'urgence sur les mesures provisoires et conservatoires est exécutoire indépendamment de son caractère temporaire et non définitif. Certes, l'exécution forcée des décisions de l'arbitre d'urgence ne peut avoir lieu sans l'intervention du juge étatique, mais cela n'a pas d'incidence sur le caractère obligatoire de ces décisions pour les parties. De la même manière, une décision arbitrale étrangère doit produire effet à Singapour comme tout autre acte juridique étranger obligatoire.

La législation de Hong Kong prévoit également des dispositions spécifiques concernant l'exécution des décisions prises par l'arbitre d'urgence en opérant une distinction entre les décisions d'urgence prononcées à l'intérieur ou à l'extérieur de Hong Kong. Les décisions d'urgence nationales peuvent être exécutées par les tribunaux nationaux sous une autorisation préalable du tribunal national (leave)[685]. Concernant les décisions d'urgence internationales, certaines catégories de mesures sont déterminées dans une liste législative constituée essentiellement des mesures temporaires. Seules ces mesures déterminées peuvent être exécutées[686]. En Hong Kong, une sorte de contrôle du juge étatique a été prévue avec la

683 R. Bernal Gutiérrez, « Medidas Cautelares y Ordenes Preliminares en la Nueva Leyde Arbitraje Internacional Colombiana », *in Estatuto Arbitral Colombiano*, Legis, 2013, p. 503 ets. cité par J- J Caicedo, *« L'exécution et le contrôle judiciaire des décisions prises par les arbitres d'urgence* », Rev. arb., 2017, issue 2 p. 445-481.
684 Article 83 (5). Sur ce point, la Loi 1563 de 2012 suit de près l'article 17.C (5) de la Loi-type de la CNUDCI selon lequel « *Une ordonnance préliminaire s'impose aux parties, mais n'est pas susceptible d'exécution par un tribunal. Cette ordonnance préliminaire ne constitue pas une sentence »*. V. les articles 88 et 89.
685 Ces décisions ne peuvent pas faire l'objet d'un appel, V. Arbitration (Amendment) Bill (2013), Section 22B(1).
686 *Ibid.*, Section 22B(2) : « *(1) Any emergency relief granted, whether in or outside Hong Kong, by an emergency arbitrator under the relevant arbitration rules is enforceable in the same manner as an order or direction of the*

nécessité d'obtention d'un « leave » du juge étatique. En général, les législations nationales prévoyant des dispositions spécifiques à l'arbitrage d'urgence[687] mettent en place un certain degré de contrôle *a priori*, ou *a posteriori* du juge étatique sur les décisions d'urgence.

364. L'exécution des décisions de l'arbitre d'urgence dépend essentiellement de la législation nationale de l'État où l'exécution est recherchée et moins des qualifications prévues dans les règlements d'arbitrage. Certaines législations nationales prévoient que les décisions arbitrales sont exécutoires de par leur caractère obligatoire indépendamment de leur caractère définitif. Dans le cadre de certains droits nationaux, l'intervention du juge étatique est prévue pour l'exécution des mesures provisoires et conservatoires ordonnées par le tribunal arbitral. Par exemple, en Suisse, les parties peuvent recourir à l'assistance des tribunaux étatiques compétents concernant l'exécution des mesures provisoires et conservatoires, ordonnées par les tribunaux arbitraux[688].

B. Le mécanisme particulier d'assistance du juge suisse à l'exécution des mesures provisoires et conservatoires arbitrales

365. Généralement, les mesures provisoires et conservatoires s'adressent directement à la partie qui doit faire ou ne pas faire un acte spécifique. Cependant, les ordres du tribunal arbitral en la matière sont considérés par la doctrine comme des actes imparfaits, en raison de défaut du pouvoir du tribunal arbitral d'assurer directement l'exécution de ses décisions par les parties[689].

Le droit suisse prévoit un mécanisme particulier d'assistance du juge étatique concernant les mesures provisoires ordonnées par le tribunal arbitral (Art. 183 (2) PILA). Le rôle d'assistance

---

Court that has the same effect, but only with the leave of the Court. (2) The Court may not grant leave to enforce any emergency relief granted outside Hong Kong unless the party seeking to enforce it can demonstrate that it consists only of one or more temporary measures (including an injunction) by which the emergency arbitrator orders a party to do one or more of the following — (a) maintain or restore the status quo pending the determination of the dispute concerned ; (b) take action that would prevent, or refrain from taking action that is likely to cause, current or imminent harm or prejudice to the arbitral process itself ; (c) provide a means of preserving assets out of which a subsequent award made by an arbitral tribunal may be satisfied ; (d) preserve evidence that may be relevant and material to resolving the dispute ; (e) give security in connection with anything to be done under paragraph (a), (b), (c) or (d) ; (f) give security for the costs of the arbitration. (3) If leave is granted under subsection (1), the Court may enter judgment in terms of the emergency relief. (4) A decision of the Court to grant or refuse to grant leave under subsection (1) is not subject to appeal ».

687 La législation néerlandaise : Livre IV du Code de procédure civile.

688 Loi fédérale sur le droit international privé (LDIP Suisse), Article 183(2). V. *infra,* Section 2, sous-section 1, §I, B

689 G. Von Segesser, Ch. Kurth, « Interim Measures », in, *International Arbitration in Switzerland a Handbook for Practitioners*, *op.cit.* p. 80

du juge suisse ne doit pas être confondu avec son pouvoir d'ordonner directement une telle mesure[690]. En effet, en vertu de l'article 183 (1) PILA, l'assistance du juge étatique coexiste avec la possibilité de saisir les juridictions étatiques pour demander une mesure provisoire. Ce mécanisme d'assistance du juge à l'arbitrage se distingue de la procédure de l'exécution qui implique le recours à la contrainte étatique et doit être étudié dans le cadre du droit interne ou du traité d'exécution applicable.

366. Dans le cadre de l'arbitrage international siégeant en Suisse, en vertu de l'article 183 (2) PILA, le tribunal arbitral siégeant en Suisse peut demander l'assistance de la juridiction compétente, si une des parties ne respecte pas volontairement ses ordonnances[691]. Par l'interprétation littérale de cette disposition, l'assistance du juge étatique suisse ne peut être demandée que par le tribunal arbitral et non pas par la partie qui a obtenu la mesure provisoire en question[692]. Cependant, il est généralement admis que les parties elles-mêmes puissent solliciter directement l'assistance du juge suisse pour éviter la confrontation directe entre le tribunal arbitral et l'une des parties dans la procédure[693].

367. Concernant la compétence *ratione loci* du juge étatique pour ordonner l'exécution d'une ordonnance arbitrale, le tribunal étatique choisi doit être celui de l'exécution de la mesure en Suisse, par exemple, le lieu de placement des articles ou le lieu d'enregistrement ou le bureau de la partie adverse. La juridiction étatique compétente n'est donc pas forcément celle du siège de l'arbitrage[694]. Si le lieu d'exécution de la mesure est en dehors de la Suisse, la possibilité pour le tribunal arbitral de demander directement l'assistance d'un tribunal étranger est déterminée par la loi applicable dans le lieu d'exécution de la mesure[695].

Dans l'examen de la demande d'assistance d'un tribunal arbitral pour l'exécution d'une mesure provisoire ou conservatoire, le juge étatique suisse applique son propre droit et se focalise sur deux conditions[696] : l'existence d'une convention d'arbitrage licite et la compétence *prima facie* du tribunal arbitral pour connaître l'affaire.

---

690 J-F. Poudret, S. Besson, *Comparative Law of International Arbitration*, *op. cit.* p. 80.
691 *« If the party so ordered does not comply [with the interim measure of protection] voluntarily, the arbitral tribunal may request the assistance of the competent court. Such court shall apply its own law. »*
692 Bernard DUTOIT, *Droit international Privé suisse – Commentaire LDIP*, Bâle 2005, art. 183 N 7.
693 Von Segesser, Ch. Kurth, « Interim Measures », in, *International Arbitration in Switzerland a Handbook for Practitioners*, *op.cit.* p. 81 ; J-F. Poudret, S. Besson, *Comparative Law of International Arbitration*, *op. cit.* §637
694. Von Segesser, Ch. Kurth, « Interim Measures », in, *International Arbitration in Switzerland a Handbook for Practitioners*, *op.cit.* p. 81
695 *Ibid.*
696 DUTOIT, art. 183 N7.

368. Il est important de comprendre la nature de la décision du juge étatique dans son rôle d'assistance du tribunal arbitral : il s'agit d'une décision à part entière[697]. Par conséquent, le juge suisse ne pourra accorder que des mesures valides en vertu des règles de procédure civile suisse. Si la mesure ordonnée par le tribunal arbitral ne correspond pas à une forme de mesure provisoire prévue par le droit suisse, le juge doit adapter l'ordonnance du tribunal arbitral pour la rendre compatible avec le droit suisse[698]. On assiste à une véritable révision de la décision du tribunal arbitral par le juge étatique. Certes, ce n'est qu'en relation avec des mesures provisoires et conservatoires et non pas une sentence arbitrale, mais la nature de l'intervention du juge étatique dans la procédure arbitrale prend une forme particulière. La révision de la mesure accordée par l'arbitre modifie la forme dans laquelle la mesure avait été édictée pour atteindre un objectif particulier de protection d'une des parties. Le juge suisse se réserve, en pratique, le droit de dénaturer une mesure arbitrale de toute substance ou de lui donner une autre signification. Toutefois, l'objectif principal de l'intervention du juge étatique est d'assurer l'exécution effective des mesures provisoires arbitrales. Son intervention doit être considérée comme en faveur de l'arbitrage.

369. Dans le cadre de l'arbitrage international siégeant à l'étranger, les juridictions suisses ont compétence internationale en vertu de l'article 24 de la Convention de Lugano ou l'article 10 PILA pour ordonner des mesures provisoires de façon générale. Selon la doctrine majoritaire, cette compétence internationale existe également pour accorder une assistance à un tribunal arbitral siégeant à l'étranger qui a prononcé une mesure provisoire ou conservatoire (Art. 183 (2) PILA)[699]. Cependant, selon les termes de l'article 183 (2) PILA, certains auteurs considèrent qu'une telle compétence existe à condition que le droit de l'arbitrage du pays étranger en question, permette aux arbitres de demander l'assistance et l'intervention du juge étatique dans la procédure[700]. Également, un juge suisse peut assister un tribunal arbitral étranger à la condition que les juridictions suisses auraient eu compétence pour accorder la mesure provisoire si la demande leur avait été présentée directement. Cela signifie, que l'ordonnance arbitrale doit être conforme au droit suisse.

370. Dans le cadre de l'arbitrage international siégeant en Suisse, une fois que le juge a accordé une mesure provisoire et conservatoire en vertu de l'article 183 (2) PILA, cette mesure

697 Von Segesser, Ch. Kurth, « Interim Measures », in, *International Arbitration in Switzerland a Handbook for Practitioners*, *op.cit.* p. 81.
698 *Ibid.* p. 82 ; art. 183 N7 DUTOIT.
699 J-F. Poudret, S. Besson, *Comparative Law of International Arbitration*, *op. cit.* §637 ; Bücher, p. 74
700 J-F. Poudret, S. Besson, *Comparative Law of International Arbitration*, *op. cit.* §637.

doit être exécutée en Suisse selon la procédure d'exécution des jugements étatiques (Art. 335 ff CCP), comprenant l'usage de la force publique ou des sanctions criminelles[701]. Si le jugement du juge étatique doit être exécuté dans un autre pays, les modalités d'une telle exécution dépendent des conventions applicables ou du droit de la procédure civile du lieu d'exécution de la mesure.

371. En vertu de l'article 25 et 27 de la Convention de Lugano, applicable en Suisse, les jugements des juges étatiques des États membres sont exécutoires dans d'autres pays, même si l'arbitrage est exclu du champ d'application de la Convention[702]. En effet, si le juge étatique est compétent pour connaître le fond du litige, il peut rendre les mesures provisoires et conservatoires extraterritoriales. En d'autres termes, lorsque le juge rend un jugement sur les mesures d'urgence dans le cadre d'une procédure devant les juridictions étatiques, ses jugements sont exécutoires dans les autres pays contractants. Cependant, dans les cas où le juge étatique n'est pas compétent pour connaître le fond du litige, ses décisions sur les mesures provisoires et conservatoires n'ont pas d'effet extraterritorial[703]. Dans le cadre d'une procédure arbitrale, le juge étatique n'étant pas compétent pour connaître le fond du litige, ses jugements sur les mesures provisoires et conservatoires ont un effet limité au territoire suisse.

Concernant l'arbitrage international siégeant à l'étranger, selon l'article 1 (2) de la Convention de Lugano, l'arbitrage est exclu du champ d'application de cette convention. Par conséquent, une mesure provisoire accordée par un tribunal arbitral étranger ne peut être exécutée en Suisse, que si elle peut être qualifiée de « sentence » au sens de la Convention de NY[704].

372. La majorité des auteurs suisses considèrent que la Convention de NY n'est pas applicable aux mesures provisoires et conservatoires, accordées par le tribunal arbitral, même si elles sont prononcées dans la forme d'une sentence arbitrale[705]. Le concept d'une sentence au sens de la convention de NY implique une décision finale qui détermine de façon définitive et irrévocable la résolution du litige : l'article 5 (1) de la Convention de NY se réfère au caractère obligatoire de la sentence, dans le sens où, il n'est pas possible de modifier la décision

701 Von Segesser, Ch. Kurth, « Interim Measures », in, *International Arbitration in Switzerland a Handbook for Practitioners*, *op.cit.* p. 82.
702 Décision 125/ 79 de 21 Mai 1980 de la Cour Européen de Justice.
703 V. l'arrêt *Van Uden* de 17 novembre 1998, CEDH, Cet arrêt a été rendu concernant l'application du règlement Bruxelles I. Néanmoins il est possible d'étendre sa solution à l'application de la Convention de Lugano, qui est le miroir du règlement Bruxelles I.
704 Von Segesser, Ch. Kurth, « Interim Measures », in, *International Arbitration in Switzerland a Handbook for Practitioners*, *op.cit.* p. 82., le droit suisse est en général, défavorable à la qualification de sentence des décisions arbitrales sur les mesures provisoires et conservatoires en vertu de la Convention de New York.
705 J-F. Poudret, S. Besson, *Comparative Law of International Arbitration*, *op. cit.* §639.

au cours de la même procédure. Toutefois, l'aspect provisoire d'une mesure provisoire est précisément sa caractéristique essentielle[706].

Le juge suisse intervient dans l'arbitrage pour assurer l'exécution effective des mesures provisoires arbitrales. C'est un mécanisme propre au droit suisse. Les droits nationaux mettent différents moyens en œuvre pour s'assurer de l'exécution effective des ordonnances arbitrales sur les mesures provisoires et conservatoires. Toutefois, lorsque la partie contre laquelle la mesure a été prononcée n'exécute pas la mesure, il est plus complexe de prévoir la sanction de sa défaillance.

§II. La conséquence du non-respect des mesures provisoires et conservatoires arbitrales

373. Un moyen effectif d'assurer l'exécution d'une décision est de prévoir une sanction appropriée comme conséquence de l'inexécution. Les législations nationales (A) et les règlements d'arbitrage (B) ont tenté de définir les conséquences du non-respect des mesures provisoires prises dans le cadre de la procédure arbitrale.

A. La sanction du non-respect des mesures provisoires et conservatoires arbitrales dans les droits nationaux

374. Pour déterminer la portée des mesures provisoires prononcées par l'arbitre, il convient de s'intéresser d'abord à la question de l'autorité de la chose jugée de ces mesures. Il n'existe aucun texte dans le code conférant aux mesures provisoires prononcées par l'arbitre une autorité de la chose jugée. Cela est logique, car ces mesures sont de nature provisoire et ne peuvent pas devenir définitives. Par conséquent, le tribunal arbitral n'est pas lié par des mesures provisoires qu'il a lui-même ordonnées même si c'est une mesure anticipatoire. Donc, en principe, les mesures provisoires sont dépourvues de l'autorité de la chose jugée.

Cependant, il est important d'assurer à la mesure provisoire une sorte de stabilité. Nous pouvons envisager dans ce cadre, une autorité de la chose jugée au provisoire. L'article 1468 al. 2 du CPC est rédigé de telle manière, qu'il laisse libre l'arbitre de revenir sur la mesure provisoire même en l'absence d'éléments nouveaux dans le dossier. La limitation de ce pouvoir de l'arbitre

706 *Ibid*.

de modifier la mesure aux cas de l'introduction des éléments nouveaux dans l'affaire aurait pu conforter le caractère juridictionnel des décisions provisoires arbitrales. Cependant, le souci de l'efficacité est au cœur des débats dans le cadre des mesures provisoires et conservatoires.

375. L'absence d'autorité de la chose jugée des mesures provisoires ordonnées par l'arbitre ne veut en aucun cas dire absence de caractère obligatoire de celles-ci. En principe, l'exécution des mesures provisoires devrait être spontanée, mais l'arbitre ne possède pas *l'imperium merum*. Il ne peut pas contraindre les parties de suivre ses sentences tout en étant capable de donner des ordres. Cela vaut également pour la sentence définitive. Mais, même si les mesures provisoires ne sont pas exécutoires elles sont obligatoires. Symboliquement, les parties ont choisi l'arbitre et respecteront sa décision en raison de la confiance qu'elles ont en lui.

En pratique, le plus souvent, les parties exécutent les ordres du tribunal arbitral, spontanément. Dans le cas contraire, l'arbitre pourra tenir compte de ce refus dans la sentence finale[707] en prenant en considération la bonne foi des parties[708]. De plus, le refus de l'une des parties d'exécuter une décision du tribunal arbitral peut être appréhendé par l'arbitre comme une faute contractuelle qui a engendré un préjudice pour l'autre partie. La seule véritable sanction de l'inexécution d'une mesure provisoire ordonnée par l'arbitre serait d'en prendre compte dans la sentence finale. Mais cette argumentation n'est pas satisfaisante pour certains, car « *il serait inadmissible que le tribunal arbitral sanctionne dans sa sentence finale une insoumission de l'une des parties à ses ordonnances de procédure, à moins qu'il existe un lien de causalité entre l'insoumission et la solution retenue au fond* »[709]. A notre sens, il faut se concentrer sur l'idée d'assurer l'exécution des mesures provisoires et conservatoires par les parties au lieu de chercher les différents moyens pour sanctionner leur non-respect.

---

707 E. Gaillard, JDI 1987, p. 126. M. Bond « la nature des mesures conservatoires et provisoires », in *Mesures conservatoires et provisoires en matière d'arbitrage international*, Paris, Chambre de commerce internationale, 1993, p. 16, « *les parties en cause doivent normalement se conformer volontairement à ces ordonnances. La raison n'est pas simplement que les parties ont choisi elles-mêmes l'arbitrage, et que l'on peut logiquement, s'attendre ce qu'elles se conforment aux décisions, quelles qu'elles soient, que le tribunal arbitral emmétra. Plus importante encore pour les parties est la considération que les arbitres peuvent tirer des conclusions défavorables lorsqu'une partie n'obéit pas aux ordonnances de mesures intérimaires, telles que celles concernant la préservation ou la production de preuves.* »

708 J. –P Ancel, « commentaires et conclusions », in *Mesures conservatoires et provisoires en matière d'arbitrage international*, Paris, Chambre de commerce internationale, 1993, p. 118 : l'arbitre peut « *tirer toute conséquence juridique dans sa sentence finale, spécialement quant à la bonne foi des parties, du refus de l'une d'elles d'exécuter une mesure prescrite en cours de l'instance* ».

709 S. Besson, J.-F. Poudret, *Droit comparé de l'arbitrage international, op. cit.*, n° 629

L'idéal serait pour les parties d'exécuter spontanément les mesures provisoires pour éviter une sanction éventuelle de leur refus d'exécution par la sentence principale. Les sanctions existent même si elles sont limitées, notamment dans le cadre de l'arbitrage institutionnel.

B. La solution des règlements d'arbitrage concernant le non-respect des mesures provisoires et conservatoires arbitrales

376. Concernant le non-respect des mesures provisoires et conservatoires ordonnées par l'arbitre d'urgence, les règlements d'arbitrage ont proposé des solutions différentes pour remédier à cette difficulté. Il a été suggéré que le tribunal arbitral compétent pour connaître le fond de l'affaire prenne des mesures contre la partie défaillante au titre de sanction de son comportement. Dans la limite de la *lex arbitrii* et du règlement d'arbitrage applicable, le tribunal arbitral peut requérir le concours des autorités locales[710]. Dans une affaire SCC, par exemple, la partie demanderesse avait requis d'un arbitre d'urgence une injonction ordonnant à la partie adverse de respecter ses obligations contractuelles sous peine d'une amende (« *under forfeiture of penalty for each day that the respondents were in default of the order* »). L'arbitre d'urgence, qui siégeait à Stockholm, accueillit la demande d'injonction, mais pas celle de l'amende, car, selon la loi suédoise applicable en tant que *lex arbitrii*, les arbitres ne pouvaient pas imposer des amendes ou des pénalités au soutien d'une mesure provisoire[711].

377. Il a été également envisagé que le tribunal arbitral ordonne la compensation des dommages causés par le non-respect de la décision d'urgence[712] en allouant des dommages et intérêts. On peut douter de l'efficacité de cette solution dans la mesure où pour obtenir une mesure provisoire et conservatoire, il faut établir l'existence d'un dommage irréparable ou une

---

710 Loi fédérale sur le droit international privé (Suisse), article 183(2) : « *Si la partie concernée ne s'y soumet pas volontairement, le tribunal arbitral peut requérir le concours du juge compétent. Celui-ci applique son propre droit* », accessible sur : https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19870312/index.html.

711 Affaire SCC No. 057/2013 V. J. Lundstedt, « *SCC Practice: Emergency Arbitrator Decisions, 1 January 2010-31 December 2013* », p. 22-25, accessible sur: http://www.sccinstitute.com/media/29995/sccpractice- 2010-2013-emergency-arbitrator_final.pdf.

V., par ex. : Article 6.8.1 du Règlement pré-arbitral (« *La juridiction compétente peut déterminer si une partie qui refuse d'exécuter ou n'exécute pas une ordonnance de référé est responsable envers une autre partie du dommage résultant de ce refus ou de cette inexécution* ») ; Article 29(4) du Règlement d'arbitrage de la CCI (2017) (« *Le tribunal arbitral tranche toute demande d'une partie relative à la procédure de l'arbitre d'urgence, y compris sur le partage des frais, et toute demande découlant de l'exécution ou de l'inexécution de l'ordonnance ou en relation avec cette exécution ou inexécution* ») ; CPR Rules for Administered Arbitration of International Disputes (2014), Article 14(10) (« *The award or order may provide for the payment of a specified amount in case of noncompliance with its terms* »), accessible sur : https://www.cpradr.org/resource- center/rules/international-other/arbitration/international-administe... (dorénavant, les « Règles CPR ») ; B. Ehle, « Emergency Arbitration in Practice », in Ch. Müller, A. Rigozzi (éds.), *New Developments in International Commercial Arbitration*, Université de Neuchâtel, 2013, p. 101.

situation d'urgence expliquant la nécessité d'une telle mesure. En d'autres termes, si une mesure provisoire et conservatoire a été ordonnée, elle avait pour but d'éviter la survenance d'un dommage irréparable dans l'immédiat. Par principe, si le dommage qui serait causé à la partie requérante dans le cas de non-respect de la mesure provisoire et conservatoire peut être réparé par la sentence finale, la mesure en cause n'a pas de raison d'être. Certains règlements d'arbitrage ont donc proposé d'imposer des astreintes[713]; solution qui semble ne pas susciter de difficultés théoriques, mais son efficacité pratique peut s'avérer problématique. Qui sera chargé de la liquidation de l'astreinte ? Devra-t-on envisager encore une fois l'intervention du juge étatique pour la liquidation de l'astreinte ?

378. L'intervention du juge étatique peut également être nécessaire dans le cas où la partie contre laquelle la mesure provisoire et conservatoire a été prononcée justifie d'un intérêt légitime à voir cette décision annulée, révisée ou à s'opposer à son exécution. Lorsque l'arbitre d'urgence a dépassé ses pouvoirs ou n'a pas respecté les exigences d'impartialité et d'indépendance, une des parties peut avoir un intérêt légitime à contester sa décision. Cette partie peut envisager d'exercer les recours disponibles contre les décisions de l'arbitre d'urgence devant les juridictions nationales compétentes. À part le fait que l'on sollicite l'intervention du juge étatique alors que la procédure d'arbitrage d'urgence a été initiée en premier lieu pour éviter le recours aux juridictions étatiques, il faut noter que la partie en question ne dispose pas de recours considérables disponibles contre une telle décision selon les législations nationales.

379. Les règlements d'arbitrage ont proposé une autre solution devant le tribunal arbitral compétent pour connaître le fond de l'affaire : la partie intéressée peut demander au tribunal arbitral saisi du fond de litige de réviser la décision de l'arbitre d'urgence[714]. Cela suppose en premier lieu que le tribunal arbitral compétent soit constitué, or nous savons que la procédure d'arbitrage d'urgence est déclenchée dans les cas où l'une des parties a besoin d'une protection provisoire avant la constitution du tribunal arbitral. Le problème de cette solution tient au fait que la partie qui s'estime lésée de façon illégitime par une décision de l'arbitre d'urgence doit attendre la constitution du tribunal arbitral pour se prévaloir de ses droits. Pour surmonter ce

713 Article 1468 Code de procédure civile (France).
714 Règlement d'arbitrage CCI (2017), Art. 29(3) ; Règlement LCIA (2014), Art. 9B (9.11) ; Règlement SIAC (2016) (Annexe 1) Art. 10 ; Règlement SCC, Art. 9 (4).

problème, on pourrait envisager de recourir au juge étatique pour la modification de la décision en cause.

Sous-section II. L'intervention du juge étatique pour le contrôle et la modification des mesures provisoires et conservatoires arbitrales

380. Les mesures provisoires et conservatoires sont de nature modifiable et révocable. Plusieurs autorités peuvent être amenées à se prononcer sur les différends qui interviennent avant le prononcé de la sentence finale : l'arbitre d'urgence, le juge étatique et le tribunal arbitral. Chacune de ces autorités pourra être amenée à modifier ou révoquer les mesures précédemment prises (§II). Néanmoins, seul le juge étatique peut exercer un contrôle sur les mesures provisoires et conservatoires (§I).

§I. Le contrôle des mesures provisoires et conservatoires prises pendant la procédure arbitrale

381. Les législations nationales mettent en place une relation soit concurrente, soit complémentaire du juge et de l'arbitre concernant les mesures provisoires et conservatoires[715]. Avant la constitution du tribunal arbitral, les parties peuvent être obligées de présenter leur demande devant le juge étatique notamment en l'absence de la procédure d'urgence ou dans le cadre de l'arbitrage ad hoc. En général, les règlements d'arbitrage prévoient la possibilité pour les parties de demander des mesures provisoires et conservatoires devant le juge étatique, même en présence d'une convention d'arbitrage, avant la constitution du tribunal arbitral[716].

382. La compétence concurrente de l'arbitre et le juge étatique peut présenter des difficultés particulières lorsqu'une des parties souhaite faire exécuter la décision d'urgence alors que la

715 Loi fédérale suisse sur le droit international privé (2014), Article 183(2); Code de procédure civile d'Allemagne (2005), Article 1041(2)-(3) ; Loi 60/2003 sur l'arbitrage (2003), Article 23(2).
716 Par ex. : Règlement LCIA Article 9.12 (« *Article 9B shall not prejudice any party's right to apply to a state court or other legal authority for any interim or conservatory measures before the formation of the Arbitration Tribunal ; and it shall not be treated as an alternative to or substitute for the exercise of such right. During the emergency proceedings, any application to and any order by such court or authority shall be communicated promptly in writing to the Emergency Arbitrator, the Registrar and all other parties* »).

partie adverse a des objections à l'encontre de cette décision. La solution dans une telle situation dépend essentiellement de la législation du lieu d'exécution de la mesure.

Si la décision d'urgence est qualifiée d'ordonnance de procédure, le contrôle du juge étatique sur cette décision est improbable. L'arbitre dispose d'une certaine autonomie dans la conduite de la procédure arbitrale et la décision d'urgence est alors considérée comme un moyen pour l'arbitre de gérer le déroulement de la procédure, c'est pourquoi aucune intervention des juridictions nationales ne serait justifiée[717]. La partie qui s'estime lésée par cette décision d'urgence devra attendre le prononcé de la sentence finale tranchant le litige pour intenter un recours en annulation sur le fondement d'une violation du droit au procès équitable. Si la décision d'urgence est qualifiée de sentence arbitrale, cette dernière sera traitée comme telle et les modalités de son exécution dépendront de la législation du pays dans lequel l'exécution est recherchée.

383. Le juge étatique dispose alors du pouvoir de contrôler cette décision. Une conséquence importante de la qualification d'une décision provisoire arbitrale de sentence est l'ouverture de la possibilité d'exercer un recours contre celle-ci. En effet, la partie contre laquelle la mesure en question a été prise, pourra directement emprunter une des voies de recours contre la « sentence », sans même que la partie adverse en demande l'exécution.

Dans les cas où le contrôle du juge étatique sur les mesures provisoires et conservatoires prononcées par l'arbitre d'urgence est admis, une difficulté supplémentaire se pose après la constitution du tribunal arbitral saisi du fond du litige. En effet, l'une des parties peut intenter un recours contre la décision d'urgence devant le juge étatique, en parallèle, le tribunal arbitral saisi du fond de litige est également compétent pour modifier ou révoquer la décision de l'arbitre d'urgence en fonction de la situation des parties. Le risque est que les parties se trouvent devant des solutions contradictoires. Il a été suggéré de donner une compétence prioritaire au tribunal arbitral pour se prononcer sur la décision d'urgence pour assurer le respect du principe de l'autonomie de la volonté des parties[718].

384. En Suisse, une décision arbitrale sur les mesures provisoires et conservatoires, n'est pas une décision finale et par conséquent n'est pas susceptible de recours en vertu de l'article 190 et 191 PILA. La seule exception est lorsqu'une partie peut prouver que le tribunal arbitral qui

717 Par ex.: *Resort Condominiums International Incv. Bolwell & Anor,* Australia pty Ltd. (1993)118ALR655.
718 J-J. Caicedo, *« L'exécution et le contrôle judiciaire des décisions prises par les arbitres d'urgence* », Rev. arb., 2017, issue 2 p. 445-481, n°70.

a ordonné la mesure en question avait été constitué de façon irrégulière ou n'était pas compétente pour connaître l'affaire (Art. 190 III PILA). Dans ces circonstances, une partie peut exercer un recours en annulation à l'encontre de la mesure en cause. La possibilité d'exercer un recours contre les mesures provisoires et conservatoires prises pendant la procédure arbitrale est avantageuse pour la partie qui s'estime lésée par celle-ci.

385. La compétence concurrente de l'arbitre d'urgence et du juge peut poser des problèmes de coordination entre les décisions de ces deux organes. En effet, les mesures provisoires et conservatoires sont susceptibles de modification ou révocation dans la mesure où la situation des parties exige une telle flexibilité compte tenu de la nature et fonctionnalité de telles mesures. Or, imaginons qu'un tribunal étatique ait ordonné une mesure provisoire avant la constitution du tribunal arbitral, une fois que ce dernier a été constitué, il pourrait être nécessaire de revenir sur la décision du juge. L'arbitre ou le juge qui constate le changement de situation des parties devra prendre une nouvelle mesure adaptée à la nouvelle situation indépendamment de celle prise anciennement par un juge ou un arbitre.

§II. La modification des mesures provisoires et conservatoires : une nécessité pratique

386. La possibilité de révocation et modification est de l'essence des mesures d'urgence qui sont de nature provisoire. Cependant, les modalités et l'étendue de la modification de celles-ci diffèrent selon qu'elles émanent d'un arbitre (A) ou d'un juge (B).

A. La modification et révocation des mesures provisoires et conservatoires ordonnées par le tribunal arbitral

387. En général, les textes sont silencieux sur le pouvoir du tribunal arbitral de modifier les mesures provisoires et conservatoires qu'il a ordonnées précédemment. Même si en principe ce pouvoir est admis, seulement certaines législations comportent des précisions sur les modalités de son exercice. Certains textes prévoient que les parties peuvent demander la modification des mesures prononcées par le tribunal arbitral au cours de la procédure, même lorsque les circonstances de l'espèce n'ont pas changé[719]. D'autres ne prévoient la possibilité pour les

719 Art. 1692 du Code judiciaire belge 2013 ; art. 23.5 du règlement d'arbitrage HKIAC 2013 ; art.26 (5) du règlement d'arbitrage CNUDCI 2013.

parties de demander la modification ou révocation des mesures provisoires et conservatoires qu'en cas de changement de circonstances[720]. Parfois, il est également permis au tribunal arbitral de modifier les mesures qu'il a lui-même ordonnées d'office, après une notification aux parties et lorsque les circonstances exceptionnelles l'exigent[721].

388. La loi type de la CNUDCI prévoit les conditions dans lesquelles le tribunal arbitral peut revenir sur les mesures qu'il a lui-même précédemment, ordonnées. Selon l'article 17(D) de la loi type CNUDCI, le tribunal arbitral peut « *modifier, suspendre ou rétracter une mesure provisoire ou une ordonnance préliminaire qu'il a prononcée, à la demande de l'une des parties ou, dans des circonstances exceptionnelles et à condition de le notifier préalablement aux parties, de sa propre initiative.* » L'exigence de notification permet aux parties de présenter leurs arguments devant le tribunal arbitral de façon contradictoire.

389. Cependant, les législations sont souvent hostiles à l'idée de permettre aux arbitres de se saisir d'office d'une question ou d'effectuer une quelconque modification sans la demande préalable des parties. La légitimité d'une procédure arbitrale repose sur l'accord des parties à recourir à l'arbitrage. La nature contractuelle de ce dernier explique l'importance qui est en général accordée à la volonté des parties tout au long de la procédure. C'est pourquoi il est rarement admis que le tribunal arbitral agisse sans la demande préalable de l'une des parties. Néanmoins, certaines législations qui ont suivi le modèle de la loi type CNUDCI ont incorporé cette disposition[722].

390. Les règlements d'arbitrage prévoient souvent le pouvoir pour le tribunal arbitral de modifier les mesures provisoires et conservatoires précédemment ordonnées[723]. Concernant l'arbitrage d'urgence, certains règlements prévoient également que l'arbitre d'urgence a le pouvoir de modifier les mesures provisoires et conservatoires qu'il a ordonnées, jusqu'à la constitution du tribunal arbitral[724]. Après la constitution du tribunal, ce dernier peut modifier

720 Art. R-38(1) du Règlement d'arbitrage de l'AAA de 2013
721 Art. 23.5 du Règlement d'arbitrage du HKIAC 2013 ; art. 23(5) du Règlement d'arbitrage CNUDCI 2013.
722 Par ex. art. 24 de la loi rwandaise sur l'arbitrage 2008 ; art. 20 de la loi slovène sur l'arbitrage 2008 ; art. 21(5) de la loi mauricienne sur l'arbitrage 2013 ; art. 39 de la loi de Hong Kong sur l'arbitrage 2013 ; art. 1692 du Code judiciaire belge 2013.
723 Art. 23.5 du Règlement d'arbitrage HKIAC 2013 ; art. 26(5) du Règlement d'arbitrage CNUDCI 2013 ; art. 26 du Règlement suisse d'arbitrage international 2012.
724 Art. 8 du Règlement d'arbitrage SIAC 2016 ; art. 4.5 du Règlement d'arbitrage de Paris 2013 ; art. 49 du Règlement 2014 de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle 2014 ; art. 9(2) du Règlement d'arbitrage SCC 2010 ; art. R-38 du Règlement d'arbitrage AAA 2013 ; art. 6(8) du Règlement d'arbitrage CCI 2012.

ou révoquer les mesures prises par l'arbitre d'urgence[725]. La modification ou révocation des mesures provisoires et conservatoires s'effectue en principe après un débat contradictoire entre les parties, mais il est possible pour le tribunal arbitral d'ordonner une modification de façon *ex parte*. Dans ce cas, la partie absente devra avoir la possibilité de présenter ses arguments après la notification des modifications à celle-ci pour assurer le respect du principe de contradictoire.

391. Le tribunal arbitral manque d'*imperium* et du pouvoir coercitif : il a le pouvoir d'ordonner des mesures provisoires et conservatoires, mais ne peut exécuter ces mesures. Pour faire exécuter les mesures provisoires prononcées par le tribunal arbitral, il faut recourir au juge étatique. La question se pose de savoir si le juge étatique saisi pour l'exécution des mesures ordonnées par l'arbitre a le pouvoir de modifier celles-ci. En général, les textes sont silencieux en la matière[726]. L'article 17(I) de la loi type CNUDCI prévoit des cas dans lesquels les parties peuvent contester l'exécution d'une mesure provisoire ou conservatoire prise par l'arbitre. Les fondements de contestation énoncés par l'article 17(I) vont au-delà des cas de refus d'exécution d'une sentence arbitrale de l'article 36 et sont plus adaptés aux mesures provisoires. Par exemple, le juge étatique peut refuser l'exécution d'une mesure si cette dernière a été révoquée ou modifiée par le tribunal arbitral, ou si la garantie ordonnée par le tribunal relative à la mesure en question n'a pas été constituée. Cependant, le pouvoir le plus important accordé au juge est celui de la modification de la formulation de la mesure si celle-ci n'est pas compatible avec les pouvoirs du juge de l'exécution[727].

392. En vertu de la majorité des législations, le pouvoir du juge d'exécution de modifier les mesures provisoires et conservatoires prononcées par le tribunal arbitral est limité à une simple reformulation sans revenir sur la substance. Néanmoins, la loi argentine sur l'arbitrage admet le pouvoir du juge de modifier la substance d'une mesure provisoire et conservatoire si celle-ci est contraire à la Constitution ou si le juge estime qu'elle n'est pas raisonnable[728]. Le juge argentin a en effet, un pouvoir discrétionnaire de modifier la substance des mesures provisoires ordonnées par le tribunal arbitral. Cela dénature en quelque sorte l'admission de la compétence

725 Art. 10 du Règlement d'arbitrage SIAC 2016 ; art. 4.5 et 7.3(b) du Règlement d'arbitrage de Paris 2013, art. 9(5) du Règlement d'arbitrage SCC 2010 ; art. 29(3) du Règlement d'arbitrage CCI 2012.
726 Article 17M(3) de la loi néo-zélandaise sur l'arbitrage de 2007 interdit expressément au juge étatique de revenir sur la mesure ordonnée par l'arbitre. À l'inverse, l'article 1041(3) et (4) de la loi allemande sur l'arbitrage de 2003 prévoit que le juge a un pouvoir limité de modifier les mesures provisoires et conservatoires ordonnées par l'arbitre.
727 Art. 17(1) de la loi type CNUDCI 2006.
728 Art. 1655 de la loi argentine sur l'arbitrage 2014.

de l'arbitre pour prononcer des mesures provisoires[729]. Cette solution reste isolée en droit comparé. Au stade de l'exécution des mesures provisoires et conservatoires devant le juge étatique, il est admis par la jurisprudence, que le contrôle du juge sera moins poussé par rapport au contrôle des sentences arbitrales[730].

B. La modification et la révocation des mesures provisoires et conservatoires ordonnées par le juge étatique

393. La réponse à la question de savoir dans quelle mesure le juge étatique peut modifier ses propres décisions réside dans les législations internes. Le régime des mesures provisoires diffère d'un pays à l'autre. Certaines législations admettent facilement que le juge étatique modifie ou révoque les mesures provisoires et conservatoires qu'il a prononcées lui-même[731]. En France, pour que le juge des référés puisse modifier ses propres décisions, il faut que des circonstances nouvelles surviennent justifiant une nouvelle intervention du juge[732]. Le juge des référés est tenu de respecter l'autorité des ordonnances antérieurement rendues, en l'absence de circonstances ou de faits nouveaux[733].

394. Concernant le pouvoir du tribunal arbitral de modifier les mesures prises par le juge étatique, les règlements d'arbitrage ou les lois nationales ne prévoient pas expressément la possibilité pour un tribunal arbitral de modifier, suspendre ou révoquer une mesure provisoire et conservatoire prise précédemment par le juge étatique. Certains règlements prévoient que seule une mesure prise par le tribunal arbitral lui-même ou l'arbitre d'urgence peut être modifiée ou révoquée par le tribunal arbitral[734]. D'autres règlements et législations ne sont pas si spécifiques et peuvent permettre au tribunal arbitral de revoir les mesures prises par le juge étatique. Par exemple, l'article 26 du Règlement suisse d'Arbitrage international de 2012 prévoit que le tribunal arbitral est en mesure de modifier ou révoquer « toutes mesures provisoires accordées ». Également, l'article R-38 du Règlement suisse d'Arbitrage international de 2013 emploie le terme « *an interim award* », pour viser les mesures pouvant

729 E. E. Kaufman, « *The New Argentinian Legislation on Arbitration : Shift into First Gear or Reverse ?* », Kluwer arbitration blog, 2016
730 *Pearls Seas Cruises, LLC c. Irving Shipbuilding, Inc.*, 2011 WL 3475469 (D. Conn.) ; *Ermmott c. Michael Wilson & Partners* (2009) EWHC 1 (Comm) (English High Ct.).
731 Art. 1062 de la loi allemande sur l'arbitrage 20113 ; annexe 3, art. 24 de la loi anglaise sur l'arbitrage 1996.
732 Art. 488, al 2 du Code de procédure civile française 2011.
733 Cass. Civ, 2e, 25 juin 1986, Bull., civ., 1986, II, n°100 ; Cass. Civ. 3e, 29 juin 1989, Bull. civ. 1988, III, n°118 ; Cass Civ. 2e, 20 novembre 1985, Bull. civ., 1985, II, n° 177.
734 Art. 23.5 du Règlement suisse d'arbitrage HKIAC 2013 ; art. 26(5) du Règlement CNUDCI 2013.

être modifiées par le tribunal arbitral. L'article 1693 du Code judiciaire belge de 2013 prévoit que le tribunal arbitral peut modifier « une mesure provisoire et conservatoire », sans préciser l'autorité par laquelle elle a été prise. Une interprétation large de ces termes permet de considérer que le tribunal arbitral a le pouvoir de revoir, modifier ou révoquer les mesures prises par le juge étatique.

395. En pratique, les tribunaux arbitraux tendent à respecter les mesures provisoires et conservatoires ordonnées par le juge étatique. Quelques tribunaux ont considéré qu'un jugement étatique sur les mesures provisoires a force contraignante, ou du moins mérite beaucoup d'égards. Ainsi, un tribunal CCI a refusé de revoir la mesure et a décidé qu'il serait « plus grave » de modifier une mesure ordonnée précédemment par un juge étatique[735]. Dans une autre affaire, le défendeur avait obtenu du juge italien une mesure l'ayant libéré provisoirement de son obligation de paiement sous le contrat en question. Le demandeur souhaitait obtenir la révocation du jugement italien devant le tribunal arbitral. Ce dernier a considéré que ni le règlement ni la loi applicable à la procédure ne lui permettaient d'annuler la mesure prise par le juge étatique. Le tribunal arbitral a expliqué que « *(t)he arbitral tribunal is not competent to lift such sequestration or to order the defendants to renounce it* »[736]. Le tribunal arbitral a rejeté la demande de révocation de la mesure prise par le juge étatique, en partie sur le fondement de la loi de procédure, mais également en se référant au règlement d'arbitrage applicable. Cette affaire illustre l'hostilité des tribunaux arbitraux à revenir sur les mesures prises précédemment par le juge étatique ou de prendre une décision contraire à celle du juge[737].

396. Toutefois, certains auteurs considèrent que les décisions du juge étatique interviennent en tant que soutien de la procédure arbitrale, lorsque le tribunal arbitral n'est pas en mesure d'agir du moins, effectivement[738]. Par conséquent, les mesures prises par le juge ne devront pas avoir la force contraignante devant le tribunal arbitral, qui est le principal responsable du déroulement de la procédure. Selon Gary Born, le tribunal arbitral doit être en mesure de revenir sur les décisions du juge étatique[739]. Certains juges étatiques ont même expressément prévu que les mesures prises ont pour fonction de soutenir la procédure arbitrale pour permettre au tribunal

735 Aff. CCI n°4998 sentence partielle rendue en 1985, obs. S. Jarvin, JDI, 1986, p. 1139.
736 Aff. cité dans E. A. Schwartz, « The practices and experience of the ICC Court », in *Conservatory and Provisional Measures in International Arbitration*, ICC (ed. 1993), p.57.
737 *Ibid.*
738 G. Born, *Provisional relief in International arbitration*, International Commercial Arbitration (2nd. Ed.), (Kluwer Law International, 2014, pp. 2503-2504.
739 *Ibid.*

arbitral de revenir sur celles-ci[740]. Dans ce type de décisions, la possibilité, pour l'arbitre de modifier, ou révoquer une mesure prise par le juge se justifie en cas de changement de circonstances par exemple, entre le moment de l'intervention du juge étatique et la constitution du tribunal arbitral. Lorsque les circonstances de l'espèce sont restées les mêmes, il a été considéré que le tribunal arbitral est tenu par la décision du juge étatique[741].

Le pouvoir du tribunal arbitral de modifier les mesures prises par le juge étatique en l'absence de changement de circonstances peut ouvrir la porte aux abus. Il faut que les mesures prononcées gardent leur force contraignante pour l'efficacité de la procédure arbitrale. Si l'on admet la modification ou la révocation par des arbitres des mesures prononcées par le juge étatique, la partie contre laquelle la mesure a été prononcée serait tentée de présenter une telle demande devant le tribunal arbitral. Deux situations peuvent survenir : soit, le tribunal rejette la demande de modification ou révocation de la mesure prise par le juge étatique et cela engendre une perte de temps de la procédure arbitrale ; soit, le tribunal arbitral accueille la demande et les parties seront face à deux décisions contradictoires. Dans les deux hypothèses, le résultat est regrettable. C'est la raison pour laquelle, la modification ou la révocation par le tribunal arbitral des mesures prises par le juge, ne sont généralement pas admise.

740 *Merill Lynch c. Salvano*, n° 999 F2d211 (7e resort 1993) (« *only until the arbitration panel is able to address whether the TRO (temporary relief order) should remain in effect* »).
741 Order No° 5 of 2 April 2002 *regarding Claimant's Request for Interim Relief* in ICC Case, 21 *Bull. ASA* 810, 816 (2003).

Conclusion

397. L'exécution des mesures provisoires et conservatoires est une question problématique de la procédure arbitrale. La qualification des mesures provisoires arbitrales présente des difficultés fondamentales. Certains droits nationaux considèrent que ces décisions ont la qualité de sentence arbitrale en ce qu'elles tranchent le litige portant sur la mesure provisoire de façon définitive. La qualification de sentence concernant les mesures provisoires arbitrales emporte des conséquences importantes concernant l'exécution de celles-ci. Les parties pourraient demander l'exequatur des décisions arbitrales sur les mesures provisoires au juge étatique. Également, les voies de recours seraient ouvertes contre celles-ci. De plus elles rentreraient dans le champ d'application de la convention de NY sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales. Néanmoins, dans la majorité des droits nationaux, la qualité de sentence n'est pas reconnue aux mesures provisoires et conservatoires arbitrales. En effet, les droits nationaux ne prennent pas en compte la qualification retenue par les règlements d'arbitrage ou le tribunal arbitral. Elles se réfèrent aux qualités de la décision pour déterminer sa qualification. Il nous semble excessif de qualifier les mesures provisoires et conservatoires arbitrales de sentence. Cette qualification va à l'encontre de la flexibilité de ces mesures. Celles-ci doivent être susceptible de modification ou révocation et sont marquées par leur caractère provisoire.

398. La qualification des mesures provisoires et conservatoires affecte l'exécution de celles-ci. En principe, les parties devraient exécuter spontanément les mesures prises par l'arbitre. Néanmoins, il arrive que les parties ne respectent pas la décision arbitrale sur les mesures provisoires. Dans ce cas, les législations nationales prévoient certaines solutions pour assurer l'exécution des mesures provisoires. Par exemple, en droit suisse, l'assistance du juge étatique est prévue pour accorder force exécutoire aux mesures arbitrales. Néanmoins, cette solution reste isolée en droit comparé et la possibilité d'intervention du juge étatique pour assurer l'exécution des mesures provisoires arbitrales n'est généralement pas admise.

Les difficultés d'exécution des mesures provisoires arbitrales ne sont pas résolues. Concernant la sanction de non-respect de ces mesures, plusieurs solutions sont envisagées comme la possibilité pour le tribunal arbitral de prendre en compte le comportement de la partie défaillante dans la sentence. Néanmoins, aucune sanction effective n'est mise en œuvre ni par les législations nationales ni par les institutions arbitrales. À notre sens, il faut s'assurer de l'exécution de ces mesures par les parties plutôt que sanctionner leur non-respect. L'intervention du juge étatique peut alors permettre de surmonter certaines difficultés

d’exécution des mesures provisoires et conservatoires arbitrales en amont. La solution du droit suisse semble satisfaisante sur ce point.

Conclusion du Titre II

399. En France, après la constitution du tribunal arbitral, ce dernier est principalement compétent pour ordonner les mesures provisoires et conservatoires. Les rédacteurs du décret de 2011 n'entendaient pas établir une compétence parallèle du juge étatique et du tribunal arbitral[742]. L'idée était que le tribunal arbitral constitué serait parfaitement capable de répondre aux besoins des parties en matière de mesures provisoires à l'exception des mesures conservatoires d'exécution qui nécessitent une part de *l'imperium*. Mais cette théorie se trouve d'une application limitée dans la pratique, car l'intervention du juge étatique peut être nécessaire pour assurer l'accès à une juridiction du provisoire pour les parties à une convention d'arbitrage, même après la constitution du tribunal arbitral. Par exemple, la possibilité de recours au juge étatique est nécessaire même en présence d'un tribunal arbitral, notamment pour prononcer des mesures d'exécution. C'est la raison pour laquelle, le régime de l'intervention du juge étatique concernant les mesures provisoires et conservatoires après la constitution du tribunal arbitral n'est pas suffisant. Les parties devraient au moins pouvoir s'adresser au juge lorsque le tribunal arbitral est dans l'impossibilité d'agir de façon effective.

400. L'intervention du juge étatique permet de combler les lacunes de l'arbitrage. La question des difficultés de l'exécution des mesures provisoires et conservatoires arbitrales constitue l'une des lacunes de l'arbitrage. Lorsque les mesures provisoires arbitrales s'avèrent ineffectives, il faut envisager la possibilité de recourir à l'assistance du juge étatique. Il ne suffit pas de compter sur la bonne volonté des parties d'exécuter les décisions du tribunal arbitral. Il faut assurer le droit des parties à une protection juridictionnelle provisoire effective. On peut considérer que lorsque les mesures provisoires arbitrales ne peuvent être effectivement exécutées, l'une des parties est privée de son droit d'accès à la protection juridictionnelle provisoire. C'est la raison pour laquelle, il convient de s'assurer de l'exécution des mesures provisoires et conservatoires par les parties au lieu de chercher des moyens pour sanctionner leur non-respect. On peut prévoir le recours au juge étatique concernant les difficultés de l'exécution des mesures provisoires et conservatoires arbitrales. Le juge pourrait ainsi ordonner l'exécution forcée des mesures provisoires arbitrales dans une procédure rapide spécifiquement établie à cet effet.

742 Selon la lettre de l'article 1449 de CPC, le juge de référé ne pourra intervenir que « *tant que le tribunal arbitral n'est pas encore constitué* ».

Conclusion de la première Partie

401. L'arbitrage est un mode privé de règlement des différends. Les parties peuvent soustraire leur litige aux juridictions étatiques en confiant le règlement de leur litige à l'arbitrage. Les parties renoncent ainsi à leur droit au juge étatique au profit d'un juge privé : l'arbitre. Ce dernier détient ses pouvoirs de la convention d'arbitrage entre les parties et non pas de l'État. Certaines conséquences découlent de la nature privée de l'arbitrage : l'arbitre est dépourvu de l'*imperium*, mais également de permanence. Au contraire du juge étatique, l'arbitre est un juge éphémère. C'est la raison pour laquelle l'intervention du juge étatique peut s'avérer nécessaire concernant la mise en place de la procédure arbitrale. Le tribunal arbitral doit être constitué pour connaître le litige entre les parties. Néanmoins, certaines difficultés peuvent se présenter concernant la constitution et la composition du tribunal arbitral. Ces difficultés sont surmontées avec le soutien du juge étatique ou une institution d'arbitrage. À notre sens, même en présence d'une institution d'arbitrage, il faut admettre l'intervention plus poussée du juge pour la protection des droits des parties.

De même, avant la constitution du tribunal arbitral, la protection juridictionnelle provisoire des parties est assurée par le juge étatique compétent pour rendre les mesures provisoires et conservatoires. À ce stade, l'arbitre d'urgence peut également être compétent pour prononcer des mesures provisoires et conservatoires dans le cadre de l'arbitrage institutionnel. Néanmoins, l'arbitre d'urgence dispose des pouvoirs limités et l'efficacité de ses décisions est incertaine. C'est la raison pour laquelle, l'intervention du juge étatique reste indispensable pour ordonner les mesures provisoires et conservatoires avant la constitution du tribunal arbitral.

402. En droit comparé, les droits nationaux prévoient des réglementations similaires concernant l'intervention du juge étatique avant la constitution du tribunal arbitral. Toutefois, l'intervention du juge étatique après la constitution du tribunal arbitral diffère d'une législation nationale à l'autre. Certaines législations mettent en place la compétence complémentaire du juge et de l'arbitre. L'intervention du juge étatique est alors admise uniquement lorsque le tribunal arbitral est dans l'impossibilité d'agir. D'autres législations prévoient la compétence parallèle du juge et de l'arbitre permettant aux parties de choisir l'autorité à laquelle elles souhaitent s'adresser pour leur demande de mesures provisoires et conservatoires. En France, le tribunal arbitral est principalement compétent pour ordonner les mesures provisoires et conservatoires. La compétence du juge étatique se limite aux cas où le tribunal arbitral est dans

l'impossibilité d'agir. Par exemple, le juge est seul compétent pour ordonner des mesures d'exécution ou des mesures provisoires et conservatoires à l'égard des tiers. En revanche dans le cadre de droit suisse, le juge étatique est compétent parallèlement au tribunal arbitral pour prononcer des mesures provisoires et conservatoires. La solution du droit suisse semble plus adaptée en la matière. Elle respecte la volonté des parties de recourir à l'arbitrage en prévoyant la compétence du tribunal arbitral pour prononcer les mesures provisoires et conservatoires. Elle prend également en compte, les difficultés de l'exécution des mesures provisoires arbitrales en permettant aux parties de présenter leur demande devant le juge étatique.

403. Après la constitution du tribunal arbitral, l'intervention du juge étatique peut être nécessaire concernant la prononciation des mesures provisoires et conservatoires, mais également pour l'exécution effective de celles-ci. La reconnaissance et l'exécution des mesures provisoires et conservatoires arbitrales présentent des difficultés. La qualification de ces mesures n'est pas clairement établie. La qualification de sentence n'est pas adaptée à leur nature provisoire. En cas de non-respect des mesures arbitrales par les parties, il est difficile de forcer l'exécution de celles-ci ou d'imposer des sanctions à la partie défaillante. Le droit suisse prévoit l'assistance du juge étatique pour accorder force exécutoire aux mesures arbitrales. En droit français également, il est préférable d'admettre l'intervention plus poussée du juge étatique concernant l'exécution des mesures provisoires et conservatoires arbitrales, plutôt que de chercher des différentes sanctions pour la partie défaillante.

L'intervention du juge étatique concernant la reconnaissance et l'exécution des mesures provisoires arbitrales s'effectue dans l'objectif de soutien de l'arbitrage. Le juge étatique intervient également pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales. À ce stade, l'objectif de son intervention porte sur l'exercice d'un contrôle sur l'arbitrage.

Deuxième partie : L’intervention du juge étatique aux fins de contrôle de l’arbitrage

404. L'arbitrage est un mode de règlement des litiges volontairement choisi par les parties. Celles-ci sont censées exécuter les sentences spontanément. L'intervention du juge étatique dans la phase post-arbitrale - c'est-à-dire après le prononcé de la sentence – s'effectue dans l'objectif du contrôle de l'arbitrage.

Aujourd'hui, après la réforme de 2011, pourquoi revenir sur le régime du contrôle des sentences arbitrales ? Si l'on considère que « *les innovations les plus spectaculaires du décret concernent les voies de recours* », faut-il espérer une évolution du droit français concernant les voies de recours dans le cadre de l'arbitrage ? Si l'on considère que le droit français de l'arbitrage est dans l'ensemble efficace, pourquoi penser sans cesse à des pistes d'évolution ? Est-ce que les critiques sont inutiles ?

Il faut tout d'abord souligner que le droit de l'arbitrage bénéficie d'une certaine stabilité notamment au niveau des textes. Néanmoins, une évolution peut toujours être envisagée. D'une part, avec le développement de la concurrence entre les places d'arbitrage dans le monde, la France doit œuvrer pour conserver sa position méritée dans ce domaine[743]. De plus, le droit évolue avec le temps et ses objets. L'arbitrage international se développe avec le commerce international et il n'est pas question que son droit n'évolue pas. Il est opportun d'étudier les difficultés crées ou maintenues par la réforme de 2011, mais également, l'application des textes par la jurisprudence. Le droit est « prospectif »[744], et l'on peut imaginer un régime amélioré offrant plus de rapidité et efficacité, tout en assurant les garanties fondamentales d'une bonne justice. C'est la raison pour laquelle il est intéressant d'examiner les modalités de l'intervention du juge étatique pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales (Titre I). La sentence arbitrale peut faire l'objet d'un contrôle étatique dans le cadre d'une procédure d'exequatur ou d'un recours contre la sentence sur le fondement de différents griefs. Après avoir étudié les voies procédurales ainsi que les motifs de recours contre la sentence arbitrale, nous allons nous concentrer sur le contrôle du juge étatique sur deux motifs d'annulation de la sentence : l'incompétence du tribunal arbitral et la contrariété de la sentence à l'ordre public international (Titre II). Ces deux motifs de contrôle méritent une étude spécifique. Premièrement, le contrôle du juge étatique sur de la compétence du tribunal arbitral est largement admise en droit comparé. Dans certaines législations le juge peut se prononcer sur la

743 Ph. Fouchard, « *Vers une réforme du droit français de l'arbitrage ? Quelques questions et suggestions* », Rev. arb., 1992, p. 393-394.
744 J-B. Racine, « *Réflexions sur les voies de recours en droit de l'arbitrage — Propos introductifs* », Rev. arb., Vol. 2018 Issue 1, p. 1.

compétence arbitrale à tous les stades de la procédure arbitrale. Ce motif de contrôle suscite des débats intéressants à étudier. Deuxièmement, l'importance des règles d'ordre public justifie une étude particulière sur le contrôle exercé par le juge étatique sur ce motif d'annulation.

Titre I. L'intervention du juge étatique lors de la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales

405. Aujourd'hui, il n'est plus rare que l'on conteste une sentence arbitrale pour tenter d'échapper à ses effets. Le droit français donne à la sentence une grande efficacité. Une fois prononcée, elle doit produire effet.[745]. Tout d'abord, il existe un principe de faveur envers l'arbitrage (*favor arbitrandum*)[746]. La jurisprudence joue un rôle important dans la protection de l'efficacité des sentences indépendamment des textes[747]. Elle en a même déduit un principe « directeur » sous-jacent du droit de l'arbitrage : l'efficacité de la sentence arbitrale[748]. La France, souhaite ainsi, maintenir sa position en tant que la grande place d'arbitrage international dans le monde en assurant l'efficacité des sentences arbitrales.

Une autre explication de la volonté du législateur français de garantir l'efficacité de la sentence est l'idée de confiance. La reconnaissance et l'exécution effective des sentences démontrent la confiance en l'arbitrage en tant que mode de justice. La légitimité de l'arbitrage est installée surtout dans le domaine du droit des affaires internationales. Si les parties se soumettent à l'arbitrage par leur volonté c'est parce qu'elles trouvent un intérêt dans ce mode de règlement des litiges. De plus, les arbitres sont souvent choisis par les parties qui ont confiance en eux ou par des personnes en qui les parties ont confiance. Le rôle important de la volonté des parties

745 Sinon elle n'est qu'un « chiffon de papier », P. Mayer, « *l'autonomie de l'arbitre dans l'appréciation de sa propre compétence* », RCADI, 1989, t. 217, p. 319 et s., spéc. N°36, p. 366
746 B. Hanotiau, « *l'arbitrabilité et la favor arbitrandum : un réexamen* », JDI 1994, p. 899
747 J.-P. Ancel, « La Cour de cassation et les principes fondateurs de l'arbitrage international », in *Le juge entre deux millénaires*, mélanges P. Drai, dalloz, 2000, p. 162
748 J.-P. Ancel, « l'arbitrage international en France (principes et système) », in *L'arbitrage,* Arch. Philo. Dr., 2009, p. 197. Mentionnant le principe « d'effectivité » de la sentence arbitrale, v. L. Bernheim-Van de Casteele, *Les principes fondamentaux de l'arbitrage*, préf. T. Clay, Bruylant, 2012, p. 585 et s.

explique le taux d'exécution spontanée des sentences arbitrales et les efforts du législateur français concernant l'efficacité des sentences.

La première conséquence de l'efficacité renforcée des sentences est à constater en matière de voies de recours (Chapitre I). Les voies procédurales de recours contre la sentence sont strictement limitées notamment en matière internationale. La seconde conséquence de l'efficacité renforcée des sentences est à remarquer en matière de l'étendue du contrôle du juge étatique sur la sentence arbitrale (Chapitre II). Le contrôle du juge est strictement limité aux motifs prévus par le CPC et ne peut pas porter sur le fond de la sentence.

Chapitre I : Les voies procédurales de l'intervention du juge étatique aux fins de contrôle de la sentence arbitrale

406. Les voies de recours constituent le lieu de « *la rencontre entre l'ordre juridique arbitral et l'ordre juridique étatique* »[749]. La question de l'organisation des voies de recours en matière d'arbitrage international est essentielle. La doctrine rappelle qu'elle est *« l'une des questions sensibles du droit de l'arbitrage* » [750]. Par conséquent, « *le codificateur se doit d'être en la matière à la fois prudent et rigoureux.* [...] *La prudence impose que l'autonomie de l'arbitrage ne soit pas étouffée par l'existence de voies de recours qui intégreraient l'arbitrage dans l'organisation judiciaire en faisant de celui-ci un premier degré de juridiction* [et ...] *que ne soient pas multipliées des voies de recours qui, dans leur complexité, favoriseraient un contentieux post-arbitral chicanier*"[751].

407. Pour étudier la question des voies de recours, il faut d'abord définir cette notion. Georges Wiederkehr s'y est intéressé[752]. Il a admis la difficulté de définir les voies de recours, mais a retenu celle proposée par Roger Perrot : ce sont « *des voies de droit qui ont pour objet propre de remettre en cause une décision de justice* »[753]. Il n'est pas nécessaire qu'une voie de recours soit qualifiée ainsi par les textes nationaux. Elles sont parfois qualifiées de « demande » en annulation même lorsqu'elles sont formées devant la cour d'appel[754]. Par exemple, le recours en annulation de droit français n'est pas explicitement placé parmi les voies de recours de procédure civile, mais il est sans doute qualifié comme tel[755]. Le droit français est toujours à la recherche de la meilleure organisation pour les voies de recours en matière d'arbitrage. L'organisation des voies de recours, en droit de procédure civile interne, est une

749 J.-B. Racine, « *Réflexions sur les voies de recours en droit de l'arbitrage — Propos introductifs* », Rev. arb., Vol. 2018 Issue 1 pp.3-13 ; D. Hascher « *Les perspectives françaises sur le contrôle de la sentence internationale ou étrangère* », McGill J. Dispute Resolution, avril 2015, p. 1 : « *Le contrôle est à l'articulation entre l'ordre juridique arbitral et l'ordre juridique étatique* » (*ibid.*, p. 5).
750 E. Loquin, « *Perspectives pour une réforme des voies de recours* », Rev. arb., 1992.21.
751 Ibid.
752 G. Wiederkehr, « *Le système des voies de recours en droit judiciaire privé français* », *RID comp.*, 1989, n° spéc., vol. 11, p. 225-242. V. sur cette question K. Salhi, « *Contribution à une théorie générale des voies de recours en droit judiciaire privé* », thèse dactyl., dir. Th. Le Bars, Caen, 2004, n° 541 et s.
753 R. Perrot, *Institutions judiciaires*, 16e éd. par B. Beignier et L. Miniato, LGDJ, Précis Domat, n° 615.
754 En ce sens, S. Besson, J.-F. Poudret, *Droit comparé de l'arbitrage international*, Bruxelles-Zürich-Paris, Schulthess, LGDJ, 2002, n° 769.
755 V. en ce sens les précisions apportées par J. Pellerin, « *Rôle et fonction de la cour d'appel* », *supra*, p. 37, n° 37.

tâche difficile et complexe[756]. Il est encore plus difficile de déterminer les voies de recours et leur régime dans le cadre du droit spécial de l'arbitrage[757].

408. Historiquement, l'organisation des voies de recours a connu une évolution intéressante. En droit Roman, la sentence était considérée comme définitive. Il faut noter qu'il n'était pas non plus envisageable d'exercer un recours contre les décisions du juge judiciaire. En matière d'arbitrage, l'autonomie de la volonté des parties de soustraire leur litige aux juridictions étatiques était absolue[758]. À partir du XIIIe siècle[759], et notamment aux XVIe et XVIIe siècles, lors de la formation des fondations de l'État moderne, les voies de recours se développent dans la justice étatique, mais également dans le cadre de l'arbitrage[760]. L'ouverture des voies de recours contre une sentence arbitrale démontre, d'une part, une reconnaissance de l'arbitrage comme un mode de règlement des conflits ; et d'autre part, la volonté du pouvoir politique d'exercer un contrôle sur l'arbitrage[761].

Pendant longtemps, la question des voies de recours soulevait une tension entre le respect du caractère « extrajudiciaire » de l'arbitrage et la volonté politique de contrôler l'arbitrage en tant que mode de justice « infra-judiciaire »[762]. Mais est-ce que cette approche est toujours valide aujourd'hui ? Avec le développement de l'arbitrage international, et le mouvement d'autonomisation de celui-ci, la conception infrajudiciaire s'est effacée, au profit de la faveur à l'indépendance de l'arbitrage. Avec le décret de 13 janvier 2011, l'efficacité de l'arbitrage est au cœur de la réglementation de l'arbitrage et notamment de l'organisation des voies de recours[763]. Les voies de recours peuvent être utilisées pour permettre aux juridictions étatiques

---

756 Pour une étude complète sur la question voir : G. Wiederkehr, « *Le système des voies de recours en droit judiciaire privé français* », art. préc., p. 232 et s.

757 J.-B. Racine, « *Réflexions sur les voies de recours en droit de l'arbitrage - Propos introductifs* », art. précité. p. 3.

758 Commentaire fourni par Ulpien d'un rescrit d'Antonin le Pieux, D. 4, 8, 27, 2, cité par S. Dauchy, « Le recours contre les décisions arbitrales en perspective historique », art. préc. p. 765.

759 Voir l'étude approfondie de C. Jallamion, « *Arbitrage et pouvoir politique en France du XVIIe au XIXe siècle* », Rev. arb., 2005.3.

760 Au XVIe siècle, le roi, favorable à l'arbitrage, enserre ainsi les voies de recours dans des conditions drastiques. Mais les parlements s'efforcent méthodiquement, au XVIIe siècle, de donner de ces conditions une lecture toujours plus souple afin de resserrer leur emprise sur la justice privée en facilitant l'appel contre les sentences arbitrales (V. C. Jallamion, art. préc., p. 16).

761 C. Chainais, « *Réflexions prospectives sur les voies de recours en matière d'arbitrage* », Rev. arb., 2018, Vol. 2018 Issue 1, n° 8 et 9.

762 La terminologie est suggérée par C. Jallamion, C. Jallamion, « *Arbitrage et pouvoir politique en France du XVIIe au XIXe siècle* », Rev. arb., 2005.3. p. 41.

763 Les décrets de 1980-1981, le décret de 201, ainsi que la jurisprudence se sont tous préoccupés de la question de l'efficacité de la sentence. Concernant les voies de recours, la jurisprudence ne peut faire évoluer leur régime qui dépend des seuls textes, en l'occurrence d'origine réglementaire, d'où l'intervention du décret de 2011, E. Gaillard, P. De Lapasse, « *le nouveau droit français de l'arbitrage interne et international* », D. 2011, p. 175, spéc., p. 176.

de contrôler le respect de certaines règles fondamentales comme l'ordre public par les arbitres. La fonction essentielle des voies de recours concerne les garanties liées aux droits des parties. C'est dans le souci d'assurer les droits fondamentaux que certaines voies de recours restent ouvertes.

409. Aujourd'hui, la fonction du juge étatique en matière des voies de recours dans l'arbitrage doit être considérée comme un « service rendu à l'arbitrage »[764]. En effet, le juge élimine les sentences qui ne méritent pas de produire effet. Ce sont des sentences qui ne respectent pas les standards de la bonne justice et ne sont, par conséquent, pas acceptables. Le travail du juge du contrôle contribue au maintien de l'arbitrage comme étant fiable et respectueux des garanties de la bonne justice. La possibilité de recourir au juge et la disponibilité de la justice étatique jouent un rôle important dans la confiance des parties à l'arbitrage. C'est pourquoi « *la suppression du recours en annulation pour les sentences internationales a fait fuir les utilisateurs de l'arbitrage* » en Belgique et le législateur a dû rétablir le recours en annulation par la loi du 19 mai 1998, en prévoyant la possibilité pour les parties de renoncer à celui-ci[765].

410. Le renforcement des voies de recours ordinaires et extraordinaires peut être en lien direct avec le renforcement de « *la qualité de la justice arbitrale* »[766]. Le régime des voies de recours joue un rôle important pour assurer l'efficacité des sentences arbitrales. Dans cet ordre d'idées, certaines évolutions du droit français ont été proposées comme la création d'une cour unique et spécialisée compétente pour connaître tous les recours contre les sentences arbitrales. C'est pour cette raison qu'on a suggéré de concentrer tous les recours devant la Cour d'appel de Paris[767] spécialisée dans le domaine et compétente pour rendre des décisions pertinentes en matière de recours en droit de l'arbitrage.

Certains autres auteurs proposent de créer une Cour internationale chargée de contrôler les sentences arbitrales[768]. L'arbitrage international atteindrait ainsi une autonomie presque

764 J.-B. Racine, « *Réflexions sur les voies de recours en droit de l'arbitrage — Propos introductifs* », Rev. arb., Vol. 2018 Issue 1, p.7.
765 v. Ph. Fouchard, « *La portée internationale de l'annulation de la sentence arbitrale dans son pays d'origine* », Rev. arb., 1998.329, spéc., n° 41.
766 C. Chainais, « *Réflexions prospectives sur les voies de recours en matière d'arbitrage* », Rev. arb., 2018, Vol. 2018 Issue 1, n° 46.
767 V. J. Pellerin, « *Rôle et fonction de la cour d'appel* », *op. cit.,* n° 46.
768 Voir dans ce sens : Congrès international de l'arbitrage, Travaux de la troisième Commission du Congrès de Paris, 11-13 mai 1961, Rev. arb., 1961.99. ; H. Holtzmann, « A Task for the 21st Century : Creating a New International Court for Resolving Disputes on the Enforceability of Arbitral Awards », Graham & Trotman/Martinus Nijhoff in *TheInternationalisation of International Arbitration*, 1995, p. 109. ; H. E Judhe Stephen M. Schwebel, « The Creation and Operation of an International Court of Arbitral Awards », in *The*

absolue, avec la création d'une Cour qui lui sera propre. Cependant, il semble que nous sommes très loin de la réalisation de cette idée et les parties devront toujours emprunter les voies de recours prévues par les droits nationaux pour contester une sentence arbitrale. On peut se demander dans quelles mesures le régime des voies de recours contre la sentence arbitrale peut atteindre son point d'équilibre ?

Il faut souligner que le droit de l'arbitrage bénéficie d'une certaine stabilité notamment au niveau des textes après la réforme de 2011. En France, deux types de voies de recours sont disponibles à l'encontre d'une sentence arbitrale. Les voies de recours ordinaires sont dotées d'une organisation spécifique dans le cadre de l'arbitrage (Section I). Certaines voies de recours extraordinaires existent également contre la sentence arbitrale (Section II).

Section I. La spécificité de l'organisation des voies de recours ordinaires contre la sentence

411. Le régime des voies de recours ordinaires contre une sentence arbitrale est doté des particularités. C'est un régime extraordinaire par rapport aux voies de recours du droit commun. Le tribunal arbitral n'est pas une juridiction de premier degré par rapport aux juridictions étatiques. C'est la raison pour laquelle l'appel n'est pas la voie de recours principale contre la sentence. Les voies de recours contre la sentence arbitrale sont limitées au stricte nécessaire. Le recours en annulation est la principale voie de recours contre la sentence arbitrale (Sous-section I). L'organisation des voies de recours relève de l'ordre public, toutefois, dans le cadre de l'arbitrage, la volonté des parties peut jouer un rôle dans la détermination des voies de recours ouvertes contre la sentence (Sous-section II). Également, l'issue de la procédure de recours présente des difficultés particulières dans le cadre de l'arbitrage, et mérite d'être étudiée (Sous-section III).

Internationalisation of International Arbitration, The LCIA Centenary Conference, Arbitration International p. 115. ; Ph. Fouchard, « *La portée internationale de l'annulation de la sentence arbitrale dans son pays d'origine* », Rev. arb. 1993, issue 3, n° 37 ; Ph. Fouchard, « *Suggestions pour accroître l'efficacité internationale des sentences arbitrales* », Rev. arb., 1998, spéc., n° 49 et A. Jan van ven Berg, *« Should the Setting Aside of the Arbitral Award be Abolished?* », ICSID Rev.,2014.1, spéc. p. 25.

Sous-section I. Le recours en annulation ; la voie principale de recours contre la sentence arbitrale

412. Le recours en annulation est la principale voie de recours et consiste à contrôler la régularité minimale de la sentence. C'est exceptionnellement et uniquement dans le cadre de l'arbitrage interne que la voie d'appel peut être empruntée pour le contrôle du bien-jugé de la sentence. Le recours en annulation est une voie de contrôle limitée par nature et son régime correspond aux spécificités de l'arbitrage (§I). De plus, elle n'a pas d'effet suspensif dans le cadre de l'arbitrage (§II).

§I. Le régime du recours en annulation contre la sentence arbitrale

413. Le recours en annulation est en général considéré comme la voie principale de recours contre la sentence arbitrale en droit comparé. Néanmoins, les modalités de sa mise en place peuvent différer d'un pays à l'autre. Le régime du recours en annulation est basé sur le droit de la procédure civile du siège de l'arbitrage. Nous allons étudier le régime du recours en annulation en droit français (A), ainsi qu'en droit comparé (B).

A. Le régime du recours en annulation en droit français

414. Le recours en annulation est la principale voie de recours ouverte aux parties contre une sentence arbitrale. Il est adapté à l'arbitrage en ce qu'il constitue un mode de contrôle limité[769]. La possibilité d'exercer un recours en annulation est limitée à des cas définis par l'article 1520 du CPC. Ce texte a pour objectif de contrôler le respect des principes fondamentaux de l'arbitrage. Il ne s'agit en aucun cas de revenir sur le fond de la sentence[770]. En vertu du principe de l'interdiction de la révision au fond, l'intervention du juge étatique pour le contrôle de la sentence est minimale. Le juge vérifie que la sentence peut entrer dans l'ordre juridique français sans examiner le bien jugé de celle-ci. Le recours en annulation ne peut être exercé que contre les sentences rendues en France. Il est la seule voie ouverte contre une sentence internationale. L'article 1518 prévoit que « *la sentence rendue en France en matière d'arbitrage international*

769 Dans le même sens : L. Weiller, sous C.A. Paris (Pôle 1 – Ch. 1), 28 oct. 2014, *Rev. arb.*, 2015.831.
770 Sur lequel v. notamment V. Chantebout, *Le principe de non-révision au fond des sentences arbitrales*, Thèse Paris II (dir. Ch. Jarrosson), 2007.

ne peut faire l'objet que d'un recours en annulation »[771]. Dans le cadre de l'arbitrage interne, le recours en annulation est la voie principale de recours contre la sentence, néanmoins, les parties peuvent prévoir la possibilité de former un appel contre la sentence (v. *infra* §II).

En vertu de l'article 1519 du CPC « *le recours en annulation est porté devant la Cour d'appel dans le ressort de laquelle la sentence a été rendue* ». Depuis la réforme du 11 décembre 2019, le pôle 5, chambre 16 connaît de l'intégralité des recours contre les sentences internationales. En revanche, le pôle 1, chambre 1 conserve sa compétence pour les recours contre les sentences internes, ce qui pourrait soulever des difficultés de coordination entre la jurisprudence de ces deux chambres.

415. Les parties disposent d'un délai d'un mois pour exercer un recours en annulation (article 1519 al. 2 CPC). La notification de la sentence présente une importance concernant la date du début du délai pour introduire les voies de recours. La réforme de 2011 a apporté quelques modifications en matière de notification de la sentence. Concernant les modalités de celle-ci, il ne s'agit pas nécessairement d'une signification par voie d'huissier. En arbitrage interne, l'article 1484 alinéa 3 du CPC prévoit que la sentence « *est notifiée par voie de signification, par voie d'huissier de justice, à moins que les parties en conviennent autrement* ». Cette solution est aussi applicable en matière d'arbitrage international en vertu de l'article 1519 alinéa 3 du CPC. Par renvoi à un règlement d'arbitrage, la communication de la sentence par le centre d'arbitrage est également susceptible, selon les termes employés et les méthodes prévues, de valoir notification[772].

La CCI a récemment développé la pratique d'envoi de la sentence par mail avant la notification de celle-ci aux parties. Le mail mentionne qu'il ne fait pas courir les délais de recours[773]. Selon la jurisprudence antérieure à la réforme de 2011, les parties doivent mentionner les modalités des voies de recours ouvertes et les délais pour les exercer, si elles décident que la notification peut se réaliser autrement que par voie de signification[774]. Cette jurisprudence semble être

771 Il faut noter que la voie de recours en révision peut également être intentée par les parties dans certaines situations, *v. infra*.
772 J. Ortcheidt, C. Seraglini, « *la nouvelle articulation des recours en arbitrage international* », op. cit., n°9
773 S. Besson, « *Le recours contre la sentence arbitrale internationale selon la nouvelle LTF (aspects procéduraux)* », *art. précité.* (note 1), n° 25.
774 Cass. Civ. 2, 28 avril 1986, Rev. arb. 1986, p. 329, obs. Th. Bernard ; Cass. Civ. 2, 4 février 1999, Gaz. Pal. 13-14 oct. 2000, p. 12, obs. E. du Rusquec.

maintenue même après la réforme de 2011[775]. Celle-ci a apporté une autre innovation en la matière en permettant la notification, indépendamment de l'exequatur de la sentence.

Avant la réforme, l'ancien article 1486 alinéa 2 du CPC et l'ancien article 1505 du CPC, prévoyaient qu'il fallait d'abord obtenir l'exequatur de la sentence avant de la signifier. C'était confondre l'exequatur et les voies de recours[776]. La rapidité et la simplicité des voies de notification peuvent être considérées comme étant au service de l'efficacité de la sentence arbitrale.

B. Le recours en annulation en droit comparé

416. En droit suisse, les textes utilisent l'expression « recours en matière civile », mais la doctrine suisse se réfère en général, au « recours en annulation »[777]. Ce dernier s'exerce devant le Tribunal fédéral suisse, dans une instance unique[778]. Le Tribunal fédéral suisse est l'autorité judiciaire suprême de la Confédération suisse, selon l'article 188 de la Constitution suisse. Il veille à l'application uniforme du droit fédéral et au respect des droits fondamentaux en Suisse. Il statue en dernière instance. En France, « *le recours en annulation est porté devant la cour d'appel dans le ressort de laquelle la sentence a été rendue* »[779]. Les pouvoirs de la cour d'appel sont différents de ceux de Tribunal fédéral suisse en tant qu'une juridiction suprême. La cour d'appel juge en droit et en fait, alors que le Tribunal fédéral est juge en droit uniquement. Les rédacteurs de la LDIP avaient pour objectif de promouvoir la Suisse en tant que place d'arbitrage dans le monde. Au moment de la rédaction de la LDIP, on considérait qu'un contrôle approfondi par le juge étatique limite l'autonomie de l'arbitrage[780]. Cette vision a influencé non seulement les textes, mais également la jurisprudence du Tribunal fédéral concernant les voies de recours contre les sentences arbitrales. Le Tribunal fédéral a adopté une approche restrictive envers les possibilités de recours[781].

---

775 Th. Clay, « *liberté, égalité, efficacité : La devise du nouveau droit français de l'arbitrage. Commentaire article par article* », *op. cit*., p. 506 et Ch. Seraglini et J. Ortscheidt, *op. cit.* (note 28), n° 511.
776 Th. Clay, « *liberté, égalité, efficacité : la devise du nouveau droit français de l'arbitrage. Commentaire article par article* », op. cit., p. 520.
777 B. Corboz, « *Art. 77 LTF* », *in* B.Corbozetal. (éd.), *Commentaire de la LTF, op. cit*., n°2.
778 Egalement, l'article 615 *Zivilprozessordnung* ,disposant que la Cour suprême autrichienne (*Oberste Gerichtshof*) agit en instance unique en matière de recours contre les sentences arbitrales.
779 L'article 1519 du CPC.
780 Voir S. Besson, « *Le recours contre la sentence en droit suisse* », Rev. arb., Vol. 2018 Issue 1, pp. 99 - 120
781 Par ex. ATF 120 II 155, cd.6.

Une recherche sur les chances de succès d'un recours devant le Tribunal fédéral a été effectuée, par le Professeur Félix Dasser[782]. Selon les résultats de cette recherche, les chances de succès sont en moyenne 7%[783], et la durée d'une procédure de recours en moyenne de 6 mois[784]. En effet, le Tribunal fédéral n'hésite pas à rejeter rapidement les recours contre les sentences, ce qui peut donner lieu à un contrôle trop superficiel de la sentence. Il faut noter que les sentences partielles doivent être attaquées immédiatement, lorsqu'elles sont rendues avant le prononcé de la sentence finale[785].

417. En Suisse, les parties peuvent exercer un recours en annulation dans un délai de 30 jours à compter de la communication de la sentence (l'article 191 LDIP et l'article 100 al. 1 LTF). Le droit français prévoit un délai semblable d'un mois pour le recours en annulation (article 1519 al. 2 CPC). Cependant, le point de départ du délai diffère en France et en Suisse et présente une grande importance pratique pouvant rendre le recours irrecevable. En Suisse, le délai commence à courir dès la communication de la sentence. Aucune exigence de notification ou signification de la sentence n'est prévue par le droit suisse et le simple envoi de celle-ci par les arbitres suffit pour considérer que la communication a eu lieu. Le point de départ du délai de recours est alors fixé au jour de la réception de la sentence[786].

Selon l'article 47 alinéa 1 de la LTF, le délai de recours ne peut être prolongé. La partie souhaitant exercer un recours en annulation doit être très rapide dans la rédaction de l'acte de recours. Ce dernier doit comporter tous les motifs de recours et les motivations, sous peine d'irrecevabilité. Le Tribunal fédéral a considéré, en matière d'arbitrage TAS, que dans le cas où la sentence est communiquée par mail et par l'envoi de l'original, la réception de l'original marque le point de départ du délai[787].

---

782 F. Dasser, M. Wojtowicz, « *Challenges of Swiss Arbitral Awards—Updated and Extended Statistical Data as of 2015* », *Bull. ASA*, 2016.280 ; F. Dasser, D. Roth, « *Challenges of Swiss Arbitral Awards — Selected Statistical Data as of 2013* », *Bull. ASA*, 2014.460 ; F. Dasser, « *International Arbitration and Setting Aside Proceedings in Switzerland — An Updated Statistical Analysis* », Bull. ASA, 2010.82 ; F. Dasser, « *International Arbitration and Setting Aside Proceedings in Switzerland : A Statistical Analysis* », Bull. ASA, 2007.444. cité par S. Besson, « *Le recours contre la sentence en droit suisse* », Rev. arb., 2018 Issue 1, pp. 99 - 120

783 F. Dasser, M. Wojtowicz, « *Challenges of Swiss Arbitral Awards—Updated and Extended Statistical Data as of 2015* », *op. cit.,* p. 283-284. cité par S. Besson, « *Le recours contre la sentence en droit suisse* », op.cit.

784 F. Dasser, M. Wojtowicz, « *Challenges of Swiss Arbitral Awards—Updated and Extended Statistical Data as of 2015* », *op. cit.* (note 16), p. 286-287.

785 S. Besson, « *Le recours contre la sentence arbitrale internationale selon la nouvelle LTF (aspects procéduraux)* », art. précité. n° 17.

786 *Ibid*. n° 25.

787 Arrêt 4A_392/2010 du 12 janvier 2011, cd. 2.3.2.

418. En droit anglais, le point particulièrement intéressant de la procédure de recours contre la sentence qui nécessite notre attention est le suivant : avant d'intenter une voie de recours contre la sentence sur le fondement d'un des trois griefs prévus par les articles 67 à 69 de l'EAA, les parties doivent épuiser les autres voies prévues pour faire valoir leurs moyens (l'article 7°(2), EAA 1996). Par exemple, elles doivent, tout d'abord, demander au tribunal arbitral de corriger ou clarifier la sentence ou les points problématiques de celle-ci[788]. Toute demande concernant ce type de correction doit intervenir dans les 28 jours suivant la date de la sentence. Les parties peuvent s'accorder pour un délai plus long en vertu de l'article 57 (4) de l'EAA. Également, le juge dispose du pouvoir d'étendre ce délai prévu par la loi sur le fondement de ses pouvoirs généraux concernant le déroulement de la procédure (l'article 79(1) EAA). En effet, le droit anglais prévoit une occasion supplémentaire pour les parties de résoudre tout litige concernant la sentence, devant le tribunal arbitral lui-même. Ainsi, le juge anglais interviendrait uniquement dans les cas où les problèmes en cause ne peuvent être réglés dans le cadre de l'arbitrage et une intervention étatique est véritablement nécessaire.

419. Dans l'affaire *Torch Offshore LLC v. Cable Shipping Inc* (2004)[789], juge Cooke J a considéré qu'une partie qui n'a pas demandé la correction d'un raisonnement défectif de la sentence, au tribunal arbitral, dans les délais impartis, ne peut attaquer la sentence devant le juge. Dans l'affaire *Buyuk* de 2010[790], Gavin Kaeley QC, a souligné qu'il faut effectuer une distinction entre les cas dans lesquels on constate l'échec total du tribunal arbitral de résoudre un problème présenté par les parties, et les cas dans lesquels, la résolution du problème est simplement incomplète ou manque de clarté. Dans la première hypothèse, une irrégularité grave de la sentence peut être en cause, notamment si la non-résolution du problème crée une situation « *d'injustice grave* ». En présence de ce grief, les parties doivent pouvoir présenter leur demande devant le juge. Dans le cadre de la seconde hypothèse, il considère qu'il faut opérer une subdivision entre les cas où le tribunal a reporté sa décision sur la question en cause, et les cas où la sentence manque de clarté sur la manière dont elle a été décidée[791]. C'est dans le cadre de cette dernière situation que l'annulation de la sentence pour l'irrégularité sérieuse peut être

788 *Omnibridge Consulting Ltd v. Clearsprings (Management) Ltd* (2004) EWHC 2276 (Comm), at (62); Article 70 (1), (2) de l'EAA 1996.
789 *Torch Offshore LLC v. Cable Shipping Inc.* (2004) EWHC 787 (Comm) ; (2004) 2 All ER (Comm) 365 ; (2004) 2 Lloyd's Rep 446, at (28).
790 *Buyuk Camlica Shipping Trading and Industry Co Inc v. Progress Bulk Carriers Ltd* (2010) EHWC 442 (Comm) ; (2011) Bus LR D 99, at (42) and (43).
791 *Ibid,* n°43.

envisagée. Pour résumer, lorsque la sentence manque uniquement une correction ou une interprétation, celle-ci doit être demandée prioritairement au tribunal arbitral.

420. En vertu de l'article 33 (1) (a) de l'EAA les parties peuvent demander aux arbitres de corriger des erreurs de calcul, de typographie ou tout autre erreur de ce type. L'article 33 (1) (b) évoque la possibilité pour les parties de demander l'interprétation d'un point ou une partie de la sentence. Cette procédure s'applique également lorsque les arbitres ont accidentellement omis une partie de la sentence[792], ou les motivations de celle-ci[793]. Néanmoins, les arbitres ne peuvent revenir sur le fond de la sentence pour réexaminer les éléments du litige[794] ou ajouter de nouvelles conclusions[795]. Les parties ne peuvent demander au tribunal arbitral de modifier son raisonnement ou la solution du litige[796].

§II. L'absence d'effet suspensif du recours en annulation

421. En France l'une des dispositions révolutionnaires de la réforme de 2011 était celle relative à l'absence d'effet suspensif du recours en annulation (A). Cette disposition a suscité des commentaires controversés. La solution du droit français n'est pas isolée et les spécificités du droit de l'arbitrage expliquent la dérogation à l'effet suspensif du recours également en droit comparé (B).

A. L'absence d'effet suspensif du recours en annulation en droit français

792 *Pancommerce SA v. Veecheema* BV (1983) 2 Lloyd's Rep 304 ; *The Montan* (1985) 1 All ER 520.
793 *Groundshire v. VHE Construction* (2001) BLR 395 ; *Al Hadha Trading Co. V. Tradigrain* SA (2002) 2 Lloyd's Rep 512.
794 *Tan Poh Leng Stanley v. Tang Boom Jek Jeffrey* (2201) 1 SLR 624 ; *Tay Eng Chuan v. United Overseas Insurance Ltd* (2009) SGHC 193 ; *Sutherland Co v. Hannevig Brothers* Ltd (1921) 90 LJKB 225 ; *Fuga AG v. Bunge AG* (1975) 2 Lloyd's Rep 192 ; *King v. Thomas McKenna Ltd* (1991) 2 QB 480 ; *Bloor Construction (UK) Ltd v. Bowner & Kirkland* (London) Ltd (2000) BLR 314 ; 794 *Al Hadha Trading Co. V. Tradigrain* SA (2002) 2 Lloyd's Rep 512 ;*Hawk Shipping Ltd v. Cron Navigation Ltd* (2003) EWHC 1828 (Comm) ; *Torch Offshore LLC v. Cable Shipping* (2004) 2 All ER (Comm) 365.
795 *Re PetroChina International (Hong Kong) Corporation Ltd* (2011) 4 HKLRD 604).
796 *Al Hadha Trading Co. V. Tradigrain* SA (2002) 2 Lloyd's Rep 512 ; *Torch Offshore LLC v. Cable Shipping* (2004) 2 All ER (Comm) 365 ; *World Trade Corporation Ltd v. Czarnikow Sugar Ltd* (2004) 2 All ER (Comm) 813 ;*Margulead v. Excide* (2004) 2 All ER 727 ; *Five Oceans Salvage v. Wenzhou Timber* (2011) EWHC 3282 (Comm) ; *ASES Havacilic Seris ce Destek Hizmetleri AS v. Delkor UK Ltd* (2012) EWHC 3518 (Comm) ; *Petrochemical v. The Dow Chemical Company* (2012) 2 Lloyd's Rep 691 ; *Cadogan v. Turner* (2013) 1 Lloyd's Rep 630 ; *Union Marine Classification Services LLC v. the Government of the Union of Comoros* (2015) EWHC 508) (Comm).

422. En droit français de l'arbitrage international, un recours en annulation n'a pas d'effet suspensif. La réforme de 2011 a pu être qualifiée par la doctrine de « révolutionnaire » en la matière[797]. L'article 1526 alinéa 1 du CPC dispose que « *Le recours en annulation formé contre la sentence et l'appel contre l'ordonnance ayant accordé l'exequatur n'est pas suspensif* ». Cette règle renforce considérablement l'efficacité de la sentence, en évitant le caractère dilatoire de la formation d'une voie de recours[798]. L'absence d'effet suspensif du recours en annulation en droit de l'arbitrage international était une dérogation à la règle de principe de droit commun français de la procédure civile avant le décret du 11 décembre 2019. Aujourd'hui, l'exécution provisoire des décisions de première instance est admise même en droit commun.

423. Les rédacteurs de la réforme de 2011 ont été influencés par le droit suisse concernant l'absence d'effet suspensif du recours en annulation[799]. En Suisse, la sentence arbitrale est dotée d'une force exécutoire immédiate et le recours en annulation[800], n'a pas d'effet suspensif. L'introduction d'une telle disposition peut s'expliquer par le fait qu'avant la réforme, la jurisprudence avait pu rencontrer des cas de recours abusifs[801]. De plus, selon les statistiques, les cas d'annulation d'une sentence ou d'une ordonnance d'exequatur sont très limités en pratique, ce qui conforte cette solution retenue par la réforme de 2011.

La suppression de l'effet suspensif par le décret de 2011 a été justifiée par le respect de l'efficacité de la sentence arbitrale. Cependant, certaines critiques peuvent être adressées à l'absence d'effet suspensif du recours en annulation. Il est vrai qu'une telle mesure élimine tout risque de recours dilatoires d'une partie pouvant avoir pour but de retarder l'exécution d'une sentence. Cependant, l'absence d'effet suspensif peut également dissuader une partie qui a de bonnes raisons de demander l'annulation de la sentence, d'exercer un recours. En effet, on permet à une sentence internationale d'être exécutée immédiatement, alors qu'elle pourrait porter atteinte à des principes fondamentaux de l'arbitrage ou à des règles d'ordre public international. Le contrôle du juge étatique étant très limité et superficiel lors de la demande d'exequatur de la sentence, et l'appel contre l'ordonnance n'ayant, pas plus que le recours en

797 E. Loquin, « *la réforme du droit français interne et international de l'arbitrage* », *op. cit.,* p. 285
798 Th. Clay, « *liberté, égalité, efficacité : La devise du nouveau droit français de l'arbitrage. Commentaire article par article* », *op. cit.,* p. 855
799 Ch. Seraglini et J. Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, Montchrestien, 2013, n° 496.962, qui montrent qu'il s'agit d'un « *alignement du droit français avec des droits qui encouragent l'arbitrage, tel le droit suisse* ».
800 V. S. Besson, « *Le recours contre la sentence en droit suisse* », Rev. arb. 2018, issue 1. n° 15 et s.
801 H. Lécuyer, « L'*exercice abusif des voies de recours contre les sentences arbitrales : de quelques manifestations de l'ire de juge judiciaire* », Rev. arb. 2006, p. 573

annulation, d'effet suspensif une atteinte à l'ordre public international par une sentence arbitrale est possible.

424. Pendant un moment, le droit de l'arbitrage avait pour objectif d'assurer le plus d'autonomie et d'indépendance à l'arbitrage. Dans ce contexte, l'ouverture des voies de recours et plus généralement, le contrôle des sentences arbitrales par le juge étatique, était considéré comme une atteinte à l'indépendance de l'arbitrage et à l'autonomie de la volonté des parties. Cependant, aujourd'hui, cette approche paraît dépassée. Le juge étatique est plutôt considéré comme un soutien à l'arbitrage. L'efficacité des sentences arbitrales ne repose pas uniquement sur leur force exécutoire, mais également sur leur respect des principes fondamentaux de l'arbitrage et de l'ordre public international. En effet, l'insuffisance du régime des voies de recours contre la sentence arbitrale débouche sur une certaine faiblesse de l'arbitrage lui-même.

L'arbitrage pour être efficace en tant que mode de règlement des litiges doit respecter les exigences de la bonne justice. Il est vrai que la France et la Suisse font partie des grandes places de l'arbitrage, en raison des réglementations favorables qu'elles ont adoptées envers l'arbitrage. Cependant, de nos jours, la crédibilité d'une place d'arbitrage se fonde, également, en partie sur sa capacité à garantir la conformité des décisions arbitrales aux principes fondamentaux. De plus, il a été souligné par certains auteurs que si le nombre des recours en annulation contre les sentences arbitrales se réduit, la jurisprudence en la matière déclinera par conséquent[802]. Il est évident que la jurisprudence de la Cour d'appel de Paris[803] et de la Cour de cassation[804] est indispensable pour dessiner l'avenir du droit de l'arbitrage.

425. Les inquiétudes relatives à la suppression de l'effet suspensif du recours en annulation existent également, concernant l'appel formé contre une décision d'exequatur. Cette décision a un caractère exécutoire, et son titulaire bénéficie des moyens importants comme la saisie attribution. La conséquence de la suppression de l'effet suspensif de l'appel contre l'ordonnance d'exequatur est particulièrement intéressante concernant les sentences étrangères annulées à l'étranger. Depuis les arrêts *Hilmarton* et *Putrabali*[805], l'annulation d'une sentence

802 Th. Clay, « *Liberté, égalité, efficacité : la nouvelle devise du droit français de l'arbitrage* », *JDI*, 2012.58 : « *On peut dès lors s'attendre à une diminution du nombre d'arrêts d'appel et donc aussi de cassation, et*[...] *des commentaires y afférents* ».
803 Sur le rôle régulateur de la Cour d'appel de Paris, v. J. Pellerin, « *Rôle et fonction de la cour d'appel* », *op.cit*., n° 4.
804 J. Ortscheidt, « *Rôles et fonctions de la Cour de cassation* », *op.cit*, p. 37, n° 41.
805 Cass. civ. 1re, 10 juin 1997, *Hilmarton, Bull. civ*. I, n° 195 ; *JDI*, 1997.1033, note E. Gaillard ; Rev. arb., 1997.376, note Ph. Fouchard ; RTD com., 1998.329, obs. E. Loquin. Cass. civ. 1re, 29 juin 2007, *Putrabali* (2 arrêts, pourvois n° 05-18053 et n° 06-13293), Bull. civ. I, n° 250 et 252 ; J.-P. Ancel, *« L'arbitrage : une juridiction*

étrangère dans le pays du siège de l'arbitrage n'entraîne pas son annulation automatique en France. Il est donc possible pour les parties de saisir le juge français d'une demande d'exequatur d'une sentence. Par conséquent, « *il n'est pas rare que l'exequatur d'une sentence étrangère, annulée dans son pays d'origine, soit cherché à la seule fin de saisir les biens détenus en France par la partie, française ou étrangère, condamnée par la sentence* »[806].

426. En vertu de la Convention de New York, il n'est pas possible de traiter différemment les sentences rendues à l'étranger et celles rendues sur le territoire national. Il n'est donc pas possible de rétablir l'effet suspensif uniquement pour l'appel contre une ordonnance d'exequatur étrangère. Il a été constaté que « *la suppression de l'effet suspensif des voies de recours paraît avoir inutilement fragilisé le nouvel équilibre des recours introduit par le décret du 13 janvier 2011* »[807]. Il a été donc suggéré d'abroger l'article 1526 alinéa premier du CPC[808].

Néanmoins, une réforme du régime des voies de recours contre la sentence arbitrale n'étant pas à l'horizon, la piste la plus réaliste réside dans l'alinéa 2 de l'article 1526 du CPC qui permet au président de la Cour d'appel statuant en référé et au conseiller de la mise en état « *d'arrêter ou aménager l'exécution de la sentence si cette exécution est susceptible de léser gravement les droits de l'une des parties* ». Cette disposition pourra devenir le fondement de l'effet suspensif des recours intentés contre certaines sentences, choisies par le juge[809].

427. Le décret de 13 janvier 2011 a prévu la suppression de l'effet suspensif du recours en annulation et celui de l'appel contre l'ordonnance d'exequatur ainsi que la possibilité de renonciation au recours (voir *infra*). Ces mesures doivent être contrebalancées pour éviter les effets dommageables de l'exécution d'une sentence internationale[810]. C'est pourquoi l'article 1526 du CPC prévoit qu'il est possible d'arrêter ou d'aménager l'exécution de la sentence pour

---

internationale autonome », RJDA 10/07, p. 883 et s. ; M. de Boisséson, LPA, 2007, n° 192, p. 20 et s. ; Rev. arb., 2007.507, note E. Gaillard ; Bull. ASA, 2007, n° 4, p. 826 et s., note P.-Y. Gunter ; Rev. bras. arb., 2007, n° 15, p. 200, obs. K. Spyrides ; Gaz. Pal., 22 nov. 2007, n° 326, p. 14, note Ph. Pinsolle ; Gaz. Pal., 22 mars 2008, n° 82, p. 23, note C. Debourg ; L. Degos, « *La consécration de l'arbitrage en tant que justice internationale autonome* », D., 2008.1429 ; Rev. bras. arb., 2008, n° 18, p. 114, note L. Weiller. V. également le rapport de J.-P. Ancel, Rev. arb., 2007.507.

806 J. Pellerin, « *Le droit français de l'arbitrage après le décret du 13 janvier 2011* », Rev. arb., 2011, n° 12.

807 C. Chainais, « *Réflexions prospectives sur les voies de recours en matière d'arbitrage* », Rev. arb. 2018, issue 1, pp. 177-220, n°37.

808 *Ibid*.

809 Ch. Jarrosson, J. Pellerin, « *Le droit français de l'arbitrage après le décret du 13 janvier 2011* », Rev. arb., 2011, n° 109, p. 74-75. Sur les évolutions de la jurisprudence en la matière, V. not. I. Michou, « L'exécution provisoire de la sentence internationale », *in* M. de Fontmichel, J. Jourdan -Marques (dir.), *L'exécution des sentences arbitrales internationales*, LGDJ, 2017, p. 119 et s.

810 v. J. Pellerin, « La suppression de l'effet suspensif des recours contre les sentences internationales et étrangères en droit français », in A. El Kosheri *Liber Amicorum*, Kluwer, 2019.

éviter que l'exécution cause éventuellement une lésion grave aux droits des parties. L'article vise une probabilité en se référant aux cas où l'exécution est « susceptible » de causer une lésion grave[811]. Cet article a déjà fait l'objet d'applications jurisprudentielles[812]. Certaines décisions semblent sévères[813], alors que d'autres sont plutôt souples[814].

Ce n'est pas la notion de « *conséquences manifestement excessives* » du droit commun qui a été ici reprise comme à l'article 524 du CPC. Il semble que la notion de « *lésion grave aux droits de l'une des parties* » soit plus large, permettant d'inclure également « *le risque tenant à la disproportion entre l'exécution immédiate de la sentence et le résultat attendu du recours* »[815]. L'article 524, alinéa 4 du CPC, concerne l'arrêt de l'exécution provisoire des décisions judiciaires. Dans le cadre de l'exécution provisoire d'un jugement, le créancier pourra être tenu de rembourser le débiteur, en cas de changement intervenu sur son droit de créance. L'arrêt de l'exécution provisoire vise à éviter un dommage irréparable. Toutefois, dans le cadre de l'arrêt d'exécution d'une sentence, le juge ne prend pas en compte les chances du succès de chacune des parties devant la cour. Il s'intéresse uniquement à l'effet de l'exécution de la sentence sur la situation des parties. L'importance qu'est accordée par la réforme du 2011 à l'efficacité de la sentence arbitrale ne permet pas de considérer que le juge pourrait prévoir au stade d'une demande d'arrêt de l'exécution d'une sentence, les chances du succès du recours en annulation[816].

428. Certaines conditions doivent être remplies pour l'arrêt de l'exécution d'une sentence en vertu de l'article 1526 du CPC. Selon ce dernier, l'exécution de la sentence ne doit pas causer

---

811 Ch. Jarrosson et J. pellerin, « *le droit français de l'arbitrage après le décret de 13 janvier 2011* », *op. cit.* p. 75.

812 V. C.A. Paris, ord., 30 juin 2020, *Compagnie de sécurité privée et industrielle,* n° 20/04017, Dalloz actualité, 29 juill. 2020, obs. J. Jourdan-Marques, C.A. Paris, 22 oct. 2019, *Fédération de Russie c. JSC Oschadbank,* n° 19/04161.

813 C.A. Paris, 18 octobre 2011, Rev. arb. 2012, p. 395, 1ère esp., note Ch. Jarrosson et J. Pellerin : « *Le principe étant désormais l'exécution immédiate de la sentence, l'arrêt ou l'aménagement de l'exécution doivent constituer l'exception, et se limiter aux cas où cette exécution est susceptible de léser gravement les droits de l'une des parties, expression différente de celle de 'conséquences manifestement excessives', applicable en droit commun et conservée en matière d'arbitrage interne.* »

814 C.A. paris, 23 avril 2013, p. 542. Cette décision a admis la lésion grave au droit de l'une des parties. La Cour a jugé qu' « *en cas d'infirmation de l'ordonnance d'exequatur, il sera très aléatoire pour SBN (société de droit français) d'obtenir restitution des sommes payées à une société tchèque en vertu d'une sentence rendue à Lausanne dont l'efficacité , hors du territoire national, ne sera pas affectée par les décisions de justice française ; que cet obstacle à la répétition est compte tenu du montant de la somme en cause (plus de 4 millions d'euros), de nature à léser gravement les droits de SBN* ».

815 Ch. Jarrosson, J. Pellerin, ibid., « *le droit français de l'arbitrage après le décret de 13 janvier 2011* », *op. cit*. p. 76.

816 V. J. Pellerin, L. De Maria, « *Le sursis à exécution de la sentence internationale ou étrangère en cas de recours (art. 1526 al. 2)* », Cah. arb., 2014.783, spéc. p. 791.

une lésion grave au débiteur. Il n'existe pas de définition précise de la notion de lésion grave. Cette dernière dépend de l'appréciation souveraine des juges du fond, en fonction des circonstances spécifiques de l'espèce. Le juge veille à ce que la lésion invoquée soit réellement grave comme l'impossibilité de la continuité de l'exploitation de l'entreprise[817]. On prend en compte les effets notamment économiques de l'exécution de la sentence sur la situation du débiteur. Des arrêts plus récents montrent que d'autres circonstances, notamment géopolitiques peuvent être prises en compte[818]. Il est également déduit tacitement de l'article 1526 alinéa 2 du CPC, que la non-exécution de la sentence ne devrait pas léser gravement les droits du créancier. Le texte se réfère aux droits de « l'une des parties ».

Dans le cas où il existe un risque de lésion grave des droits du débiteur, le juge peut aménager l'exécution de la sentence, notamment pour éviter la non-restitution des fonds[819]. Par exemple dans l'affaire *Farmex technologies v. République d'Arménie*[820], la société Farmex soutenait que l'exécution de la sentence, à savoir le paiement de 1,3 million d'euros était de nature à compromettre sa pérennité. Le conseiller de la mise en état a ordonné l'arrêt de l'exécution de la sentence. Il a pris en compte des considérations d'ordre économique pour décider que l'exécution de la sentence serait de nature à compromettre la survie de l'entreprise[821]. Il a également mentionné dans l'ordonnance que l'arrêt de l'exécution ne cause aucun préjudice significatif au créancier. Finalement, il parait que la jurisprudence française a atteint un

817 V. aussi ord. CME, Paris, Pôle 1 – Ch. 1, 27 mars 2014, et les observations de J. Pellerin et L. De Maria, *« Le sursis à exécution de la sentence internationale ou étrangère en cas de recours (art. 1526 al. 2)* », préc.

818 V. C.A. Paris, 22 oct. 2019, *Fédération de Russie c/ JSC Oschadbank*, n° 19/04161, Dalloz actualité, 6 janv. 2020, obs. J. Jourdan-Marques, le conseiller de la mise en état a précisé que « *le texte de l'article 1526 précité ne cantonne pas expressément son bénéfice à une appréciation des seules conséquences économiques d'une exécution de la sentence pour l'une des parties* », C.A. Paris, ord., 30 juin 2020, *Sanofi Winthrop Industrie,* n° 20/01484. Dans cette ordonnance, l'appréciation n'est que partiellement économique. La Cour d'appel écarte les allégations relatives à l'existence d'un comportement frauduleux du créancier, dès lors que celui-ci a déjà fait l'objet d'une discussion devant le tribunal arbitral. L'argument selon lequel le domicile à l'étranger du créancier personne physique suffit à caractériser un risque quant à la restitution des fonds, n'est pas retenu. Elle ne retient pas non plus un moyen relatif à l'insécurité juridique qui résulterait de l'exécution de la sentence. Ces questions ont été tout de même examinées par la Cour d'appel. Néanmoins, les arguments qui pourraient permettre l'arret de l'exécution de la sentence, en dehors des considérations économiques, ne sont pas clairement identifiés.

819 V. J. Pellerin et L. De Maria, « *Le sursis à exécution de la sentence internationale ou étrangère en cas de recours (art. 1526 al. 2)* », *op. cit*., spéc. p. 788.

820 C.A. Paris, 3 Avril 2014., *SARL Farmex Technologies c/ République d'Arménie, Foreign Financing Projects Management Center of the Ministry of Finance (FFPMC*), N° 13/22288.

821 Comp. C.A. Paris, Pôle 1, Ch. 5, Ord. premier Président, 18 octobre 2011, *SAS Mambo Commodities c/ Société Compagnie malienne pour le développement des textiles*, Rev. arb., 2012, 393, 1re espèce, note Ch. Jarrosson, J. Pellerin. Selon cette ordonnance, « *le débiteur ne peut pas se contenter de faire état de sa situation économique, encore faut-il qu'il établisse en quoi l'exécution de la sentence est susceptible de léser gravement ses droits, en mettant en péril sa trésorerie et en le plaçant dans une situation financière extrêmement difficile* » ; *adde*, C.A. Paris, Pôle 1, Ch. 5, Ord. premier Président, 23 avril 2013, *SASU Spie Batignolles Nord c/ Société Chemoproject,* Rev. arb., 2013, somm. 342, qui aménage l'exécution en raison du caractère aléatoire pour le créancier d'obtenir, en cas d'infirmation de l'ordonnance d'exequatur, la restitution des sommes payées.

compromis satisfaisant. On prend compte de la situation de toutes les parties et des circonstances de l'affaire pour arrêter l'exécution de la sentence. Cette solution réduit les effets indésirables de l'absence d'effet suspensif du recours en annulation.

B. L'absence d'effet suspensif du recours en annulation en droit anglais

429. En droit anglais, le recours contre une sentence arbitrale n'a pas d'effet suspensif. Néanmoins, en vertu de l'article 103(5) de l'EAA, lorsqu'un recours en annulation a été formé contre une sentence devant l'autorité compétente (par exemple, le juge du siège de l'arbitrage), le juge anglais à qui l'exécution forcée a été demandée peut surseoir à statuer en attendant la décision sur l'annulation. Dans cette situation, il peut demander à la partie qui demande l'arrêt de l'exécution de la sentence de fournir une garantie adéquate pour éviter le risque de l'inexécution de la sentence. Sur ce point, il est intéressant d'étudier la décision de la Cour Suprême anglaise dans l'affaire IPCO[822]. Dans cette affaire, une procédure de recours en annulation contre la sentence était en cours en Nigéria au même moment qu'une procédure d'exécution forcée de celle-ci en Angleterre. La Cour d'appel avait considéré que la durée de la procédure de recours en annulation justifiait que la Cour anglaise ordonne l'exécution forcée de la sentence. Cependant, elle a demandé à la partie bénéficiaire de l'exécution forcée de placer 100 millions de dollars en tant que garantie pour la partie adverse[823]. La constitution de garantie vise à éviter les conséquences préjudiciables de l'exécution de la sentence pour la partie qui a formé un recours en annulation. Ce dernier n'ayant pas d'effet suspensif, en cas d'annulation de la sentence, la partie contre laquelle la sentence a été rendue risque de subir un dommage du fait de l'exécution de celle-ci.

L'objectif de la constitution de garantie était de protéger cette partie des éventuelles manœuvres dilatoires de la partie bénéficiaire de l'exécution forcée. La Cour Suprême a cassé l'arrêt de la Cour d'appel en soulignant que les mesures de sûreté peuvent être accordées uniquement dans le cas où un sursis à statuer a été sollicité en vertu de l'article 103(5) de l'EAA. En l'espèce, attendu que l'affaire avait été renvoyée à la Cour Commerciale pour déterminer si la sentence pouvait recevoir force exécutoire, l'arrêt de l'exécution n'avait pas été demandé en vertu de l'article 103(5) de l'EAA. La Cour Suprême a ajouté que le juge ne pouvait subordonner

822 *IPCO (Nigeria) Ltd. v. Nigerian National Petroleum Corp* [2017] UKSC 16.
823 *IPCO (Nigeria) Ltd. v. Nigerian National Petroleum Corp* [2015] EWCA Civ 1145.

l'exécution d'une sentence à la constitution d'une garantie sur le fondement de l'article 3.1 (3) du Code de procédure civile anglais, qui n'est pas applicable dans ce domaine[824].

430. Cette solution est critiquable. L'exécution de la sentence peut avoir des effets dommageables parfois irréversibles pour la partie contre laquelle la sentence a été prononcée. En l'absence de l'effet suspensif du recours contre la sentence, celui-ci peut être privé de son intérêt. Si l'exécution de la sentence affecte la situation d'une partie de façon irréparable, l'annulation de la sentence pourrait arriver trop tard. Il faut permettre au juge d'éviter une telle situation en appréciant les circonstances de l'espèce. La constitution d'une garantie en échange de l'exécution de la sentence pourrait résoudre le problème du risque d'un dommage irréparable à l'une des parties. En droit français, le juge peut exceptionnellement prévoir que le recours en annulation a un effet suspensif lorsqu'il existe le risque d'un dommage irréparable à la partie contre laquelle la sentence a été prononcée. Il serait logique pour le droit anglais de prévoir une solution à ce problème. La possibilité pour le juge d'ordonner une constitution de garantie par le bénéficiaire de la sentence nous paraît être une solution adaptée.

431. D'autres dispositions de l'EAA prévoient la constitution de garantie dans le cadre de recours contre la sentence arbitrale lorsque le siège de l'arbitrage est situé en Grande-Bretagne. L'article 70(6) de l'EAA admet que le juge peut ordonner à une partie de fournir des mesures de sûreté pour le paiement des frais de la procédure de recours contre la sentence arbitrale. Également, l'article 70(7) de l'EAA, prévoit la possibilité pour le juge de demander que le montant dû par le débiteur contre qui la sentence a été prononcée soit présenté à la cour pendant la procédure de recours en annulation. Dans l'affaire *Erdenet Mining Corp. LLC v. ICBC Standard Bank Plc & Ors*[825], les juges ont considéré que la demande était difficilement justifiable car les arguments fondant le recours en annulation contre la sentence étaient mal fondés. La Cour a alors ordonné la constitution d'une garantie en vertu de l'article 70(7) de l'EAA, en soulignant qu'il existait un risque de dispersion des biens par le débiteur.

La constitution de garantie bénéficie d'une place privilégiée en droit anglais. Dans le cadre de recours contre les sentences arbitrales, elle vise à éviter les conséquences d'un recours en annulation contre la sentence. En France, en cas de risque de lésion grave aux droits de l'une des parties, l'arrêt de l'exécution de la sentence pourrait être ordonné par le juge. En Angleterre, la partie qui estime que l'exécution de la sentence porte une atteinte grave à ses droits doit

824 *IPCO* [2017] UKSC 16, n° 44
825 *Erdenet Mining Corporation LLC v. ICBC Standard Bank Plc & Ors* [2017] EWHC 1090 (Comm).

garantir l'exécution de la sentence dans le cas où elle serait maintenue, ainsi que sa capacité de paiement des frais de procédure de recours.

§III. L'issue du recours en annulation contre la sentence arbitrale

432. À la fin de la procédure de recours en annulation, le juge prononce l'annulation ou rejette la demande. La décision de rejet vaut exequatur de la sentence. En France, aucune autre solution n'est prévue. Toutefois, certaines sanctions alternatives contre la sentence peuvent être envisagées (A). Après l'annulation de la sentence, une autorité compétente doit se prononcer sur le fond du litige (B).

A. La nécessité d'introduire des sanctions alternatives à l'annulation de la sentence

433. La possibilité de contester une sentence arbitrale est une garantie nécessaire pour les droits des parties. Il faut néanmoins veiller à ce que les voies de recours ne constituent pas un moyen d'abus. La jurisprudence s'est prononcée à plusieurs reprises sur l'interdiction pour les parties d'abuser de leur droit de contester les sentences arbitrales[826]. Les parties peuvent être tentées d'exercer un recours contre la sentence sur le fondement de certaines irrégularités mineures. L'annulation étant la seule sanction contre une sentence, elle peut paraître disproportionnée par rapport à l'irrégularité constatée. Le caractère disproportionné de la sanction peut dissuader le juge de l'annulation de la prononcer facilement, d'où la rigidité de la jurisprudence en la matière. L'annulation d'une sentence peut s'avérer très sévère dans certaines situations et les juges sont amenés à choisir entre l'efficacité d'une sentence entachée d'un petit défaut, et l'annulation radicale de celle-ci. Dans l'esprit de la protection de l'efficacité des sentences arbitrales, il est évident que dans la majorité des cas, les griefs de l'annulation sont appréhendés et interprétés de manière à laisser exister le plus de sentences possibles. Ainsi certaines irrégularités de la sentence ne sont pas sanctionnées.

826 H. Lécuyer, « *Exercice abusif des voies de recours contre les sentences arbitrales : de quelques manifestations de l'ire du juge judiciaire* », Rev. arb., 2006.573.

434. On assiste aujourd'hui au développement des sanctions graduées dans le droit contemporain[827]. Ces sanctions peuvent constituer des alternatives aux sanctions radicales comme l'annulation[828]. On peut considérer la possibilité d'annulation partielle de la sentence, lorsque la sentence ne forme pas un tout indivisible[829], ou même les sanctions alternatives à l'annulation comme la régularisation[830]. Certains ont proposé de renvoyer la sentence devant l'arbitre[831]. Par exemple, dans le cas où l'arbitre n'a pas complètement rempli sa mission en statuant *infra petita*, il faut renvoyer l'affaire devant lui pour qu'il complète sa décision, en vertu de l'article 1485 du CPC[832]. À part certaines possibilités limitées qui existent concernant le renvoi de la sentence devant l'arbitre, on peut imaginer une liberté pour la Cour d'appel de suspendre la procédure en cours, à la demande d'une des parties, pour permettre à l'arbitre de se prononcer sur une ou plusieurs questions[833]. Cette proposition présente l'avantage de prévoir une collaboration renforcée entre l'arbitre et le juge. Mais encore faut-il que cette collaboration fonctionne de façon efficace et rapide.

435. Le problème principal concerne les difficultés de réunion et constitution du tribunal arbitral. Il est possible que le tribunal arbitral ne puisse pas être de nouveau réuni pour connaître les questions en cause. Dans ce cas, il est inutile de prévoir la constitution d'un tribunal arbitral autrement réuni. Le but est que le même tribunal ait le pouvoir d'exercer complètement et correctement sa mission. À titre d'exemple, en droit belge, l'article 1717 §6 du code judiciaire belge (inspiré par la loi-type CNUDCI, article 34 §4), prévoit que lors d'une demande d'annulation, le tribunal de première instance « *peut, le cas échéant et à la demande d'une partie, suspendre la procédure d'annulation pendant une période dont il fixe la durée afin de donner au tribunal arbitral la possibilité de reprendre la procédure arbitrale ou de prendre toute mesure que ce dernier juge susceptible d'éliminer les motifs d'annulation* ». Cette solution témoigne d'une faveur accordée à tout prix à l'arbitrage. Elle propose une coopération entre le

827 Ch. Jarrosson, « Réflexions sur les sanctions applicables à la sentence arbitrale », *in Mélanges P. Mayer*, LGDJ, 2015, n° 25 et s., p. 341 et s., *passim*.
828 P. Giraud, *Le devoir de l'arbitre de se conformer à sa mission*, Larcier/ Bruylant, 2017, n° 442 ets.
829 Exemples, v. C.A. Paris, 30 juin 2005, Rev. arb., 2006.687, note R. Libchaber ; Paris, 3 décembre 2009, Rev. arb., 2010.115 ; C.A. Paris, 3 septembre 2013, Rev. arb., 2013.822 ; C.A. Paris, 22 septembre 2015, Rev. arb., 2015.1222.
830 Ch. Jarrosson, « Réflexions sur les sanctions applicables à la sentence arbitrale », *in Mélanges P. Mayer, op. cit.*, p. 331.
831 V. C. Chainais, D. Fenouillet, *Les sanctions en droit contemporain*. Vol. 1, *La sanction, entre technique et politique*, Dalloz, Coll. L'esprit du droit, 2012 et spéc., en procédure civile, C. Chainais, *Les sanctions en procédure civile : à la recherche d'un clavier bien tempéré*, p. 357-408.
832 V. P. Giraud, *Le devoir de l'arbitre de se conformer à sa mission, op. cit.*, n° 460, et les références citées.
833 Cécile Chainais, « *Réflexions prospectives sur les voies de recours en matière d'arbitrage* », Rev. arb., 2018, Issue 1, n° 50.

juge et l'arbitre et permet la mise en place de sanctions plus modérées que l'annulation de la sentence[834].

436. En droit suisse comme en droit français, un recours ne peut que résulter en une décision d'annulation ou de refus d'annulation de la sentence[835]. L'annulation partielle d'une sentence est néanmoins possible, lorsque les points problématiques sont indépendants d'autres parties de la sentence[836]. Par exemple, dans le cas où les arbitres ont accordé des intérêts non réclamés à la base, le juge peut annuler cette partie de la sentence tout en gardant la décision principale sur la condamnation. Toutefois, il n'existe pas de solution alternative moins radicale à l'annulation comme l'invitation du tribunal arbitral de compléter sa sentence qui serait plus opportune dans certains cas.

437. En droit anglais, au contraire, plusieurs « *remedies* » sont prévues qui peuvent être prononcées par le juge à l'issue d'une procédure de recours en annulation (les articles 67(3)[837], 68(3)[838], 69(7)[839] de l'EAA). Si le juge anglais estime que les moyens présentés par la partie requérante sont recevables, il peut modifier[840] ou annuler la sentence partiellement ou intégralement ; renvoyer une partie ou la totalité de l'affaire devant le tribunal arbitral ; ou priver une partie ou la totalité de la sentence d'effet. Le juge peut prononcer cette dernière sanction uniquement dans le cas où il est établi qu'il serait inadéquat de renvoyer l'affaire devant le tribunal arbitral.

L'étude des sanctions prévues par le droit anglais contre une sentence irrégulière relève un point intéressant : le juge a le choix de prononcer la mesure la plus adaptée à l'affaire en cause. Il peut renvoyer l'affaire devant le tribunal arbitral. Dans certains cas, le tribunal est plus à même

---

834 Dans certains cas l'annulation s'avère trop radicale par exemple lorsque les motifs ne mentionnent pas que l'arbitre statuant en amiable compositeur a effectivement vérifié que la solution est conforme à l'équité.
835 L'art. 77 al. 2 LTF exclut expressément l'application de l'art. 107 al.2 LDIP « dans la mesure où cette dernière disposition permet au Tribunal fédéral de statuer sur le fond de l'affaire ». V. p. ex. G. Kaufmann-Kohler, A. Rigozzi, *Arbitrage international*, *op. cit.* (note 1), n° 8.119.
836 S. Besson, « *Le recours contre la sentence arbitrale internationale selon la nouvelle LTF (aspects procéduraux)* », *art. précité.* (note1), n°49.
837 « *On an application under this section challenging an award of the arbitral tribunal as to its substantive jurisdiction, the court may by order (a)confirm the award, (b)vary the award, or (c)set aside the award in whole or in part*. »
838 « *If there is shown to be serious irregularity affecting the tribunal, the proceedings or the award, the court may (a)remit the award to the tribunal, in whole or in part, for reconsideration, (b)set the award aside in whole or in part, or (c)declare the award to be of no effect, in whole or in part.* »
839 « *On an appeal under this section the court may by order (a)confirm the award, (b)vary the award, (c)remit the award to the tribunal, in whole or in part, for reconsideration in the light of the court's determination, or(d)set aside the award in whole or in part.* »
840 Uniquement en cas de l'incompétence du tribunal arbitral ou de l'erreur sur un point de droit anglais (articles 67(3) et 67(9) de l'EAA).

de modifier certaines parties de la sentence ou même rejuger l'affaire. Dans d'autres situations, le tribunal arbitral ne peut être à nouveau réuni ou il n'est pas dans l'intérêt des parties de se retrouver dans une procédure arbitrale supplémentaire. Le juge peut alors priver certains points problématiques de la sentence d'effet ou l'annuler partiellement.

438. La flexibilité des sanctions d'une sentence arbitrale en droit anglais est à la foi favorable à l'arbitrage et à la protection des intérêts des parties. L'efficacité des sentences arbitrales est garantie, car des sanctions moins graves que l'annulation complète de la sentence sont disponibles. Si un ou plusieurs des griefs d'annulation sont établis à l'encontre d'une partie de la sentence, elle peut subsister à l'exception de la partie problématique. Également, la compétence arbitrale est favorisée, par la possibilité pour le juge de renvoyer l'affaire devant le tribunal arbitral. Le régime français prévoyant uniquement l'annulation de la sentence comme sanction pour les sentences arbitrales on peut penser qu'il favorise le risque d'abus. Soit le juge de l'annulation annule les sentences arbitrales pour les irrégularités mineures, soit l'annulation n'est prononcée que rarement et le contrôle de la sentence ne produit pas son effet intégral. Au contraire, le système de droit anglais permet au juge d'ajuster sa décision sur la reconnaissance d'une sentence à l'affaire en cause ; solution qui est plus adaptée à la complexité du droit de l'arbitrage.

B. La résolution du litige après l'annulation de la sentence

439. À l'issue du recours en annulation, dans l'hypothèse où le recours aboutit, les conséquences d'une annulation ne sont pas prévues en matière internationale. Il est possible d'organiser une nouvelle procédure arbitrale pour trancher le litige sur le fond. Il appartient aux parties de décider si la résolution du litige doit être conférée au même tribunal arbitral qui a rendu la sentence initiale. Ce tribunal connaît l'affaire en cause et sera plus à même de rendre une nouvelle sentence dans les meilleurs délais. Néanmoins, la constitution du même tribunal arbitral peut être impossible (par exemple, par l'indisponibilité d'un ou plusieurs membres). On peut alors envisager la constitution d'un nouveau tribunal arbitral pour statuer de nouveau sur le litige. On commence une nouvelle procédure longue et coûteuse. Le respect de l'autonomie de la volonté des parties impose que le juge ne soit pas compétent pour connaître le litige au

fond. Ainsi, « *le juge du siège n'est compétent que pour vérifier que la sentence peut entrer dans son ordre juridique national, mais pas pour vérifier que la sentence a été bien jugée* »[841].

440. En Suisse, après l'annulation de la sentence par le juge étatique, l'affaire est portée de nouveau devant le tribunal arbitral pour qu'il tranche le litige sur le fond. Cette règle connaît des exceptions lorsque la compétence des arbitres ou la régularité de la composition du tribunal arbitral sont remises en cause[842]. En général, il n'est pas nécessaire de recommencer la procédure arbitrale depuis le début. Par exemple, si le non-respect du principe de contradictoire a été constaté par le juge, il envoie les parties devant le tribunal arbitral pour débattre les points litigieux uniquement. On peut néanmoins, douter des chances de succès du recours en pratique. À quel point est-il envisageable que le tribunal arbitral change sa décision une fois qu'il entend les deux parties sur certains points ?

L'examen de l'arrêt *Cañas*[843], permet d'illustrer ce point. Dans le cadre de cette affaire, le requérant estimait que son droit d'être entendu n'avait pas été respecté concernant un des éléments du litige. La sentence ne faisait aucune référence à une question sur laquelle la partie demanderesse avait développé toute une argumentation complète. Le Tribunal fédéral a admis le recours en renvoyant les parties devant le tribunal arbitral. Ce dernier a rendu la même sentence en complétant le raisonnement lié à la question litigieuse, sans que cela ait une incidence sur le règlement du litige. L'annulation de la sentence n'a eu aucun effet pratique pour la partie requérante.

441. Certains proposent de demander la récusation du tribunal arbitral, lorsqu'il est de nouveau saisi, sur le fondement du grief d'indépendance et d'impartialité en raison d'un préjugé, après l'annulation de la sentence[844]. Cependant, il faut noter que la jurisprudence suisse est très restrictive en matière de récusation des arbitres et une telle demande a peu de chance de réussir. Il ne semble pas réaliste d'attendre du tribunal fédéral qu'il considère qu'une erreur de procédure dans le cadre de l'instance arbitrale peut compromettre l'indépendance et l'impartialité des arbitres. Il a déjà admis que « *des fautes de procédure ou une décision matériellement erronée ne suffisent pas à fonder l'apparence de prévention d'un arbitre ou*

841 Th. Clay, « *Liberté, égalité, efficacité : la nouvelle devise du droit français de l'arbitrage* », *JDI*, 2012.840.
842 S. Besson, « *Le recours contre la sentence arbitrale internationale selon la nouvelle LTF (aspects procéduraux)* », *art. précité.* (note1), n°48. Pour un cas illustratif, v. arrêt 4A-14/2012 du 2 mai 2012 et 4A-46/2011 du 16 mai 2011, ainsi que l'analyse de X. Favre-Balle, *in* « *L'effet cassatoire des décisions du Tribunal fédéral suisse et les pouvoirs (circonscrits) des arbitres de restatuer* », Cah. arb., 2013.417.
843 ATF 133 III 235, arrêt rendu sur recours contre la sentence TAS 2005/A/951, prononcée le 23 mai 2006.
844 S. Besson, « *Le recours contre la sentence en droit suisse* », Rev. arb., 2018 Issue 1, n° 63.

d'un tribunal arbitral, sauf erreurs particulièrement graves ou répétées constituant une violation manifeste de ses obligations »[845]. C'est uniquement dans le cas de l'annulation de la sentence sur le grief de l'incompétence du tribunal arbitral ou de la constitution irrégulière de celui-ci que l'affaire n'est pas renvoyée devant le même tribunal arbitral.

442. La solution suisse illustre la confiance en l'arbitrage et l'intégrité des arbitres. On suppose que les arbitres respecteront la décision de l'annulation et reprendront l'affaire sans préjugés[846]. Néanmoins, dans le cas où le tribunal arbitral ne pourrait de nouveau être constitué, les parties seront confrontées à une complication en plus de la procédure post-arbitrale. Après l'annulation de la sentence, il faut de nouveau procéder à la constitution d'un tribunal arbitral qui devra étudier le fond de l'affaire et se prononcer sur le problème litigieux. Les parties devront alors subir une autre procédure longue et coûteuse pour la résolution de leur litige. Il faut alors considérer que cette procédure est la conséquence du choix des parties de conférer le règlement de leur litige à l'arbitrage.

La logique du droit de l'arbitrage repose sur la liberté et l'autonomie de la volonté des parties. Elles peuvent s'accorder sur les modalités de la constitution du tribunal arbitral et du déroulement de la procédure arbitrale. Néanmoins, le régime des voies de recours relève de l'ordre public[847]. Il convient de s'interroger sur le role des parties dans le régime des voies de recours contre la sentence arbitrale.

Sous-section II. Le rôle des parties dans le régime des voies de recours contre la sentence arbitrale

443. Même si le régime des voies de recours relève de l'ordre public, le décret du 13 janvier 2011 a prévu la possibilité pour les parties de s'accorder sur certains points de la procédure post-arbitrale et le régime des voies de recours. Ces points restent néanmoins très limités et les voies de recours restent en dehors de la disposition des parties[848]. Les parties ont la possibilité

845 Arrêt 4A_54/2012 du 27 juin 2012, cd. 2.2.3.
846 On peut ajouter qu'un refus de la part des arbitres de se soumettre à la décision du Tribunal fédéral ayant annulé leur sentence — par exemple en refusant d'examiner une question concernée par l'arrêt d'annulation — peut entraîner une annulation de la nouvelle sentence sur la base de l'article 190 al. 2 let. b (incompétence) ou e (ordre public procédural) LDIP ;v. S. Besson, « *Le recours contre la sentence arbitrale internationale selon la nouvelle LTF (aspects procéduraux)* », *art. précité* (note 1), n° 48 et les références citées.
847 J.-B. Racine, « *Réflexions sur les voies de recours en droit de l'arbitrage — Propos introductifs* », Rev. arb. 2018 Issue 1, p. 5.
848 v. D. Bureau, note sous Cass. civ. 1re, 20 novembre 2013, *op. cit*

de déterminer d'un commun accord, les modalités de la notification de la sentence (art.1484 al.3 et art. 1519 al.3 CPC). Elles peuvent s'entendre pour éliminer la possibilité de recours en annulation contre la sentence arbitrale en vertu de l'article 1522 du CPC (§I) ; dans ce cas, la voie de l'appel contre l'ordonnance d'exequatur est ouverte aux parties (§II).

§I. La possibilité de renonciation au recours en annulation

444. En général, les législations nationales prévoient la possibilité pour les parties de renoncer au recours en annulation contre la sentence arbitrale. Néanmoins, les modalités d'exercice et les conditions de validité de cette renonciation varient d'un pays à l'autre. Nous allons étudier la possibilité pour les parties de renoncer au recours en annulation en France (A) et en droit comparé (B).

A. La possibilité de renonciation au recours en annulation en droit français

445. L'article 1522 du CPC permet aux parties de renoncer au recours en annulation contre une sentence internationale rendue en France. Cette disposition a été mise en place afin de renforcer l'autonomie de l'arbitrage notamment dans le domaine international, en limitant la possibilité de contestation des sentences[849]. L'accès au recours en annulation est considéré comme étant à la disposition des parties. Il est possible de renoncer au recours en annulation contre la sentence à tout moment par une convention spéciale. La seule condition requise est que la renonciation doit être expresse. Selon l'article 1522, la renonciation au recours en annulation doit être expresse et répondre à l'exigence de spécialité. Il est donc impossible de se référer aux dispositions d'un règlement d'arbitrage pour renoncer indirectement au recours en annulation[850].

446. La possibilité de renonciation au recours en annulation peut présenter une utilité pratique pour les parties non domiciliées en France. Elles peuvent choisir la France comme le siège de l'arbitrage et renoncer au recours en annulation pour éviter les inconvénients de devoir se

849 Ch. Seraglini et J.Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, Montchrestien, 2013, n° 939.
850 V. en ce sens J. Pellerin et Ch. Jarrosson, « *Le droit français de l'arbitrage après le décret du 13 janvier 2011* », Rev. arb., 2011.71 ; Ch. Seraglini et J. Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, Montchrestien, 2013, n° 943.

déplacer en France pour une éventuelle procédure de recours en annulation. Cependant, selon la qualification de l'arbitrage international, en vertu de droit français, même les parties domiciliées en France peuvent être parties à une procédure d'arbitrage international et renoncer au recours en annulation. L'approche délocalisée de droit français à l'égard de l'arbitrage ne permet pas de prendre en compte la résidence, la nationalité ou le siège de l'arbitrage pour la qualification interne/internationale de l'arbitrage[851].

On peut se demander si la position française n'est pas un peu extrême. Dans le souci d'assurer le plus d'autonomie à l'arbitrage, certaines dispositions du droit français comme celle concernant la renonciation au recours en annulation peuvent méconnaître les intérêts des parties. D'autres États, comme la Suisse[852] et la Belgique, permettent la renonciation au recours en annulation dans le cadre de l'arbitrage international lorsque les parties n'ont aucun lien avec le pays du siège[853]. Dans le cas où les parties ont renoncé au recours en annulation contre la sentence internationale rendue en France, elles ne peuvent contester une telle sentence tant que son exequatur n'a pas été demandé[854].

447. La renonciation partielle au recours en annulation n'est pas admise par la jurisprudence française qui a déjà considéré qu'une clause de renonciation comportant une réserve n'est pas valide[855]. La jurisprudence a considéré que la renonciation est intégrale comprenant tous les griefs d'annulation[856]. Des auteurs proposent cependant de permettre la renonciation à certains

---

851 l'affaire *Tapie* est à l'origine de cette approche restrictive de l'internationalité, C.A. Paris, 17 févr. 2015, n° 13/13278, *Sté CDR créances c/ Sté CDR-Consortium de réalisation*, Dalloz actualité, 20 févr. 2015, obs. X. Delpech ; *ibid.* 18 déc. 2015, obs. F. Mélin ; D. 2015. 1253, note D. Mouralis ; *ibid*. 425, édito. T. Clay ; *ibid*. 2031, obs. L. d'Avout et S. Bollée ; Rev. arb. 2015. 832, note P. Mayer ; JCP 2015. 289, note S. Bollée ; Procédures avr. 2015. Étude 4, obs. L. Weiller ; Cah. arb. 2015. 281, note A. de Fontmichel ; Gaz. Pal. 2015, n° 94, p. 17, note M. Boissavy ; *ibid.*, n° 167, p. 22, obs. M. Nioche ; Bull. ASA 2016. 207, note M. Henry ; Civ. 1re, 30 juin 2016, nos 15-13.755, 15-13.904, 15-14.145, Dalloz actualité, 30 août 2016, obs. X. Delpech ; D. 2016. 1505 ; *ibid*. 2025, obs. L. d'Avout et S. Bollée ; *ibid*. 2589, obs. T. Clay ; Rev. crit. DIP 2017. 245, note J.-B. Racine ; JCP 2016. 954, note S. Bollée ; Procédures 2016, n° 290, obs. L. Weiller ; Rev. arb. 2016. 1123, note P. Mayer ; Cah. arb. 2017. 339, note M. Henry. Cette solution a été confirmée dans une affaire *EPPOF, C.A.* Paris, ord., 1er déc. 2020, n° 20/08033, Dalloz actualité, 15 janv. 2021, obs. J. Jourdan-Marques.

852 V. S. Besson, « *Le recours contre la sentence en droit suisse* », *op.cit*. Sur la validation, par la Cour européenne des droits de l'homme, de la renonciation prévue à l'article 192 de la loi fédérale sur le droit international privé, v. CEDH, 1er mars 2016, Tabbane c/ Suisse, Req. n° 41069/12, *Rev. trim. dr.h.*, 2018.199, note J. Van Compernolle ; en somm. Rev. arb., 2016.637.

853 *Ibid.*, n°942.

854 S. Bollée « *le droit français de l'arbitrage après le décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011* » op. cit., n° 26, p. 575.

855 C.A. Paris, 3 avril 2014. V. Ph. Leboulanger, « *Arrêt de l'exécution d'une sentence arbitrale internationale et risque de lésion grave, note sous Paris (CME), 3 avril 2014* », Rev. arb., 2015 Issue 1, pp. 113 - 117

856 C.A. Paris, CME, 3 avril 2014, Cah. arb., 2014.783, note J. Pellerin et L. De Maria; *LPA*, 28oct. 2014, n° 215, p. 19, note I. Léger ; *Rev. arb.*, 2015.110, note Ph. Leboulanger.

griefs d'annulation uniquement[857]. Si les parties peuvent renoncer totalement à l'exercice d'un recours en annulation, il n'y a pas de raison de considérer qu'elles ne puissent pas éliminer uniquement quelques griefs. Cela s'inscrit dans l'objectif de donner plus de liberté aux parties concernant l'organisation des voies de recours dans l'arbitrage. Également, selon l'article 1466 du CPC « *la partie qui, en connaissance de cause et sans motif légitime, s'abstient d'invoquer en temps utile une irrégularité devant le tribunal arbitral est réputée avoir renoncé à s'en prévaloir* »[858]. Dans le cas où une partie n'a pas invoqué un grief de recours devant le tribunal arbitral, il est considéré qu'elle a renoncé à se prévaloir du grief en question et non pas des autres griefs pouvant fonder le recours en annulation. Il est donc théoriquement envisageable d'admettre que les parties puissent renoncer au recours en annulation sur le fondement de certains griefs.

448. La considération de la nationalité des parties n'est pas le seul signe de l'extremisme du droit français dans sa tradition « autonomiste ». La renonciation doit être non seulement complète (et non pas partielle), elle peut intervenir à tout moment, notamment avant le prononcé de la sentence. La doctrine est majoritairement d'accord pour dénoncer l'excès de cette disposition. Il a été soulevé que même dans le cas où les parties ne seraient pas domiciliées en France, elles « *n'auront pas nécessairement intérêt à renoncer au recours en annulation* »[859]. De plus, « *s'interdire par avance tout recours contre la future sentence relève de l'acte de foi en l'arbitrage, plus que de la prudence, car une fois le processus arbitral lancé tout peut arriver* »[860]. Il faut d'ailleurs noter que cette possibilité est peu utilisée par les parties[861].

449. Aujourd'hui, on se questionne, de plus en plus, sur la possibilité d'accorder plus de liberté aux parties concernant l'organisation des voies de recours[862]. L'idée ne semble pas choquante dans la mesure où l'arbitrage repose essentiellement sur la volonté des parties d'organiser les modalités de règlement de leur litige. Le tribunal arbitral n'étant pas considéré comme une juridiction de premier degré par rapport au juge de contrôle, l'arbitrage est un mode

857 Ph. Pinsolle, « La renunciation au recours en annulation en matière d'arbitrage international », in *Mélanges P. Mayer*, LGDJ, 2015, p. 697, spéc., p. 707-708.
858 Cette règle connaît une exception concernant le grief de la conformité de la sentence aux règles d'ordre public international auquel les parties ne peuvent renoncer.
859 Ch. Jarrosson, J. Pellerin, « *Le droit français de l'arbitrage après le décret du 13 janvier 2011* », *Rev. arb.*, 2011, n° 104, p. 70.
860 Th. Clay, « *Liberté, égalité, efficacité : la nouvelle devise du droit français de l'arbitrage* », *JDI*, 2012.862.
861 C. Chainais, « *Réflexions prospectives sur les voies de recours en matière d'arbitrage* », Rev. arb., 2018, Vol. 2018 Issue 1, n°62.
862 Pour plus d'explications voir J.-B. Racine, « *Réflexions sur les voies de recours en droit de l'arbitrage — Propos introductifs* », Rev. arb., 2018 Issue 1. pp. 3-13 et C. Chainais, « *Réflexions prospectives sur les voies de recours en matière d'arbitrage* », Rev. arb., 2018, Vol. 2018 Issue 1, pp. 177 - 220

de justice parallèle à la justice étatique et non pas une institution au sein de l'ordre juridique étatique.

Certaines décisions jurisprudentielles semblent plus souples à l'égard de l'idée d'accorder plus de liberté aux parties en matière d'organisation des voies de recours. Par exemple, la Cour d'appel de Paris a admis que « *la délocalisation de la sentence en droit français de l'arbitrage international ne s'oppose pas à la possibilité de porter le recours en annulation par la voie d'une clause attributive de juridiction devant un autre juge que celui du siège* »[863]. Dans cette affaire, la Cour d'appel de Paris a considéré que les parties peuvent désigner le juge de l'annulation et confier le contrôle de la sentence à un autre juge, dans une clause d'élection du for. En effet « *le régime procédural du recours sur le point essentiel de la compétence de la cour assurant le contrôle de la sentence peut être soumis à la volonté des parties* »[864]. Néanmoins, la solution de cet arrêt reste isolée. Quelques difficultés peuvent surgir de cette solution : le juge désigné par la clause d'élection du for doit accepter sa compétence, la désignation d'un juge étranger ne doit pas avoir pour but, une fraude à la loi.

450. Il ne faut cependant pas partir dans les extrêmes. Les parties ne doivent pas pouvoir interférer avec les fonctions du législateur. L'arbitrage est un mode de règlement des litiges contractuels et les parties sont libres d'organiser la procédure arbitrale. Cependant, une fois qu'elles exercent un recours devant le juge étatique, la procédure dans le cadre des juridictions nationales prend la forme imposée par les textes. C'est peut-être la raison pour laquelle, aux États-Unis la Cour suprême a décidé que les parties ne peuvent pas « *interférer avec le processus judiciaire* »[865] concernant une question sur l'organisation des voies de recours.

451. La possibilité de renoncer au recours en annulation pour les parties leur permet d'intervenir dans l'organisation des voies de recours qui n'est principalement pas à la disposition des parties. La difficulté que cette intervention peut présenter concerne le droit d'accès au juge des justiciables. Il faut souligner que la renonciation à l'exercice d'une voie de recours ne priverait pas forcément les parties de la protection juridictionnelle post-arbitrale. Si une voie de recours reste ouverte contre la sentence, le droit d'accès au juge est protégé. Tout justiciable doit être en mesure de bénéficier de la protection juridictionnelle en ayant accès au

863 C.A. Paris, 17 juin 2004, *JDI*, 2005.1165, note E. Loquin ; D., 2006.3036, obs. Th. Clay ; Rev. arb., 2006.161, note T. Azzi.
864 J. Pellerin, « *Rôle et fonction de la cour d'appel* », op. cit. n° 35.
865 Cour suprême des États-Unis, 25 mars 2008, *Hall Street Associates,* Rev. arb., 2008.519, note C. S. Dorgan; Cour d'appel des États-Unis (10e circuit), 20 juin 2001, *Bowen*, cite par C. S. Dorgan, note préc., p. 527. V. aussi, Cour d'appel des États-Unis (9e circuit), 17 décembre 2013, *In re Wal-Mart,* RDAI, 2014.264.

juge étatique. Les parties à une convention d'arbitrage s'accordent pour soustraire la résolution de leur litige aux les juridictions étatiques. Néanmoins, le litige concernant la régularité de la sentence arbitrale diffère du litige initial objet de la sentence. Il paraît excessif que les parties puissent écarter la possibilité du recours en annulation devant le juge par une convention à tout moment. Elles se privent en quelque sorte de tout droit à la résolution d'un litige concernant la régularité de la sentence. Dans le cas où l'une des parties est domiciliée en France, cela pourrait priver cette partie de toute protection juridictionnelle. C'est pourquoi la voie de l'appel contre l'ordonnance d'exequatur de la sentence a été ouverte pour les cas où les parties auraient renoncé au recours en annulation (voir *infra*). Néanmoins, pour pouvoir exercer un appel contre l'ordonnance d'exequatur, il faut attendre que l'exequatur de la sentence soit demandé en France.

B. La possibilité de renonciation au recours en annulation en droit comparé

452. Le droit suisse a inspiré le droit français concernant la possibilité de renonciation au recours en annulation (article 192 LDIP ; article 1522 CPC)[866]. Comme en France, la renonciation doit être expresse et claire et la référence à un règlement d'arbitrage ne suffit pas pour exclure toute possibilité de recours contre la sentence[867]. En droit Suisse, cette faculté de renonciation a été limitée avec l'introduction d'une disposition prévoyant que pour que la renonciation soit efficace, les parties ne doivent pas avoir ni domicile, ni résidence habituelle, ni établissement en Suisse (article 192.1 LDIP). Cette solution s'explique par le fait que la qualification interne/internationale en droit suisse repose sur le lieu de résidence habituelle des parties (article 176 al. 1 LDIP). En Suisse, la renonciation partielle au recours est possible et les parties peuvent exclure le recours sur le fondement de certains griefs uniquement (article 192.1. LDIP *in fne*)[868]. Cette possibilité de renoncer au recours en annulation diffère selon qu'on

866 Ch. Jarrosson, J. Pellerin, « *Le droit français de l'arbitrage après le décret du13 janvier 2011* », Rev. arb., 2011.71, n° 104. Sur l'adoption et l'interprétation de l'art. 1522 CPC, v. ég. Th. Clay, « *Code de l'arbitrage commenté 2015 »*, Lexis Nexis, p. 227 et s.

867 Dans un arrêt récent, le Tribunal fédéral a retracé l'évolution de sa jurisprudence au sujet de l'art. 192 al. 1 LDIP pour en dégager « *les principesdécoulant de cette disposition* » : ATF 143 III 589, cd. 2.1.2, avec de nombreuses références aux décisions antérieures. V. aussi, pour une analyse approfondie, G. Kaufmann-Kohler, A. Rigozzi, *Arbitrage international*, *op. cit.* (note 1), n° 8.49-8.75. Voir également arrêt 4A_414/2012 du 11 décembre 2012, cd.1.2.

868 V. par ex. ATF 143 III 55, cd. 3.1 *in fine*.

est dans un arbitrage interne ou international. Les parties ne peuvent renoncer au recours qu'en matière internationale (article 192 LDIP)[869].

453. La Cour européenne des droits de l'homme s'est également prononcée en ce sens, en admettant la conformité de l'article 192 alinéa 1 de LDIP suisse concernant la renonciation aux voies de recours à l'article 6§1 CEDH. Elle a considéré que la possibilité pour les parties de renoncer à certaines voies de recours contre la sentence est proportionnée au but de « *renforcer le principe de la liberté contractuelle des parties* »[870]. Néanmoins, il nous paraît que la possibilité de renonciation au recours en annulation contre la sentence peut être considérée comme proportionnée au but recherché, uniquement s'il existe une autre voie ouverte aux parties pour faire valoir leurs droits. La renonciation au recours en annulation ne doit pas priver les parties d'une protection juridictionnelle effective. L'objectif de renforcement de la liberté contractuelle des parties ne doit pas porter atteinte au droit des parties au juge.

Si les parties s'accordent pour renoncer au recours, un moyen de contestation est disponible au moment de l'exequatur de la sentence (article 192 al. 2 LDIP ; article 1522 al. 2 CPC suisse). Lors de l'exécution de la sentence en Suisse, si les parties ont renoncé au recours en annulation, la Convention de New York est applicable (article 192 alinéa 2 LDIP). Le contrôle de la sentence s'effectue alors en application des motifs prévus à l'article V de la Convention de New York.

454. En droit anglais, il est possible d'effectuer un recours contre la sentence arbitrale sur le fondement de trois griefs. Premièrement, la sentence peut être attaquée en raison de l'incompétence du tribunal arbitral (section 67 EAA). Deuxièmement, les parties peuvent effectuer un recours contre la sentence dans le cas où une irrégularité grave a affecté le tribunal, la procédure ou la sentence arbitrale (section 68 EAA). Enfin, l'article 69 de l'EAA confère aux parties le pouvoir de faire un recours contre la sentence arbitrale devant la Commercial Court sur le fondement d'une erreur de droit anglais lorsque le droit anglais est applicable au fond[871]. Les parties peuvent renoncer à ce grief de recours par une convention contraire. La renonciation au recours contre une sentence arbitrale ne peut être que partielle. Les griefs concernant l'incompétence du tribunal arbitral, ou l'irrégularité de sa composition, de la

869 A. Rigozzi, « *Le recours contre la sentence* », *art. précité.*. (note1), p.121.
870 CourEDH, 24 mars 2016, *Tabbane*, § 34, D., 2016.2025, obs. S. Bollée; *RDC*, 2017.147, obs. F. Marchadier.
871 Pour une étude détaillée sur cette question v. Chapitre II du Titre I de la deuxième Partie.

procédure arbitrale ou de la sentence sont considérés comme relevant de l'ordre public, et donc n'étant pas à la disposition des parties.

455. On voit donc que le rôle du contrôle du juge anglais est maintenu concernant certaines questions. Il assure la protection de l'ordre public international anglais ainsi que les droits fondamentaux des parties. Au contraire, en droit français, le contrôle du juge étatique peut être relativement limité par la volonté des parties. Celles-ci peuvent renoncer à la possibilité de former un recours en annulation, qui constitue la principale voie de recours contre la sentence arbitrale. À part le recours en annulation, les parties peuvent exercer un appel contre l'ordonnance d'exequatur de la sentence.

§II. L'appel contre l'ordonnance d'exequatur de la sentence

456. La possibilité de former un appel contre une sentence est exceptionnelle dans le régime actuel des voies de recours contre la sentence. C'est uniquement dans le cadre de l'arbitrage interne qu'il est possible de prévoir la possibilité d'emprunter la voie de l'appel (l'article 1489 du CPC). Néanmoins, la décision du juge de refuser ou accorder l'exequatur d'une sentence est susceptible d'appel.

Après la prononciation de la sentence, plusieurs hypothèses peuvent être envisagées. Si la sentence est rendue en France, la partie contre laquelle la sentence a été rendue peut exercer un recours en annulation contre la sentence. Si la France est également le pays de l'exécution de la sentence, la partie peut exercer un recours contre l'ordonnance d'exequatur de la sentence lorsque celle-ci a été prononcée (appel ou recours en annulation). Lorsque la sentence a été rendue à l'étranger, les parties ne peuvent pas exercer un recours en annulation qui n'est ouvert que dans le pays d'origine de la sentence. La partie qui s'estime lésée par la sentence devra attendre l'ordonnance d'exequatur de celle-ci pour exercer un recours. La voie de l'appel n'est ouverte que contre l'ordonnance d'exequatur et non pas la sentence elle-même dans le cadre de l'arbitrage international.

457. L'appel n'est qu'une voie exceptionnelle de recours contre la sentence arbitrale. Néanmoins, elle est une voie effective de recours contre l'ordonnance accordant ou refusant l'exequatur de la sentence. Les sentences arbitrales ne sont pas exécutoires de droit en France. L'obtention d'une ordonnance d'exequatur est nécessaire pour l'exécution forcée de la sentence. Selon l'article 1516 du CPC, les parties peuvent demander l'ordonnance d'exequatur

de la sentence au tribunal judiciaire dans le ressort duquel elle a été rendue ou au tribunal judiciaire de Paris pour les sentences rendues à l'étranger. La procédure d'exequatur n'est pas contradictoire. La procédure d'exequatur de la sentence est en général une formalité, compte tenu du fait que le contrôle du juge est très superficiel. Néanmoins, l'ordonnance accordant ou refusant l'exequatur de la sentence peut faire l'objet d'un recours. En réalité, il faut distinguer selon que la sentence est rendue en France ou à l'étranger. S'agissant des sentences rendues à l'étranger, l'appel est toujours possible. S'agissant des sentences rendues en France, la possibilité d'interjeter l'appel dépend du sens de la décision. Lorsque l'ordonnance refuse l'exequatur, l'appel est toujours possible[872]. Au contraire, lorsque l'ordonnance accorde l'exequatur, l'appel n'est possible que si les parties ont renoncé au recours en annulation (l'article 1524 du CPC).

458. L'appel doit être formé dans un délai d'un mois à compter de la signification de la décision d'exequatur. Si ce délai expire sans appel interjeté par une des parties, il ne sera plus possible d'attaquer la sentence. Le recours contre l'ordonnance d'exequatur s'effectue sous certaines conditions. La sentence rendue à l'étranger ne peut être attaquée en France que lorsque les parties ont attribué la compétence aux juridictions françaises[873]. Par conséquent, seule la décision du juge sur la demande d'exequatur peut faire l'objet d'une contestation et non pas la sentence arbitrale[874].

Dans certaines situations particulières, d'autres voies de recours peuvent être ouvertes contre la sentence arbitrale. Les voies de recours extraordinaires sont prévues pour pallier les insuffisances du régime des voies de recours ordinaires dans les circonstances exceptionnelles.

872 Article 1500 du CPC concernant l'arbitrage interne. Article 1523 du CPC concernant l'arbitrage international.
873 C.A. Paris, 17 juin 2004, JDI, 2005.1165, note E. Loquin ; D., 2006.3036, obs. Th. Clay ; Rev. arb., 2006.161, note T. Azzi.
874 Pour les sentences rendues en France en matière internationale, seul le recours en annulation contre la sentence elle-même est admis, celui-ci emportant néanmoins de plein droit recours contre l'ordonnance ayant accordé l'exequatur (art. 1524 CPC). Lorsque l'ordonnance refuse l'exequatur, celle-ci est susceptible d'appel (art. 1523 CPC).

Section II. Le régime des voies de recours extraordinaires contre la sentence arbitrale

459. Les voies de recours extraordinaires viennent compléter le régime des recours ordinaires contre la sentence arbitrale. Leur rôle est très limité, mais elles peuvent permettre d'atteindre l'équilibre souhaité dans l'organisation des voies de recours en matière d'arbitrage. Le cas particulier de la fraude dans l'arbitrage nécessite une voie de recours extraordinaire (sous-section I). Le recours en révision est la voie de recours extraordinaire ouverte pour lutter contre la fraude dans l'arbitrage. Également, la protection des intérêts des tiers à l'arbitrage mérite l'emprunt des voies de recours extraordinaires (sous-section II).

Sous-section I. Les voies de recours extraordinaires pour la lutte contre la fraude dans l'arbitrage

460. En principe, les voies de recours ouvertes contre les sentences arbitrales sont limitées en raison de l'autorité de la chose jugée et du caractère définitif de la sentence, mais également pour garantir la sécurité juridique. Cependant, en présence d'une fraude, il convient de prévoir plus de flexibilité concernant les recours contre la sentence. En France, la doctrine distingue trois types de fraudes dans l'arbitrage[875]. Premièrement, « la fraude par l'arbitrage », qui concerne l'hypothèse où la convention d'arbitrage conclue par les parties est constitutive d'une fraude[876]. La voie de recours contre ce type de fraude est le recours en annulation. Deuxièmement, dans le cadre de « la fraude l'objet de l'arbitrage », des actes ou comportements susceptibles d'être qualifiés de frauduleux doivent être étudiés par l'arbitre, dans le cadre du règlement du litige[877]. Dans ce cas, le tribunal arbitral peut lui-même sanctionner la fraude, avec la possibilité pour le juge de l'annulation de contrôler ses décisions. Troisièmement, « la fraude dans l'arbitrage », ou la « fraude procédurale » qui survient « *lorsqu'une série de manœuvres lors de la procédure arbitrale ont altéré la décision des arbitres* »[878]. Ce dernier cas de fraude est intéressant à étudier du point de vue des voies de recours ouvert à son encontre. Nous allons

875 M. Boisseson, « *l'arbitrage et la fraude (à propos de l'arrêt Fougerolle, rendu par la Cour de cassation le 25 mai 1992)* », Rev. arb. 1993.3.
876 V. l'affaire Vasarely, où les juges ont qualifié l'arbitrage de « simulacre ». Cass. Civ. 1re, 4 novembre 2015, Rev. arb. 2016.235, note F. de Bérard.
877 Par exemple des actes de corruption, de blanchiment, etc.
878 La version écrite d'une présentation orale faite lors du Colloque « *Réflexions sur les voies de recours en droit de l'arbitrage* » organisé le 17 novembre 2017 par le Comité français de l'arbitrage.

nous intéresser au recours en révision spécifiquement prévue pour lutter contre la fraude dans l'arbitrage (§I). Toutefois, le recours en révision n'étant pas la seule voie de recours ouverte contre la fraude, il convient d'étudier les modalités de la coordination des différentes voies de recours ouvertes contre la fraude dans l'arbitrage (§II).

§I. La voie de recours en révision spécifiquement ouverte contre la fraude dans l'arbitrage

461. La manière de sanctionner une fraude dans l'arbitrage diffère d'un pays à l'autre[879]. Certaines législations ont procédé à la création d'une voie de recours spécifique à la fraude comme le recours en révision. C'est la solution adoptée par le droit français et le droit suisse. Nous allons d'abord étudier les modalités de la mise en place du recours en révision en droit français (B), avant d'examiner les spécificités de cette voie de recours en Suisse (B).

A. Le recours en révision contre la fraude dans l'arbitrage en droit français

462. Concernant l'organisation des voies de recours contre la fraude, les solutions sont divergentes en droit comparé[880]. Dans certains pays, la fraude en matière d'arbitrage est traitée dans le cadre des voies de recours ordinaires notamment le recours en annulation[881]. Certaines législations ont prévu un grief spécifique à la fraude comme la Grande-Bretagne[882] et les États-Unis[883], et d'autres considèrent la fraude comme une contrariété à l'ordre public international[884]. Également, il n'est pas rare qu'on prévoie des modalités spécifiques pour agir

879 Voir Y. Derains, « La révision des sentences dans l'arbitrage international », in C-H. Verlag, *Liber amicorum, international*, 2001, p. 165 ; D. Hascher, « *La révision en arbitrage international* », in LiberAmicorum Claude Reymond, Litec, 2004, p. 111 ; Th. Clay, « Le fabuleux régime du recours en révision contre les sentences arbitrales », in *Justices et droit du procès – Du légalisme procédural à l'humanisme processuel*, Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard, Dalloz, 2010, n° 48, p. 652 ; N. Voser, A. George, « Chapter 3 — Revision of Arbitral Awards », in *Post award Issues*, ASA Special Series No. 39, 2011, P.43.
880 V. N. Voser, A. George, « Chapter 3 - Revision of Arbitral Awards », in *Post Award Issues, op. cit.* ; J.-F. Poudret, S. Besson, *Comparative Law of International Arbitration*, 2nd ed., Sweet & Maxwell, 2007, n° 843 et s., p. 786.
881 La Loi-type CNUDCI (art. 34(1)) : v. N. Voser, A. George, « Chapter 3 - Revision of Arbitral Awards », in *Post Award Issues, op. cit.*, spéc. p. 45.
882 « serious irregularity » selon la Section 68.2(g) Arbitration Act 1996.
883 Section 10(a)(1) Federal Arbitration Act des États-Unis.
884 Art. 34(2)(b)(ii) Loi-type CNUDCI.

contre la fraude, en aménageant certains éléments de la procédure, par exemple les délais[885]. En Grande-Bretagne, en fonction des circonstances de l'espèce, le juge peut modifier le délai du recours en annulation, par application des règles de procédure civile ordinaire (EAA)[886]. Au contraire, certaines législations, dans le souci de protéger la sécurité juridique, prévoient un délai fixe, au-delà duquel on ne peut pas agir même en cas de fraude[887]. D'autres droits nationaux ont décidé d'ouvrir une voie de recours spécifique contre la fraude devant le juge étatique avec des délais adaptés aux particularités d'un cas de fraude, notamment en prenant en compte la date à laquelle elle a été découverte.

463. En France, le système mis en place par les décrets de 1980 et 1981 concernant les recours en cas de fraude, présentait une certaine complexité. Dans l'arbitrage interne, la voie de recours en révision était ouverte devant la cour d'appel (ancien article 1491 CPC). Le régime de ce recours était identique au recours contre les jugements en vertu de l'article 593 à 603 du CPC. En cas de décision influencée par la fraude ou de rétention de pièces décisives, ou d'utilisation de fausses preuves, le juge pouvait annuler la sentence et statuer sur le fond du litige. Pour exercer un recours en révision, la sentence devait être « passée en force de chose jugée »[888]. Une priorité était accordée au recours en annulation par la jurisprudence, s'il était encore ouvert[889].

464. En arbitrage international, le recours en révision avait été exclu. Le juge du siège de l'arbitrage n'a souvent pas de lien réel avec le litige. On considérait que dans le contexte international, le juge de l'État du siège ne devait pas avoir la possibilité de connaître un recours en cas de fraude et trancher le litige au fond, s'il retenait la fraude. La jurisprudence avait par conséquent, créé le « recours en rétractation » devant le tribunal arbitral, lorsqu'il était toujours disponible[890]. Toutefois, la difficulté de sanction de la fraude subsistait dans le cas où le tribunal arbitral ne pouvait pas être de nouveau réuni. La jurisprudence a alors admis la possibilité d'exercer un recours en annulation sur le fondement de la fraude procédurale, en démontrant la

885 Cette approche n'est pas unanime, par exemple le droit allemand fait exception : V. Voser, A. George, « Chapter 3 — Revision of Arbitral Awards », in *Post Award Issues, op. cit.*, spéc. p. 46.
886 N. Voser, A. George, « Chapter3—Revision of Arbitral Awards », in *Post Award Issues, op. cit.*, spéc. p. 50.
887 Par exemple, pour l'Autriche, art. 611(4),534(2)(3) et534(4) du Code de procédure civile autrichien fixant ce délai à dix ans : N. Voser, A. George, « Chapter 3 — Revision of Arbitral Awards », in *Post Award Issues, op. cit.*, spéc. pp. 47-48.
888 Ch. Seraglini et J. Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, Dumat- Montchrestien, 2013. Spec. n°563.
889 C.A. Paris, 27 mars 2008, Rev. arb., 2009.158(2eesp.), note P.Callé; C.A. Paris, 25 octobre 2001, Rev. arb., 2003.1353 (2e esp.), obs. L. Jaeger ; RTD com., 2002.41, obs. E. Loquin.
890 Cass. civ. 1re, 25 mai 1992, *Fougerolle, Rev. arb.*, 1993.91, et le commentaire de M.de Boisséson, p. 3 ; Rev. crit DIP, 1992.699, note B. Oppetit ; *JDI*, 1992.974, note E. Loquin.

contrariété de la sentence à l'ordre public international de procédure dans l'affaire *Westman*[891]. La difficulté de cette solution résidait dans le délai d'exercice du recours en annulation qui restait inchangé même en présence d'une fraude. Une fois ce délai court écoulé, il était impossible de sanctionner la fraude en matière d'arbitrage international.

465. Le droit de l'arbitrage international s'est toujours montré hostile au recours en révision. C'est pourquoi le décret du 12 mai 1981 avait totalement exclu la possibilité d'exercer un recours en révision contre les sentences internationales[892]. Cependant, la fermeture de cette voie a fait l'objet de vastes critiques doctrinales[893] soulignant un vide créé par cette solution[894]. Selon Bruno Oppetit « *la notion d'ordre public réellement international, elle-même nourrie de principes généraux exprimant des valeurs essentielles du droit substantiel et processuel* », a été remise en cause par la suppression du recours en révision. Il fallait rouvrir la possibilité de recours en révision contre la sentence lorsqu'elle viole les principes fondamentaux de la justice et plus particulièrement, en cas de fraude[895].

466. Le décret du 13 janvier 2011 a suivi la jurisprudence *Fougerolle*[896], en ouvrant la possibilité d'exercer un recours en révision dans le domaine de l'arbitrage international, dans l'objectif de lutte contre la fraude (renvoi de l'article 1506 à l'article 1502 alinéa 1 et 2, applicable au droit interne). En principe, le recours est porté devant le tribunal arbitral, suivant la solution retenue par l'arrêt *Fougerolle*. Cette solution est propre au droit français qui favorise la compétence de l'arbitre sur le fondement du principe de faveur à l'arbitrage, mais également du droit de la procédure civile française. Ce dernier prévoit que le recours en révision relatif à la fraude ayant trompé une décision de justice doit être porté devant la juridiction qui a rendu la première décision[897]. Cette solution présente une certaine souplesse qui est appréciable

---

891 C.A. Paris, 30 septembre 1993, *Westman,* Rev.arb., 1994.359, note D. Bureau; Rev. crit. DIP, 1994.349, note V. Heuzé ; et Cass. civ. 1re, 19 décembre 1995, Rev. arb., 1996.49, note D. Bureau.

892 E. Loquin, « *Perspectives pour une réforme des voies de recours* » Rev.arb., 1992.332 : « *À vrai dire, les raisons de cette exclusion restent mystérieuses. Sans doute les rédacteurs du décret n'ont-ils pas voulu multiplier les voies de recours dirigées contre les sentences internationales* » ; et Ch. Seraglini, « Les recours en cas de fraude », *supra*, p. 121, n° 16 : « *confier un tel recours à un juge, celui du siège du tribunal arbitral, compétent pour le recours en annulation, mais qui n'a souvent aucun lien avec le litige, était difficilement acceptable dans un contexte international, surtout si cela devait conduire ce juge, s'il retenait la fraude, à trancher lui-même le fond du litige* ».

893 P. Bellet et E. Mezger, *op.cit*., Rev. crit. DIP, 1981.654 : « *La disparition pure et simple du recours en révision nous laisse au contraire perplexes. Même contre les sentences rendues à l'étranger. La partie lésée devrait avoir un moyen de ce genre pour se défendre contre la fraude, …* ».

894 P. Bellet et E. Mezger, art. préc., Rev. crit. DIP, 1981.654. Ch. Jarrosson, Débats, Rev. arb., 1992.354.

895 B. Oppetit, note sous C.A. Paris (1re Ch., sect. C), 25 mai 1990, *Fougerolle,* Rev. crit. DIP, 1990.762

896 Cass. civ. 1re, 25 mai 1992*,* Rev. arb., 1992.91 et chron. M. de Boisséson, p. 3 ; *JDI*, 1992.974, note E. Loquin, Rev. crit. DIP, 1992.699, note B. Oppetit.

897 C. Chainais, F. Ferrand et S. Guinchard, « *Procédure civile »*, Dalloz, 2016, n° 1333.

notamment en matière d'arbitrage. Les arbitres qui ont rendu la décision sont considérés plus à même de se prononcer sur l'existence de la fraude et son incidence sur la sentence. De plus, la compétence du tribunal arbitral de connaître un recours en révision est en cohérence avec le droit français de l'arbitrage et le respect de la volonté des parties de soustraire leur litige aux juridictions étatiques.

Selon l'article 1502 du Code de procédure civile, le tribunal arbitral est en principe compétent pour connaître le recours en rétractation dans l'arbitrage interne et international. Ainsi la solution de l'arrêt *Fougerolle* de 1992[898] a été étendue à l'arbitrage interne. La Cour d'appel n'a compétence pour connaître un recours relatif à la fraude, qu'en cas d'impossibilité pour le tribunal arbitral d'être à nouveau réuni. Le point qui reste inchangé est la possibilité pour le juge de trancher le litige au fond s'il estime que la sentence doit être annulée sur le fondement de la preuve[899].

467. Une différence de régime entre l'arbitrage interne et international subsiste concernant le cas où le tribunal arbitral ne peut à nouveau être réuni. L'article 1506 du CPC ne renvoie pas au troisième alinéa de l'article 1502 du CPC en matière international. En matière d'arbitrage interne, l'article 1502 alinéa 3 du CPC reconnaît une exception au principe de la compétence du tribunal arbitral : dans l'hypothèse de l'impossibilité pour le tribunal arbitral d'être réuni, le recours est porté *« devant la cour d'appel qui eut été compétente pour connaître d'autres recours contre la sentence* ». En matière d'arbitrage international, aucune disposition ne traite cette question. Ce vide créé par la différence de traitement entre l'arbitrage interne et international a été considéré comme une conséquence d'une « *construction chaotique* »[900] du régime français de recours en cas de fraude. L'hostilité à l'idée d'ingérence du juge étatique en matière d'arbitrage international cause, dans ce cas, une sorte d'incertitude, voire un vide juridique, concernant une question aussi sérieuse que la fraude.

468. Cette question suscite des interrogations quant au vide que peut créer l'indisponibilité du tribunal arbitral. Dans le cadre d'un recours en révision contre une sentence arbitrale, il est possible que le tribunal arbitral ne puisse pas être réuni, notamment lorsque la fraude a été commise par le tribunal lui-même. Dans ces circonstances, la solution du droit français concernant la compétence du tribunal arbitral de connaître les recours en révision s'avère insuffisante. Certains ont considéré qu'il n'y aurait plus la possibilité d'exercer un recours pour

898 Cass. Civ. 1re 25 mai 1992, n° 90-18210 *op. cit.*
899 Il tranchera au fond les points remis en cause par la fraude.
900 Ch. Seraglini, « *Les recours en cas de fraude* », *op.cit.*, p.121, n°12 et s.

les parties, à l'exception du recours en annulation qui est soumis à un délai restreint[901]. Cette solution laisse passer une fraude sans sanction et peut engendrer une injustice. C'est la raison pour laquelle, il est suggéré de prévoir un allongement du délai de recours en annulation, de façon exceptionnelle, en présence d'une fraude, ou d'établir la compétence subsidiaire du juge étatique concernant le recours en révision/rétractation, comme dans le cadre de l'arbitrage interne[902]. En effet, une fois que le délai de recours en annulation est écoulé, les parties peuvent être confrontées à une sorte de déni de justice face à une fraude récemment découverte. Pour éviter une telle situation, le juge étatique peut être tenté de qualifier un arbitrage en réalité international d'arbitrage interne pour donner aux parties la possibilité d'exercer un recours en cas de fraude dans l'arbitrage.

469. Une solution intéressante a été proposée par Christophe Seraglini. Selon lui, l'article 1502 alinéa 2 du CPC peut être interprété de manière extensive, en référant à « *un* tribunal arbitral » pouvant être composé différemment du tribunal qui a rendu la sentence en question[903]. L'alinéa 2 de l'article 1502 du Code de procédure civile prévoit que « *le recours est porté devant le tribunal arbitral* ». Il n'y a pas de précision sur la constitution du tribunal, et il n'est pas nécessaire que le tribunal arbitral auquel se réfère le texte, soit le même tribunal à nouveau réuni. Si on considère le tribunal arbitral comme « *une entité, par sa structure et sa nature, plutôt que les personnes qui le composent* »[904], on peut imaginer qu'un recours en révision/rétractation soit exercé devant un tribunal arbitral et non pas le même tribunal arbitral. Il n'est pas rare qu'au cours de l'instance arbitrale, un ou plusieurs membres du tribunal soient remplacés pour différentes raisons comme incompatibilité des fonctions, récusation, démission, etc. Il ne serait donc pas très choquant de remplacer certains, voire tous les membres du tribunal arbitral pour un recours en rétractation, qui peut être considéré comme un prolongement de l'instance arbitrale. Cette solution avait été invoquée même avant le décret de 13 janvier

901 P. Callé, « *Fraude et rétractation d'une sentence arbitrale* », note sous C.A. Paris, 17 juin 2010, Cah. arb., 2011.129, spéc. n° 12.
902 La version écrite d'une présentation orale faite lors du Colloque « *Réflexions sur les voies de recours en droit de l'arbitrage* » organisé le 17 novembre 2017 par le Comité français de l'arbitrage ;V. également, P.Callé, « *Fraude et rétractation d'une sentence arbitrale* », note préc., spéc. n° 12.
903 Ch. Seraglini, *ibid.*, n° 27 ets. Et dans le même sens, E. Gaillard et P. de Lapasse, « *Commentaire analytique du décret du 13 janvier 2011 portant réforme du droit français de l'arbitrage* », Cah. arb., 2011.263, spéc., n° 115 ; J. Béguin, Ch. Seraglini et J. Ortscheidt, « *Un second souffle pour l'arbitrage. À propos du décret du 13 janvier 2011* », JCP G, n° 16, 18 avril 2011, 467, n° 32.
904 La version écrite d'une présentation orale faite lors du Colloque « *Réflexions sur les voies de recours en droit de l'arbitrage* » organisé le 17 novembre 2017 par le Comité français de l'arbitrage.

2011[905], mais il n'existe aucune spécification claire dans les textes ou de la part de la jurisprudence.

La difficulté que peut engendrer cette solution concerne les modalités de la constitution du tribunal arbitral. Le juge d'appui du droit français peut venir à l'assistance de l'arbitrage en jouant un rôle important dans la constitution d'un tribunal arbitral, partiellement ou entièrement différent de celui qui a rendu la première sentence. Cette solution a l'avantage de respecter le choix de l'arbitrage par les parties.

Un autre inconvénient de cette solution est la différence du régime entre l'arbitrage interne et l'arbitrage international. Il est préférable d'avoir un régime unique pour l'arbitrage interne et international concernant la question des voies de recours en cas de fraude. La différence de traitement n'est pas justifiée dans ce domaine, la seule justification reposant sur l'idée que le juge français ne devra pas trancher un litige international au fond. Le tribunal arbitral est principalement compétent pour connaître les recours en cas de fraude en droit français.

Cette solution est inspirée du droit commun en vertu duquel le recours en révision est porté devant le juge qui a rendu la décision initiale. Le tribunal qui était chargé en premier lieu de trancher le litige, est en mesure d'appréhender les spécificités du litige et pourra rendre une décision plus rapide et cohérente relative à l'existence de la fraude, mais également sur son influence le cas échéant sur la résolution du litige[906]. Si on considère, que le tribunal arbitral est mieux à même d'apprécier l'impact de la fraude sur sa décision, il faut souligner qu'uniquement le même tribunal arbitral qui a rendu la sentence, présente un tel avantage par rapport au juge étatique. Dans le cas où le tribunal arbitral initial ne peut être à nouveau réuni, il semble plus approprié d'admettre le recours devant le juge.

470. Il faut noter qu'il est préférable que le juge français procède au règlement du litige que d'avoir une sorte de vide juridique notamment en matière de fraude. Également, cette différence de régime résulte en un manque de clarté des solutions du droit français en matière d'arbitrage international[907]. Une vision plus claire de la solution du droit français concernant cette question est nécessaire pour assurer la sécurité juridique pour les tribunaux arbitraux et les parties, mais

905 D. Hascher, « La revision en arbitrage international », in C. Reymond, *Liber Amicorum, op. cit.*, spéc. n° 6, p. 114.

906 V. pour un exposé des deux positions : Th. Clay, « Le fabuleux régime du recours en révision contre les sentences arbitrales », in *Justices et droit du procès — Du légalisme procédural à l'humanisme processuel*, Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard*, op. cit.*, spéc. n° 48, p. 665.

907 Article n°32 : Cette solution peut voir des effets non souhaités : « *risque de qualification fonctionnelle et, en réalité, quelque peu utilitariste de l'internationalité* »

également pour l'arbitrage en tant qu'une institution. La possibilité pour une fraude de rester sans sanction dans le cadre de l'arbitrage international peut nuire à la crédibilité de l'arbitrage.

La solution du droit français, accordant la compétence de connaître un recours en révision au tribunal arbitral[908], n'est pas populaire en droit comparé[909]. En général, c'est uniquement en cas d'annulation de la sentence sur le fondement de fraude, que l'affaire est renvoyée devant un tribunal arbitral[910] (soit le même tribunal arbitral, soit un tribunal nouvellement constitué[911]). Il n'existe pas de solution unanimement admise par les droits nationaux. Par exemple, le droit néerlandais, prévoyant un recours spécifique en cas de fraude, considère que l'annulation de la sentence sur le fondement de fraude invalide la convention d'arbitrage. Le litige sera alors soumis aux juridictions étatiques compétentes en l'absence de la convention d'arbitrage[912]. Cette solution a l'avantage d'être simple : en cas d'annulation pour fraude, seules les juridictions étatiques peuvent connaitre le litige. Néanmoins, elle méconnait la volonté des parties de soumettre leur litige à l'arbitrage.

B. Le recours en révision contre la fraude dans l'arbitrage en droit suisse

471. En Suisse, le recours en révision, était une création d'origine jurisprudentielle[913]. Le Tribunal fédéral a appliqué par analogie les règles concernant le recours en révision contre les arrêts du juge judiciaire aux sentences arbitrales internationales[914]. L'article 123 de la LTF prévoit que les parties peuvent exercer un recours en révision lorsque la sentence a été « *influencé(e) au préjudice du requérant par un crime ou un délit* » ou lorsque la partie requérante « *découvre après coup des faits pertinents ou des moyens de preuves concluantes qu'il n'avait pas pu invoquer dans la procédure précédente, à l'exclusion des faits ou moyens de preuves postérieurs à l'arrêt* ». La réforme du droit international privé et de l'arbitrage

908 V. G. Born, *International Commercial Arbitration*, 2nd ed., Kluwer Law International, 2014, n°24.07.
909 En France, l'article 1502 du CPC concernant ce recours a repris une invention jurisprudentielle.
910 En Grande-Bretagne: Section 68(3) *Arbitration Act* 1996; en Suisse: Trib. féd., 11mars 1992, préc .
911 . N. Voser, A. George, « Chapter 3 — Revision of Arbitral Awards », *in Post Award Issues, op. cit.*, spéc. p. 65.
912 N. Voser, A. George, « Chapter 3 Revision of Arbitral Awards », *in Post Award Issues, op. cit.*, spéc. pp. 48-49 ; J.-F. Poudret, S. Besson, *Comparative Law of International Arbitration, op. cit.*, spéc. n° 844, p. 787.
913 La Partie 3 du CPC, quant à elle, le prévoit aux articles 396-399 pour l'arbitrage interne.
914 Articles 123 et 124 de la loi sur le Tribunal fédéral, rendus applicables au recours en révision en arbitrage international depuis un arrêt du Tribunal fédéral en date du 11 mars 1992 : Trib. féd., 11 mars 1992, *P. c/ S. Ltd.* ATF 118 II 199, *SJ* 1992, p. 453 ; Bull. ASA, 1992.356 ; Rev. arb., 1993.115, note P.-Y. Tschanz. Sur le système mis en place par le Tribunal fédéral pour le recours en révision, v. N. Voser, A. George, « Chapter 3 — Revision of Arbitral Awards », *in Post Award Issues, op. cit.*, spéc. pp. 56 et s.

international suisse de 1er janvier 2021 a introduit le recours en révision contre la sentence arbitrale dans les textes (article 190a de la LDIP). Ce recours est ouvert pour 3 types de situations relatives à l'apparition, de certains éléments nouveaux, après le prononcé de la sentence et malgré la diligence requise du demandeur: a) de faits pertinents ou de moyens de preuve (en excluant les faits ou moyens de preuve postérieurs à la sentence) ; b) la preuve (établie, en principe, lors d'une procédure pénale) que la sentence a été influencée au préjudice du demandeur par un crime ou un délit ; c) un motif de récusation, si aucune autre voie de droit n'est ouverte. Ces situations justifient un recours additionnel, distinct du recoures en annulation.

472. Logiquement, le délai d'exercice d'un recours en révision doit être plus long en considération des spécificités de ce recours. En Suisse, l'article 124 de la LTF prévoit que les parties peuvent présenter leur demande de recours en révision dans les 90 jours suivants le jour où ils découvrent le motif de la révision. Il faut ajouter qu'au bout de 10 ans après la notification de la sentence, aucun recours ne peut être introduit (article 124 al. 2 LTF), à l'exception du cas d'un crime ou d'un délit qui peut être contesté sans limites de temps. La jurisprudence suisse n'admet que très rarement les demandes de recours en révision contre les sentences internationales[915].

473. En droit suisse, le recours en révision est porté devant le Tribunal fédéral suisse, le juge étatique compétent pour connaître les recours. Il est principalement compétent pour connaître les demandes en révision, mais il a le pouvoir de « *renvoyer, s'il y a lieu, la cause aux arbitres pour rendre une nouvelle sentence* »[916]. Cette solution est fondée sur deux principaux arguments relativement satisfaisants : premièrement, la juridiction arbitrale n'est pas permanente ; deuxièmement, il est plus avantageux de concentrer les différents recours devant une seule et même autorité[917]. Également, il est possible qu'un tribunal arbitral se montre réticent d'admettre qu'il a été influencé par la fraude.

Cette solution a l'avantage d'éviter le risque de partialité en raison d'un cumul de fonctions[918], et certaines difficultés pratiques que le régime français rencontre. Également, seul le Tribunal fédéral est compétent pour connaître les recours en révision même lorsqu'il intervient au cours

915 Article 124(2) de la loi sur le tribunal fédéral ; v.. G. Kaufmann-Kohler, A. Rigozzi, *Arbitrage international*, *op. cit.* (note1), n°8.229.
916 S. Besson, J.-F. Poudret, *Droit comparé de l'arbitrage international, op. cit.*, p. 839, n° 848.
917 Trib. féd., 11 mars 1992, préc.
918 C. Chainais, « *Réflexions prospectives sur les voies de recours en matière d'arbitrage* », Rev. arb., 2018, 2018 Issue 1, n° 40.

de la procédure arbitrale[919], par exemple contre une sentence partielle[920]. Le juge peut prononcer l'annulation de la sentence à l'issue de la procédure de recours en révision, en se basant sur un examen hypothétique de l'existence des faits, des moyens de preuve, du crime ou délit. Le Tribunal fédéral ne préjuge pas le fond de l'affaire. Après l'annulation de la sentence, le tribunal arbitral initial, ou un tribunal autrement composé (si le premier ne peut pas être réuni), procède à l'examen du fond de l'affaire en prenant en compte l'impact des nouveaux éléments[921].

474. L'autorité compétente pour se prononcer sur le recours en révision est le tribunal arbitral en France et le juge étatique en Suisse. Néanmoins, en pratique, même en Suisse, il appartient au tribunal arbitral de déterminer l'incidence des éléments nouveaux sur le fond du litige. La seule différence des deux régimes repose, en réalité sur l'autorité qui constate l'existence de fraude ou éléments nouveaux, car l'autorité compétente à connaître le fond du litige est *a priori* le tribunal arbitral dans tous les cas. Le régime français de recours en révision prive les parties de leur droit de présenter leur litige relatif à la fraude devant le juge étatique. Le droit suisse, de son côté, se montre irrespectueux de la volonté des parties de confier leur litige à l'arbitrage, en prévoyant qu'uniquement le juge étatique est compétent pour connaître un tel recours.

Nous proposons une solution intermédiaire, adaptée aux spécificités de l'arbitrage. Il convient de laisser les parties libres de choisir. Ce choix peut s'avérer opportun dans la mesure où la voie de recours en révision a pour finalité de lutter contre la fraude dans le cadre de l'arbitrage. La partie victime d'une fraude peut bénéficier de la possibilité de choisir l'autorité compétente pour connaître la question, en fonction des circonstances de l'espèce. Cette solution peut présenter le risque de décisions contradictoires en cas de compétence parallèle du juge et de l'arbitre pour connaître le recours en révision. Néanmoins, cette difficulté est surmontable. On peut considérer qu'après la saisine de l'une des autorités, la partie demanderesse ne pourra plus saisir l'autre autorité pour la même demande. Donc, en réalité, il s'agit du choix de la partie demanderesse.

475. La concentration des recours devant le juge étatique n'est pas la seule différence entre les régimes français et suisse du recours en cas de fraude. Si le juge suisse estime que le recours

919 ATF 118 II 199, cd. 3.
920 ATF 122 III 492, cd. 1.
921 Exemple d'un cas de blanchiment : le Tribunal fédéral a constaté le blanchiment avant de renvoyer l'affaire devant le tribunal arbitral pour examiner l'effet de la fraude sur la sentence, Arrêt 4P.102/2006 du 29 août 2006, cd. 5.

en révision est recevable, les parties devront reprendre une procédure arbitrale pour la résolution de leur litige. Cette procédure peut être longue et coûteuse. Le renvoi des parties devant une procédure arbitrale présente certains inconvénients relatifs à la durée et au coût de la procédure, mais également aux difficultés de constitution du même ou d'un autre tribunal arbitral.

Néanmoins, la solution française en matière d'arbitrage interne, permettant au juge de trancher le fond du litige s'il estime que le recours en révision est recevable, n'a pas été exempte de critiques. Dans cette hypothèse, l'autonomie de la volonté des parties pourrait être remise en cause. Les parties ont décidé de soustraire leur litige à la compétence des juridictions étatiques et en cas de fraude, le juge étatique peut être le seul compétent à trancher le litige au fond. C'est une des raisons du droit suisse pour prévoir qu'après la décision du juge sur l'existence de la fraude, il revient au tribunal arbitral de revenir sur le fond du litige.

476. L'autonomie de la volonté des parties est prise en compte par le droit français, dans une logique différente. Le législateur français a confié la compétence pour connaître les recours en cas de fraude au tribunal arbitral. Pour examiner l'existence de la fraude et le cas échéant, son impact sur la sentence, il faut rentrer dans le fond du litige de façon plus ou moins approfondie. Se prononcer sur un recours relatif à la fraude revient à connaître le fond du litige à un certain degré. Or, l'objectif principal d'une convention d'arbitrage signée par les parties est d'échapper au règlement du litige au fond par le juge étatique. Du point de vue de l'autonomie de la volonté des parties, la solution française paraît plus satisfaisante.

Dans le même ordre d'idées, il faut noter que dans le cas d'impossibilité pour le tribunal arbitral d'être à nouveau réuni, la solution la plus adaptée en considération de la volonté des parties serait d'admettre la compétence d'un autre tribunal arbitral autrement constitué. Certains considèrent même que le tribunal arbitral doit être compétent pour connaître les recours en révision pour fraude et le cas échéant se prononcer sur le fond du litige en cas d'admission de la fraude, non seulement en matière d'arbitrage international, mais également dans le cadre de l'arbitrage interne[922]. Un argument en faveur de la compétence de principe du tribunal arbitral repose sur la possibilité pour les parties de saisir le juge de l'annulation pour fraude dans l'arbitrage et le non-respect de l'ordre public international procédural. Cette suggestion présente

922 La version écrite d'une présentation orale faite lors du Colloque « *Réflexions sur les voies de recours en droit de l'arbitrage* » organisé le 17 novembre 2017 par le Comité français de l'arbitrage n° 36, Christophe Seraglini propose de supprimer l'alinéa 3 de l'article 1502 du Code de procédure civile et préciser à l'alinéa 2 « *que le recours doit être porté devant le tribunal arbitral initial, ou, à défaut, partiellement ou totalement récompensé selon les modalités qui ont régi la désignation des membres du tribunal initial* ».

néanmoins certaines difficultés. Tout d'abord, les délais d'exercice d'un recours en annulation sont très restrictifs. Par conséquent, la possibilité pour les parties d'exercer un recours en annulation n'existe pratiquement que si elles entament le recours en révision/rétractation et le recours en annulation de façon cumulative et simultanée.

§II. La coordination des voies de recours ouvertes contre la fraude dans le cadre de l'arbitrage

477. La coordination des différentes voies de recours (recours en révision/rétractation et annulation) est une tâche compliquée et le régime général avant la réforme de 2011 était insatisfaisant. C'est pourquoi le décret de 13 janvier 2011 a apporté des corrections à ce régime, en privilégiant la compétence du tribunal arbitral et unifiant le régime de l'arbitrage interne et international. Désormais, il n'est pas nécessaire que la sentence soit « passée en force de chose jugée » pour que le recours soit recevable. Il est possible d'exercer un recours en rétractation immédiatement, en matière interne et internationale. Cependant, la difficulté concernant la coordination entre le recours en annulation et le recours en rétractation subsiste.

478. En principe, le recours en révision et le recours en annulation ont chacun des objectifs différents et ne devront pas être considérés comme exclusifs l'un de l'autre. Donc, les parties doivent pouvoir présenter un recours en annulation devant le juge étatique et entamer un recours en rétractation devant le tribunal arbitral soit simultanément, soit consécutivement. Toutefois, cela peut engendrer des problèmes pratiques. D'un côté, le juge de l'annulation effectue un contrôle très limité sur les apparences de la sentence et peut décider qu'il n'y a pas eu de fraude ou que la fraude n'a pas eu d'impact significatif sur la sentence. D'un autre côté, le tribunal arbitral qui effectue un contrôle plus approfondi dans le cadre d'un recours en rétractation pourrait être amené à considérer que la fraude a eu lieu et qu'elle a influencé la décision des arbitres. Dans cette situation, nous serions en présence de deux décisions contradictoires concernant la même question dans le cadre de la même affaire.

479. Concernant la coordination entre le recours en annulation et le recours en révision, deux solutions semblent envisageables. La première consiste à établir un ordre de priorité entre les recours disponibles. Certains auteurs considèrent qu'il faut donner la priorité au recours en

révision[923]. Ils invoquent l'idée selon laquelle le tribunal arbitral est mieux à même de se prononcer sur la recevabilité du recours en révision et devra donc, avoir une place prioritaire par rapport au juge. Cette solution s'inscrit dans l'idée de respect de l'autonomie de la volonté des parties, qui est un principe privilégié en droit français de l'arbitrage. Elle est également en cohérence avec la faveur qui est accordée en droit de l'arbitrage à la compétence du tribunal arbitral. Cependant, cette solution présente une difficulté importante : la voie de recours en annulation sera pratiquement fermée en raison de ses délais très restrictifs. Ainsi, accorder une place prioritaire au recours en révision devant le tribunal arbitral, reviendrait concrètement à la fermeture de la voie de recours en annulation.

La seconde solution envisageable concernant la coordination des voies de recours contre la fraude consiste à offrir aux parties le choix entre le recours en annulation devant le juge et le recours en révision devant le tribunal arbitral. Pour assurer la sécurité juridique et éviter les décisions contradictoires du juge et l'arbitre sur la même question, il ne faut pas que les parties aient la possibilité d'exercer les deux recours, simultanément ou consécutivement, pour se prévaloir des mêmes griefs. Si les deux recours ont été intentés en même temps sur le fondement de la fraude, il faut que la partie requérante demande un sursis à statuer dans l'une des instances. Également, une fois que le juge a prononcé sa décision, la partie requérante ne pourra pas saisir le tribunal arbitral sur la même question. Le tribunal sera saisi uniquement lorsque le moyen a été accueilli par le juge, pour trancher le litige au fond[924].

Il faut néanmoins noter que lorsqu'une demande de recours en rétractation a été présentée devant le tribunal arbitral, la nouvelle sentence retenant ou non le grief sur la fraude, sera susceptible de faire l'objet d'un recours en annulation[925]. Rien n'empêche de permettre à la partie requérante de choisir la voie de recours la plus adaptée à sa situation. En effet, en plus de la fraude, le requérant pourra avoir d'autres griefs à présenter devant le juge de l'annulation, il pourra même être en cours d'une instance de demande d'annulation de la sentence devant le juge étatique lorsqu'il découvre l'existence de la fraude. La possibilité pour les parties de choisir la voie de recours la plus appropriée contre la fraude semble très opportune dans une telle hypothèse. Dans d'autres cas, la partie qui s'estime victime de la fraude pourra être tentée

923 P. Callé, « *Fraude et rétractation d'une sentence arbitrale* », *op. cit.*, spéc. n° 11 ; D. Hascher, « La révision en arbitrage international », *in Liber Amicorum Claude Reymond, op. cit.*, spéc. n° 23, p. 124.
924 V. D. Hascher, « La revision en arbitrage international », *in Liber Amicorum Claude Reymond, op. cit.*, spéc. n° 16, p. 119.
925 D. Hascher, « La révision en arbitrage international », *in LiberAmicorum Claude Reymond, op. cit.*, spéc. n° 16, p. 119.

d'exercer un recours en rétractation devant le tribunal arbitral qui sera lui-même chargé, du moins en France, de trancher le fond du litige[926].

480. Le premier objectif en matière des voies de recours contre la fraude est de prévoir au moins une possibilité pour les parties de se prévaloir de la fraude dans l'arbitrage. Donc, dans le cas où le délai d'un recours en annulation est dépassé, la voie de recours en révision reste ouverte contre la fraude et il n'est pas nécessaire de prolonger le délai d'exercice du recours en annulation. Il faut souligner que « *La fraude, pas plus qu'elle ne doit compromettre la décision de l'arbitre, ne doit pas compromettre les principes de l'arbitrage* »[927].

Les voies de recours extraordinaires sont prévues pour les situations considérées comme extraordinaires. L'importance de la question de lutte contre la fraude explique la nécessité d'ouverture d'une voie de recours à cet effet. Une voie de recours extraordinaire doit également être consacrée à la situation particulière des tiers affectés par la sentence arbitrale.

Sous-section II. Les voies de recours extraordinaires au secours des tiers à l'arbitrage

481. En droit commun, la tierce opposition est prévue pour la protection des intérêts des tiers à un litige. En droit de l'arbitrage également, il existe des cas où les intérêts d'un tiers à l'instance arbitrale peuvent être affectés par la sentence. Néanmoins, la possibilité d'exercer une tierce opposition est très limitée dans le cadre de l'arbitrage et il faut envisager son renforcement pour la protection des intérêts des tiers (§I). En attendant l'évolution du droit positif, certains autres mécanismes peuvent éventuellement être envisagés par des tiers contre la sentence arbitrale (§II).

§I. La tierce opposition pour la protection des intérêts des tiers à l'arbitrage

482. La tierce opposition semble être la seule voie pour un tiers affecté par la sentence arbitrale pour se prévaloir de ses droits. Il convient de s'interroger sur la possibilité de former

926 La version écrite d'une présentation orale faite lors du Colloque « *Réflexions sur les voies de recours en droit de l'arbitrage* » organisé le 17 novembre 2017 par le Comité français de l'arbitrage n° 41.
927 Ibid, n° 45.

une tierce opposition contre la sentence arbitrale (A), mais également contre l'ordonnance d'exequatur d'une sentence affectant les intérêts des tiers à l'arbitrage (B).

A. L'impossibilité de former une tierce opposition contre la sentence arbitrale

483. La tierce opposition est une voie de recours extraordinaire permettant à un tiers qui justifie d'un intérêt de faire rejuger l'affaire en fait et en droit. À la fin de la procédure, si la décision en cause est rétractée, elle ne sera plus opposable aux tiers. Elle conserve néanmoins ses effets à l'égard des parties au procès[928]. En France, la tierce opposition est ouverte contre les sentences arbitrales uniquement dans le cadre de l'arbitrage interne. En vertu de l'article 1501 du CPC, « *la juridiction qui eût été compétente à défaut d'arbitrage* » est compétente pour connaître la demande. Dans le cadre de l'arbitrage international, la voie de la tierce opposition est fermée. L'article 1506 du CPC ne renvoie pas à l'article 1501 du même code, excluant toute tierce opposition. Cette solution est confirmée par la jurisprudence [929]. Elle a fait l'objet de beaucoup de débats doctrinaux[930].

484. Pendant longtemps, il n'était pas question de parler de l'ouverture de la tierce opposition contre la sentence arbitrale internationale. Celle-ci est issue d'une procédure arbitrale qui s'est déroulée sur le fondement d'une convention d'arbitrage entre les parties n'ayant pas d'effet, en principe, à l'égard des tiers[931]. Par conséquent, il ne paraissait ni nécessaire ni adéquat de prévoir la possibilité d'une tierce opposition contre une sentence internationale[932]. La tierce

928 Les articles 583 et s. du CPC.
929 Civ. 1re, 8 oct. 2009, n° 07-21.990, *Association de défense de la bibliothèque polonaise [2 arrêts]*, Bull. civ. I, n° 201 ; D. 2009. 2959, obs. T. Clay ; JCP 2010. I. 644, § 6, obs. J. Beguin ; Rép. dr. com., act. nov. 2009, p. 6, obs. X. Delpech
930 T. Clay, « Liberté, égalité, efficacité » : la devise du nouveau droit français de l'arbitrage. Commentaire article par article [Deuxième partie], JDI 2012. 815, spéc. p. 841 ; J. Jourdan-Marques, *Le contrôle étatique des sentences arbitrales internationales*, LGDJ, 2017, nos 230 s. et nos 245 s. ; v. également, Ch. Seraglini, « *Les effets de la sentence* », Rev. arb. 2013. 705, n°24 ; E. Loquin, « *Perspective pour une réforme des voies de recours* », Rev. arb. 1992. 321, n° 28 ; S. Bollée, « *Les effets des sentences arbitrales à l'égard des tiers* », Rev. arb. 2015. 695, nos 25 s. ; S. Bollée, « *Les recours et les tiers en matière d'arbitrage* », Rev. arb. 2018. 139 ; S. Lemaire, « L'opposabilité de la sentence arbitrale aux tiers. Approche critique du droit français », *in Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Mayer*, LGDJ, Lextenso éditions, 2015, p. 465, nos 37 s.
931 Sur cette conception, v. S. Bollée, « *Les effets des sentences arbitrales à l'égard des tiers* », Rev. arb., 2015.696.
932 Par exemple, le droit suisse ne connaît pas la notion de tierce opposition S. Besson, « *Le recours contre la sentence en droit suisse* », Rev. arb., Vol. 2018 Issue 1, n° 82.

opposition « *entraîne la compétence d'une juridiction étatique pour statuer sur le fond* » et « *c'est précisément ce que les parties à un arbitrage international veulent éviter* »[933].

Il était considéré que la mission d'assurer l'efficacité des sentences internationales, prévaut sur la protection des droits des tiers : « *en général, la tierce opposition, presque toujours facultative en raison de la relativité de la chose jugée, n'est pas à tel point indispensable à la protection des tiers qu'il convienne de lui sacrifier des « intérêts du commerce international »* »[934]. Devrait-on considérer que les intérêts du commerce international priment sur les intérêts des tiers ? Il faut souligner qu'il s'agit non seulement des intérêts des tiers, mais également de leur droit d'accès au juge en tant que justiciables. Les tiers à un arbitrage international n'ont simplement pas la possibilité de se prévaloir de leurs droits devant un juge. Ce vide juridique existe dans un contexte où la protection des justiciables est la plus nécessaire. Les tiers ne sont représentés ni pendant la procédure arbitrale ni après le prononcé de la sentence qui leur porte préjudice. Les enjeux fondamentaux du droit au procès équitable sont en cause lorsqu'une sentence porte atteinte aux intérêts des tiers à l'arbitrage.

485. L'approche traditionnelle à l'égard de l'efficacité de la sentence arbitrale internationale a évolué progressivement. Certains auteurs ont remarqué qu'« *il est loin d'être exceptionnel que la solution consacrée par la sentence ait des répercussions, plus ou moins directes, visibles et graves, sur la situation des personnes n'ayant pas participé à l'arbitrage et n'étant pas, de ce fait, les destinataires de la décision des arbitres* »[935]. On vient à la conclusion de Sylvain Bollée sur cette question : « *l'absence de tierce opposition représente une véritable anomalie, car elle prive injustement les tiers d'une garantie procédurale parfois indispensable à la protection de leurs droits, à commencer par celui d'accéder à un juge* »[936]. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme concernant le droit d'accès au juge[937] a contribué à la progression de l'approche de la doctrine à l'égard de l'ouverture de la tierce opposition contre une sentence internationale.

933 P. Bellet et E. Mezger, « *L'arbitrage international dans le nouveau Code de procédure civile* », Rev. crit. DIP, 1981.654.
934 P. Bellet et E. Mezger, art. préc., Rev.crit.DIP,1981.654.
935 S. Bollé, « *Les effets des sentences arbitrales à l'égard des tiers* », Rev. arb., 2015.696.
936 S. Bollée, *ibid*. p. 733 : « *un équilibre est à trouver entre l'accès au juge et le besoin d'assurer la stabilité de l'ordonnancement juridique, et il faut bien admettre que dans des cas très nombreux — et même, en fait, dans des cas qui ne sont pas forcément les plus visibles, mais sont statistiquement les plus nombreux —, les tiers doivent être contraints de "vivre avec" les répercussions défavorables des décisions, sans possibilité de recours* ».
937 Sur laquelle v. S. Guinchard, C. Chainais, *et al*., *Droit processuel*, Dalloz, 2017, n° 230 ets.

486. La réforme de 13 janvier 2011 n'a pas tenu compte des critiques adressées au décret de 12 mai 1981 concernant la fermeture de la voie de tierce opposition contre une sentence internationale. Cette solution n'est pas surprenante compte tenu de la vision délocalisée et autonomiste du droit de l'arbitrage français. Cependant, le droit contemporain doit également prendre en compte la protection des intérêts des tiers et éviter le risque de déni de justice. La voie de la tierce opposition est particulièrement opportune en matière d'arbitrage international en ce qu'elle « *vise à priver d'effet la sentence sur un territoire donné à l'égard d'une personne, se plaçant donc dans le double registre de l'effet de la sentence, et non de la validité, et d'une limitation territoriale, et non universelle. L'admission de la tierce opposition en matière d'arbitrage international n'aurait donc nullement contrevenu à la conception française universaliste de l'arbitrage international* »[938].

Néanmoins, certains autres moyens peuvent être adoptés pour minimiser le vide créé par l'impossibilité d'exercer une tierce opposition[939]. Dans certaines hypothèses, le tiers lésé par la sentence arbitrale n'aura aucune possibilité de recours. Dans ce type de situation, les regards se tournent vers la jurisprudence et notamment l'arrêt *Pierre et vacances du* 5 mai 2015[*940*]. Dans cet arrêt rendu dans le cadre de l'arbitrage interne, la Cour de cassation est revenue sur l'irrecevabilité de la tierce opposition formée contre une sentence arbitrale. En l'espèce, une sentence arbitrale avait condamné une des parties à l'arbitrage de verser une somme à la partie adverse. La partie créancière a demandé le paiement de la somme en question à la caution, qui n'avait pas participé à la procédure arbitrale. Celle-ci a formé une tierce opposition contre la sentence. La Cour d'appel a considéré que le recours n'était pas recevable au motif que les coobligés se représentent tacitement. Elle a ajouté qu'il n'y avait pas d'allégations de fraude et que le moyen ne concernait pas la caution personnellement.

Néanmoins, la chambre commerciale de la Cour de cassation a cassé l'arrêt de la Cour d'appel en considérant qu'« (e)n statuant ainsi, alors que le droit effectif au juge implique que la caution solidaire, qui n'a pas été partie à l'instance arbitrale, soit recevable à former tierce opposition à l'encontre de la sentence arbitrale déterminant le montant de la dette du débiteur principal à l'égard du créancier, la cour d'appel a violé les textes susvisés ». Elle a fondé sa décision sur

938 Th. Clay, « *Liberté, égalité, efficacité: la nouvelle devise du droit français de l'arbitrage* », JDI, 2012.841.
939 V. sur ce point la démonstration de S. Bollée, « *Les recours et les tiers en matière d'arbitrage* », *op.cit*., n°139
940 Cass. com., 5 mai 2015, *JCP*, 2015.877, n°6 obs. J. Ortscheidt; JCPE, 2015.1362, note J. Jourdan-Marques ; Gaz. Pal., 2015, n° 162, p. 4, note M. Mignot ; D., 2015.2591, obs. Th. Clay ; *Procédures*, 2015, comm. 264, note L. Weiller ; Rev. arb., 2016.1115, note M. Mignot ; *RTD com*., 2016.59, obs. E. Loquin ; Rev. soc., 2016.317, note B. Le Bars.

l'article 6. §I de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales (Conv. EDH) et l'ancien article 1481 du CPC.

Cette affaire marque la possibilité d'une ouverture prétorienne de la tierce opposition en matière d'arbitrage international[941]. On peut ainsi prévoir une possible évolution dans l'avenir concernant l'ouverture de la voie de tierce opposition[942]. Tout d'abord, il faut rappeler l'incidence de la « *reconnaissance croissante du droit fondamental d'accès à un juge* »[943], sur l'ouverture de la tierce opposition[944]. Laura Weiller a souligné que la reconnaissance du droit d'accès au juge a eu un impact considérable sur les modalités de l'intervention du juge d'appui dans l'arbitrage[945]. De plus, le respect des règles d'un procès équitable gagne de plus en plus d'importance en arbitrage[946].

487. En substance, le droit comparé offre un argument supplémentaire en faveur de l'admission de la tierce opposition en matière internationale. On peut citer l'exemple belge. Après une période de doute, la Cour constitutionnelle belge a pris une décision en faveur de l'ouverture de la tierce opposition contre les sentences arbitrales internationales. Dans un arrêt du 16 février 2017, elle s'est fondée sur les principes d'égalité entre citoyens et de la garantie des droits et libertés (Article 10 et 11 de la Constitution belge), pour considérer que la fermeture de la voie de tierce opposition contre les sentences arbitrales était contraire à la constitution[947].

Néanmoins, l'exemple belge reste isolé. En droit anglais aucun recours particulier n'est prévu pour les tiers à l'arbitrage. Il n'existe pas de voie de recours équivalente à la tierce opposition. L'EAA prévoit des voies de recours particulières ouverte aux personnes n'ayant participé, d'aucune façon, à l'instance arbitrale. Selon l'article 72 de l'EAA une personne « *présumée partie à l'arbitrage mais qui n'a pas pris part à la procédure arbitrale* » peut contester l'existence d'une convention d'arbitrage valide (72(a)), la constitution du tribunal arbitral

941 Même si la question ne se pose pas exactement de la même manière en arbitrage interne et en arbitrage international. Comme l'écrit J. Jourdan-Marques (*JCP E*, 2015.1362), « *d'un côté, il s'agit d'écarter l'application d'une règle restreignant l'ouverture d'un recours, de l'autre, il s'agit de créer un recours de toutes pièces* ».
942 J. Jourdan-Marques, note sous Cass. com., 5 mai 2015, JCPE, 2015.1362.
943 S. Bollée, « *L'étrange cas d'une tierce opposition formée contre une ordonnance d'exequatur* », Cah. arb. 2017, n°3, p. 481,n° 45.
944 Y compris le juge privé qu'est l'arbitre. Sur les exigences liées à l'effectivité de l'accès à l'arbitre, voir M. de Fontmichel, *Le faible et l'arbitrage*, Economica, 2013, spéc. n° 294 et s.
945 V. L. Weiller, « *Les recours contre les décisions du juge d'appui* »,*op. cit.* n°6.
946 Sur lesquelles, v. C.Chainais, « Exigences du procès équitable et arbitrage : existence et essence du droit à un procès arbitral équitable », *in* L. Milano (dir.), *Convention européenne des droits de l'homme et droit del'entreprise*, Nemesis/Anthemis, 2016, p. 267 et s.
947 Cour const. Belg. (Cour d'arbitrage), n° 21/2017, 16 févr. 2017*, Rev. not.*, 2017, n° 3120, p. 186, note J. van Compernolle, G. de Leval, Journal des Tribunaux, 27 janv. 2018, p. 65. La loi belge du 24 juin 2013 réformant l'arbitrage ne distingue pas entre arbitrage et arbitrage international.

(72(b)) et les domaines des litiges soumis à l'arbitrage (72(c)). En revanche, cet article ne s'applique pas aux véritables tiers à l'arbitrage.

En droit suisse également, la tierce opposition n'est pas ouverte contre une sentence arbitrale. L'article 190 de la LDIP prévoit les voies de recours ouvertes contre la sentence arbitrale : le recours en annulation (art. 190, al. 4) ; et le recours en révision (art. 190 a). Aucune voie de recours contre la sentence n'est ouverte aux tiers à l'arbitrage[948].

En France, la voie de tierce opposition est fermée en matière internationale. Néanmoins, on peut envisager de former une tierce opposition contre l'ordonnance d'exequatur de la sentence.

B. La tierce opposition formée contre une ordonnance d'exequatur

488. Pour l'exécution d'une sentence en France, les parties doivent obtenir l'exequatur de celle-ci. L'ordonnance d'exequatur accorde une force exécutoire à la sentence arbitrale. Les parties peuvent effectuer un recours contre l'ordonnance d'exequatur. Néanmoins, la question de la possibilité pour les tiers d'exercer une tierce opposition contre l'ordonnance d'exequatur était controversée. L'affaire *Deleplanque c/ Sesvanderhave*[949] a apporté des précisions concernant la voie de tierce opposition dans le cadre de l'arbitrage. Cette affaire a soulevé une question qui mérite beaucoup d'attention lors de l'étude du droit français de l'arbitrage : celle de la protection des tiers dans le cadre des voies de recours[950]. *Deleplanque*, une société de droit français, avait des relations d'affaires avec un groupe allemand. Une des sociétés appartenant au groupe allemand, *Strube GmbH*, se trouvait en litige avec une troisième société, enregistrée sous le droit belge (*Sesvanderhave*). Ce litige avait abouti à une sentence prononçant différentes condamnations à l'encontre de *Strube*. Selon cette sentence, la société *Strube* devait remettre à *Sesvanderhave* (la société belge), le germoplasme de betteraves sucrières.

489. Après l'exequatur de la sentence en France, la société *Sesvanderhave* a sollicité des mesures d'exécution, pour obtenir le germoplasme, contre la société *Deleplanque* et non pas *Strube*, avec qui elle était en litige initialement. *Deleplanque*, a ensuite saisi le président du

948 G. Kaufman-Kohler, A. Rigozzi, *Arbitrage international droit et pratique à la lumière de la DIP*, éd. Weblaw, Berne 2006, Schulthess, Zurich/Bâle/Genève 2006, note 696, p. 301.
949 TGI Paris, 25 avril 2017, *Deleplanque c/ Sesvanderhave*, n° RG 15/17869.
950 Voir S. Bollée, « *Les effets des sentences arbitrales à l'égard des tiers* », Rev. arb. 2015.695, spéc. n°25 et s. ;Lemaire S., « l'opposabilité de la sentence arbitrale aux tiers – Approche critique du droit français », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Mayer*, LGDJ, 2015, p. 465 ; Callé p., « L'autorité de la chose jugée et les tiers », Rev. arb. 2016 .77, spéc. p.84 et s.

Tribunal de grande instance de Paris d'une tierce opposition contre l'ordonnance accordant l'exequatur de la sentence. Elle estimait que l'ordonnance en question avait accordé force exécutoire à une partie de la sentence qui lui faisait grief alors qu'elle n'était pas partie à la procédure. Selon *Deleplanque*, les demandes d'exécution de *Strube*, qui était sa concurrente, lui faisaient perdre une grande partie de son chiffre d'affaires. Elle invoquait également son droit fondamental à un procès équitable, qui n'était pas respecté au cours de la procédure arbitrale en raison de sa qualité de tiers à l'arbitrage. En effet, *Deleplanque* demandait l'inopposabilité de la sentence à son encontre et l'interdiction pour son adversaire de chercher l'exécution des dispositions de la sentence contre elle. Les revendications de *Deleplanque* ressemblent à une demande en appel-nullité[951]. Pour *Sesvanderhave*, la tierce opposition formée par *Deleplanque* n'était pas recevable et ses demandes devaient être rejetées par le juge. Elle faisait valoir que la sentence ne comportait aucune condamnation à l'encontre de *Deleplanque*, qui ne pouvait en subir aucun préjudice.

490. La formation collégiale du Tribunal de grande instance s'est prononcée sur cette affaire, après renvoi du président du Tribunal de grande instance. Elle a, tout d'abord, admis la possibilité de former une tierce opposition contre une ordonnance d'exequatur d'une sentence arbitrale. Le raisonnement part des articles 583 et 585 du CPC qui prévoient qu'un tiers intéressé peut former une tierce opposition contre tout jugement « *si la loi n'en dispose autrement* » (art. 585 du CPC). Les juges ont ensuite opéré une distinction selon que l'ordonnance d'exequatur concerne une sentence rendue en France ou à l'étranger. L'article 1524 alinéa 1er du CPC exclu la possibilité d'une tierce opposition, dans le cas d'une sentence rendue en France et dispose que « *l'ordonnance qui accorde l'exequatur n'est susceptible d'aucun recours sauf dans le cas prévu au deuxième alinéa de l'article 1522* ». Les juges ont considéré qu'aucune disposition semblable n'existe concernant l'ordonnance d'exequatur d'une sentence rendue à l'étranger, et il est possible d'exercer une tierce opposition contre celle-ci.

491. Dans l'affaire *Deleplanque c/ Sesvanderhave*, la sentence étant d'origine étrangère, la recevabilité de tierce opposition ne posait pas plus de difficulté en l'espèce. Cependant, après l'étude de la demande, les juges ont considéré que la tierce opposition n'était pas fondée, car la

951 S. Bollée, « *L'étrange cas d'une tierce opposition formée contre une ordonnance d'exequatur* », Cah. arb. 2017, n°3, p. 481 n°2.

sentence ne comportait des condamnations qu'à l'encontre de la société *Strube*[952]. L'ordonnance d'exequatur ne pouvait, par conséquent, porter préjudice à *Deleplanque*. En effet, *Strube* avait une obligation extensive, en vertu de la sentence, de remettre le germoplasme à *Sesvanderhave*, même lorsque les tiers sont en possession de celui-ci. C'est *Strube* qui était responsable de mettre en œuvre des démarches nécessaires auprès des tiers et ces derniers n'avaient pas d'obligations eux-mêmes envers *Sesvanderhave*. Dans les circonstances de cette affaire, la sentence ne s'adressait pas directement à *Deleplanque* mais l'affectait de façon indirecte. Même si aucune condamnation n'avait été prononcée contre *Deleplanque* elle-même, la sentence lui était opposable.

La Cour de cassation s'est récemment prononcée, le 26 mai 2021, sur la question de la possibilité d'exercer une tierce opposition contre l'ordonnance d'exequatur d'une sentence arbitrale dans l'arrêt *Central Bank of Libya*[953]. Une sentence arbitrale a condamné l'État libyen à indemniser des investisseurs. Ceux-ci ont exercé des saisies contre la Banque centrale de Libye après avoir obtenu l'*exequatur* de la sentence en France. La Banque centrale de Libye a contesté cette mesure d'exécution. Elle a mis en avant qu'elle n'a pas été directement condamnée par la sentence et qu'elle n'est pas une émanation de l'État libyen. Elle a également formé une tierce opposition devant la Cour d'appel de Paris contre l'arrêt confirmant l'ordonnance d'*exequatur* de la sentence.

La Cour d'appel a considéré que l'action était irrecevable :

> « *En premier lieu, il convient de relever que si en matière d'arbitrage interne, la voie de la tierce opposition est ouverte en application de l'article 1501 du code de procédure civile, l'article 1506 du code de procédure civile ne renvoyant pas à ce texte, pour les sentences rendues en France en matière internationale et pour les sentences rendues à l'étranger, celles-ci ne peuvent pas être frappées d'une tierce opposition. En second lieu, comme le soutient la société B-C, le seul recours ouvert contre l'ordonnance d'exequatur d'une sentence rendue à l'étranger est l'appel prévu par l'article 1525 du code de procédure civile, dans les cas d'ouverture énumérés par l'article 1520 du code de procédure civile qui visent la sentence elle-même et non l'ordonnance d'exequatur qui n'est donc en tant que telle, susceptible d'aucun recours. Dès lors, la tierce*

952 Les juges ont remarqué qu'*« il ressort en effet du dispositif de la sentence que c'est la société Sesvanderhave, seule, qui a été condamnée* ». Il faut lire ici « *Strube* » à la place de « *Sesvanderhave* » et ne pas tenir compte de l'erreur de plume.
953 Civ. 1re, 26 mai 2021, *Central Bank of Libya,* n° 19-23.996, D. 2021. 1034.

opposition à l'arrêt d'appel statuant sur la décision qui accorde l'exequatur à une sentence rendue à l'étranger, permettrait si elle était admise, à un tiers à la convention d'arbitrage et à l'instance arbitrale, d'opposer aux parties à cette convention et cette instance, des moyens visant la sentence elle-même alors qu'aucun recours n'est ouvert aux tiers contre la sentence rendue à l'étranger »[954].

492. La Cour de cassation a cassé cet arrêt au visa des articles 1525, alinéa 1er, et 585 du CPC. Elle a précisé que « la tierce opposition contre l'arrêt de la cour d'appel ayant accordé l'exequatur constituait une voie de recours de droit commun à l'encontre, non de la sentence arbitrale, mais de la seule décision d'exequatur de la sentence rendue à l'étranger ». La décision est saluée dans son principe admettant la tierce opposition contre la décision confirmant l'ordonnance d'exequatur d'une sentence arbitrale.

Il faut noter que l'arrêt n'est pas fondé sur l'article 6 § 1, de la Conv. EDH. En matière interne, ce fondement a permis à une caution solidaire de former une tierce opposition en écartant la règle de représentation mutuelle des coobligés[955] . Néanmoins dans l'affaire Central Banque of Libiya, la Cour de cassation se contente par la référence au CPC, notamment l'article 585 : « tout jugement est susceptible de tierce opposition si la loi n'en dispose autrement ». L'article 1525 du CPC prévoit que « la décision qui statue sur une demande de reconnaissance ou d'exequatur d'une sentence arbitrale rendue à l'étranger est susceptible d'appel ».

Il faut s'interroger sur les décisions pouvant, à la suite de cet arrêt, faire l'objet d'une tierce opposition. L'affaire concernait l'arrêt d'appel statuant contre l'ordonnance accordant l'exequatur à une sentence rendue à l'étranger. L'arrêt d'appel statuant contre l'ordonnance refusant l'exequatur doit également pouvoir fair l'objet d'une tierce opposition[956]. On devrait également admettre la tierce opposition contre l'ordonnance d'exequatur elle-même, qu'elle accorde ou refuse l'exequatur. Il n'est pas certain qu'un appel soit interjeté. Il ne serait pas logique que le sort des tiers dépende du choix par les parties d'exercer un recours. Ces solutions concernent les sentences étrangères.

---

954 C.A. Paris, 28 mai 2019, n° 16/21946, Dalloz actualité, 23 juill. 2019, obs. J. Jourdan-Marques ; D. 2019. 2435, obs. T. Clay.

955 Com. 5 mai 2015, n° 14-16.644, D. 2015. 1046 ; *ibid*. 1810, obs. P. Crocq ; *ibid*. 2588, obs. T. Clay ; Rev. sociétés 2016. 317, note B. Le Bars ; RTD civ. 2015. 882, obs. H. Barbier ; *ibid*. 933, obs. P. Théry ; RTD com. 2016. 59, obs. E. Loquin ; JCP 2015, n° 21, p. 981, note J.-B. Perrier ; Lexbase Hebdo 2015, n° 427, note D. Nemtchenko ; JCP E 2015. 2362, note J. Jourdan-Marques ; Procédures 2015. Comm. 264, note L. Weiller ; Gaz. Pal. 2015, n° 263-265, p. 27, note L. Mayer ; JCP 2015. Doctr. 1304, obs. R. Libchaber ; *ibid.* Doctr. 877, n° 6, obs. J. Ortscheidt ; *ibid.* Doctr. 1222, obs. P. Simler ; D. 2015. 2588, spéc. p. 2591, obs. T. Clay.

956 Celui-ci suit également le régime de l'article 1525, alinéa 1er du CPC.

493. La situation est différente concernant les sentences rendues en France. S'agissant de l'ordonnance refusant l'exequatur, l'article 1523 du CPC retient une formule proche de celle de l'article 1525 : « *La décision qui refuse la reconnaissance ou l'exequatur d'une sentence arbitrale internationale rendue en France est susceptible d'appel* ». Il n'y a pas de difficultés majeures à étendre la solution de l'arrêt du 26 mai 2021. Toutefois, s'agissant l'ordonnance accordant l'exequatur, l'article 1524, alinéa 1er, du CPC prévoit que « *l'ordonnance qui accorde l'exequatur n'est susceptible d'aucun recours sauf dans le cas prévu au deuxième alinéa de l'article 1522* ». C'est la reison pour laquelle il existe une hésitation sur la possibilité de se fonder sur l'article 585 du CPC. Néanmoins il n'est pas logique que la tierce opposition soit fermée dans cette seule hypothèse. Il convient de se poser la question de savoir quel raisonnement rationnel pourrait expliquer l'admission d'une tierce opposition contre une ordonnance d'exequatur d'une sentence rendue à l'étranger et non pas celle d'une sentence rendue en France ? Les tiers sont-ils protégés d'une autre manière en France ? Cela ne semble pas être le cas.

Il serait sans « justification rationnelle »[957] de fermer la tierce opposition contre l'ordonnance d'exequatur de senetnces rendues en France. Sylvain Bollée propose de considérer que les dispositions sur les voies de recours contre l'ordonnance d'exequatur ne prévoient pas la non-recevabilité de la tierce opposition même pour les sentences rendues en France[958]. En effet, selon cette interprétation, l'article 1524 alinéa 1er du CPC, exclurait uniquement l'appel contre l'ordonnance d'exequatur, lorsqu'il existe la possibilité d'exercer un recours en annulation.

Premièrement, le second alinéa de l'article 1524 du CPC prévoit que le recours en annulation est la voie de recours principale contre la sentence arbitrale et l'ordonnance d'exequatur. Avec cette précision, l'appel contre l'ordonnance d'exequatur n'a plus d'utilité et s'efface au profit du recours en annulation. Cependant, l'utilité de l'appel contre l'ordonnance d'exequatur diffère de celle d'une tierce opposition, qui mérite d'être ouverte dans tous les cas.

Deuxièmement, l'article 1524 du CPC prévoit une exception à la règle d'impossibilité de recours contre l'ordonnance d'exequatur : l'appel contre celui-ci est ouvert, si les parties ont renoncé au recours en annulation, dans le cadre d'une sentence rendue en France. En effet, il semble que le législateur entend maintenir ouverte soit la possibilité de recours en annulation, soit l'appel contre l'ordonnance d'exequatur, ce qui est le seul but de l'article 1524 du CPC.

957 *Ibid,* n°3.
958 *Ibid*, n°3.

Le texte de l'article 1524 du CPC n'écartant pas expressément la possibilité d'une tierce opposition, cette voie doit être ouverte en principe, non pas seulement concernant les sentences rendues à l'étranger, mais également concernant les sentences rendues en France. Il faut admettre la tierce opposition contre l'ordonnance d'*exequatur*, mais également contre l'arrêt d'appel statuant sur le recours en annulation sur le fondement du CPC, mais aussi de l'article 6, § 1 de la Conv. EDH.

494. On peut s'interroger sur les tiers susceptibles de former une tierce opposition. En principe, les arbitres ne sont pas considérés comme tiers pouvant exercer un tel recours[959]. Selon l'article 583 du code, la tierce opposition est ouverte à un tiers « *à la condition qu'elle n'ait été ni partie ni représentée au jugement qu'elle attaque* ». La jurisprudence interprète cette exclusion de façon relativement restrictive[960], suivant l'arrêt du 5 mai 2015. Le point problématique concerne la distinction entre un démembrement de l'État et un organisme public étranger.

La portée de cette solution est limitée à la seule tierce opposition contre les décisions étatiques concernant les sentences. Il aurait été plus simple et même bienvenu d'ouvrir la possibilité pour les tiers de former directement une tierce opposition contre la sentence arbitrale.

§II. Les autres mécanismes à la disposition des tiers contre la sentence arbitrale

495. En droit commun des contrats, il est possible d'engager la responsabilité délictuelle d'un tiers complice de la violation d'une obligation pesant sur une partie. Il a été alors suggéré de rechercher la responsabilité des tiers à l'arbitrage, qui contrarient l'exécution d'une sentence sur le fondement du devoir de respecter les situations juridiques[961]. Si on admet que l'opposabilité d'une sentence arbitrale peut créer un devoir de respect des situations juridiques, pour les tiers, la tierce opposition ne constitue pas une voie de recours suffisante. Le juge de l'exequatur n'effectue qu'un contrôle très limité sur la sentence arbitrale et la tierce opposition ne vise que l'ordonnance d'exequatur de la sentence. On peut penser à la création d'une voie de recours contre la sentence, ouverte uniquement aux tiers, pour contester le fond de la

959 Cass. Civ. 2e, 11 janv. 2018, n° 16-24.740, Dalloz actualité, 23 janv. 2018, obs. J. Jourdan-Marques ; D. 2018. 120 ; *ibid*. 2448, obs. T. Clay ; JCP 2018. 595, note D. Mouralis ; JCP E 2019, n° 4, p. 29, obs. J. Ortscheidt.
960 Cass. Com. 5 mai 2015, n° 14-16.644, préc.
961 Voir S. Bollée, « *Les effets des sentences arbitrales à l'égard des tiers* », prec.,n° 16 et s.

sentence, en ce qu'elle les affecte[962]. Par exemple, dans le cadre de l'affaire précitée *Deleplanque c/ Sesvanderhave*, il n'est pas logique que la société *Deleplanque* supporte des conséquences importantes (perte d'une grande partie de son chiffre d'affaires et son activité), comme conséquence de l'opposabilité d'une sentence issue d'une procédure arbitrale à laquelle elle n'était pas partie.

496. En droit interne, la promesse de porte-fort[963] permet d'engager la responsabilité d'un tiers au contrat pour la violation d'une obligation contractuelle pesant sur une partie. Cependant, l'opposabilité de celle-ci n'autoriserait pas son bénéficiaire de reprocher au tiers le comportement du promettant. Dans le même ordre d'idées, la sentence dans le cadre de l'affaire *Deleplanque contre Sesvanderhave*, ne devait pas porter préjudice à *Deleplanque*, même sur le fondement de l'opposabilité, ce qui explique l'inutilité d'exercer une tierce opposition sur le plan théorique. Cependant, sur le plan pratique, la décision des juges apparaît plutôt favorable à *Deleplanque*, dans la mesure où elle peut refuser de se dessaisir du germoplasme sans que sa responsabilité soit engagée. L'inexécution de la sentence ne peut qu'être la faute de *Strube* contre qui la sentence a été prononcée.

497. En ce qui concerne les tiers, les juges considèrent que « les mesures d'exécution d'une sentence exequaturée engagées contre les tiers sont placées sous le contrôle du juge de l'exécution, lequel a seul compétence d'attribution pour connaître de manière exclusive des difficultés s'y rapportant et à réparer le dommage consécutif à l'exercice de voies d'exécution inadéquates »[964]. Dans le cadre de cette affaire, au lieu d'exercer une tierce opposition, Deleplanque aurait dû saisir le juge de l'exécution. Selon l'article L.213-6 du code de l'organisation judiciaire « le juge de l'exécution connaît, de manière exclusive, des difficultés relatives aux titres exécutoires et des contestations qui s'élèvent à l'occasion de l'exécution forcée, même si elles portent sur le fond du droit à moins qu'elles n'échappent à la compétence des juridictions de l'ordre judiciaire ». En effet, l'interprétation de la sentence et l'identification des destinataires entrent dans le cadre des compétences exclusives du juge de l'exécution[965]. En

962 S. Bollée, « *L'étrange cas d'une tierce opposition formée contre une ordonnance d'exequatur* », Cah. arb. 2017, n°3, p. 482.
963 Article 1204 du Code civil.
964 TGI Paris, 25 avril 2017, *Deleplanque c/ Sesvanderhave* n° RG 15/17869.
965 V. Ph. Théry, R. Perrot, *Procédures civiles d'exécution,* 3e éd., Dalloz, 2014. n° 322. ; V.également Cass. Civ. 2e, 7 avril 2016, n° 15-17398, Bull. : « *si le juge de l'exécution ne peut, sous prétexte d'interpréter la décision dont l'exécution est poursuivie, en modifier les dispositions précises, il lui appartient d'en fixer le sens* ».

l'espèce, la voie procédurale appropriée n'avait pas été entreprise par Deleplanque pour faire valoir ses intérêts.

498. La voie d'appel-nullité devant la Cour d'appel n'est pas ouverte aux tiers. Néanmoins, on peut se poser la question de savoir si les parties peuvent emprunter cette voie[966]. L'appel-nullité repose sur les articles 542 et 562 du CPC. En 2011, un arrêt de la deuxième chambre civile est venu confirmer que l'appel-nullité est distinct d'un appel autonome[967]. L'appel-nullité a été consacré par la Cour de cassation, pour permettre de faire appel contre un jugement alors que le législateur ne l'envisageait pas. Ce type de recours pourrait être assimilé à une jurisprudence *contra legem*. Ce n'est que dans le cadre d'un vice suffisamment grave que les parties peuvent exercer un appel-nullité pour excès de pouvoir[968], comme un jugement portant une atteinte grave aux droits fondamentaux des parties. L'excès de pouvoir entraînant la nullité d'un jugement peut être "négatif", dans le cas de refus du juge de statuer alors qu'il est compétent en la matière. L'excès de pouvoir peut également être "positif" lorsque le juge a statué en dépassant sa compétence ou les limites de ses pouvoirs prévues par les textes.

Conclusion

499. En général, après le prononcé de la sentence, les parties l'exécutent spontanément. Néanmoins, pour obtenir l'exécution forcée de la sentence, il est nécessaire pour les parties de demander son exequatur en France. Dans le cadre de la procédure d'exequatur, le contrôle du juge sur la sentence est artificiel. La sentence est contrôlée principalement lors d'un recours en annulation.

L'approche traditionnelle envers l'organisation des voies de recours tend à établir un équilibre entre d'une part, la protection des garanties fondamentales de bonne justice en assurant le respect des droits des parties et des tiers, et d'autre part l'efficacité et la stabilité de la sentence arbitrale. Le droit français des voies de recours en matière d'arbitrage se soucie d'assurer le respect de l'autonomie de la volonté des parties de soustraire leur litige aux juridictions

966 S. Bollée, « *L'étrange cas d'une tierce opposition formée contre une ordonnance d'exequatur* », *op. cit.*, n°3, p. 481.
967 Cass. Civ, 8 décembre 2011, no 10-18.413. V. le bulletin d'information no 759 du 1er avril 2012 de la Cour de cassation.
968 V. C. Chainais, F. Ferrand, S. Guinchard, *Procédure civile- Droit interne et européen du procès civil*, 33e ed., Dalloz, 2016, n° 1236.

étatiques. Le régime des voies de recours ouvertes en France contre une sentence arbitrale témoigne de la faveur accordée à l'arbitrage. Néanmoins, certaines insuffisances existent et le régime actuel des voies de recours contre la sentence pourrait bénéficier d'une évolution intelligente.

500. Deux types de voies de recours peuvent être envisagées contre la sentence arbitrale : les voies de recours ordinaires et extraordinaires.

La possibilité de former un appel contre une sentence est fermée en matière internationale. L'appel peut être envisagé uniquement contre l'ordonnance d'exequatur. Par conséquent, la principale voie de recours ordinaire contre la sentence est le recours en annulation. Les parties disposent d'un délai d'un mois à compter de la notification de la sentence pour exercer un recours en annulation. Elles ont également la possibilité de renoncer à l'exercice du recours en annulation contre la sentence à tout moment. Le libéralisme de droit français permet aux parties d'intervenir dans l'organisation des voies de recours. Néanmoins, cette possibilité doit être appréhendée avec prudence. Il est indispensable d'assurer le droit au juge des parties même après le prononcé de la sentence. C'est la raison pour laquelle au moins une voie de recours doit être ouverte aux parties notamment lorsqu'elles ont renoncé à la possibilité de former un recours en annulation.

Il paraît excessif que les parties puissent écarter la possibilité du recours en annulation devant le juge par une convention à tout moment. Elles se privent en quelque sorte de tout droit à la résolution d'un litige concernant la régularité de la sentence. Dans le cas où l'une des parties est domiciliée en France, cela pourrait priver cette partie de son droit au juge. C'est pourquoi la voie de l'appel contre l'ordonnance d'exequatur de la sentence a été ouverte pour les cas où les parties auraient renoncé au recours en annulation. Néanmoins, pour pouvoir exercer un appel contre l'ordonnance d'exequatur, il faut attendre que l'exequatur de la sentence soit demandé en France.

Concernant les voies de recours extraordinaires, le recours en révision est ouvert contre la sentence même en matière internationale depuis la réforme de 2011, dans l'objectif de lutte contre la fraude dans l'arbitrage. Le recours en révision est porté devant le tribunal arbitral. Néanmoins, dans le cas où le tribunal arbitral initial ne peut être à nouveau réuni, il semble plus approprié d'admettre le recours devant le juge. Il faut noter qu'il est préférable que le juge français procède au règlement du litige au lieu d'avoir une sorte de vide juridique notamment

en matière de fraude. Également, cette différence de régime engendre un manque de clarté des solutions du droit français en matière d'arbitrage international[969].

La voie de tierce opposition reste fermée en matière d'arbitrage international pour la protection de l'efficacité des sentences. Néanmoins, les droits fondamentaux des parties à l'arbitrage ainsi que des tiers doivent être protégés non seulement en cours de la procédure arbitrale, mais également après le prononcé de la sentence. C'est la raison pour laquelle nous sommes favorable de l'ouverture de la tierce opposition contre la sentence, en matière d'arbitrage international.

501. À la fin d'une procédure de recours contre la sentence, le juge prononce l'annulation ou rejette la demande. La décision de rejet vaut exequatur de la sentence. En cas d'annulation de la sentence en matière internationale, l'affaire est portée à nouveau devant le tribunal arbitral. En France, aucune autre solution n'est prévue. Toutefois, certaines sanctions alternatives contre la sentence peuvent être envisagées comme l'annulation partielle de la sentence. À titre d'exemple, le droit anglais permet au juge d'annuler la sentence partiellement ou intégralement ou même de renvoyer une partie ou la totalité de l'affaire devant le tribunal arbitral.

L'existence des sanctions alternatives permettrait aux juridictions étatiques d'exercer un contrôle plus effectif sur la sentence arbitrale. En effet, dans le souci de préserver l'efficacité des sentences arbitrales, les motifs du contrôle de la sentence sont strictement limités et le contrôle effectué par le juge est souvent très restreint.

969 Article n°32 : Cette solution peut voir des effets non souhaités : « *risque de qualification fonctionnelle et, en réalité, quelque peu utilitariste de l'internationalité* »

Chapitre II : L'étendue du contrôle du juge étatique sur la sentence arbitrale

502. L'arbitre, étant une personne privée, ne dispose pas des moyens pour assurer, par lui-même, le respect de ses décisions. Par conséquent, l'efficacité de la sentence arbitrale dépend de la possibilité de bénéficier des moyens de contrainte étatiques. Il est vrai que la majorité des sentences arbitrales est exécutée spontanément. Toutefois, cette prévalence de l'exécution spontanée se doit à la menace, que représente la contrainte étatique. Les législations nationales se montrent, plus ou moins accueillantes envers les sentences arbitrales. Dans le domaine de la reconnaissance et de l'exécution des sentences, l'idée dominante est celle de contrôle. Les États n'accordent pas automatiquement le concours de leurs organes de contrainte, et le subordonnent, généralement à la vérification par un juge, de la conformité de la sentence à certaines exigences. Le contrôle de la sentence peut intervenir lors de la demande d'exequatur, ou dans le cadre d'un recours contre la sentence[970]. L'étendue du contrôle du juge sur la sentence arbitrale est limitée aux motifs déterminés par les législations nationales et les conventions internationales.

503. En matière de reconnaissance et d'exécution des sentences étrangères, la Convention de New York (Convention de NY) est la plus importante source au plan mondial[971] et 146 États y sont partis. L'objet même de cette convention est de déterminer le régime de la reconnaissance et de l'exécution des sentences étrangères[972]. Par conséquent, il n'a pas d'incidence sur l'étendue du contrôle exercé par le pays du siège sur les sentences nationales. Elle établit les motifs de non-reconnaissance qui peuvent être opposés aux sentences étrangères devant le juge étatique. L'article 5 (1) de la Convention de NY prévoit que les motifs suivants peuvent être opposés aux sentences étrangères : l'invalidité de la convention d'arbitrage ; le non-respect du principe de contradictoire au cours de la procédure arbitrale ; le dépassement des termes de la convention d'arbitrage par les arbitres ; l'irrégularité de la procédure d'arbitrage ou de la constitution du tribunal arbitral ; et le fait que la sentence ne soit pas encore devenue obligatoire ou qu'elle a été annulée ou suspendue par une autorité compétente du pays dans lequel, ou

970 Concernant les voies de recours contre la sentence v. le Chapitre I de de Titre.
971 A. Redfern, M. Hunter, *Redfern and Hunter on International Arbitration,* 6th edn, Oxford University Press, 2015, 11.62.
972 Selon l'article 1§1 de la Convention de NY, la convention s'applique également aux sentences qui ont été rendues sur le territoire national, mais qui ne sont pas considérées comme internes.

d'après la loi duquel la sentence a été rendue. L'article 5-2 de la Convention de NY prévoit deux autres motifs de contrôle des sentences arbitrales étrangères : l'inarbitrabilité du litige au regard de la loi du pays où la sentence est invoquée[973]; et la contrariété de l'exécution ou de la reconnaissance de la sentence à l'ordre public de cet État[974].

L'article 5(1)(e) de la Convention de NY attache des conséquences non seulement à l'annulation de la sentence par les juridictions du pays du siège de l'arbitrage, mais également à l'annulation dans le pays d'après la loi duquel la sentence a été rendue. Le texte n'a presque aucune portée effective sur ce point. Il vise l'État dont la loi aurait été choisie pour régir la procédure arbitrale. Toutefois, il n'arrive pas qu'un recours en annulation puisse être exercé dans ce pays s'il n'est pas également le pays du siège de l'arbitrage. La solution semble être unanime en droit comparé : le recours en annulation n'est ouvert que dans le pays du siège de l'arbitrage.

504. Il faut noter que selon l'article 7-1 de la Convention de NY, le régime établi par celle-ci constitue un maximum, c'est-à-dire que les États peuvent adopter des dispositions plus libérales que celles de la Convention. Pour le législateur français, compte tenu de cette réserve du droit national plus favorable, les motifs énoncés par l'article 5 de la Convention de NY présentent un caractère facultatif lorsque le droit national est plus libéral envers la reconnaissance des sentences étrangères. Pour certains autres droits nationaux, ces motifs présenteraient également un caractère facultatif pour le juge lui-même, c'est-à-dire que le juge a le pouvoir, et non pas le devoir de refuser l'exequatur d'une sentence[975]. Dans le cadre de ces droits nationaux, le juge est libre de refuser ou non l'exécution de la sentence en présence d'un des griefs de l'annulation. Cette approche est fondée sur la formulation de l'article V dans la version anglaise de la Convention de NY[976]. L'emploi du terme « *may* » suggère que le juge dispose de la possibilité de refuser l'exécution de la sentence. Certaines ambiguïtés et divergences existent dans les différentes versions linguistiques de la Convention de NY qui

973 Les États peuvent avoir des visions différentes concernant les litiges susceptibles d'être soumis à l'arbitrage, v. Chapitre I du Titre II de la deuxième Partie.
974 Pour une analyse détaillée de l'appréciation de l'ordre public par les juridictions nationales V. Chapitre II du Titre II de la deuxième Partie.
975 Notamment aux États-Unis dans l'affaire *Chromalloy Aeroservices Ine. v. The Arab Republic of Egypt*, 31 juillet 1996, 939 F. Supp. 907 (DDC 1996); Rev. arb., 1997.439.
976 Article V : « *Recognition and enforcement of an arbitral award may also be refused if the competent authority in the country where recognition and enforcement is sought finds that : ... (b) The recognition or enforcement of the award would be contrary to the public policy of that country.* »

peuvent engendrer des différences de visions entre les États signataires[977]. En France, les règles de droit commun relatives à la reconnaissance et l'exécution des sentences rendues à l'étranger sont plus libérales que celles de la convention de NY.

505. Malgré l'effort d'harmonisation de la Convention de NY concernant le contrôle des sentences étrangères, il est difficile de déterminer le sort d'une sentence à l'échelle internationale. Non seulement le réserve de la loi la plus favorable, permet aux états d'adopter des modalités différentes de contrôle des sentences étrangères, le texte même de la Convention de NY donne lieu à des interprétations parfois divergentes. Également, l'appréciation des critères de contrôle et l'intensité du contrôle effectué par le juge peuvent varier d'un État à l'autre. De plus, il existe des situations auxquelles la Convention de NY ne s'applique pas et il faut se référer aux autres traités et conventions[978] susceptibles de s'appliquer, ou aux législations nationales.

Concernant le sort des sentences arbitrales, on peut se demander dans quelle mesure l'étendue de l'intervention du juge étatique pour la reconnaissance et l'exécution des sentences répond aux exigences actuelles de l'arbitrage international. Nous allons nous intéresser d'abord aux motifs divergents du contrôle de la sentence arbitrale prévus par des législations nationales (section I). Ensuite, nous allons nous pencher spécifiquement sur une question au cœur de l'actualité : le contrôle du juge étatique sur l'indépendance et l'impartialité du tribunal arbitral (Section II).

Section I. La divergence des motifs de contrôle des sentences arbitrales par le juge étatique

506. Les motifs de contrôle des sentences arbitrales peuvent varier d'un État à l'autre que l'on soit dans le cadre du contrôle d'une sentence rendue sur le territoire de l'État ou d'un pays étranger. Concernant les motifs de contrôle des sentences étrangères, la Convention de NY, définit des limites qui ne peuvent pas être dépassées par les États. Les législations nationales peuvent, néanmoins, prévoir un régime plus favorable à la reconnaissance des sentences

977 Dans la version anglaise de l'article V de la Convention de NY: « *recognition and the enforcement of the award may be refused only if …* », « *may* » marque une possibilité.
978 Par exemple la Convention de Genève de 21 Avril 1961 : Convention européenne sur l'arbitrage commercial international.

étrangères. Les motifs de contrôle des sentences rendues sur le territoire national sont définis par la législation nationale de l'État en question. Nous allons étudier les motifs de contrôle des sentences arbitrales en droit français (sous-section I), avant d'examiner les motifs du contrôle des sentences dans le cadre du droit comparé (sous-section II).

Sous-section I. Les motifs de contrôle des sentences arbitrales en droit français

507. À la suite de la procédure arbitrale, les parties peuvent demander l'exécution de la sentence dans tous les pays où l'exécution de celle-ci est nécessaire. Le juge français exerce un contrôle limité sur la sentence pour prononcer l'exequatur de celle-ci (§I). Ensuite, les parties ont la possibilité d'exercer un recours contre l'ordonnance d'exequatur. Le juge intervient également pour contrôler une sentence arbitrale lors d'un recours en annulation. (§II).

§I. Les motifs de contrôle du juge de l'exequatur sur la sentence arbitrale

508. À l'issue de la procédure arbitrale, la partie qui souhaite obtenir l'exécution de la sentence sur le territoire français doit solliciter l'exequatur de celle-ci. L'exequatur de la sentence n'est pas requis par tous les États. Par exemple, en vertu de l'article 190 alinéa 1 de la LDIP, la sentence est dotée de l'autorité de la chose jugée et pleine force exécutoire, après la communication. En effet, aucune procédure d'exequatur n'est nécessaire pour qu'une sentence rendue en Suisse puisse être exécutée sur tout le territoire suisse[979]. L'exécution forcée d'une sentence arbitrale n'est pas différente de l'exécution d'un jugement étatique[980]. Au bout du délai de 30 jours, si le recours en annulation n'a pas été initié, les parties ne peuvent échapper à l'exécution forcée de la sentence en Suisse[981]. Le droit français prévoit que l'exequatur de la

979 S. Besson, J.-F. Poudret, *Droit comparé de l'arbitrage international, op. cit.*, (note1), n°861.
980 G. Kaufmann-Kohler, A. Rigozzi, *Arbitrage international*, *op. cit.* (note1), n°7.187-7.189
981 Sauf lorsque la dette est éteinte par exemple par paiement, article 81 alinéa 1 de la Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite.

sentence est requis pour effectuer l'exécution forcée, même lorsque la sentence a été rendue en France[982].

509. En France, l'exequatur est nécessaire pour que la sentence soit revêtue de force exécutoire. Également, passés certains délais, la partie adverse n'a plus la possibilité d'exercer un recours contre la décision d'exequatur. Une fois que la décision d'exequatur n'est plus attaquable, il est définitivement acquis que la sentence produit tous ses effets dans l'ordre juridique français. En ce qui concerne la sécurité juridique, la certitude de l'efficacité de la sentence est très appréciable. Toute la procédure arbitrale s'est déroulée pour qu'enfin la sentence soit exécutée.

510. Les modalités de l'exequatur de la sentence sont définies par l'article 1516 du CPC. L'exequatur est demandé par voie de requête et la procédure n'est pas contradictoire. À la suite de l'ordonnance de l'exequatur, la partie adverse peut former un appel contre celle-ci pour faire valoir ses arguments. La procédure contre l'ordonnance d'exequatur est contradictoire et les parties peuvent alors présenter leurs griefs respectifs contre la sentence. La demande d'exequatur doit être portée devant le tribunal judiciaire dans le ressort duquel la sentence a été rendue. Pour les sentences rendues à l'étranger, le tribunal judiciaire de Paris est seul compétent pour connaître les demandes d'exequatur. Le tribunal judiciaire statue à juge unique (président ou délégué), par voie d'ordonnance et le juge n'effectue qu'un contrôle extraordinairement limité.

À ce stade, deux conditions doivent être remplies pour obtenir l'exequatur de la sentence. Premièrement, il faut établir l'existence de la sentence sur le fondement de l'article 1515 du CPC. Deuxièmement, la sentence ne doit pas apparaître manifestement contraire à l'ordre public international, en vertu de l'article 1514 du CPC. L'exequatur est pratiquement toujours accordé. Ce résultat est conforme à l'esprit des textes prévoyant que le refus d'exequatur doit être très exceptionnel. La solution de principe consiste à accorder l'exequatur aux sentences arbitrales. L'ordonnance d'exequatur n'a pas à être motivée alors qu'au contraire l'ordonnance refusant l'exequatur doit être motivée (l'article 1517 al. 3 du CPC).

511. L'État actuel de la procédure d'exequatur est critiquable, dans le sens où l'approche libérale et accueillante de la France envers les sentences arbitrales peut être considérée comme

982 Ch. Seraglini, J. Ortscheidt, *op. cit.* (note28), n°921.

extrême[983]. En accordant l'exequatur sans un contrôle effectif, on oblige la partie adverse à exercer un appel contre l'ordonnance d'exequatur. Certaines de ces demandes pourraient être évitées avec un contrôle effectif du juge sur la sentence, au stade de la demande d'exequatur. Lorsqu'une sentence présente une violation éventuelle de l'ordre public international français, ou que la compétence du tribunal arbitral est douteuse, ces questions ne seront, en général, examinées que dans le cadre de l'appel contre l'ordonnance de l'exequatur. Dans une telle situation, deux hypothèses peuvent être imaginées : soit la partie contre laquelle la sentence a été prononcée exerce son droit d'appel contre l'ordonnance d'exequatur, soit le délai de recours contre celle-ci est dépassé et la sentence devient obligatoire.

Dans le cadre du premier cas de figure, une procédure se déroule alors qu'elle aurait pu être évitée par un examen effectif et réel du juge sur la sentence lors de la demande d'exequatur. Évidemment, le juge ne doit pas réexaminer le fond du litige ou substituer son appréciation à celle des arbitres. Il doit uniquement étudier l'existence d'éventuelles violations ou dépassements notables. Après tout, l'objet même de la demande d'exequatur réside dans la nécessité d'un certain contrôle par le juge. Si l'exequatur est pratiquement toujours accordé, la procédure d'exequatur a-t-elle toujours un intérêt, si ce n'est pas pour l'appel contre l'ordonnance d'exequatur ?

Dans le cadre de la seconde hypothèse, si la partie adverse n'exerce pas de recours contre l'ordonnance d'exequatur, une sentence rendue en violation de l'ordre public international français, ou en dehors de la compétence du tribunal arbitral, peut recevoir pleine exécution en France. La protection de l'ordre public international français repose sur la partie contre qui la sentence a été rendue. Il s'agit, à nouveau, d'une situation qui aurait pu être évitée par un contrôle effectif du juge d'exequatur.

Au moment de l'exequatur, l'étendue du contrôle du juge est limitée à l'existence de la convention d'arbitrage et l'absence de contrariété manifeste à l'ordre public international français. Néanmoins, lors d'un recours contre la sentence les parties peuvent invoquer certains autres motifs déterminés par la loi.

983 Il faut souligner que la solution du droit suisse est encore plus extrême en la matière : aucune procédure d'exequatur n'est nécessaire pour l'exécution de la sentence sur le territoire suisse.

§II. Les motifs de contrôle du juge d'annulation sur la sentence arbitrale

512. L'article 1520 du CPC prévoit une liste limitative des motifs de l'annulation de la sentence arbitrale (A). La conséquence surprenante du caractère limitatif de cette liste est le fait que l'annulation de la sentence dans son pays d'origine n'entraîne pas l'annulation de celle-ci en France (B).

A. La liste limitative des motifs de contrôle du juge d'annulation sur la sentence arbitrale

513. Selon l'article 1520 du CPC, les parties peuvent exercer un recours contre la sentence arbitrale si « *le tribunal arbitral s'est déclaré à tort compétent ou incompétent ; ou le tribunal arbitral a été irrégulièrement constitué ; ou le tribunal arbitral a statué sans se conformer à la mission qui lui avait été confiée ; ou le principe de contradiction n'a pas été respecté ; ou la reconnaissance et l'exécution de la sentence est contraire à l'ordre public international* ». L'étendue du contrôle est identique pour les sentences arbitrales rendues en France ou à l'étranger. Les cas d'ouverture du recours en annulation ne diffèrent pas de ceux de l'appel contre l'ordonnance d'exequatur.

En application du principe de non-révision au fond des sentences arbitrales, une erreur d'appréciation des faits ou d'application du droit par les arbitres ne peut fonder un recours en annulation par les parties. Le juge ne peut pas réviser le fond de la sentence, néanmoins, son contrôle sur les griefs d'annulation est plein[984]. La cour d'appel dans le ressort de laquelle la sentence a été rendue est compétente pour contrôler les sentences arbitrales. Elle peut examiner les demandes d'annulation des sentences en fait et en droit. Elle n'est pas tenue par les éléments de fait tels de constatés par le tribunal arbitral [985] (v. *infra*).

514. Certains griefs de l'annulation, par hypothèse, ne peuvent apparaître qu'une fois que la sentence a été rendue, notamment, la contrariété du contenu de la sentence à l'ordre public. À l'opposé, d'autres griefs sont susceptibles d'apparaître avant le prononcé de la sentence, comme

984 Cass. civ. 1er, 6 janv. 1987, Plateau des Pyramides, Rev. arb. 1987, p. 469, note Ph. Leboulanger ; JDI 1987, p. 638, note B. Goldman, ; 6 oct. 2010, *Abela*, n° 08-20.563, D. 2010. 2441, obs. X. Delpech; *ibid*. 2933, obs. T. Clay; Rev. crit. DIP 2011. 85, note F. Jault-Seseke ; Rev. arb. 2010. 813, note F.-X. Train ; JCP 2010. 1028, note P. Chevalier ; *ibid*. 1286, obs. J. Ortscheidt ; Gaz. Pal. Pour une analyse détaillée sur cette question v. le Chapitre II du Titre II de la deuxième Partie.

985 Comparer avec le droit suisse : le Tribunal fédéral suisse est uniquement juge de droit, v. *infra*.

l'incompétence du tribunal arbitral, ou même certaines irrégularités de procédure (violation du principe de contradictoire, irrégularité de la constitution du tribunal, etc.). Une partie qui ne soulève pas devant les arbitres un grief dont elle avait connaissance ne peut plus, en principe, se prévaloir de ce grief au stade des recours. Ceci résulte de l'article 1466 du CPC qui déclare irrecevable un grief qui « *en connaissance de cause et sans motif légitime, n'a pas été invoqué en temps utile devant les arbitres* ».

515. Il existe cinq griefs de recours contre la sentence arbitrale. Nous allons les présenter brièvement. Les deux premiers motifs de l'annulation de la sentence concernent la compétence et la régularité de la constitution de tribunal arbitral (voir infra). Un autre motif de l'annulation porte sur la violation du principe de contradiction au cours de la procédure arbitrale, lorsque les arbitres ont requalifié les faits ou l'objet du litige sans inviter les parties à formuler leurs observations ; ou lorsqu'ils ont invoqué un moyen de droit d'office sans provoquer un débat contradictoire. Ce cas d'ouverture paraît naturel, mais également superflu. Il est évident que le juge doit veiller au respect du principe de contradiction. Néanmoins, en pratique, le respect de ce principe peut être examiné dans le cadre du contrôle d'ordre public procédural. Ce dernier fait partie de l'ordre public international, l'objet du cinquième motif de l'annulation de la sentence arbitrale (V. le Chapitre II du Titre I de la Deuxième Partie). Enfin, le non-respect de leur mission par les arbitres est également un motif de l'annulation. La nature consensuelle de l'arbitrage implique que les arbitres respectent les missions confiées par les parties. Nous allons étudier brièvement ce chef de contrôle.

516. Le non-respect de la mission des arbitres peut prendre plusieurs formes.

Premièrement, il arrive que les arbitres méconnaissent l'étendue de leur mission. À cet égard, deux hypothèses sont susceptibles de se présenter. Soit, ils se prononcent sur des chefs de demande non invoqués par les parties (ultra petita). Soit, ils omettent de se prononcer sur certains griefs qui leur avaient été présentés (infra petita). Selon une jurisprudence classique[986], l'infra petita n'est pas un cas d'ouverture du recours ni un motif d'annulation ou de refus d'exequatur. La partie victime de l'omission de statuer peut demander une sentence complémentaire au tribunal arbitral. Cependant, pour que le tribunal arbitral puisse rendre une sentence complémentaire, encore faut-il qu'il puisse être réuni, ce qui n'est pas toujours le cas. À titre d'exemple, une situation de conflit d'intérêts apparue depuis la sentence pourrait

986 Cass. soc., 9 oct. 2013, no 12-12.113, V. également : Cass. soc., 2 oct. 1997, no 94-45.101 ; Cass. soc., 10 déc. 1997, no 95-43.997 ; Cass. soc., 15 déc. 1998, no 96-43.841 ; Cass. soc., 20 janv. 1999, no 96-44.929 ; Cass. soc., 31 oct. 2000, no 99-45.807 ; Cass. soc., 31 janv. 2006, no 04-46.341.

empêcher la reconstitution du tribunal arbitral. Dans ce cas, les parties peuvent soit constituer un nouveau tribunal arbitral pour compléter la sentence ; soit demander l'annulation de la sentence ou refuser l'exequatur, et l'infra petita devient alors un cas d'ouverture du recours[987].

Deuxièmement, il existe des cas dans lesquels la critique porte sur les modalités de la mission des arbitres. Les arbitres peuvent violer leur mission lorsqu'ils ne respectent pas la volonté des parties par exemple concernant le choix du droit applicable au litige[988], ou le choix d'un règlement d'arbitrage[989]. Néanmoins, l'arbitre est libre d'interpréter le droit choisi par les parties à la lumière d'autres sources. En effet, le juge ne peut contrôler la bonne ou mauvaise application de la loi par les arbitres. La Cour d'appel de Paris a énoncé qu'« *il est un principe bien établi que les tribunaux arbitraux, disposent d'un large pouvoir d'appréciation et peuvent appliquer des règles de droit directement, sans effectuer d'analyse de conflit de lois* »[990].

517. Il arrive dans certains cas que le tribunal arbitral statue en équité alors que les parties ne lui avaient pas donné un pouvoir d'amiable compositeur. La révision du fond de la sentence n'étant pas possible, il n'est pas facile de sanctionner la décision des arbitres de faire prévaloir l'équité. Pour caractériser une usurpation des pouvoirs d'amiable compositeur, il faudrait que l'arbitre ait ouvertement indiqué qu'il faisait prévaloir l'équité sur les règles de droit. Il arrive que les parties aient donné un pouvoir d'amiable compositeur à l'arbitre sans qu'il en fasse usage. Dans ce cas, il est possible que les arbitres se soient simplement convaincus que le résultat des règles de droit ne heurtait pas l'équité. Dans une telle situation, les arbitres doivent-ils formellement se référer à l'équité dans leur sentence ? La jurisprudence considère que l'intervention de l'équité ne doit pas être nécessairement explicite, mais doit ressortir de façon certaine de la motivation de la sentence[991]. Si les arbitres n'ont pas pris le soin de faire ressortir qu'ils prenaient l'équité en compte, la sentence pourrait être annulée ou l'exequatur pourrait être refusé. La solution plus équilibrée serait de traiter le problème sous l'angle du défaut de réponse à conclusion : on ne permettrait la critique que si le requérant avait spécifiquement invoqué l'équité devant les arbitres, et que ceux-ci n'ont pas répondu. Également, on peut

987 V. par exemple, C.A. Paris (Pôle 1 – Ch. 1), 27 mai 2010, *M. Cohen c/ société Total Outre Mer SA.*
988 C.A. Paris, 10 mars 1988, *Sté Crocodile Tourist Project Company [Egypte]*, Rev. arb. 1989. 269, note P. Fouchard.
989 C.A. Paris, 1er juill. 1999, *Sté Braspetro Oil Services [Brasoil] c/ GMRA*, Rev. arb. 1999. 834, note C. Jarrosson ; *adde* A. Pinna, « *L'autorité des règles d'arbitrage choisies par les parties* », Cah. arb. 2014. 9
990 C.A. Paris, 25 févr. 2020, *Uzuc*, n° 17/18001.
991 Cass. Civ 1er, 15 février 2001, Bull. civ. II, n° 26 ; Rev. arb., 2001.135, 1re esp., note (approbative) E. Loquin ; D., 2001.2780, note N. Rontchevsky ; JCP, 2001 II 10038, note G. Chabot ; *adde,* les comm. de J. Mestre in Droit et patrimoine*,* mai 2001, p. 122, et de R. Perrot, in *Procédures,* 2001, n° 78., 18 oct. 2001, Rev. arb., 2002 n° 2, note (critique) Ch. Jarrosson.

imaginer le cas où les arbitres n'ont pas appliqué les règles choisies par les parties. Il s'agit de vérifier que les règles de droit choisies ont été appliquées sur le principe, et non pas qu'elles l'ont été correctement.

L'absence de motivation de la sentence pourrait être contestée dans le cadre du non-respect de leur mission par les arbitres, sur le fondement de l'article 1520, 3° du CPC. En matière internationale, la jurisprudence considère que la sentence non motivée n'est pas, de ce seul fait, contraire à l'ordre public international[992]. Le renvoi de l'article 1506, 4°, à l'article 1482 du CPC est considéré comme étant supplétif. Également, les parties peuvent dispenser les arbitres de motiver la sentence[993], même si cette possibilité est entendue de façon très restrictive[994], la motivation de la sentence n'étant pas contrôlées dans le cadre du respect de l'ordre public international, elle pourrait être prise en compte dans le cadre du respect de la mission des arbitres. La Cour d'appel de Paris a considéré dans un arrêt de 20 novembre 2018, que « *l'exigence de motivation des décisions de justice est un élément du droit à un procès équitable ; qu'elle est nécessairement comprise dans la mission des arbitres, même si elle ne figure pas dans le règlement d'arbitrage auquel les parties se sont soumises* »[995]. Cette question a fait l'objet des débats depuis quelque temps. En principe, la jurisprudence ne contrôle pas le contenu de la motivation, mais admet la vérification de son existence. Néanmoins, l'arrêt *Tecnimont* avait contribué à des confusions sur la question de la motivation[996]. La Cour d'appel avait énoncé que « *le défaut de motivation d'une sentence n'est pas un cas d'ouverture du recours en annulation dans le droit français de l'arbitrage international* ».

Finalement dans un arrêt récent *Ferrovial*, la Cour d'appel de Paris a accepté de contrôler l'existence d'une motivation sur le fondement de l'article 1520, 3°, du CPC[997]. Elle a considéré que l'exigence de motivation de la sentence relève de la mission des arbitres et peut être controlée par le juge de l'annulation. L'exequatur de la sentence a été refusé pour une prétention, prise isolément, car elle n'avait fait l'objet d'aucune motivation. La jurisprudence

992 Civ. 1re, 22 nov. 1966, *Gerstlé*, JCP 1968. II. 15318, obs. H. Motulsky ; JDI 1967. 631, note B. Goldman ; Rev. crit. DIP 1967. 372, note P. Francescakis.
993 Ch. Seraglini, J. Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, Lextenso éditions, Montchrestien, coll. « Domat, Droit privé », 2013, n° 872.
994 Les parties sont présumées souhaiter avoir la motivation de la sentence, C.A. Paris, 20 juin 1996, Rev. arb. 1996. 657, obs. D. Bureau ; C.A. Paris, 30 mars 1995, Rev. arb. 1996. 131, obs. J. Pellerin.
995 C.A. Paris, 20 nov. 2018, nos 16/10379 et 16/10381, Dalloz actualité, 24 déc. 2018, obs. J. Jourdan-Marques ; *ibid.*, 11 janv. 2019, obs. P. Giraud ; D. 2019. 2435, obs. T. Clay.
996 V. les débats à la suite de C.A. Paris, 1er déc. 2020, *Tecnimont*, n° 17/22735, Dalloz actualité, 22 févr. 2021, obs. J. Jourdan-Marques.
997 C.A. Paris, 5-16, 13 avr. 2021, *Ferrovial*, n° 18/17862.

n'est pas encore clairement établie sur cette question. La portée de l'arret *Ferrovial*, mentionné est incertaine. À notre sens, le contrôle de l'existence de la motivation dans le cadre d'un recours en annulation est bienvenu. Il ne s'agit pas de contrôler le contenu de la motivation, mais de vérifier que les arbitres ont rempli leur fonction en répondant à toutes les demandes des parties.

La liste des motifs de l'annulation de la sentence de l'article 1520 du CPC est limitative et aucune mention n'est faite de l'annulation de la sentence dans son pays d'origine. L'approche décentralisatrice du droit français de l'arbitrage ne permet pas de prendre en considération le fait que la sentence étrangère a été annulée dans le pays du siège de l'arbitrage.

B. Le sort des sentences annulées dans leur pays d'origine en droit français

518. Deux formes de contrôle des sentences arbitrales peuvent être envisagées. Les États peuvent mettre en place un régime de contrôle centralisé ou décentralisé des sentences arbitrales. Si chaque État contrôle les sentences de façon indépendante, le contrôle est exercé de façon décentralisée. Au contraire, si un État déterminé joue un rôle prépondérant dans le contrôle de la sentence, cette approche est considérée comme étant centralisée. En droit comparé, l'approche dominante est plutôt centralisatrice accordant à l'État du siège de l'arbitrage un rôle prépondérant. Tout d'abord, les droits nationaux admettent généralement que le recours en annulation ne peut être exercé contre une sentence que dans le pays où elle a été rendue. De plus, la plupart des droits nationaux considèrent que l'annulation de la sentence par les juridictions de l'État du siège fait obstacle à l'exécution de la sentence dans un autre État.

Dans le cadre de la Convention de NY, l'annulation d'une sentence dans son pays d'origine est l'un des motifs de refus de l'exécution d'une sentence. La convention de Genève de 1961 comporte un correctif par rapport à la convention de NY. Elle prévoit qu'il ne faut tenir compte de la décision de l'annulation de la sentence prononcée dans l'État du siège, que si cette annulation a été fondée sur l'un des motifs énumérés par article 9 de la Convention de Genève.

519. Le droit français a pris des distances par rapport à ce schéma, en refusant de tenir compte des décisions d'annulation étrangères. Dans le cadre de deux affaires célèbres, la Cour de cassation s'est fondée sur des considérations théoriques pour dénier l'effet en France au

jugement d'annulation étranger. Dans l'arrêt *Hilmarton*[998], elle a affirmé que la sentence n'est pas intégrée dans l'ordre juridique du pays du siège. Ensuite, dans l'arrêt *Putrabali*[999] elle a souligné que la sentence, en tant qu'une décision de justice internationale, n'est rattachée à aucun ordre juridique étatique. Cette solution est fondée, également, sur des considérations textuelles. L'article 7§1 de la convention de NY prévoit la possibilité pour les droits nationaux d'avoir une approche plus favorable à la reconnaissance et l'exécution des sentences. La Cour de cassation considère que les rédacteurs du CPC ne souhaitaient pas attacher d'importance à l'annulation prononcée dans le pays du siège de la sentence. En effet, les textes énoncent limitativement les motifs de refus de la reconnaissance des sentences, parmi lesquels l'annulation dans l'État du siège ne figure pas (l'article 1520 du CPC).

520. La position du droit français est isolée en droit comparé. Quelques droits nationaux prévoient que dans certains cas, une sentence peut être reconnue malgré son annulation dans le pays du siège, mais la solution de principe demeure la détermination du sort de la sentence par les juridictions de l'État du siège. La question du traitement des sentences annulées a suscité des controverses. Les arguments textuels de la Cour de cassation ne sont pas à l'abri de toute critique. Il est intéressant de s'interroger sur l'opportunité de la solution française. Il faut admettre qu'elle présente certains avantages. Premièrement, certaines décisions d'annulation peuvent être erronées ou prononcées par un juge partial. Pour répondre à ce problème, on pourrait simplement prévoir la possibilité pour le juge français de ne pas tenir compte de la décision d'annulation lorsqu'elle ne respecte pas certaines conditions. Deuxièmement, l'État d'exécution de la sentence a un intérêt plus grand que l'État du siège à contrôler celle-ci. C'est sur cet argument pratique que la France se fonde essentiellement pour limiter les effets d'une décision d'annulation au territoire national du pays du siège de la sentence. Ces arguments restent néanmoins, peu convaincants. En refusant de tenir compte de la décision d'annulation,

998 Civ. 1re, 23 mars 1994, *Hilmarton*, n° 92-15.137, Bull. civ. I, n° 104 ; D. 1994. 91; Rev. crit. DIP 1995. 356, note B. Oppetit; RTD com. 1994. 702, obs. J.-C. Dubarry et E. Loquin; Rev. arb. 1994. 327, note C. Jarrosson ; JDI 1994. 701, note E. Gaillard ; 10 juin 1997, *Hilmarton*, nos 95-18.402 et 95-18.403, Bull. civ. I, n° 195 ; D. 1997. 163; RTD com. 1998. 329, obs. J.-C. Dubarry et E. Loquin; Rev. arb. 1997. 376, note P. Fouchard ; *ibid.* p. 329, spéc. n° 17 ; JDI 1997. 1033, note E. Gaillard.

999 Civ. 1ère, 29 juin 2007, n° 05-18.053, *Putrabali*, Bull. civ. I, nos 250 et 251 ; D. 2007. 1969, obs. X. Delpech; *ibid*. 2008. 180, obs. T. Clay; *ibid*. 1429, chron. L. Degos; Rev. crit. DIP 2008. 109, note S. Bollée; RTD com. 2007. 682, obs. E. Loquin; JDI 2007. 1236, note T. Clay ; LPA 2007, n° 192, p. 20, note M. de Boisséson ; Rev. arb. 2007. 507, note E. Gaillard ; RJDA 2007. 883, obs. J.-P. Ancel ; Gaz. Pal. 21-22 nov. 2007. 3, obs. S. Lazareff *ibid.* 14, note P. Pinsolle ; JCP 2006. I. 216, § 7, obs. C. Seraglini ; Bull. ASA 2007. 217, note P.-Y. Gunter.

on porte atteinte à l'harmonie des solutions dans le monde de l'arbitrage. De plus, l'approche française va à l'encontre de la prévisibilité des solutions.

Les motifs de l'annulation peuvent varier d'un pays à l'autre. En droit comparé, le droit suisse et le droit anglais ont adopté différents régimes de contrôle des sentences arbitrales. Non seulement les motifs retenus pour le contrôle des sentences, mais également l'appréciation de ces motifs et l'intensité du contrôle effectué par le juge diffèrent selon l'État où l'exécution est demandée.

Sous-section II. Les motifs de contrôle des sentences arbitrales par le juge étatique en droit comparé

521. Les motifs de recours contre les sentences arbitrales sont semblables dans le cadre du droit français et du droit suisse. Seulement certains points de divergences peuvent être constatés lors de la comparaison du contrôle effectué par le juge français et le juge suisse (§I). Toutefois, le régime du contrôle des sentences arbitrales dans le cadre de droit anglais présente des différences fondamentales avec le régime français (§II).

§I. L'étendue du contrôle des sentences arbitrales par le juge étatique en droit suisse

522. Dans les textes, les motifs du recours contre les sentences arbitrales sont très similaires en droit suisse et en droit français (l'article 190 al. 2 LDIP et l'article 1520 CPC)[1000]. Cependant, certaines réelles différences existent entre les deux systèmes de contrôle de la sentence arbitrale.

1000 Selon l'art. 190 al. 2 LDIP, la sentence « *ne peut être attaquée que : a. lorsque l'arbitre unique a été irrégulièrement désigné ou le tribunal arbitral irrégulièrement composé ; b. lorsque le tribunal arbitral s'est déclaré à tort compétent ou incompétent ; c. lorsque le tribunal arbitral a statué au-delà des demandes dont il était saisi ou lorsqu'il a omis de se prononcer sur un des chefs de la demande ; d. lorsque l'égalité des parties ou leur droit d'être entendues en procédure contradictoire n'a pas été respecté ; e. lorsque la sentence est incompatible avec l'ordre public* ». L'art. 1520 CPC, quant à lui, prévoit que "[l]*e recours en annulation n'est ouvert que si : 1° Le tribunal arbitral s'est déclaré à tort compétent ou incompétent ; ou 2° Le tribunal arbitral a été irrégulièrement constitué ; ou 3° Le tribunal arbitral a statué sans se conformer à la mission qui lui avait été confiée ; ou 4° Le principe de la contradiction n'a pas été respecté ; ou 5° La reconnaissance ou l'exécution de la sentence est contraire à l'ordre public international* ».

En Suisse, le contrôle de la sentence est plus restrictif pour certaines raisons. Tout d'abord, selon l'article 105 alinéa 1 de la LTF[1001] suisse, le Tribunal fédéral est lié par les faits constatés par l'autorité précédente. Dans le cadre de l'arbitrage, « l'autorité précédente » est le tribunal arbitral et le Tribunal fédéral ne peut revenir sur les faits constatés par celui-ci[1002]. Au cours de la procédure devant le juge étatique, les parties ne peuvent se fonder que sur les faits tels qu'ils résultent de la sentence attaquée. Le Tribunal fédéral a néanmoins prévu deux exceptions à ce principe. Il est possible de remettre en cause les faits constatés par le tribunal arbitral lorsque de nouveaux moyens de preuves sont présentés au stade de recours contre la sentence. Cette exception concerne l'hypothèse dans laquelle des faits ont été découverts après le prononcé de la sentence et avant la prescription du délai de recours en annulation. Par exemple, si une des parties découvre que le délibéré a été vicié à cause de la composition irrégulière du tribunal arbitral après la notification de la sentence, elle peut demander l'annulation de la sentence en vertu de l'article 190 alinéa 2 let. A de la LDIP[1003].

Également, le juge peut revenir sur les faits de la sentence dans les cas où un grief de l'article 190 alinéa 2 de la LDIP est soulevé contre ceux-ci, par exemple, si le demandeur estime que la présentation des faits par la sentence porte atteinte au principe de contradictoire. En dehors de ces deux exceptions à effet limité, le Tribunal fédéral est lié par les faits constatés par la sentence et ne pourra pas prendre en compte d'autres éléments du dossier comme des témoignages recueillis pendant l'arbitrage[1004]. Le contrôle de la sentence par le juge suisse est limité par cette règle notamment concernant la compétence de l'arbitre et le respect de l'ordre public international.

523. Concernant le respect par les arbitres de leur mission, il est possible de demander l'annulation d'une sentence *infra*, *ultra* ou *extra petita* en vertu de l'article 190 alinéa 2 let. c LDIP. La sentence sera annulée si les arbitres se sont éloignés des demandes initiales des parties[1005]. Également, le grief de l'irrégularité de procédure est très limité en droit suisse. La sentence ne peut être annulée que dans le cadre de la violation du principe de contradiction

1001 Loi sur le Tribunal Fédéral (LTF)
1002 L'art. 105 al. 1 LTF ne fait pas partie des dispositions que l'art. 77 al. 2 de cette même loi déclare inapplicables au recours contre les sentences arbitrales ; S. Besson, « *Le recours contre la sentence arbitrale internationale selon la nouvelle LTF (aspects procéduraux)* », ASA Bulletin 2007, pp. 2-35, (note 1), n° 53 et s. ; B. Corboz, « *Art. 77 LTF* », *in* B. Corboz et al. (éd.), *Commentaire de la LTF, op. cit.* (note 1), n° 81 ; G. Kaufmann-Kohler, A. Rigozzi, *Arbitrage international*, *op. cit.* (note 1), n° 8.86-8.91.
1003 Arrêt 4A_386/2010 du 3 janvier 2011, cd. 4.
1004 Ibid., cd 3.2.
1005 S. Besson, J.-F. Poudret, *Droit comparé de l'arbitrage international, op. cit.*, (note1), n° 799.

(l'article 190 alinéa 2 let. et LDIP)[1006]. Cette possibilité est issue de la jurisprudence. Selon le Tribunal fédéral, *« ce motif de recours sanctionne les seuls principes impératifs de procédure prévus par la LDIP à son article 182 al.3. Il faut en déduire a contrario que la violation des autres règles de procédure, notamment du règlement d'arbitrage choisi par les parties* »[1007], ne peut entraîner l'annulation de la sentence.

524. Même si, à la lecture des textes, les motifs de l'annulation des sentences peuvent paraître semblables en droit français et en droit suisse, il existe des différences entre ces deux systèmes concernant les moyens à la disposition du juge pour le contrôle de la sentence arbitrale. Le contrôle de la sentence par le juge suisse est plus limité par rapport à celui exercé par le juge français. Les législations nationales prévoient différents motifs de recours contre la sentence arbitrale. Les motifs d'annulation de la sentence arbitrale en Angleterre sont fondamentalement différents de ceux du droit français et le droit suisse.

§II. L'étendue du contrôle des sentences arbitrales par le juge en droit anglais

525. L'étendue du contrôle des sentences arbitrales présente des particularités dans le cadre du droit anglais. Celui-ci prévoit l'annulation de la sentence sur le fondement de motifs communs prévus par la convention de NY (A). Toutefois, il est également possible pour le juge anglais de contrôler l'application d'un point de droit anglais par les arbitres (B).

A. Les motifs de contrôle des sentences arbitrales par le juge étatique en droit anglais

526. Dans le cadre du contrôle des sentences étrangères, les juridictions anglaises reconnaissent l'importance de l'exécution des sentences arbitrales dans le commerce international et appliquent les motifs de l'annulation énoncés par la Convention de NY[1008]. Dans l'affaire *Lesotho*, Lord Steyn a noté que l'application des griefs de la Convention de NY n'autorise pas le juge à réviser l'analyse des éléments de droit et de fait par le tribunal arbitral ou de réviser la sentence au fond[1009]. Le même constat a été fait dans le cadre de l'affaire

1006 *Ibid.* n°801.
1007 ATF 117 II 346, cd. 1a).
1008 Par exemple : *Westacre Investments Inc* v. *Jugoimport SDPR Holding Co Ltd* [1999] QB 740, 773 : « the public policy of sustaining international arbitration awards ».
1009 *Lesotho Highlands Development Authority* v. *Impreglio SpA* [2005] UKHL 43; [2006] 1 AC 22, n°30.

Dallah[1010]. Toutefois, certains auteurs[1011] ont considéré qu'une erreur manifeste d'application du contrat peut justifier le refus d'exécution d'une sentence sur le fondement de l'article V (1)(c)[1012] de la Convention de NY. Ils considèrent que par une telle sentence le tribunal arbitral a violé son obligation de prononcer une décision en accord avec la loi applicable à la transaction principale lorsque cette loi exige que le tribunal donne effet au contrat entre les parties. Cette approche reste isolée dans la doctrine anglaise.

527. Dans le cadre du contrôle des sentences rendues sur le territoire anglais, trois motifs de recours contre la sentence sont prévus par l'English Arbitration Act de 1996 (EAA). Une sentence peut être annulée sur le fondement de l'incompétence du tribunal arbitral (l'article 67 de l'EAA), ou de l'irrégularité sérieuse affectant la constitution du tribunal arbitral, la procédure arbitrale ou la sentence (l'article 68 de l'EAA). L'article 69 de l'EAA (1996), prévoit la possibilité d'exercer un recours contre une sentence arbitrale devant la *Commercial Court*, sur le fondement d'une erreur sur un point de droit anglais (*an error of english law*)[1013]. Le grief énoncé par l'article 69 ne relève pas de l'ordre public et peut être exclu par convention contraire des parties[1014]. Les autres griefs de l'annulation sont obligatoires et ne sont pas à la disposition des parties.

Les sentences arbitrales rendues en Angleterre sont souvent attaquées sur le fondement de l'article 68 (1) d'EAA qui prévoit que les parties peuvent exercer un recours contre une sentence si une irrégularité sérieuse affecte le tribunal, la procédure ou la sentence. L'article 68 (2) comprend une liste exhaustive des motifs pouvant être considérés comme des irrégularités sérieuses[1015]. La partie demanderesse doit démontrer que le motif évoqué lui cause une injustice. La majorité des recours sur le fondement de l'article 68 est rejetée.

1010 [2010] UKSC 46; [2011] 1 AC 763, at [102].

1011 A-J. Van den Berg, « Failure by Arbitrators to Apply Contract Terms from the Perspective of the New York Convention », dans G Aksen, et al. (eds), *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution*: *Liber Amicorum in Honour of Robert Briner,* ICC Publications, Paris, 2005, 63–71.

1012 Article V (1) (C) de la Convention de NY : « *Que la sentence porte sur un différend non visé dans le compromis ou n'entrant pas dans les prévisions de la clause compromissoire, ou qu'elle contient des décisions qui dépassent les termes du compromis ou de la clause compromissoire ; toutefois, si les dispositions de la sentence qui ont trait à des questions soumises à l'arbitrage peuvent être dissociées de celles qui ont trait à des questions non soumises à l'arbitrage, les premières pourront être reconnues et exécutées*.»

1013 Article (2)(3), EAA 1996. V. *infra*.

1014 Article 69(2)(3) EAA 1996.

1015 *Lesotho Highlands Development Authority (Respondents) v. Impreglio S.p.A. (Appellants)* [2005] UKHL 43, 28, « *L'irrégularité doit faire partie de celles énumérées dans la liste des catégories des paragraphes (a) à (i) d'EAA*.»

528. L'article 68 (2) (d) de l'EAA prévoit que les parties peuvent exercer un recours contre la sentence arbitrale lorsque le tribunal arbitral n'a pas rempli sa mission. Dans l'affaire *Symbion Power LLC v. Venco Imtiaz Construction Co*, la partie demanderesse estimait que le tribunal arbitral n'avait pas répondu à toutes les questions qui lui avaient été présentées[1016]. Les juges ont considéré que les questions évoquées par le demandeur n'étaient pas de nature à être discutées ou mentionnées par le tribunal arbitral. Dans l'affaire *UMS Holding Ltd. & Ors v. Great Station Properties S.A. & Anor*[1017], la Cour a jugé que le défaut de considération de certains moyens de preuve par le tribunal arbitral, ne peut être considéré comme un motif d'irrégularité sérieuse. Également, le raisonnement illogique ou non rationnel du tribunal ne peut résulter en une irrégularité de procédure. Les juges anglais ont adopté une conception restrictive du contrôle du respect de la mission des arbitres.

529. L'affaire *Oldham v. QBE Insurance*[1018] illustre un cas d'irrégularité de procédure admis par les juges. Dans cette affaire, l'arbitre a accordé à l'une des parties le remboursement des coûts de l'arbitrage même si elle ne les avait pas sollicités. Par conséquent, la partie adverse n'a pas eu l'occasion de présenter ses moyens concernant cette question. Les juges ont considéré que l'arbitre a violé son obligation de permettre à chacune des parties de se défendre. Ainsi, le non-respect du principe de contradictoire est clairement une cause de l'irrégularité sérieuse. Popplewell, J. a souligné que l'arbitre n'a pas respecté son obligation d'impartialité lorsqu'il n'a pas accordé une opportunité raisonnable à chacune des parties de présenter leurs moyens concernant les coûts de la procédure[1019].

530. L'annulation ou la suspension de la sentence dans un pays étranger peut justifier le refus de son exécution par les juridictions anglaises à l'exception des cas où la décision étrangère de l'annulation de la sentence serait elle-même irrégulière[1020]. L'article 103 (2)(f) de l'EAA incorporant l'article V (1)(e) de la Convention de NY prévoit que la sentence peut être annulée lorsqu'elle n'est pas encore entrée en force de chose jugée entre les parties, ou si elle a été annulée ou suspendue par l'autorité compétente du pays du siège de l'arbitrage ou de la loi applicable au litige. Le fait qu'une procédure contre la sentence arbitrale est toujours en cours à l'étranger n'exclut pas l'exécution de la sentence en Angleterre. Ainsi, dans l'affaire *Honeywell*, il a été souligné que le juge anglais n'est pas tenu de s'abstenir d'exécuter la

1016 *Symbion Power LLC v. Venco Imtiaz Construction Co.* [2017] EWHC 348 (TCC).
1017 *UMS Holding Ltd. & Ors v. Great Station Properties S.A. & Anor* [2017] EWHC 2398 (Comm).
1018 *Oldham v. QBE Insurance* [2017] EWHC 3045 (Comm).
1019 *Ibid* n°41.
1020 Sur ce sujet v. M. Nijhoff, *Legal Theory of International Arbitration*, Leiden, and Boston, 2010.

sentence, uniquement en raison d'une procédure de recours en cours devant une juridiction étrangère[1021].

531. Comme nous l'avons souligné, les législations nationales sont libres d'établir un régime plus favorable que la Convention de NY pour la reconnaissance et exécution des sentences étrangères (v. *supra*). Dans le cadre de certains droits nationaux, les juridictions nationales sont libres de refuser ou non l'exécution de la sentence en présence d'un des griefs de l'annulation. Cette solution est fondée sur la formulation de l'article V dans la version anglaise de la Convention de NY qui suggère que le juge dispose de la possibilité de refuser l'exécution de la sentence par l'emploi du terme « *may* »[1022]. Dans le cadre de l'affaire *Dallah*[1023] Lord Collins s'est fondé sur la jurisprudence française et suisse pour considérer que la liberté de reconnaître une sentence annulée dans son pays d'origine découle du texte de l'article VII (1) de la Convention de NY qui permet aux États signataires d'adopter une approche plus libérale que celle de la Convention de NY, et non pas de la formulation de l'article V (1).

En Angleterre, deux points sont examinés en présence d'une sentence annulée à l'étranger. Premièrement, les juges vérifient si la décision de l'annulation a été rendue dans des circonstances contraires aux règles d'ordre public anglaises. Deuxièmement, ils examinent si le litige en cause rentre dans la compétence du juge anglais. Dans le cadre de ces situations, les juridictions anglaises ne prennent pas en considération le jugement d'annulation étranger.

532. Dans l'affaire *Yukos*, les juridictions russes avaient annulé quatre sentences arbitrales rendues en Russie. Lors de la demande d'exécution de la sentence aux Pays-Bas, la Cour d'appel d'Amsterdam a considéré que les juridictions russes qui avaient annulé les sentences n'étaient pas indépendantes[1024]. C'est sur ce fondement que les sentences en cause ont été reconnues et exécutées aux Pays-Bas. Ainsi, une partie de la somme principale constatée par les sentences arbitrales a été acquittée par le débiteur aux Pays-Bas. Concernant les intérêts de

---

1021 *Honeywell International Middle East Ltd* v. *Meydan Group LLC (No 2)* [2014] BLR 599, Ramsey J.
1022 Article V : « *Recognition and enforcement of an arbitral award may also be refused if the competent authority in the country where recognition and enforcement is sought finds that : … (b) The recognition or enforcement of the award would be contrary to the public policy of that country.* »
1023 [2010] UKSC 46; [2011] 1 AC 763, n° 129, citant les affaires : Cass, 9 October 1984, *Pabalk Ticaret Sirketi* v. *Norsolor*, 1985 Rev. Crit. 431, Cass., 23 March 1994 *; Hilmarton Ltd* v. *OTV* (1995) 20 Yb Comm Arb 663, 665; C.A.Paris, 14 January 1997 *République arabe d'Egypte* v. *Chromalloy Aero Services* (1997) 22 Yb Comm Arb 691; Cass., 29 June 2007 *Soc PT Putrabali Adyamulia* v. *Soc Rena Holding* (2007) 32 Yb Comm Arb 299, Amsterdam Gerechtshof 28 April 2009, *Yukos Capital SARL* v. *OAO Rosneft* (Netherlands).
1024 [2011] EWHC 1461 (Comm); [2012] 1 All ER (Comm) 479; [2011] 2 Lloyd's Rep 443; [2011] 2 CLC 129, examinant les décisions: *Carl Zeiss Stiftung* v. *Rayner & Keeler Ltd (No 2)* [1967] 1 AC 853, HL; *Carl Zeiss Stiftung* v. *Rayner & Keeler Ltd (No 3)* [1970] Ch 506; *« The Sennar » (No 2)* [1985] 1 WLR 490, 499, HL; P. Rogerson, « *Issue Estoppel and Abuse of Process in Foreign Judgments* » (1998) CJQ 91

cette somme établis par les sentences, l'exequatur de la sentence a été recherché en Angleterre. Les juridictions anglaises (Court of Appeal)[1025] ont jugé que les juges néerlandais ont appliqué les règles de l'ordre public néerlandais pour répondre à la question de savoir si les juges russes manquaient d'indépendance et d'impartialité en raison d'une influence extrinsèque. Il revenait alors aux juridictions anglaises d'examiner les circonstances de l'espèce à la lumière des règles de l'ordre public anglais.

Dans cette affaire, Simon J a souligné que les juridictions anglaises disposent du pouvoir d'accorder des intérêts sur la base d'une sentence arbitrale étrangère[1026]. Ainsi, la sentence en question peut être reconnue de cette manière. L'annulation de cette sentence dans l'État du siège n'affecte pas la reconnaissance de celle-ci si la décision de l'annulation n'est pas conforme aux principes de conflit de lois anglais[1027]. Dans les circonstances de l'espèce, il a considéré que la procédure de l'annulation en Russie n'était pas conforme aux principes traditionnels de conflits de lois en Angleterre. Ces principes sont en cause notamment lorsque l'annulation de la sentence a été obtenue par fraude, ou lorsque l'exécution du jugement d'annulation serait contraire à l'ordre public anglais, ou lorsque les jugements ont été rendus en violation des règles de « justice naturelle »[1028].

533. Nous avons étudié l'approche décentralisatrice de la France envers la question de l'annulation de la sentence dans l'État du siège de l'arbitrage : celle-ci n'a aucun effet sur la reconnaissance et l'exécution de la sentence en France. Cette solution est relativement isolée en droit comparé. Nous avons également examiné l'approche anglaise concernant l'exécution d'une sentence annulée dans son pays d'origine : le juge peut ne pas prendre en compte le jugement d'annulation si celui-ci n'est pas valable en vertu des principes de conflit de lois anglais. Il existe une troisième approche envers cette question : une sentence annulée dans son pays d'origine ne peut plus être reconnue dans les autres pays, quelles que soient les circonstances de l'affaire. Cette solution a été adoptée par les juridictions allemandes[1029]. Dans le cadre de cette approche, le sort de la sentence est définitivement déterminé par les juridictions de l'État de siège.

1025 [2012] EWCA Civ 855; [2013] 1 All ER 223; [2012] 2 Lloyd's Rep 208.
1026 L'article 35A, Senior Courts Act 1981.
1027 *Yukos Capital Sarl* v. *OJSC Rosneft Oil Co,* [2014] EWHC 2188 (Comm); [2014] 2 Lloyd's Rep 435; 155 Con LR 221.
1028 L'article 35A, Senior Courts Act 1981, n° 12, et n° 15 à 22.
1029 Rolf Stürner (Freiburg) (national report for the Heidelberg Congress, 2011).

534. Le juge anglais n'est pas tenu par des considérations et constatations du tribunal arbitral. Lorsqu'il est confronté au moyen fondé sur l'incompétence du tribunal arbitral, il effectue un réexamen plein et complet des moyens de fait et de droit de l'espèce. L'étendue du contrôle du juge anglais sur la sentence arbitrale comprend les motifs communs mis en place par les conventions internationales et les autres droits nationaux. Néanmoins, le droit anglais permet également au juge de contrôler l'application d'un point de droit anglais par le tribunal arbitral. Ce motif est une particularité du droit de l'arbitrage anglais.

B. L'erreur sur un point du droit anglais : le motif de contrôle particulier du droit anglais

535. En vertu de l'article 69 de l'EAA, le juge anglais contrôle la bonne application de la loi anglaise par le tribunal arbitral dans le cadre de la reconnaissance et l'exécution d'une sentence rendue en Angleterre, lorsque la loi anglaise est applicable au fond du litige. Les juridictions anglaises ont apporté des clarifications concernant les questions susceptibles d'être l'objet de ce contrôle.

Il faut noter qu'il n'est pas possible d'exercer un recours contre une sentence arbitrale sur le fondement d'une erreur du tribunal arbitral sur un point de fait ou d'une mauvaise application d'une loi étrangère[1030]. Le terme « *question of law* » est défini par l'article 82(1) d'EAA qui détermine le champ d'application de l'article 69[1031].

536. Les questions concernant la formation et la validité des contrats sont considérées comme des points de droit[1032]. Le tribunal arbitral peut être amené à déterminer l'interprétation exacte de la convention d'arbitrage. Toutefois, cette décision est généralement attaquée sur le fondement de l'article 67 d'EAA relatif à la compétence du tribunal arbitral[1033]. Dans l'affaire *Trustees of Edmond Stern Settlement* v. *Simon Levy*[1034], Juge Coulson QC a souligné qu'en général, les contrats ponctuels et isolés n'ont pas d'importance suffisante pour rentrer dans le champ d'application de l'article 69. Il a ajouté que l'interprétation des contrats écrits dépend

1030 Les questions concernant la loi applicable au litige sont couvertes par l'article 46(1) d'EAA 1996.
1031 « question of law arising out of an award made in the proceedings ».
1032 Par exemple : *Henry Boot Construction Ltd* v. *Alstom Combined Cycles Ltd* [2005] EWCA Civ 814; [2005] 1 WLR 3850.
1033 Par exemple : *AMEC Civil Engineering Ltd* v. *Secretary of State for Transport* [2005] EWCA Civ 291; [2005] 1 WLR 2339
1034 [2007] EWHC 1187 (TCC), at [11] and 13], *per* Judge Coulson QC

des éléments factuels de l'espèce et ce type de décision ne doit pas faire l'objet d'une révision du juge[1035].

Néanmoins, il nous semble que les juges ne considèrent pas que l'existence d'une clause d'arbitrage permettrait un examen moins strict de l'application de la règle de droit. Par exemple, dans l'affaire *Home & Overseas Insurance Co Ltd v. Mentor Insurance Co (UK) Ltd*, la convention d'arbitrage prévoyait que les arbitres doivent prendre en compte l'esprit général du contrat plutôt que l'interprétation littérale du texte pour rendre leur sentence[1036]. Les juges ont décidé que cette clause avait uniquement pour objectif d'affirmer le style commercial d'interprétation des contrats en Angleterre[1037].

537. Selon l'arrêt *C v. D* de 2007[1038], si le siège de l'arbitrage est placé en Angleterre, les parties ne peuvent attaquer la sentence en s'appuyant sur un jugement étranger jugeant que la sentence anglaise contient une erreur d'identification ou d'application de la loi étrangère. Également, les questions de faits constatés par le tribunal arbitral ne sont pas considérées comme « *question of law* »[1039]. Les parties ne peuvent attaquer la sentence arbitrale sur le fondement de l'article 69, si elles souhaitent contester l'établissement des faits par le tribunal arbitral, par exemple si elles estiment qu'il n'y a pas suffisamment de moyens de preuve pour soutenir certains éléments de faits de l'espèce[1040].

538. Il faut noter qu'en vertu de l'article 69 (2) de l'EAA, une partie ne peut exercer un recours contre la sentence sur le fondement de ce motif, qu'avec l'accord de toutes les autres parties, ou du juge. On constate la volonté des rédacteurs de l'article 69 de l'EAA, d'établir un

---

1035 *Ibid : « The tribunal does not have a judicial discretion," to decide on a commercially sensible solution...nor does it have the right to rewrite a contractual provision...so that it accords with what the tribunal thinks the parties ought to have agreed, irrespective of their intentions as deduced from the terms of the contract, properly construed. »*

1036 *« The arbitrators...shall interpret this reinsurance as an honourable engagement and they shall make their award with a view to effecting the general purpose of this reinsurance in a reasonable manner rather than in accordance with a literal interpretation of the language.* »
[1990] 1 WLR 153,161-2, CA, *per* Parker LJ

1037 [1985] AC 191, HL. Dans une autre affaire, il a été décidé que la notion du « caractère raisonnable » d'une condition détachée du texte d'un contrat, mais en connexion avec celui-ci, doit être considérée comme une question de fait *London Underground Ltd* v. *Citylink Telecommunications Ltd* [2007] EWHC 1749 (TCC); [2007] 2 All ER (Comm) 694; [2007] BLR 391; 114 Con LR 1, at [250] ff, *per* Ramsey J.

1038 *C* v. *D* [2007] EWCA Civ 1282; [2008] 1 Lloyd's Rep 239.

1039 Par exemple : *Surefire Systems Ltd* v. *Guardian ECL Ltd* [2005] EWHC 1860 (TCC); [2005] BLR 534, at [21], *per* Jackson J; voir également Steyn LJ in *Geogas SA* v. *Trammo Gas Ltd ('The Baleares')* [1993] 1 Lloyd's Rep 215, cited in *London Underground Ltd* v. *Citylink Telecommunications Ltd* [2007] EWHC 1749 (TCC); [2007] 2 All ER (Comm) 694; [2007] BLR 391; 114 Con LR 1, at [61].

1040 Pour une annalyse détaillée des arrêts relatifs à ce sujet voir L*ondon Underground Ltd* v. *Citylink Telecommunications Ltd* [2007] EWHC 1749 (TCC); [2007] 2 All ER (Comm) 694; [2007] BLR 391; 114 Con LR 1, at [52] to [66], *per* Ramsey J.

équilibre entre le pouvoir de révision accordé au juge et la liberté contractuelle des parties. Les parties peuvent, par une clause expresse, exclure ce motif de recours contre la sentence ou s'accorder sur la possibilité d'exercer un recours sur le fondement de l'article 69 sans l'autorisation du juge. Dans l'affaire *Royal & Sun Alliance Insurance plc v. Bae Systems (Operations) Ltd* [1041], Walker J a décidé que les parties à l'arbitrage peuvent choisir qu'il revienne au juge étatique et non pas au tribunal arbitral de déterminer le caractère définitif de la sentence concernant les questions de droit, et ce en s'accordant sur la possibilité de recours comme prévue par l'article 69 (2)(a). Dans ce cas, l'autorisation du juge n'est pas requise pour exercer un recours sur le fondement du grief d'erreur du tribunal arbitral sur une question de droit anglais.

En cas de silence des parties concernant ce motif de recours, il revient à la cour de déterminer si la question en cause mérite d'être réexaminée par le juge. La Cour prend alors en considération les chances de succès de la demande et l'importance de la question en cause pour accorder son autorisation[1042].

539. Pour obtenir l'autorisation d'exercer un recours sur le fondement de l'article 69 devant le juge, il faut que certaines conditions soient remplies. D'abord, la mauvaise application de la question de droit doit effectivement nuire aux droits de l'une des parties. La question en cause doit être celle présentée au tribunal arbitral. Selon les faits établis par la sentence, la cour doit constater que la décision du tribunal arbitral est manifestement erronée, ou que la question présente une importance d'intérêt général. Également, la décision du tribunal doit susciter un doute sérieux sur la bonne application de la règle en cause. Enfin, il faut démontrer que malgré l'accord des parties de résoudre le litige dans le cadre de l'arbitrage, il est juste et approprié pour la cour de réexaminer la question.

Les statistiques montrent qu'environ un quart des demandes obtiennent une réponse favorable[1043]. La *High Court* accorde environ 12 permissions de recours sur 50 demandes dans le cadre de l'article 69. La possibilité d'attaquer une sentence arbitrale sur le fond devant le juge anglais est ainsi délimitée par l'exigence de l'autorisation préalable de la High Court. Cette

---

1041 *Royal & Sun Alliance Insurance plc* v. *BAE Systems (Operations) Ltd* [2008] EWHC 743 (Comm); [2008] 1 Lloyd's Rep 712, *per* Walker J: « *parties to an arbitration may take the view that, as regards questions of law, finality should come from the court rather than from the arbitral tribunal.* »

1042 L'article 69(3)(c), Arbitration Act: « *that, on the basis of the findings of fact in the award—(i) the decision of the tribunal on the question is obviously wrong, or (ii) the question is one of general public importance and the decision of the tribunal is at least open to serious doubt...* »

1043 Rapport de VV Veeder and A Sander (2009), Schedule A, p 8; rapport disponible à: http://www.lmaa.org.uk/uploads/documents/First%20Interim%20Report%20Mance%2024%2005%202009.pd.

exigence vise à contrebalancer l'existence d'un motif de révision au fond de la sentence par le juge étatique.

540. Les parties peuvent convenir par une convention contraire d'exclure la possibilité d'exercer un recours contre la sentence sur le fondement d'un point de droit de l'article 69 d'EAA. Cette solution a été prévue pour établir un équilibre entre l'intérêt général et l'autonomie de la volonté des parties. Néanmoins, même avant 1996 (la rédaction de l'EAA), il avait été suggéré que ce mécanisme doit être inversé, c'est-à-dire que l'article 69 doit être applicable uniquement lorsque les parties ont expressément prévu son application[1044]. Une telle approche serait plus proche des solutions de droit comparé, ne permettant pas la révision de la sentence arbitrale par le juge étatique. En général, il est considéré que la possibilité pour le juge d'effectuer une révision sur la sentence va à l'encontre de l'autonomie de la volonté des parties d'une part et de l'indépendance de l'arbitrage d'autre part.

541. Les parties peuvent exclure la possibilité de recours sur le fondement de l'erreur de l'application de droit anglais, en adoptant le règlement d'une institution d'arbitrage prévoyant que les parties renoncent à tout recours contre la sentence lorsque la loi applicable permet une telle renonciation[1045]. Néanmoins, si une clause contractuelle prévoit la possibilité pour les parties d'exercer un recours contre la sentence arbitrale sur le fondement d'une erreur de l'application du droit anglais, celle-ci sera effective, même si le contrat fait référence à un règlement d'arbitrage incluant une clause contradictoire excluant le motif de recours de l'article 69 d'EAA. Dans l'affaire *Royal & Sun Alliance Insurance plc v. Bae Systems (Operations) Ltd* (2008), Walker J a décidé que lorsqu'une clause expresse du contrat prévoit le recours devant le juge concernant les questions de droit anglais découlant d'une sentence arbitrale, celle-ci prévaut sur les le règlement d'arbitrage choisi[1046].

542. Dans le cadre de l'EAA de 1996, pour renoncer au motif de recours de l'article 69, la possibilité de recours doit être positivement exclue. Dans l'affaire *Shell Egypt West Manzala GmbH* v. *Dana Gas Egypt Ltd*, il a été décidé que les termes « *finale, conclusive et obligatoire* » dans la formulation de la convention d'arbitrage, relatifs au caractère final de la sentence, ne pouvaient exclure le recours sur le motif de l'erreur du tribunal arbitral sur une question de droit

1044 CM Schmitthoff, *«* Finality of Arbitral Awards and Judicial Review », dans JDM Lew (ed), *Contemporary Problems in International Arbitration* (London, 1986), 230, 237.
1045 V. par ex. l'article 26.8 du règlement LCIA 2014, ou l'article 34.6 du règlement CCI 2012.
1046 [2008] EWHC 743 (Comm); [2008] 1 Lloyd's Rep 712; [2008] 1 CLC 711, n° 22.

anglais[1047]. Les juges ont expliqué que les expressions « *finale, conclusive et obligatoire* », faisaient référence à l'autorité de la chose jugée de la sentence. Par conséquent, la sentence pouvait faire l'objet d'un contrôle du juge sur un point de droit anglais par le tribunal arbitral[1048]. Ce litige concerne l'application du droit anglais par les arbitres et non pas le litige initial de l'affaire en cause.

543. L'intégration de certaines expressions peut néanmoins soulever des questions. Dans l'affaire *Sukuman Ltd v. Commonwealth Secretariat*[1049], le contrat en question comportait une « clause d'exclusion » de tout recours contre la sentence dans les limites d'exclusion possible par la loi applicable au litige[1050]. La *Court of Appeal* a décidé que la clause d'exclusion de recours sur le fondement de l'article 69 accompagnant la convention d'arbitrage avait été valablement incorporée dans la convention des parties. Cette clause a été considérée comme suffisamment expresse pour exclure la possibilité de recours sur le fondement de l'article 69. L'exclusion du recours contre la sentence sur le grief de l'erreur de l'application du droit anglais n'est pas rare[1051].

544. Contrairement au droit anglais, dans la majorité des législations nationales et les dispositions de *soft-law*, la révision au fond de la sentence arbitrale par le juge étatique est impossible[1052]. Le motif de recours de l'article 69 de l'EAA est considéré comme une caractéristique aberrante de droit de l'arbitrage anglais. Il est en contradiction avec la loi-type CNUDCI, en vertu de laquelle le recours au juge étatique n'est pas possible concernant des questions de droit substantiel[1053]. Néanmoins, selon un rapport de 2006 sur l'EAA de 1996, la majorité des participants a considéré que le recours contre la sentence sur le fondement de l'erreur du tribunal arbitral sur une question de droit anglais devait être maintenu[1054].

545. Certains points méritent d'être pris en compte dans l'étude de ce motif de recours. Premièrement, ce motif de recours est recevable uniquement lorsque les parties ont choisi

---

1047 [2009] EWHC 2097 (Comm).
1048 Si la permission du recours a été obtenue en vertu de l'article 69(2)(3) d'EAA 1996.
1049 [2007] EWCA Civ 243; [2007] 3 All ER 342; [2007] 2 Lloyd's Rep 87.
1050 *ibid,* n°36 : « *The judgment of the tribunal shall be final and binding on the parties and shall not be subject to appeal. This provision shall constitute an 'exclusion agreement' within the meaning of the laws of any country requiring arbitration or as those provisions may be amended or replaced.* »
1051 Il faut noter qu'il a été décidé que les clauses d'exclusion de l'article 69 ne sont pas contraires à l'article 6 de la CEDH : [2007] EWCA Civ 243; [2007] 3 All ER 342; [2007] 2 Lloyd's Rep 87, at [58] to [60], *per* Waller LJ.
1052 *Redfern and Hunter on International Arbitration* (6th edn, Oxford University Press, 2015), 10.64 ff.
1053 Article 34(2), de la loi-type CNUDCI.
1054 Report (2006) on the Arbitration Act 1996, at [66] to [69]: www.idrc.co.uk/aa96survey/Report_ on_Arbitration_Act_1996.pdf.

l'application de la loi anglaise à leur litige principale. Deuxièmement, la sentence arbitrale doit avoir un caractère final, ce qui ne peut avoir lieu tant que le fond de la sentence est susceptible d'être réexaminé par le juge étatique. Toutefois, dans le contexte d'arbitrage international, il ne faut pas oublier l'importance pour les États de garder leur position en tant que place de l'arbitrage. Concernant cette question, la solution du droit anglais ne rentre pas dans la tradition habituelle de droit de l'arbitrage international. Cette solution isolée peut constituer une des attractions de l'Angleterre comme place de l'arbitrage. En effet, le rapport de 2006 démontre qu'une telle possibilité présente certains avantages aux yeux des consommateurs de l'arbitrage. La présence fortifiée du juge anglais dans l'arbitrage pour opérer une révision au fond de la sentence peut rassurer les parties. Avec le renforcement de l'indépendance de l'arbitrage, l'intervention du juge étatique est de plus en plus limitée. Dans un tel contexte, le droit anglais peut paraître comme un refuge pour les parties qui souhaitent avoir le soutien du juge étatique tout en conférant le règlement de leur litige à l'arbitrage.

546. L'arbitrage est un mécanisme consensuel et l'autonomie de la volonté des parties est un élément essentiel de celui-ci. L'approche du droit anglais de l'arbitrage envers ce principe diffère fondamentalement de celui du droit français. En France, on considère que les parties ont exercé leur liberté contractuelle en conférant la résolution de leur litige à l'arbitrage. Ce choix met en évidence la volonté des parties de soustraire leur litige aux juridictions étatiques. Par ce raisonnement, l'intervention du juge étatique dans l'arbitrage lorsqu'elle n'est pas nécessaire doit être considérée comme contraire au principe de l'autonomie de la volonté des parties. En revanche, dans le cadre du droit anglais, on considère que la liberté contractuelle des parties leur permet de déterminer positivement les modalités d'intervention du juge étatique dans l'arbitrage. Elles sont libres d'exclure la possibilité de recours sur le fondement de l'article 69 en choisissant une loi applicable autre que la loi anglaise[1055], ou d'exclure simplement le recours contre la sentence pour l'erreur dans l'application du droit anglais[1056], ou d'affirmer positivement ce droit de recours par un accord exprès dans le contrat.

547. En pratique, les recours sur le fondement de l'article 69 de l'EAA devant le juge étatique en matière d'arbitrage ont fourni une source d'enrichissement au droit anglais. Plusieurs cas novateurs ont pu sortir des cadres confidentiels de l'arbitrage pour être réexaminés par les

1055 L'article 82(1), Arbitration Act 1996 ; affectant le champ d'application de l'article 69, Arbitration Act 1996; choix de la loi applicable traité dans l'article 46(1), Arbitration Act 1996
1056 *Shell Egypt West Manzala GmbH* v. *Dana Gas Egypt Ltd* [2009] EWHC 2097 (Comm).

juges[1057]. Même si ce grief paraît exorbitant dans le cadre du droit de l'arbitrage français, il faut admettre qu'il a trouvé sa place dans le régime anglais de la reconnaissance et l'exécution des sentences. La comparaison entre le droit anglais et le droit français n'est pas opportune concernant cette question. Nous sommes en présence de deux approches différentes envers l'arbitrage en général. Dans le cadre du droit anglais, le contrôle du juge sur la bonne application du droit anglais par le tribunal arbitral est envisageable, alors qu'en France le principe de non-révision au fond des sentences est considéré comme sacré.

Les motifs de contrôle des sentences arbitrales par le juge étatique diffèrent d'une législation nationale à l'autre. Néanmoins, quelques similitudes peuvent être constatées dans la majorité des régimes de recours contre la sentence arbitrale. Certains de ces motifs de recours se rapportent directement à la sentence arbitrale et ses effets sur la situation des parties, d'autres concernent le tribunal arbitral ou ses qualités comme l'indépendance et l'impartialité. La question de l'irrégularité de la constitution du tribunal arbitral est particulièrement importante compte tenu de la nature des fonctions de l'arbitre. L'indépendance et l'impartialité du tribunal arbitral sont des conditions essentielles de la validité d'une sentence arbitrale. Le juge étatique pourra être amené à se prononcer sur la régularité de la constitution du tribunal arbitral après le prononcé de la sentence. Le contrôle de l'indépendence et de l'impartialuté du tribunal arbitral par le juge a sucité beaucoupe de débats récents. C'est la raison pour laquelle ce motif de contrôle mérite une étude spécifique.

Section II. Le juge étatique ; juge du contrôle de l'indépendance et de l'impartialité de l'arbitre

548. Le motif de l'irrégularité de la constitution du tribunal arbitral de l'article 1520 du CPC concerne deux hypothèses. Premièrement, le cas où les modalités de constitution prévues par la convention des parties n'ont pas été respectées. Deuxièmement, le cas où la constitution du tribunal arbitral a eu lieu en violation des exigences fondamentales de l'indépendance et de l'impartialité des arbitres. Nous allons concentrer notre étude sur cette question. Nous allons

1057 Par exemple : *Schuler (L) AG* v. *Wickman Machine Tool Sales Ltd* [1974] AC 235, HL (contractual terms; conditions); *Davis Contractors Ltd* v. *Fareham UDC* [1956] AC 696, HL (frustration); *Transfield Shipping Inc* v. *Mercator, « The Achilleas »* [2008] UKHL 48; [2009] 1 AC 61 (remoteness of damages in contract law).

examiner le contrôle de l'indépendance et de l'impartialité du tribunal arbitral par le juge étatique en droit français (Sous-section I) et en droit comparé (Sous-section II).

Sous-section I. Le contrôle de l'indépendance et de l'impartialité du tribunal arbitral par le juge étatique en droit français

549. Chacun connaît le mouvement en faveur d'une transparence accrue dans le domaine de l'arbitrage. Or, le contrôle de l'indépendance et de l'impartialité du tribunal arbitral est directement lié à cette nécessité de transparence. C'est la raison pour laquelle l'appréciation de l'indépendance et de l'impartialité du tribunal arbitral s'effectue par le moyen de l'obligation de révélation de l'arbitre (§I). L'étendue de cette obligation est déterminée par la jurisprudence (§II).

§I. Les modalités du contrôle de l'indépendance et de l'impartialité du tribunal arbitral par le juge étatique

550. Plusieurs types de recours peuvent être envisagés en cas de manquement d'un arbitre à son obligation d'indépendance et d'impartialité (A). Néanmoins, au stade du contrôle de la sentence arbitrale, les parties invoquent en général le motif de l'irrégularité de la constitution du tribunal arbitral pour contester le défaut de l'indépendance et de l'impartialité de l'arbitre. Le contrôle du juge s'effectue alors par le moyen de l'obligation de révélation (B).

A. Les recours contre la sentence sur le fondement de l'indépendance et de l'impartialité de l'arbitre

551. Théoriquement, l'indépendance et l'impartialité se distinguent. L'indépendance est considérée comme visant une situation de droit ou de fait, que l'on pourrait apprécier objectivement, alors que l'impartialité viserait, plutôt un état d'esprit. Elle exige de l'arbitre de ne pas faire preuve de préjugés à l'égard d'une partie. En pratique, les deux notions se confondent dans le cadre du contrôle des sentences arbitrales.

552. Le défaut d'indépendance de l'arbitre peut donner lieu à plusieurs types de recours : le premier type de recours est la récusation de l'arbitre[1058]. En principe, la demande de récusation de l'arbitre est tranchée par l'institution arbitrale et à défaut par le juge d'appui (l'article 1456 al. 3 CPC). L'ordonnance rendue par le juge d'appui n'est susceptible d'aucun recours sauf s'il a estimé qu'il n'y avait pas lieu de désigner les arbitres au motif que la convention d'arbitrage est manifestement nulle ou inapplicable (l'article 1460 CPC)[1059]. Le deuxième type de recours concerne la responsabilité de l'arbitre[1060]. En cas d'annulation de la sentence arbitrale, l'arbitre concerné par le défaut de révélation peut voir sa responsabilité engagée[1061]. Néanmoins, une faute personnelle doit être caractérisée pour retenir la responsabilité de l'arbitre[1062]. Le troisième type de recours est l'annulation de la sentence[1063].

553. Selon l'article 1466 du CPC, pour que le recours en annulation soit recevable, il faut que la partie ait exercé une demande de récusation pendant la procédure arbitrale[1064]. La Cour de cassation a relevé qu'une partie ne pouvait pas, cinq jours avant le prononcé de la sentence, profiter d'un *« vent de rumeurs faisant état de liens d'intérêt* » [1065] entre les arbitres et une des parties pour demander l'annulation de la sentence. De plus, la Cour d'appel de Colmar dans un arrêt de 8 février 2011[1066] a décidé que « *le moyen tiré de défaut allégué d'impartialité qui pouvait être soulevé dès le début des opérations d'arbitrage et qui ne l'a pas été est irrecevable* ». Cependant, une partie qui n'a pas contesté l'indépendance et l'impartialité de l'arbitre en

1058 Pour une étude détaillée sur la question de la récusation des arbitres, v. le Chapitre I, Titre I, Première Partie.
1059 Cass. Civ. 1re, 13 févr. 2019, n° 18-10.985, D. 2019. 387.
1060 P. Stoffel-Munck, « *La responsabilité de l'arbitre* », Rev. arb. 2017. 1123
1061 TGI Paris, 12 mai 1993 et C.A. Paris, 12 octobre 1995, *Raoul Duval*, Rev. arb., 1999.324, note Ph. Fouchard, V. C. Derache, « *indépendance et impartialité de l'arbitre en droit français* », JCP E, n°31, août 2012, 1480, n°59 et s. et Ch. Seraglini, J. Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, *op.cit.* n°750 sur le régime de la responsabilité de l'arbitre, v. également Cass. Civ. 1er, 15 jenvier 2014, JCP 2014, 2013, avis P. Chevalier, 255, chron. E. Loquin ; Procédures, 2014, comm 72, note L. Weiller, Cah. Arb. 2014. 299, note L. Aynès, JCP 2014, doctr. 857 n°2, obs. J. Ortscheidt ; D. 2014.2541, obs. Th. Clay ; Rev. arb. 2016.493, note J.-S. Borghetti.
1062 Th. Clay, *L'arbitre*, Dalloz, 2001, n°932. V. également, Ph. Fouchard, note sous C.A. Paris, 12 octobre 1995, Rev. arb. 1999, p. 327.
1063 La nullité de la clause compromissoire sur le fondement du défaut d'indépendance et d'impartialité a été évoquée, mais rarement prononcée. Cass. Com., 26 février 1973, n°71-13.813, Bull. civ. 1973, IV, n°91 ; Cass. Civ. 2ème, 31 janvier 2002, n° 00-18.509 (clause compromissoire contenue dans le contrat-type de l'une des parties). Pour une exclusion claire : Cass. Civ.1ère, 26 oct. 2011, n°10-15.968. Voir C. Derache, art. préc. N° 45 ets.)
1064 Cass. Civ. 1re, 31 janv. 2006, Bull. civ. I, n° 37 ; RTD com. 2006. 312, note E. Loquin : « *Tout grief invoqué à l'encontre d'une sentence au titre de l'article 1502 doit, pour être recevable devant le juge de l'annulation, avoir été soulevé, chaque fois que cela était possible, devant le tribunal arbitral lui-même* ».
1065 Cass. Civ. 1ère, 19 décembre 2012, n° 10-27.474.
1066 C.A. Colmar, 8 février 2011, n°10/06953.

raison d'ignorance d'une cause de récusation pendant la procédure peut évoquer ce motif de contrôle devant le juge du contrôle de la sentence[1067].

554. Concernant l'arbitrage institutionnel, la jurisprudence a aconsidéré que les seules protestations devant l'institution d'arbitrage ne suffisent pas si aucune demande de récusation n'a été effectuée[1068]. Dans l'affaire récente *Pharaon*[1069], la Cour d'appel a eu l'occasion de se prononcer de nouveau sur cette question. Dans cette affaire, la partie a engagé deux procédures de récusation, rejetées par la CCI. La demande de recours en annulation sur le fondement de l'irrégularité de la constitution du tribunal arbitral semblait devoir être recevable[1070]. Il faut souligner que si le juge d'appui a rejeté la demande de récusation de l'arbitre, sa décision a autorité de chose jugée et s'impose au juge de l'annulation[1071]. En revanche, tel n'est pas le cas pour l'institution d'arbitrage dont les décisions n'ont pas autorité de chose jugée[1072]. Néanmoins, dans cet arrêt, la Cour d'appel a ajouté une nouvelle exigence pour la recevabilité du grief : il ne suffit pas d'avoir formé une demande de récusation, Il faut également « *formuler expressément une objection ou à tout le moins des réserves devant le tribunal arbitral* ». Un arrêt *Aurier* semble retenir une exigence semblable sur cette question[1073]. La Cour d'appel s'appuie sur l'article 1466 du CPC : « *il ressort de cet article que l'irrégularité doit être invoquée "devant le tribunal arbitral", lequel ne se confond pas avec l'institution en charge de l'organisation de l'arbitrage, en l'espèce la Cour de la CCI* ».

Cette appréciation restrictive de la recevabilité contrarie l'appréciation extensive habituellement retenue. Depuis dix ans, la jurisprudence admet la saisine des organes autres que le tribunal arbitral (juge d'appui ou institution). Cette décision impose une nouvelle condition à la recevabilité du grief relatif à la constitution du tribunal arbitral. La jurisprudence est très exigante concernant la recevabilité du grief de l'indépendence et de l'impartialité du tribunal arbitral. Cette solution risque de priver les parties de leur droit de former un recours

1067 C.A. Paris, 21 février 2012, *Cameroun c. Garoube,* n° 10/06953 et 10/24658. V. Ch. Jarrosson, « *remarques sur la preuve de l'absence de l'indépendance de l'arbitre, à propos d'une affaire pittoresque* », note sous C.A. Paris, Pôle 1- Ch. 1, 21 février 2012 », Rev. Arb., 2012-3, pp.595-600. V. également, Cass. Civ. 1ère, 13 mars 2013, n°12-16944

1068 C.A. Paris, 25 févr. 2020, *International Business Corporation*, n° 16/22740.

1069 C.A. Paris, 15 juin 2021, n° 20/07999.

1070 La décision de la cour de la CCI n'a pas autorité de la chose jugée : C.A. Paris, 23 juin 2015, n° 13/09748, Rev. arb. 2015. 957.

1071 C.A. Paris, 8 avr. 2014, n° 12/20478, D. 2014. 2541, obs. T. Clay ; Rev. arb. 2015. 118, note P. Pic ; Civ. 1re, 4 nov. 2015, n° 14-22.643, Rev. arb. 2016. 245, note Ch. Jarrosson ; pour une discussion de cette solution, Ch. Jarrosson, « *L'autorité de chose jugée des décisions relatives à l'indépendance des arbitres* », Rev. arb. 2016. 165.

1072 C.A. Paris, 23 juin 2015, n° 13/09748, Rev. arb. 2015. Somm. 957.

1073 C.A. Paris, 8 juin 2021, n° 19/02245.

devant le juge sur la base d'une formalité non-accomplie. Il est préférable de revenir sur une appréciation raisonnable de la recevabilité pour trouver un équilibre.

555. Deux motifs d'annulation sont retenus par la jurisprudence parmi les motifs annoncés par l'article 1520 du CPC pour sanctionner le défaut d'indépendance et d'impartialité de l'arbitre. Tout d'abord, la partialité de l'un des arbitres peut entraîner une composition irrégulière du tribunal arbitral justifiant l'annulation de la sentence, en vertu de l'article 1520, 2° du CPC[1074]. Également, le motif de la violation d'ordre public international peut être retenu pour sanctionner l'indépendance et l'impartialité de l'arbitre[1075]. On peut considérer que l'indépendance du tribunal arbitral relève de l'ordre public international[1076].

556. Dans l'arrêt *Pharaon* [1077], la Cour d'appel a considéré qu'« *en ce qu'il serait ainsi porté atteinte au principe d'égalité entre les parties et aux droits de la défense, une sentence rendue par un arbitre dont le défaut d'indépendance serait établi, heurterait l'ordre public international* ». On se demaindait si la mention seule de l'indépendance signifiait qu'uniquement l'indépendance relève de l'ordre public international, à l'exclusion de l'impartialité. La Cour d'appel a répondu par la négative dans l'arrêt *Fiorilla*[1078].

Dans l'affaire *Pharaon*, le demandeur présentait deux arguments pour contester la constitution du tribunal arbitral : la proximité géographique entre le domicile de l'arbitre et un immeuble appartenant à une des parties (sur le même palier) ; les liens entre l'arbitre et un cabinet d'avocats. Ces deux griefs ont été rejetés, car une des parties n'a pas participé à la demande de récusation, et que l'autre n'a pas réitéré ses réserves devant le tribunal arbitral. Les mêmes griefs ont été également invoqués sur le fondemenr de la contrariété à l'ordre public international. La Cour a considéré que ce moyen était recevable. On peut se poser la question de savoir si la renonciation n'est pas prise en compte dans l'examen du moyen tiré du manquement aux exigences d'indépendance et d'impartialité dans le cadre de l'ordre public international. La jurisprudence étant très restrictive sur la recevabilité du grief en matière de

1074 C.A. Paris, 29 janvier 2004, RG n° 2002/19044 ; C.A. Paris, 9 septembre 2010, RG n° 09/16182 ; Cass. Civ. 1ère, 20 oct. 2010, n° 09-68131 ; C.A. Paris, 10 mars 2011, RG n° 09/21413, Rev. arb. 2011/737 ; C.A. Reims, 2 novembre 2011, RG n° 10/02888

1075 C.A. Paris 27 sept. 2016, n°15/12614; C.A. Paris, 21 fév. 2017, RDC 2017, p.304, note X. Boucobza et Y-M Serinet.

1076 M. Henry, *Le devoir d'indépendance de l'arbitre*, avant-propos J.-D. Bredin, préf. P. Mayer, LGDJ, coll. « Bibli. de droit privé », 2001, spéc. n° 431 ; M. Henry, note ss C.A. Reims, 2 nov. 2011, *Avax c/ Tecnimont*, Rev. arb. 2012. 112, n° 26 ; P. Fouchard, E. Gaillard et B. Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, 1996, n° 1622.

1077 C.A. Paris, 15 juin 2021, n° 20/07999.

1078 C.A. Paris, 12 juill. 2021, n° 19/11413.

constitution du tribunal arbitral, cette solution permet de la contourner par la voie de l'ordre public international.

D'abord, il faut rappeler qu'il existe un motif de recours spécifiquement dédié aux questions d'indépendance et d'impartialité, et l'utilisation de l'ordre public international peut créer un désordre dans le régime. Également, il a déjà été jugé que tous les motifs d'annulation même ceux tirés du droit de la défense et de la légalité des armes sont susceptibles de renonciation. La cour d'appel de Paris a retenu 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* »[1079]. La solution est la même concernant l'ordre public procédural[1080]. Le fondement de l'ordre public international ne permet donc pas d'échapper à la renonciation.

557. La question se pose de savoir, s'il existe une différence concernant le contrôle effectué sur le fond. La réponse de la jurisprudence n'est pas claire. Dans l'arrêt *Fiorilla*, la cour énonce qu'« *il appartient au juge d'apprécier l'impartialité de l'arbitre en relevant toute circonstance de nature à affecter le jugement de celui-ci et à provoquer dans l'esprit des parties un doute raisonnable sur cette qualité qui est de l'essence de la fonction arbitrale* ». La formule adoptée est similaire à celle de l'arrêt *Creighton c/ Qatar* [1081] sur l'irrégularité de la constitution du tribunal arbitral, avec la référence à la notion de doute raisonnable. Dans l'arrêt *Pharaon*, la cour estime qu'« un défaut d'indépendance de l'arbitre »[1082], ou un « lien de dépendance de l'arbitre »[1083] doit être caractérisé. Ces expressions sont nouvelles, néanmoins, elle fait également référence à une notion habituellement utilisée en matière de constitution du tribunal arbitral : « courant d'affaires ». La solution est ambigue, mais la référence aux notions semblables à celles utilisée dans le cadre du contrôle de la régularité de constitution du tribunal arbitral laisse entendre que les éléments à caractériser ne sont pas différents. Les arrêts *Pharaon* et *Fiorilla* ouvrent une nouvelle voie pour contester l'indépendance et l'impartialité du tribunal arbitral et permettent d'éviter l'irrecevabilité. Le régime du contrôle, n'est pas encore certain. Mais il ne semble pas différent de celui appliqué en matière de l'irrégularité de constitution du tribunal arbitral. En tout état de cause, il est certain que le

1079 C.A. Paris, 14 mai 2019, n° 16/16502, Dalloz actualité, 7 mai 2019, obs. J. Jourdan-Marques ; JCP E 2020, n° 4, p. 37, obs. J. Ortscheidt.
1080 C.A. Paris, 2 avr. 2019, n° 16/24358, Dalloz actualité, 17 avr. 2019, obs. J. Jourdan-Marques ; C.A. Paris, 14 mai 2019, n° 16/16502, préc.
1081 Cass. Civ. 1re, 16 mars 1999, n° 96-12.748, D. 1999. 497, note P. Courbe ; RTD com. 1999. 850, obs. E. Loquin ; Gaz. Pal. 2001, n° 52, p. 10, obs. E. du Rusquec.
1082 C.A. Paris, 15 juin 2021, n° 20/07999. § 145.
1083 C.A. Paris, 15 juin 2021, n° 20/07999. § 148.

contrôle de l'indépendance et l'impartialité s'effectue essentiellement par le contrôle de l'obligation de révélation de l'arbitre.

B. L'obligation de révélation ; le moyen de contrôle de l'indépendance et de l'impartialité de l'arbitre

558. Le contrôle de l'indépendance et de l'impartialité de l'arbitre s'effectue par le moyen de l'obligation de révélation. Cette dernière permet aux parties de demander la récusation de l'arbitre si elles estiment que les informations révélées sont de nature à compromettre l'indépendance et l'impartialité de l'arbitre. L'obligation de révélation de l'arbitre est un mécanisme préventif pour garantir l'indépendance de l'arbitre « *qui opère au moment de la nomination et pendant toute la mission de l'arbitre* »[1084]. Avant la réforme de l'arbitrage par le décret de 2011, l'alinéa 2 de l'ancien article 1452 du CPC prévoyait que « *l'arbitre qui suppose en sa personne une cause de récusation doit en informer les parties* ». À défaut de convention particulière, le renvoi aux « *causes de récusation* » conduisait la jurisprudence à se référer à l'ancien article 341 du CPC qui énumérait les causes de récusation d'un juge.

Tenant compte de l'évolution de la jurisprudence, la réforme de l'arbitrage a étendu le champ d'application de l'obligation de révélation de l'arbitre à *« toute circonstance susceptible d'affecter son indépendance ou son impartialité* ». Ainsi, l'article 1456, alinéa 2 du CPC règle cette question en imposant à l'arbitre de révéler toute circonstance susceptible d'affecter son impartialité et indépendance tant avant qu'après l'acceptation de sa mission. Cette disposition est applicable à l'arbitrage interne et international. Une charte éthique de l'arbitrage publiée par le Conseil national du Barreau insiste sur la révélation des relations d'affaires ou personnelles et sur l'indépendance d'esprit[1085].

559. Certains liens et circonstances visés par l'obligation de révélation peuvent être facilement cernés. Néanmoins, il est impossible de définir une liste exhaustive des informations devant être révélées par l'arbitre. Pour déterminer si l'obligation de révélation a été respectée par l'arbitre, le juge se pose la question de savoir si les éléments non divulgués étaient de nature

---

1084 B. Le Bars, « *Le colloque est l'indépendance de l'arbitre : vers une définition jurisprudentielle* », recueil Dalloz, 2012 p. 2425, par 4 et 5

1085 CNB, « *Charte éthique e l'arbitrage* », Cah. CNB, 2011, elle n'a valeur contraignante que si les parties s'y soumettent. Dans le contexte international, il faut tenir compte des lignes directrices de l'International Bar Association, IBA Guidelines on Conflicts of interest in International Arbitration, 22 mai 2004.

à affecter l'indépendance et l'impartialité de l'arbitre. Pour répondre à cette question, le juge apprécie les informations en cause dans le cadre des circonstances de l'espèce.

Le juge français a pendant des années, considéré que « *l'obligation d'information qui pèse sur l'arbitre (s'apprécie) au regard de la notoriété de la situation critiquée et de son incidence sur le jugement de l'arbitre* » [1086]. Cette formule a été reprise par la Cour d'appel concernant l'obligation de révélation de liens avec des « tiers intéressés ». Elle avait noté que « *la proximité d'un arbitre avec une partie ou un tiers intéressé à l'arbitrage, qu'une partie peut raisonnablement redouter comme étant susceptible d'affecter son impartialité et son indépendance, doit être appréciée au regard de la nature et de l'étendue des relations entretenues par le cabinet avec ceux-ci* »[1087]. Ainsi l'obligation de révélation devait s'apprécier au regard de son incidence sur le jugement de l'arbitre. Dans le cadre de cette solution, la Cour d'appel admet qu'un tiers peut avoir des intérêts indirects dans une instance arbitrale, mais précise que sa « *relation avec le différend soumis à l'arbitrage est extrêmement ténue* »[1088]. De plus, la Cour d'appel avait souligné qu'il faut prendre en compte la réalité des cabinets à dimension internationale. On commençait à constater une véritable « *rationalisation de l'obligation de révélation de l'arbitre en droit français* ».[1089]

560. Toutefois, actuellement, la solution française s'inscrit dans la conception subjective de l'obligation de révélation depuis le premier arrêt *Tecnimont* de 2009[1090]. Le critère pris en compte pour l'appréciation de l'étendue de cette obligation est celui de « doute raisonnable sur l'indépendance et impartialité de l'arbitre » [1091]. Le juge apprécie subjectivement si l'élément de l'information en cause peut constituer un doute raisonnable dans l'esprit des parties sur

---

1086 Cass. Civ. 1ère, 29 juin 2011, *Sté Papillon Group Corporation*, n°09-17.346 ; Arrêts anciens : C.A. Paris, 2 juin 1989, *Gemanco*, Rev. Arb., 1991/1, p. 87 et le plus récent : C.A. Paris, 28 Mai 2013, n° 11/17672 ; v. également C.A. Paris, 28 mai 2013, *Société Yegmas*, n° 11/17672,: « *l'obligation d'information qui pèse sur l'arbitre, aussi bien lors de sa désignation qu'au cours de la procédure d'arbitrage, doit s'apprécier au regard de la notoriété de la situation critiquée et de son incidence sur le jugement de l'arbitre* » La solution est utilisée par la Cour d'appel de Paris déjà dans l'arrêt du 9 septembre 2010, RG n°09/16182. Cette solution est utilisée également, mais de façon indirecte par la Cour de cassation dans l'arrêt du 10 octobre 2012, Arrêt n° 1072, F-S-P+B+I, pourvoi n° S 11-20.299

1087 C.A ; Paris, 13 novembre 2012, *S.A. Fairplus et JMB Corporation,* n° 11/11153, et C.A. Paris, 2 juillet 2013, n° 11/23234, LVH et JMB Corporation

1088 C.A. Paris, 13 Novembre 2012, *S.A. Fairplus et JMB Corporation,* n° 11/11153,

1089 T.P. Heintz et Gustave Vieira da costa Cerqueira, art. préc., P. 448

1090 E. Loquin, « *La dualité des fonctions de l'obligation de révélation* », Mélanges en l'honneur de Philippe Merle, Dalloz, 2013, 487 à 499 ; « *La conception subjective de l'objet de l'obligation de révélation de l'arbitre* », RTD com., 2015.53.

1091 C.A. Paris, 12 févr. 2009, n° 07/22164, D. 2009. 2959, obs. T. Clay ; Rev. arb. 2009. 186, note T. Clay; LPA 2009, n° 44, note M. Henry ; Bull. ASA 2009. 520, note P. Schweizer ; L. Degos, « *La révélation remise en question(s). Retour sur l'arrêt de la cour d'appel de Paris J&P Avax SA c. Tecnimont SPA du 12 février 2009 »*, Cah. arb. 2011. 54.

l'indépendance et l'impartialité de l'arbitre, dans les circonstances de l'espèce. Évidemment, devant le juge d'annulation, le demandeur estime que les éléments en question créent un doute sur l'indépendance de l'arbitre. Néanmoins, le juge vérifie le caractère raisonnable de ce doute. Il n'est pas recherché de savoir si les informations non révélées permettaient la récusation de l'arbitre, ou si elles ont porté une atteinte effective à l'indépendance de l'arbitre[1092]. Même si le grief d'annulation de la sentence repose sur le défaut d'indépendance et impartialité de l'arbitre, le juge n'est pas tenu de chercher un manquement effectif de l'arbitre à son obligation d'indépendance[1093]. Le fait que le manquement à l'obligation de révélation peut créer un doute raisonnable dans l'esprit des parties suffit.

561. Pour certains auteurs, *« l'obligation d'indépendance s'[est] diluée dans le devoir de révélation* »[1094]. Selon Philippe Heintz, « *L'obligation de révélation est la consécration matérielle de l'obligation morale d'indépendance de l'arbitre. Elle en serait même devenue « la seule grille d'analyse » ou encore « l'épine dorsale » du mécanisme du contrôle du respect de l'exigence d'indépendance et d'impartialité* »[1095]. Aujourd'hui, le contrôle du devoir de révélation de l'arbitre par le juge français ne comprend plus l'incidence de cette révélation sur la vertu de l'arbitre et la substance de la sentence. Selon certains, cela donne un contenu à l'indépendance et l'impartialité de l'arbitre et constitue, *a priori,* une bonne solution[1096]. Mais plusieurs difficultés surgissent d'une telle approche concernant l'étendue de l'obligation de révélation avec des informations sans incidence sur la sentence. Dans le cas où toute révélation incomplète de l'arbitre, même sans incidence sur l'impartialité de l'arbitre ou sur la sentence, résulterait en une annulation automatique de la sentence, on risque d'assister à une multitude de recours contre la sentence dans le but de contourner la solution consacrée par la sentence ou attarder ses effets.

562. Le contrôle de l'indépendance et de l'impartialité de l'arbitre en France s'est transformé en un contrôle du respect de l'obligation de révélation par celui-ci. Il ne faut pas oublier que

---

1092 *Ibid.*

1093 Avant ce courant jurisprudentiel, il existait des cas dans lesquels la Cour d'appel de Paris, effectuait un contrôle objectif de l'indépendance et de l'impartialité de l'arbitre : « *un manquement à l'obligation d'information n'entraîne pas automatiquement l'annulation de la sentence et il appartient alors au juge étatique de mesurer les effets de cette réticence et d'apprécier si, à elle seule ou rapprochée d'autres éléments de la cause, elle constitue une présomption suffisante du défaut d'indépendance de l'arbitre* », C.A. Paris, 22 janvier 2005, Rev. arb., 2005.711, note M. Henry.

1094 Th. Clay, note ss C.A. Paris, 12 févr. 2009, n° 07/22164, Rev. arb. 2009. 186, n° 7.

1095 Ph. Heintz, « *l'obligation d'indépendance de l'arbitre : vers une nouvelle interprétation ad extirpanda en droit français ?* » Bull. ASA, 2012, vol. 30, par. 17

1096 Dans ce sens, S. Lazareff « *De la révélation* », Cah. Arb., 2011, n°2, p. 643

l'obligation de révélation a été mise en place pour assurer l'indépendance et l'impartialité de l'arbitre. Le point essentiel est l'égalité des parties aux yeux du tribunal arbitral, notamment dans le cadre de la résolution du litige. C'est pourquoi un contrôle effectif sur l'indépendance et l'impartialité de l'arbitre par le juge étatique est préférable.

Dans un arrêt de 1er juillet 2011[1097], la Cour d'appel a utilisé l'expression de « *l'esprit d'un observateur raisonnable* » au lieu de « *l'esprit des parties* » pour exclure les liens de nature scientifique ou académique de l'obligation de révélation. Dans cet arrêt, la Cour a considéré qu'il n'est pas établi que ces liens pourraient entraîner un doute raisonnable sur l'impartialité du jugement du président du tribunal arbitral, aux yeux d'un observateur raisonnable. Cette approche objective est préférable dans l'appréciation de doutes raisonnables sur l'impartialité des arbitres.

Toutefois, dans le cadre du régime actuel de contrôle du respect de l'obligation de révélation par les arbitres, le juge apprécie subjectivement le respect de l'obligation de révélation par l'arbitre. Cette appréciation subjective est source d'incertitudes concernant l'étendue de l'obligation de révélation et permet aux parties d'attaquer la sentence pour des éléments divers dans le but d'attarder l'exécution de celle-ci.

§II. L'étendue de l'obligation de révélation de l'arbitre en France

563. Aujourd'hui, le contrôle de l'indépendance et de l'impartialité de l'arbitre s'est transformé en un contrôle de l'obligation de révélation de l'arbitre. La jurisprudence adopte une conception large de l'étendue de celle-ci (A). Néanmoins, une réévaluation de la jurisprudence française est nécessaire concernant le contrôle de l'obligation de révélation (B).

A. L'appréciation de l'étendue de l'obligation de révélation par le juge

564. Il revient au juge de déterminer les contours de l'obligation de révélation pesant sur les arbitres. Elle est en général constituée des informations concernant une éventuelle situation de conflit d'intérêts. Un conflit d'intérêts a été défini comme une « *situation dans laquelle les*

1097 C.A. Paris,1er juillet 2011, *SA Emivir c. SAS ITM Entreprises*, n° 10/10406, D. 2011. 3023, obs. Th. Clay.

intérêts personnels d'un individu sont en opposition avec ses devoirs, lorsqu'ils entrent en conflit avec des intérêts dont il a la charge »[1098]. Les conflits d'intérêts peuvent être directs ou indirects[1099]. Le conflit d'intérêts est direct lorsqu'il relève des liens entre l'arbitre et l'une des parties, comme dans le cadre d'un courant d'affaire résultant d'une désignation systématique de l'arbitre. Le conflit d'intérêts est indirect lorsque les relations entre l'arbitre et le tiers peuvent avoir un impact sur ses relations avec une des parties.

565. Les lignes directrices de l'IBA sur les conflits d'intérêts dans le cadre de l'arbitrage, distinguent quatre catégories de cas selon leur gravité. La première catégorie (« *red list* »), représente des situations de conflits d'intérêts impliquant la récusation automatique de l'arbitre. La deuxième catégorie (également « *red list* ») inclut des situations de conflits d'intérêts, que les parties peuvent s'accorder de ne pas contester, après leur révélation. La troisième catégorie (« *orange list* ») concerne les circonstances qui doivent être révélées, et peuvent résulter ou non en la récusation de l'arbitre. Enfin, la dernière catégorie (« green liste ») couvre les aspects qui ne font pas l'objet d'une révélation par l'arbitre. Cette liste n'est pas exhaustive. Ces lignes directrices apportent des éclaircissements sur les questions en cause, mais ne sont pas obligatoires[1100].

566. Le contrôle du juge sur les cas présentant un courant d'affaires est nécessaire dans la mesure où cela pourrait avoir un impact sur l'indépendance et l'impartialité de l'arbitre même lorsqu'*a priori*, elle n'a pas d'influence directe sur la sentence. L'arbitre a une obligation de révéler tout lien avec les parties. Dans deux arrêts de principe du 20 octobre 2010[1101], la Cour de cassation a défini le courant d'affaires comme, la désignation systématique, fréquente et régulière d'une personne donnée par les sociétés d'un même groupe, sur une longue période, dans des contrats comparables[1102]. La Cour de cassation a précisé que seule la mention par l'arbitre de la régularité des désignations ne suffit pas et l'arbitre doit mentionner également les éléments pertinents sur la situation, comme le caractère systématique de la désignation ou sa

1098 Ch. Jarrosson, « éthique, déontologie et normes juridiques dans l'arbitrage », in *l'éthique dans l'arbitrage*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 12. Voir également, J. Moret-Bailly, « *Définir les conflits d'intérêts* », Dalloz, 2011.10 ; P.-Fr. CUIF, « *Le conflit d'intérêts. Essai sur la détermination d'un principe juridique en droit privé* », RTD com., 2005.1, spéc. N°42 ; Y. Laurin, « *Sur la résolution des conflits d'intérêts dans la profession d'avocat* », Gaz. Pal., 30 avril 2013, n°118, p.10.
1099 V. D. Cohen, « *Indépendance des arbitres et conflits d'intérêts* », préc., n° 33.
1100 J. Morison : « The IBA guidelines do not purport to be comprehensive... », dans *ASM Shipping Ltd* v. *TTMI Ltd* [2005] EWHC 2238 (Comm); [2006] 2 All ER (Comm) 122; [2006] 1 Lloyd's Rep.
1101 Civ. 1ère, 20 oct. 2010, n° 09-68.131 et n° 09-68.997.
1102 Définition résumée par S. Menétrey, « conflit d'intérêts et contrôle d l'impartialité de l'arbitre », dans *l'arbitre et le juge étatique*, mélanges offerts à Guiseppe Tarzia, Bruylant, 2014.

fréquence, pour satisfaire son obligation de révélation. Les juges français se montrent opposés à la pratique d'arbitres dits « maison », courant dans le domaine de la grande distribution et construction[1103].

Également, dans les IBA Guidelines le fait pour un arbitre d'avoir été désigné plus de deux fois par la même partie au cours des trois dernières années est considéré comme un élément d'*« orange liste »,* à l'exception des cas où le choix des arbitres au sein d'un groupe très restreint de spécialistes est une pratique courante dans le type d'arbitrage en cause[1104].

567. Le juge de l'annulation doit motiver sa décision et démontrer *« en quoi les liens incriminés sont de nature à provoquer dans l'esprit des parties un doute raisonnable quant à l'impartialité et l'indépendance de l'arbitre* »[1105]. Seul un défaut de révélation ne suffit pas pour annuler une sentence, il faut que les liens non révélés par l'arbitre soient de nature à créer dans l'esprit des parties un doute raisonnable sur l'indépendance et l'impartialité de l'arbitre. Comme le soulignent Tom Philippe Heintz et Gustave Vieira da costa Cerqueira, *« la simple constatation des faits susceptibles de conduire à un éventuel conflit d'intérêts et corrélativement à une préemption de non-indépendance ne suffit plus. Il faudra désormais que le juge aille au-delà de l'élaboration d'un catalogue de faits, pour établir comment telle ou telle omission était de nature à remettre en cause l'indépendance de l'arbitre aux yeux des parties* »[1106]. Il a été décidé que le fait pour l'arbitre de participer à des pratiques sociales (congrès ou comité de rédaction d'une revue scientifique), avec l'une des parties ou son conseil, n'est pas de nature à créer un doute sur son indépendance[1107].

568. Concernant l'obligation de révélation qui pèse sur l'arbitre concernant ses relations avec les tiers, dans le cadre de l'affaire *Tecnimont* [1108], la Cour d'appel a été très exigeante concernant le contenu de l'obligation de révélation. Elle a considéré que l'arbitre doit révéler les relations d'un bureau étranger de son cabinet avec l'une des parties, même lorsque l'arbitre

1103 Confirmé par C.A. Reims, Somoclest, 31 janvier 2012, Rev. arb., 2012-1, p. 209.
1104 E. Kleinman *op. cit*. P. 28
1105 S. Menétrey, « conflit d'intérêts et contrôle d l'impartialité de l'arbitre », dans *l'arbitre et le juge étatique* , mélanges offerts à Guiseppe Tarzia, p. 458
1106 T. Ph. Heinz, G .Vieira Da Costa Cerqueira, *op. cit.,* p. 458
1107 C.A. Paris,1er juillet 2011, Rev. arb., 2011.761. V. également C.A. Paris, 12 novembre 1998, RTD com., 1999.371, note E. Loquin.
1108 C.A. Paris, 12 févr. 2009, n° 07/22164, D. 2009. 2959, préc. cit. confirmé par la Cour de cassation : Cass. Civ. 1re, 4 nov. 2010, n° 09-12.716, D. 2010. 2933, obs. T. Clay ; Cah. arb. 2010. 1147, note Th. Clay ; JCP G 2010, II, 1306, note B. Le Bars et J. Juvénal ; LPA 2011, n° 36, p. 17, obs. M. Henry ; Rev. arb. 2010. 824 ; Kluwer Arbitration Blog 5 nov. 2010, obs. A. Mourre ; D. 2010. 2939, obs. T. Clay ; JCP G 2010. I. 1286, § 2, obs. C. Seraglini.

a la qualité d'« *of counsel* ». La Cour de cassation a confirmé cette solution[1109]. Cette exigence est très difficile à remplir. La Cour d'appel estime que « *l'arbitre doit révéler totalement, tant ce qui lui est strictement personnel que ce qui concerne le cabinet dont il fait partie, son degré d'association au sein de ce cabinet étant indifférent* »[1110]. L'arbitre, doit tout au long de sa mission, s'assurer qu'aucun avocat de son cabinet d'un quelconque bureau dans le monde ne conseille une partie ou l'une des sociétés dans son groupe.

569. Le monde de l'arbitrage est petit, la professionnalisation de la mission de l'arbitre d'une part, et la fonction d'avocat dans les cabinets internationaux d'autre part peut placer l'arbitre dans une situation de conflit d'intérêts. Un avocat appartenant à un cabinet est en général intéressé à son chiffre d'affaires et peut avoir accès aux informations liées aux interventions de celui-ci et sa clientèle. Au contraire, un associé ou collaborateur « *of counsel* », est considéré comme un tiers qui peut être appelé à intervenir de façon indépendante sur certains dossiers. Il n'est pas intéressé par le chiffre d'affaires du cabinet et n'a pas accès à tous les dossiers traités par celui-ci. Cette question met en avant, la divergence du statut des avocats appartenant à un cabinet en France et des avocats *of counsel* en Angleterre.

Il a justement été souligné que « *le seul fait d'exercer dans une grande structure d'avocats ne préjuge pas, en tant que tel, du manque d'indépendance. Mais l'obligation de révélation qui pèse sur l'arbitre est singulièrement renforcée de ce fait* »[1111]. L'obligation pour l'arbitre « *of counsel* » de révéler toutes les interventions du cabinet dans l'intérêt de l'une des parties à l'arbitrage est une exigence inutile. Certaines de ces interventions peuvent lui être complètement étrangères. Cette obligation ne devrait concerner que la qualité de l'arbitre et les dossiers dans lesquels il est intervenu, s'ils sont liés à l'une des parties à l'arbitrage. L'arbitre étant un tiers indépendant de ce cabinet n'a pas connaissance de tous les dossiers traités par celui-ci. Souvent, il n'a pas accès à ce type d'information.

570. Dans un autre litige opposant la société *Gascogne Paper* à la société d*'experts en tarification de l'énergie* (ETE), la Cour de cassation a estimé que l'arbitre a l'obligation,

---

1109 Cass. Civ. 1re, 4 nov. 2010, n° 09-12.716, D. 2010. 2933, obs. T. Clay; Cah. arb. 2010. 1147, note Th. Clay ; JCP G 2010, II, 1306, note B. Le Bars et J. Juvénal ; LPA 2011, n° 36, p. 17, obs. M. Henry ; Rev. arb. 2010. 824 ; Kluwer Arbitration Blog 5 nov. 2010, obs. A. Mourre ; D. 2010. 2939, obs. T. Clay ; JCP G 2010. I. 1286, § 2, obs. Ch. Seraglini.

1110 C.A. Reims, 2 nov. 2011, n° 10/02888, D. 2011. 3023, obs. T. Clay ; RTD com. 2012. 518, obs. E. Loquin; Cah. arb. 2011. 1109, note Th. Clay ; LPA 2012, n° 142, p. 3, obs. L. Kanté ; Rev. arb. 2012. 112, note M. Henry ; Gaz. Pal. 2012, n° 22-24, p. 15, obs. D. Bensaude ; Bull. ASA 2012. 197, note T. P. Heintz et G. Vieira Da Costa Cerqueira ; D. 2011. 3023, obs. Th. Clay.

1111 E. Kleiman, art. préc., p.30

« *avant d'accepter sa mission, de révéler toute circonstance susceptible d'être regardée comme affectant son impartialité afin de permettre à la partie d'exercer à bref délai, s'il y a lieu, son droit de récusation* »[1112]. L'obligation de révélation est étendue aux relations pouvant exister entre l'arbitre et les tiers à la procédure qui y sont néanmoins « reliés ». Désormais, les relations entre l'arbitre et toute personne qu'il a pu être amené à défendre en sa qualité de conseil, dès lors que cette personne se trouve concernée, même indirectement, par le litige, doivent être révélées. La partie qui demande la nullité de la sentence sur ce fondement n'a pas l'obligation de démontrer que si elle avait connu cette circonstance, elle aurait demandé la récusation de l'arbitre ou que cette circonstance avait effectivement affecté l'impartialité de l'arbitre[1113]. La solution a été suivie par la Cour d'appel de renvoi qui dans sa décision de 26 novembre 2013[1114] a jugé que le président du tribunal arbitral aurait dû révéler qu'il était, au moment de l'arbitrage, avocat de la société EDF, laquelle, même tiers à l'instance n'était pas étrangère à l'affaire. En omettant de révéler cette relation, le président du tribunal a en effet privé la partie demanderesse de sa faculté d'exercer son droit de récusation.

571. Il est difficile de reprocher à l'arbitre l'absence de révélation d'un conflit indirect. Il peut être lui-même en ignorance de celui-ci. L'obligation de révélation dans ce cas nécessite une investigation de la part de l'arbitre. La jurisprudence française impose une obligation d'investigation à l'arbitre : l'obligation de s'informer pour informer[1115]. Pour satisfaire son obligation de révélation, l'arbitre a ainsi l'obligation de se renseigner auprès du cabinet avec qui il coopère [1116]. Cette obligation est étrange dans la mesure où une circonstance pourrait avoir un effet sur l'indépendance et l'impartialité de l'arbitre, uniquement lorsque l'arbitre est en connaissance de celle-ci. Comment un arbitre pourrait-il être tenté d'agir en faveur d'une partie alors qu'il n'est pas conscient que ce serait dans son propre intérêt ? Le contrôle de l'indépendance et de l'impartialité de l'arbitre s'éloigne de son objectif initial. Le juge ne contrôle plus la sentence en recherchant si elle a été affectée par la partialité des arbitres. On

1112 Cass. Civ. 1ère, 1er février 2012, *société d'Experts en tarification de l'énergie c. société Gascogne Paper,* Rev. arb., 2012.91, 2ème esp., note E. Loquin ; D., 2012.446, obs. X. Delpech ; JCP G, 2012.201, obs. J. Béguin.
1113 C. Duclercq, « *l'obligation de révélation des arbitres : état des lieux* », La semaine juridique Entreprise et Affaires n°19,11 Mai 2012, 313
1114 C.A. Paris, 26 Novembre 2013, n°12/08681.
1115 V. C.A. Paris, 2 juillet 2013, *Société La Valaisanne Holding*, Rev. arb., 2013.1033, note M. Henry ; C.A. Paris, 14 octobre 2014, Rev. arb., 2015.151, note M. Henry ; Cass. civ. 1re, 25 juin 2014, Rev. arb., 2015.75, obs. S. Bollée.
1116 V. les objections de Th. Clay à cette extension de l'obligation de révélation, Rev. arb., 2009.190, spéc. p. 200 et s.

s'intéresse uniquement à vérifier le respect de l'obligation de révélation, sans tenir compte de l'indépendance et de l'impartialité de l'arbitre.

572. Récamment, l'arret *Vidatel* [1117] a apporté une clarification importante concernant le contenu de l'obligation de révélation. Dans cette affaire, la Cour d'appel s'est appuié sur la note de la CCI pour déterminer les éléments devant figurer dans la déclaration d'indépendance des arbitres. Ainsi, le règlement d'arbitrage est utilisé comme une source de l'obligation de révélation des arbitres à partir de laquelle le juge réalise son contrôle. Le juge se contente de vérifier si les exigences du règlement d'arbitrage sont remplies par la déclaration de l'arbitre. Cette solution a été qualifiée de révolutionnaire par la doctrine[1118]. L'arrêt *Fiorilla* a confirmé cette décision[1119].

573. Il existe une limitation au devoir de révélation de l'arbitre. La jurisprudence considère que l'arbitre doit « *informer les parties de toute relation qui ne présente pas un caractère notoire* »[1120]. Par conséquent, dans le cadre d'un arbitrage corporatif, les faits connus des deux parties ne sont pas concernés par l'obligation de révélation des arbitres[1121]. Également, les informations librement accessibles sur internet peuvent être exclues du champ de l'obligation de révélation[1122]. Il existe donc une obligation pour les parties de s'informer sur l'indépendance et l'impartialité de l'arbitre. Le contenu de cette obligation n'est pas encore clairement défini par la jurisprudence. En général, elle porte sur des informations « *très aisément accessibles* » par les parties[1123]. La cour d'appel a considéré qu'« il ne saurait être raisonnablement exigé, ni que les parties se livrent à un dépouillement systématique des sources susceptibles de

---

1117 C.A. Paris, 26 janv. 2021, n° 19/10666, *Vidatel*, Dalloz actualité, 22 févr. 2021, obs. J. Jourdan-Marques ; JCP 2021. Doctr. 696, obs. P. Giraud.
1118 J. Jourdan-Marques, « *Chronique d'arbitrage : la révélation encore révolutionnée ?* », Dalloz actualité, 22 févr. 2021.
1119 C.A. Paris, 12 juill. 2021, n° 19/11413.
1120 C.A. Paris, 13 mars 2008, n° 06/12878, C.A. Paris, D. 2008. 3111, obs. T. Clay ; v. égal. : C.A. Paris, 10 mars 2011, *Tecso c. Neoelectra*, n° 09/28537, D. 2011. 3023, obs. T. Clay ; RTD com. 2012. 518, obs. E. Loquin ; Cah. arb. 2011. 787, note M. Henry ; LPA 2011, n° 225-226, p. 14, note P. Pinsolle ; Rev. arb. 2011. 737, obs. D. Cohen ; Gaz. Pal. 15-17 mai 2011, p. 19, obs. D. Bensaude ; 28 mai 2013, *Catering International,* n° 11/17672, D. 2013. 2936, obs. T. Clay ; Gaz. Pal. 27-28 sept. 2013, p. 18, obs. D. Bensaude ; 2 juill. 2013, *La Valaisanne Holding,* n° 11/23234, D. 2013. 2936, obs. T. Clay ; RTD com. 2014. 318, obs. E. Loquin; Rev. arb. 2013. 1033, note M. Henry ; JCP 2013. 1391, § 5, obs. J. Ortscheidt.
1121 Cass. Civ. 1re, 1er févr. 2012, *CEVEDE*, n° 11-15.346, D. 2012. 2991, obs. T. Clay, ou des informations qui auraient dû l'être : Cass. Civ. 1re, 19 déc. 2012, *Rocco*, n° 10-27.474, Dalloz actualité, 8 janv. 2013, obs. X. Delpech; D. 2013. 95; *ibid*. 2936, obs. T. Clay; Procédures 2013. Comm. 45, obs. L. Weiller ; JDI 2013. 946, note S. Sana-Chaille de Nere ; Gaz. Pal. 28-30 avr. 2013. 16, obs. D. Bensaude.
1122 C.A. Paris, 14 mars 2017, n° 15/19525, Rev. arb. 2017. 1213, note B. Zadjela ;ou les informations figurant dans un annuaire professionnel : C.A. Paris, 27 mars 2018, n° 16/09386, D. 2018. 2448, obs. T. Clay; Rev. arb. 2018. Somm. 472 ; RLDA 2018, n° 138, obs. H. Guyader ; Gaz. Pal. 2018, n° 27, p. 19, obs. D. Bensaude.
1123 C.A. Paris, 14 octobre 2014, *Auto Guadeloupe Investissements*, Rev. arb. ,2015.151, note M. Henry.

mentionner le nom de l'arbitre et des personnes qui lui sont liées, ni qu'elles poursuivent leurs recherches après le début de l'instance arbitrale »[1124]. Les parties ont une obligation de « curiosité »[1125] dans une situation qui présente une certaine notoriété.

La jurisprudence française concernant l'appréciation et l'étendue du devoir de révélation de l'arbitre a évolué au cours des années. Certaines solutions jurisprudentielles ont fait l'objet des critiques doctrinales. Il convient d'évaluer les solutions du droit positif et étudier les possibilités d'amélioration.

B. L'évaluation de la jurisprudence française concernant le contrôle de l'obligation de révélation de l'arbitre

574. L'appréciation subjective de l'obligation de révélation par le juge français est source d'incertitudes. On suggère le retour de la jurisprudence vers une appréciation objective du doute raisonnable dans l'esprit des parties. Si l'on prend en considération la politique générale du droit français de l'arbitrage notamment dans le domaine de l'arbitrage international, le fondement essentiel du contrôle de juge est d'assurer la conformité de la sentence à un ordre professionnel minimum, que ce soit sur le respect des règles d'ordre public procédural ou sur la régularité de la composition du tribunal arbitral. Le critère de la seule perception par les parties du risque d'impartialité n'est pas assez pertinent. Également, la sanction du non-respect de l'obligation de révélation par l'annulation ou la non-exécution de la sentence paraît trop sévère. Certaines solutions alternatives ont été avancées par la doctrine française.

Selon la proposition d'Éric Loquin, en cas d'existence d'un conflit d'intérêt direct, l'arbitre est tenu d'une « *obligation de révélation de résultat* », alors qu'en présence d'un conflit d'intérêts indirect, il devrait être tenu uniquement d'une « *obligation de moyen de recherche-révélation* »[1126].

1124 C.A. Paris, 14 oct. 2014, *Newsletter du CMAP*, n° 13/13459, D. 2014. 2541, obs. T. Clay ; Cah. arb. 2014. 795, note D. Cohen ; Rev. arb. 2015. 151, note M. Henry ; confirmé par Cass ; Civ. 1re, 16 déc. 2015, n° 14-26.279, D. 2016. 2589, obs. T. Clay; Rev. arb. 2016. 536, note M. Henry ; Gaz. Pal. 2016, n° 26, p. 27, obs. D. Bensaude ; Cah. arb. 2016. 653, note D. Cohen.

1125 E. Loquin, note s/s C.A. Paris, 12 avr. 2016, n° 14/14884, D. 2016. 2589, obs. T. Clay; RTD civ. 2016. 856, obs. H. Barbier; Rev. arb. 2017, p. 234, n° 32.

1126 E. Loquin « *La dualité du régime de la responsabilité de l'arbitre* », JCP, 2014, doctr. 255, n° 26.

575. En plus d'une distinction sur le fondement de l'intensité des liens, Sylvain Bolée[1127] propose de distinguer les liens à caractère univalent et ambivalent. En présence des circonstances univoques, il n'existe pas de doute sur leur nature ou étendue pouvant affecter l'indépendance de l'arbitre. Au contraire, les circonstances équivoques ne suffisent pas en soi pour établir l'indépendance de l'arbitre. Elles démontrent uniquement l'existence d'autres liens qui pourraient avoir des conséquences plus importantes, alors que les contours exacts de ces conséquences ne peuvent être définis. Il faut noter que logiquement, les circonstances ambivalentes doivent être révélées par l'arbitre, considérant que l'obligation de révélation porte sur les éléments susceptibles de créer un « doute raisonnable » sur l'indépendance de l'arbitre. Tout lien qui risque d'être considéré objectivement comme une proximité à l'une des parties doit être révélé, même s'il ne s'agit que d'apparence. En effet, l'impact des mêmes faits diffère dans l'esprit des parties, s'ils ont été révélés *ab initio*, ou si elles les découvrent au cours de l'instance.

576. Concernant la sanction de la non-révélation des circonstances ambivalentes, lorsque celles-ci révèlent l'existence d'un conflit d'intérêts effectif, la sentence doit être annulée. En revanche, s'il n'est pas certain que les circonstances en cause résultent en un manque d'indépendance de l'arbitre, l'annulation paraît une sanction trop sévère[1128]. En effet, ce grief de l'annulation vise essentiellement à contrôler l'indépendance et l'impartialité de l'arbitre et non pas le respect de l'obligation de révélation[1129]. Néanmoins, lorsque la révélation de ces circonstances est obligatoire, le non-respect de cette obligation ne doit pas rester sans conséquence.

577. Sylvain Bollée estime qu'il est possible d'établir un juste équilibre en matière de sanction du non-respect de l'obligation de révélation concernant les circonstances ambivalentes. La solution consisterait en un renversement de la charge de la preuve[1130]. On présume qu'il existe un conflit d'intérêts lorsqu'une circonstance ambivalente n'a pas été révélée par l'arbitre. Il revient alors à la partie adverse d'apporter la preuve que les

---

1127 S. Bollée, « *Indépendance de l'arbitre et non-révélation de circonstances* ambivalentes », note sous Cass. civ. 1re, 25 juin 2014, Rev. arb, 2015, Vol. 2015 Issue1, p. 82.
1128 Rappr. Ch. Jarrosson, note sous C.A. Paris, 21 février 2012, Rev. arb., 2012.587, n° 12. Rappr. aussi l'intéressante motivation de C.A. Paris, 12 janvier 1996, Rev. arb., 1996.428 : « *un manquement à cette obligation d'information n'entraîne pas automatiquement l'annulation de la sentence et [...] il appartient alors au juge étatique de mesurer les effets de cette réticence et d'apprécier si à elle seule, ou rapprochée d'autres éléments de la cause, elle constitue une présomption suffisante du défaut d'indépendance allégué* ».
1129 V.M. Henry, note sous C.A. Reims, 2 novembre 2011, *Tecnimont,* Rev. arb. ,2012.112, spéc. n° 8.
1130 S. Bollée, « *Indépendance de l'arbitre et non-révélation de circonstances* ambivalentes », note sous Cass. civ. 1re, 25 juin 2014, Rev. arb. 2015, Vol. 2015 Issue1, p. 83 et 84

circonstances en cause n'avaient pas d'effet sur l'indépendance de l'arbitre. La difficulté d'apporter la preuve d'un fait négatif contrebalance le non-respect de l'obligation de révélation. Également, en pratique, cette solution fait peser la charge de la preuve sur la partie la plus à même de la supporter. La partie qui invoque le grief de l'indépendance de l'arbitre conteste la non-révélation de certains éléments par l'arbitre qu'il souhaitait connaître. Dans le cadre du recours contre la sentence, il serait plus difficile pour cette partie de présenter des éléments qui suscitent un doute sur l'indépendance de l'arbitre. *A contrario*, la partie adverse pourra avoir accès à toutes les circonstances pertinentes de l'espèce pour prouver qu'en réalité, l'arbitre était indépendant.

578. D'une part, l'annulation automatique de la sentence pour la non-révélation de certaines circonstances qui peuvent s'avérer ineffectives est une sanction disproportionnée qui peut fragiliser la sentence arbitrale. D'autre part, l'exclusion de toute sanction concernant la révélation de certains éléments porte atteinte à la transparence dans l'arbitrage[1131]. Il faudrait recourir aux solutions alternatives comme celles proposées pour répondre à ce problème. Le régime actuel du contrôle de l'indépendance et de l'impartialité de la sentence n'est pas en accord avec la politique libérale du droit français en matière d'arbitrage. L'efficacité de la sentence arbitrale est au cœur du droit de l'arbitrage français. Toutefois, dans le cadre de contrôle de l'indépendance de l'arbitre, l'efficacité de la sentence est en quelque sorte sacrifiée au profit du respect de l'obligation de révélation.

Comme nous l'avons développé, le régime du contrôle de l'indépendance et de l'impartialité de l'arbitre en droit français est basé essentiellement sur le contrôle du respect de l'obligation de révélation par l'arbitre. En droit comparé et notamment en droit anglais, le contrôle du juge est concentré sur la violation effective de l'impartialité de l'arbitre.

Sous-section II. Le contrôle de l'indépendance et de l'impartialité du tribunal arbitral par le juge étatique en droit comparé

579. Contrairement au droit français, en droit comparé, le juge étatique contrôle le manquement effectif de l'arbitre à son obligation d'indépendance et d'impartialité sans

1131 V. dans cette veine D. Cohen, « *Indépendance des arbitres et conflits d'intérêts* », *op.cit*., n° 64-65.

accorder une place centrale à l'obligation de révélation (§II). C'est particulièrement vrai en droit anglais. Le juge anglais contrôle la violation effective de l'arbitre de son obligation d'impartialité (§I).

§I. Le contrôle de l'impartialité du tribunal arbitral par le juge anglais

580. En droit anglais, le juge doit être indépendant et impartial, mais le manque d'indépendance n'est pas un motif de récusation de l'arbitre. Dans l'arrêt *Porter v. Magill*[1132], la *House of Lords* a souligné qu'il existe une relation étroite entre les notions d'indépendance et d'impartialité. Néanmoins, un rapport de *Departmental Advisory Committee* de 1996 a considéré qu'il n'est pas nécessaire de consacrer un grief d'annulation pour manque d'indépendance de l'arbitre[1133]. Selon ce rapport, le manque d'indépendance de l'arbitre se manifeste comme le manquement de l'arbitre à son obligation d'impartialité. Si le tribunal arbitral est impartial, il n'y a pas lieu de contester sa décision[1134]. Il existe une inquiétude que l'exigence d'indépendance engendre des abus dans la récusation des arbitres.

L'article 24(1)(a) de l'EAA permet aux parties à l'arbitrage de demander la récusation d'un arbitre sur le fondement de l'existence d'un doute justifiable sur son impartialité[1135]. Après le prononcé de la sentence, l'impartialité de l'arbitre est contrôlée par le juge anglais sur le fondement de l'article 68 de l'EAA. En effet, le manquement de l'arbitre à son obligation d'impartialité est considéré comme une irrégularité sérieuse susceptible d'être sanctionnée par l'annulation de la sentence.

581. L'existence des relations d'affaires entre l'arbitre et une partie ou une entreprise associée à celle-ci est suffisante pour démontrer l'apparence de partialité. Dans l'affaire *Save and Prosper Pensions Ltd v. Homebase Ltd*[1136], il a été considéré qu'un arbitre manquait d'indépendance et d'impartialité lorsque son cabinet travaillait avec une entreprise appartenant au même groupe que l'une des parties à l'arbitrage. Également, un arbitre ne peut être considéré

1132 [2001] UKHL 67; [2002] 2 AC 357, n°88.
1133 The Departmental Advisory Committee Report (1996), at [100] ff ; Appendix 1 à *Mustill & Boyd*, *Commercial Arbitration*: *Companion Volume* (London, 2001).
1134 *Ibid*, n° 101 et 102.
1135 « *circumstances exist that give rise to justifiable doubts as to his impartiality* ».
1136 [2001] L & TR 11 (Judge Rich QC, Chancery Division).

comme indépendant lorsqu'il a eu accès aux informations confidentielles concernant la faute alléguée de l'une des parties lors d'une autre fonction[1137]. Dans l'affaire *ASM Shipping Ltd v. TTMI Ltd*[1138], l'un des arbitres avait exercé auparavant la fonction de conseil dans une procédure arbitrale dans laquelle son client avait avancé des allégations d'indécence envers un des témoins. Dans le cadre de l'arbitrage en cause, la même allégation avait été reprochée au même témoin. Selon Morison J[1139], cette situation provoque une apparence objective de partialité.

582. Contrairement à la solution de la jurisprudence française, les juridictions anglaises ont décidé qu'un arbitre ne manquait pas à son devoir d'impartialité même s'il appartenait au même cabinet que l'avocat de l'une des parties[1140]. Dans cet arrêt, Herbert Smith souligne que même si cette situation ne pose pas de problème d'indépendance et d'impartialité aux yeux de la loi anglaise, elle peut poser des inquiétudes dans d'autres pays. Il a rappelé que dans le cadre d'un arbitrage CIRDI, le tribunal avait ordonné à l'une des parties de ne pas choisir un avocat appartenant au même cabinet que le président du tribunal arbitral[1141].

583. En droit anglais, l'arret récent *Halliburton Company v Chubb Bermuda Insurance Ltd* [1142], a été qualifiée de la décision la plus importante de la dernière décennie en la matière. Cet arrêt a clarifié la position des juridictions anglaises envers le contrôle de l'impartialité de l'arbitre. Dans cette affaire, il n'y avait pas d'allégation de partialité de l'arbitre. C'est la raison pour laquelle la Cour suprême s'est limitée au contrôle de l'apprence de partialité de l'arbitre. Elle a considéré qu'il faut examiner « *wether the fair -minded and informed observer, having considered the facts, would conclude that there was a real possibility that the tribunal was biased* ». Elle a précisé que l'« observer » en question doit être une personne informée.

La Cour s'est référée à un arrêt antérieur pour définir la notion d'« informed observer » : « *before she takes a balanced approach to any information she is given, she will take the trouble to inform herself on all matters that are relevant…She is fair-minded, so she will appreciate*

1137 *Drake Insurance v. American Reliable Insurance Co*, [2004] EWHC 796 (Comm), at [32] and [43], Cooke J.
1138 [2005] EWHC 2238 (Comm); [2006] 2 All ER (Comm) 122; [2006] 1 Lloyd's Rep 375; [2006] 1 CLC. 656.
1139 *Ibid*, n° 43.
1140 *Laker Airways Inc* v. *FLS Aerospace Ltd*, [2000] 1 WLR 113.
1141 Herbert Smith (London): citant *Hrvatska Elektroprivreda*, *d.d*. v. *Republic of Slovenia* (CIRDI N° ARB/05/24), Tribunal's Ruling regarding the participation of David Mildon QC in further stages of the proceedings, 6 May 2008, disponible à: http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet.
1142 *Halliburton Company (Appellant) v Chubb Bermuda Insurance Ltd* [2020] UKSC 48.

that the context forms an important part of the material which she must consider before passing judgment »[1143].

584. La Cour a également noté qu'il faut tenir compte des particularités de l'arbitrage lors de l'examen de l'impartialité de l'arbitre. Les arbitres sont nommés par les parties. L'impartialité de l'arbitre peut être compromise par un « *financial interest in obtaining further appointments as arbitrator* ». Une partie peut s'attendre de l'arbitre qu'elle a nommé de voter en sa faveur. Dans ces cas, le rôle du président du tribunal arbitral est de s'assurer de l'impartialité de celui-ci. La Cour a considéré que « *the party-appointed arbitrator in English law is expected to come up to precisely the same high standards of fairness and impartiality as the person chairing the tribunal »*. Elle a précisé que la réputation professionnelle et l'expérience d'un arbitre ne peut avoir qu'une portée limitée dans l'examen de son impartialité.

585. Concernant l'obligation de révélation, la Cour a confirmé que l'arbitre doit révéler les faits et les circonstances pouvant « reasonably give rise to the appearance of bias ». Dans cet arrêt, la Cour a noté que la CCI, la LCIA, et la CIArb, en tant qu'institutions ayant « *an interest in the integrity and reputation of English-seated arbitration »*, se sont prononcées en faveur de l'existence d'une obligation de révélation. Cette dernière est en accord avec l'objectif de transparence dans l'arbitrage et les lignes directrices de l'IBA[1144].

Une des questions importantes traitées dans cette affaire concernait le lien entre l'obligation de révélation et l'obligation d'impartialité de l'arbitre. La Cour a décidé que le non-respect de l'obligation de révélation est un des fecteurs qu'un « fair-minded and informed observer » prend en compte pour examiner l'impartialité du tribunal arbitral. Néanmoins, il faut noter que l'absence de révélation de certaines informations montre « *a lack of regard to the interests of the non-common party* » et peut dans certaines circonstances démontrer la partialité apparente de l'arbitre. Le non respect de l'obligation de révélation n'engendre pas systématiquement l'annulation de la sentence pour manquement de l'arbitre à son obligation d'indépendence et d'impartialité. Contrairement au droit français, en droit anglais, le non respect de l'obligation de révélation est simplement pris en compte lors de l'examen de l'impartialité du tribunal arbitral.

1143 *Helow v Secretary of State for the Home Department* [2008] UKHL 62; [2008] 1 WLR 2416, Lord Hope (paras 1-3).

1144 The IBA Guidelines "*assist the court in identifying what is an unacceptable conflict of interest and what matters may require disclosure*".

§II. Le contrôle effectif de l'indépendance et de l'impartialité du tribunal arbitral en droit comparé

586. En droit comparé, l'annulation de la sentence est prévue en cas de violation effective de l'obligation d'indépendance et d'impartialité de l'arbitre. La non-révélation de certaines informations par l'arbitre est prise en considération uniquement à cet effet et n'est pas en soi déterminante. Par exemple, les juridictions allemandes exigent que la partie qui demande l'annulation de la sentence apporte la preuve de la partialité de l'arbitre et de l'influence des faits invoqués sur la décision de l'arbitre en question[1145].

Dans le cadre du droit suisse de l'arbitrage, la récusation d'un arbitre peut avoir lieu « *si les circonstances permettent de douter légitimement de son indépendance* »[1146]. Avant la réforme de 2021 sur le droit international privé et l'arbitrage international, il n'y avait pas de référence à l'obligation de révélation dans les textes. Cependant, la jurisprudence du Tribunal fédéral a reconnu cette obligation en rappelant que « *l'arbitre a le devoir précontractuel, puis contractuel, d'informer les parties au procès des faits pouvant être tenus pour un motif de récusation, du moins lorsqu'il a des raisons de penser que ces faits ne sont pas connus des parties ou celles d'entre elles qui pourraient s'en prévaloir* »[1147]. Cette obligation est prise en compte dans le cadre de la responsabilité de l'arbitre envers les parties et non pas comme le fondement du contrôle du juge étatique sur la sentence arbitrale.

Après la réforme de 1er janvier 2021, l'article 179 de la LDIP régit la nomination et le remplacement des arbitres. L'obligation de révélation est désormais officiellement prévue par la LDIP. L'arbitre doit révéler sans retard l'existence des faits qui pourraient créer des doutes légitimes sur son indépendance ou son impartialité, avant l'acceptation de son mandat. La réforme a introduit un régime propre de récusation des arbitres en l'absence d'accord des parties (art. 180, 180a). La révocation est, en principe, soumise à la volonté des parties, mais une partie peut la demander au juge (art. 180b).

1145 BGH, 1er février 2001, III ZR 332/99, Cah. arb., n° 2001/2, pan. P. 47; A. K. Hoffmann, « *Duty of disclosure and challenge of arbitrators: The standard applicable under the new IBA Guidelines on Conflicts of Interest and the German Approach* », Arb. Int'l., 2005, vol. 21, n°3, p. 427 et s. Mentionnés par D. Cohen art. préc., p. 630
1146 Article 180 de la LDIP.
1147 ATF 111 Ia 72, n° 75-76.

587. Les juridictions belges procèdent également à une véritable analyse substantielle des circonstances de l'espèce[1148]. Avant la réforme du droit belge entrée en vigueur le 1er septembre 2013, l'article 1704, 2° (g) du Code judiciaire belge prévoyait deux cas de nullité. D'abord, *« s'il n'a pas été donné aux parties la possibilité de faire valoir leur droits et moyens* », il y avait nullité sans qu'il ne faille établir une incidence sur la sentence. En revanche pour la méconnaissance de toute autre règle impérative de la procédure arbitrale, la violation devait avoir une influence sur la sentence arbitrale.

Après l'entrée en vigueur de la réforme, l'article 1717§3 (a) (v) du Code judiciaire belge, prévoit que *« la sentence arbitrale ne peut être annulée que si la partie en faisant la demande apporte la preuve que la constitution du tribunal arbitral, ou la procédure arbitrale, n'a pas été conforme à la convention des parties, (...) ; à l'exception de l'irrégularité touchant à la constitution du tribunal arbitral, ces irrégularités ne peuvent toutefois donner lieu à l'annulation de la sentence arbitrale s'il est établi qu'elles n'ont pas eu d'incidence sur la sentence* ». La violation effective de l'obligation d'indépendance et d'impartialité de l'arbitre est sanctionnée. Cette solution est majoritairement adoptée en droit comparé et il serait également préférable pour le droit français de s'en rapprocher. La première étape serait d'apprécier objectivement la notion du doute raisonnable que certains éléments pourraient créer dans l'esprit des parties.

Conclusion

588. La Convention de NY a pour objet de déterminer le régime de la reconnaissance et de l'exécution des sentences étrangères dans les pays destinataires. Elle prévoit une liste limitative des motifs de contrôle de la sentence par le juge étatique. Le régime établi par la Convention de NY constitue un maximum au-delà duquel les États ne peuvent pas aller. Il est toutefois autorisé d'établir un régime plus favorable à l'efficacité des sentences arbitrales. Également, elle n'a en général aucune incidence sur l'étendue du contrôle exercé sur la sentence dans le pays du siège. En droit français, l'article 1520 du CPC a prévu cinq motifs d'annulation de la sentence arbitrale (la contrariété de la sentence à l'ordre public international, le non-respect par les arbitres de leur mission, le non-respect du principe de la contradiction, la décision erronée

1148 TPI Bruxelles, 14 décembre 2006, *CBC Banque*, Journ. Trib. 2007.207, note G. Keutgen; D., 2008.186, obs. Th. Clay. Mentionnés par D. Cohen, *art. précité*., p.629

du tribunal arbitral sur sa compétence, l'irrégularité de la constitution du tribunal arbitral). L'annulation de la sentence dans son pays d'origine n'entraîne pas le refus de reconnaissance de la sentence en France.

En dehors de la Convention de NY, les États peuvent prévoir des motifs divergents de contrôle de la sentence arbitrale. Les droits français et suisse ont mis en place un régime libéral de la reconnaissance et de l'exécution des sentences arbitrales. Le juge étatique n'est jamais autorisé à examiner le fond de la sentence. Pour que la sentence soit efficace, le principe de l'interdiction de révision au fond est considéré comme sacré[1149]. En revanche, en droit anglais, les parties peuvent exercer un recours contre la sentence sur le fondement d'une erreur sur un point de droit anglais. Le juge anglais peut alors examiner l'application du droit anglais aux circonstances de l'espèce. Toutefois, l'annulation de la sentence sur le fondement de ce motif de contrôle est soumise à certaines conditions restrictives. Également, les parties peuvent renoncer à la possibilité d'exercer un recours sur le fondement de ce grief.

589. En général, en droit comparé, le juge étatique effectue un contrôle sur l'indépendance et l'impartialité du tribunal arbitral. Néanmoins, les modalités et l'intensité du contrôle exercé par le juge sur le respect de l'arbitre de son devoir d'indépendance et d'impartialité diffèrent selon le pays du contrôle. En France, le contrôle de l'indépendance et de l'impartialité de l'arbitre s'est transformé en contrôle du respect de l'obligation de révélation de l'arbitre. Ce dernier est tenu de révéler *« toute circonstance susceptible d'affecter son indépendance ou son impartialité* »[1150]. En effet, le juge français contrôle de respect de l'obligation de révélation et non pas l'indépendance et l'impartialité du tribunal arbitral. Il serait logique pour la jurisprudence française d'exercer un contrôle effectif sur l'indépendance et l'impartialité du tribunal arbitral, comme c'est le cas en droit comparé. En droit suisse, ainsi qu'en droit anglais, le juge vérifie si la sentence a été impactée par la partialité du tribunal arbitral.

1149 V. Chantebout, *le principe de non-révision au fond des sentences arbitrales*, thèse Paris II, 2007.
1150 L'article 1456 al. 2 du CPC.

Conclusion du Titre I

590. Le régime de reconnaissance et d'exécution des sentences arbitrales est marqué par la divergence des systèmes étatiques. Chaque État organise librement le régime des voies procédurales de contrôle de la sentence arbitrale. Les voies de recours ouvertes contre la sentence diffèrent d'un pays à l'autre. Toutefois, la diversité des approches des États envers l'arbitrage se manifeste également, en matière de l'étendue du contrôle du juge étatique exercé sur la sentence arbitrale. Les conventions internationales mises en place dans ce domaine marquent la volonté des États d'atteindre une harmonisation de l'étendue du contrôle des sentences arbitrales. Néanmoins, le chemin est long et le destin de l'exécution des sentences dépend de nombreux facteurs complexes. Le régime international de l'exécution des sentences arbitrales peut être illustré par les deux exemples hypothétiques suivants :

Le premier exemple concerne une procédure arbitrale entre une partie suisse et une partie française se déroulant en Angleterre. La partie suisse estime que le tribunal arbitral a dépassé ses missions en la condamnant à payer plus de ce que la partie française avait demandé et refuse de payer. Dans ces circonstances, elle peut exercer un recours contre la sentence en Angleterre, le pays du siège de l'arbitrage. Elle peut également attendre que la partie adverse demande l'exequatur de la sentence en Suisse. La Suisse et l'Angleterre ont adopté toutes les deux la convention de NY. Les décisions des juges étatiques concernant l'annulation de la sentence sur le fondement de dépassement de leur mission par les arbitres doivent être similaires. Cependant, les juges étatiques peuvent avoir des conclusions contradictoires concernant les faits de l'espèce et le dépassement effectif de leur mission par les arbitres. Dans cette hypothèse, les juges suisses peuvent accorder l'exequatur à la sentence même avant que la sentence soit annulée dans son pays d'origine. Il est donc possible que les parties se trouvent devant deux décisions étatiques contradictoires sur une même sentence.

Le second exemple concerne une procédure arbitrale entre une partie américaine et une partie saoudienne qui a pour siège Dubaï. Après le prononcé de la sentence, la partie saoudienne a réussi à obtenir l'annulation de la sentence devant le juge étatique des Émirats arabes unis sur le fondement de la violation d'ordre public relatif aux exigences locales de prêt de serment pour les témoins. L'exécution de la sentence est alors impossible dans la majorité des pays, car la sentence a été annulée dans l'État du siège de l'arbitrage, ce qui est considéré comme un grief

de l'annulation de la sentence dans le cadre de la Convention de NY (article V(1) (e)). L'exécution de la sentence sera néanmoins possible en France.

591. Les deux tableaux suivants démontrent le régime actuel applicable concernant l'annulation, la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales. Le tableau 1 représente les actions qui peuvent être exercées contre ou pour l'exécution d'une sentence. Le tableau 2 représente les effets de celles-ci.

Tableau 1:Les procédures de recours contre la sentence arbitrale[1151]

Action		
Type d'action	**Pays du siège**	**À l'étranger**
Reconnaissance et exécution	Sentence interne : Droit interne de l'arbitrage	Convention de New York
	Sentence internationale : convention de New York	
Annulation	Uniquement devant les juridictions nationales du pays du siège	Impossible

1151 A. Jan van ven Berg, « *Should the setting aside of the arbitral award be abolished ?* », ICSID Review, 2014, Vol. 29, n°. 2, pp. 263–288.

Tableau 2, Les effets de recours contre la sentence arbitrale[1152]

Effet		
Procédure dans le siège	**Effet dans le siège**	**Effet à l'étranger**
Refus d'exequatur	La sentence ne peut être exécutée	Pas d'effet
Exequatur	L'exécution de la sentence	Pas d'effet
Annulation de la sentence	La sentence n'existe plus	Selon la législation du pays : • Refus d'exécution possible (Art. V (1) (e) Convention de NY • Pas d'effet
Non-annulation de la sentence	La sentence peut être exécutée	Pas d'effet

592. L'intensité du contrôle du juge français sur la sentence arbitrale est identique concernant tous les motifs de l'annulation, à l'exception du contrôle de la conformité de la sentence à l'ordre public international. La question de l'intensité du contrôle de l'ordre public international et les moyens à la disposition du juge pour effectuer ce contrôle a fait l'objet de beaucoup de débats au cours de ces dernières années. Nous avons consacré un chapitre à l'étude de cette question. Il en va de même pour le contrôle de la compétence du tribunal arbitral par le juge étatique. Le contrôle exercé par le juge sur ces deux motifs d'annulation de la sentence mérite une étude spécifique.

1152 *Ibid.*

Titre II. L'intervention du juge étatique aux fins de contrôle de la compétence du tribunal arbitral et du respect de l'ordre public international par la sentence

593. La Convention de NY a prévu les motifs de contrôle d'une sentence étrangère par le juge étatique. En dehors de la Convention de NY, les législations nationales prévoient les motifs d'annulation de la sentence. Attention. Certains motifs de contrôle ne peuvent entraîner l'annulation de la sentence que dans certains États. Par exemple, le juge français ne tient pas compte de l'annulation de la sentence dans son pays d'origine alors que dans d'autres États celle-ci est considérée comme un motif de refus de la reconnaissance de la sentence. D'autres motifs de contrôle sont communs à tous les États. Comme vu précédemment, l'impartialité du tribunal arbitral est en général, considérée comme un motif légitime de l'annulation de la sentence (v. supra). De même, l'incompétence du tribunal arbitral pour connaître le litige ainsi que la contrariété de la sentence à l'ordre public international constituent des motifs communs du contrôle de la sentence par le juge étatique. Ces deux motifs de contrôle font l'objet d'une étude spécifique dans le cadre de ce Titre.

La première question porte sur la compétence du juge étatique pour se prononcer sur la compétence du tribunal arbitral à connaître le litige. La compétence du tribunal arbitral est la raison d'être de la procédure arbitrale et par conséquent de la sentence. Il n'est pas raisonnable que cette question ne soit pas soumise au contrôle du juge étatique. Ce dernier contrôle donc, bien que dans une mesure très variable, la validité et l'applicabilité de la convention d'arbitrage (Chapitre I).

Deuxièmement, le juge a pour fonction de contrôler le respect des règles d'ordre public international par les sentences arbitrales (Chapitre II). Ces règles ont une importance fondamentale pour un ordre juridique. Le juge assure la protection de ces règles mêmes au niveau international. C'est la raison pour laquelle, la contrariété de la sentence à l'ordre public international d'un État fait obstacle à sa reconnaissance et son exécution dans cet État.

Chapitre I. Le contrôle du juge étatique sur la convention d'arbitrage

594. Aujourd'hui, l'arbitrage a un rôle si important dans le domaine de règlement des conflits qu'il entre en concurrence avec la justice étatique en tant que forme de justice. Par conséquent, la question des rapports entre la justice étatique et la justice arbitrale présente un intérêt particulier[1153]. Les conflits de compétence entre la justice privée et la justice étatique se présentent de façon de plus en plus fréquente. Le risque des procédures parallèles et des jugements contradictoires entre ces deux formes de justice s'est montré considérable ces dernières années[1154] et de nombreux colloques et thèses ont été consacrés à ces conflits[1155]. Il paraît alors nécessaire de prévoir des outils efficaces de résolution des conflits de compétence entre la justice d'État et la justice arbitrale. L'activité de la Cour de cassation dans ce domaine démontre que les litiges concernant la détermination des frontières de compétence entre la justice arbitrale et la justice étatique ne sont pas aussi rares que l'on pourrait imaginer[1156].

595. Les contestations de compétence et les litiges relatifs à la validité ou l'existence de la convention d'arbitrage ne se présentent pas de façon systématique. Néanmoins, il n'est pas rare que cette question intervienne au début de la procédure arbitrale et la résolution du litige dépendra de sa réponse. En l'absence d'une convention d'arbitrage, seule la justice étatique est compétente pour connaître de l'affaire et la question ne se pose pas. En présence d'une convention d'arbitrage, seule la justice arbitrale est compétente (cela résulte des effets positif et négatif de la convention d'arbitrage). Néanmoins, les contestations de la répartition de

1153 V. notamment A. Samuel, « *Jurisdictional Problems in International Commercial Arbitration : A Study of Belgian, Dutch, English, French, Swiss, U.S. and West German Law* », Zürich, Schultess, 1989.

1154 En ce sens, C. Kessedjian, « Le règlement des différends entre professionnels : entre justice publique et justice privée », in B. Teyssié (dir.), *Livre du bicentenaire du Code de commerce*, Dalloz, 2007, p. 602 : *« [j]amais, en effet, depuis le début de l'essor de l'arbitrage, les parties n'ont eu autant d'irrespect pour l'accord de volonté formulé par elles au moment de leurs négociations contractuelles lorsqu'elles ont conclu une clause compromissoire. Cet irrespect entraîne de plus en plus de procédures parallèles qui compliquent le travail des arbitres et des juges* ».

1155 V. notamment le colloque ASA de janvier 2001, Ed. Pierre A. Karrer, « *Arbitral Tribunals or States Courts – Who must defer to whom ?* », ASA janvier 2001, Special Series, n° 15 ; D. Mouralis, *L'arbitrage face aux procédures conduites en parallèle*, thèse, Aix-Marseille III, 2008 ; C. Debourg, *Les contrariétés de décisions dans l'arbitrage international*, thèse, Paris X, 2011, p.19.

1156 E. Gaillard, « *La jurisprudence de la Cour de cassation en matière d'arbitrage international* », Rev. arb., 2007.697, p. 702, n° 5 : « *34 décisions rendues par la Cour de cassation du 1er janvier 2006 au 31 décembre 2006* » étaient relatives aux questions en cause.

compétence entre le juge et l'arbitre ne sont pas pour autant rarissimes[1157]. Elles peuvent intervenir avant ou pendant le commencement de la procédure arbitrale en conséquence d'un différend entre les parties sur l'existence ou la validité, mais également sur l'étendue exacte de la convention d'arbitrage. De plus, une telle contestation peut intervenir en raison de la mauvaise foi d'une partie qui souhaite retarder la procédure arbitrale ou contourner le déroulement de la procédure en revendiquant la compétence du juge étatique[1158]. Ces manœuvres dilatoires des parties se sont diversifiées durant ces dernières années[1159].

596. L'existence de la convention d'arbitrage constitue le critère essentiel pour délimiter les zones de compétence des autorités potentiellement compétentes à intervenir. Ce critère présente l'avantage d'être simple, mais pose des problèmes tenant à son caractère très général. Dans certains cas, il est difficile de déterminer dans quel territoire on se situe. La clause compromissoire bénéficie notamment en France d'un régime de « surprotection »[1160]. À titre d'exemple, les conditions de son extension que ce soit *ratione materiae* ou *ratione personae* sont très souples, ce qui permet l'extension du domaine de la compétence de l'arbitre.

597. Il est aujourd'hui admis que le juge et l'arbitre sont tous deux compétents pour connaître les questions relatives à leur propre compétence sur le fondement du principe de compétence-compétence (Section I). Cependant, dans le cadre de procédures parallèles, la question de la priorité de l'un au détriment de l'autre, suscite des divergences très importantes en droit comparé. Une fois que la question de conflit de compétence pour connaître les litiges concernant la compétence est réglée, l'autorité compétente procède à l'appréciation de l'existence, la validité et l'applicabilité de la convention d'arbitrage (Section II).

Section I. Le principe compétence-compétence

598. Le principe compétence-compétence est admis dans sa forme la plus absolue en droit français, ce qui s'inscrit dans la politique française de faveur à l'arbitrage (Sous-section I).

1157 La fréquence de la saisine parallèle d'une juridiction d'État et d'un tribunal arbitral est soulignée par ex. par D.W. Rivkin, « *Arbitral Tribunal or State Court – Who Must Defer to Whom ?* », Bull. ASA, n° spécial, janv. 2001, p. 12, n° 15.
1158 O. Cachard, « *L'effet négatif du principe compétence-compétence et les contentieux parallèles* », DMF, sept. 2007, p. 716, n° 3.
1159 V. A. De Fontmichel, « *Les tentatives de paralysie de l'instance arbitrale devant le juge étatique* », Cah. arb., 2010.407.
1160 J.-B. Racine, *« Réflexions sur l'autonomie de l'arbitrage commercial international* », Rev. arb., 2005.305, p. 314, n° 11.

Cependant, cette approche n'est pas partagée en droit comparé (Sous-section II). Même si ce principe est largement admis, il n'est pas intégré de la même manière par tous les États.

Sous-section I. La compétence du tribunal arbitral pour se prononcer sur sa propre compétence en droit français

599. Le principe compétence-compétence est une règle procédurale reconnaissant à l'arbitre, comme à tout juge, la possibilité de juger de sa propre compétence. Ce principe a connu une évolution en droit français de l'arbitrage, traduite par l'admission étape par étape de tous ses aspects (§I). Toutefois, malgré le rôle fondamental du principe compétence-compétence, celui-ci présente des insuffisances tenant à des exceptions et des limites prévues à son application (§II).

§I. L'admission du principe compétence-compétence en droit français

600. Le principe compétence-compétence a un sens originaire qui fonde le principe de la compétence du tribunal arbitral pour se prononcer sur sa propre compétence (A). Cependant, ce sens originaire ne reflète qu'un aspect de ce principe tel qu'il s'est construit au fil du temps en droit français (B).

A. Le sens premier du principe compétence-compétence

601. Le premier sens du principe compétence-compétence, aujourd'hui, renvoie au pouvoir de l'arbitre de connaître un moyen de défense qui est l'exception d'incompétence[1161]. En droit de la procédure, il existe un principe selon lequel tout juge est juge de sa propre compétence. Ce principe a fait l'objet d'une transposition au domaine de l'arbitrage.

Pendant longtemps, le tribunal arbitral était dénué de ce pouvoir de juger de sa propre compétence[1162]. Ce refus fut dans un premier temps formel et dans un second temps substantiel[1163]. Au début, les arbitres étaient compétents uniquement pour connaitre des

1161 V. O. Pomies, « Compétence-compétence », in *Dictionnaire de l'arbitrage*, Rennes, PUR, Didact Droit, 2011 : *« règle classique de procédure arbitrale selon laquelle l'arbitre a compétence pour statuer sur sa propre compétence* ».
1162 C.A. Paris, 13 mars 1808, « *Arbitrage-Arbitre* », extraits in Jur. Gén., n° 984, spéc. note n° 2, p. 59 ; C.A. Turin, 23 janv. 1813, « *Arbitrage-Arbitre* », extraits in Jur. Gén., n° 984, spéc. note n°2, p. 59 : « *[a]ttendu qu'il est de principe que les arbitres ne peuvent connaître des exceptions d'incompétence qui leur sont opposées* ».
1163 Sur l'historique, v. J. Rubellin-Devichi, *L'arbitrage, nature juridique, droit interne, droit international privé*, préface J. Vincent, LGDJ, 1965, pp. 215 à 238. Doctrine rejetant anciennement ce pouvoir, É.-A. Bartin, *Principes de droit international selon la loi et la jurisprudence françaises*, Paris, Domat- Montchrestien, 1930, p. 406, n°

contestations concernant l'étendue de la convention d'arbitrage, à l'exclusion de celles relatives à son existence. La possibilité pour le tribunal arbitral de juger de sa compétence a été pleinement reconnue en 1980 par l'article 26 du décret n° 80-354 du 14 mai 1980, intégré au Code de procédure civile à l'article 1466, repris dans des termes quelque peu différents par l'actuel article 1465 CPC tel qu'il résulte du décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage.

Pendant un certain temps, le principe compétence-compétence a été confondu avec le principe d'autonomie de la convention d'arbitrage par rapport au contrat principal[1164]. Ces règles sont toujours confondues en droit américain[1165]. La doctrine anglo-saxonne, de langue anglaise également, se réfère fréquemment aux liens entre le principe compétence-compétence et le principe de l'autonomie de la convention d'arbitrage[1166], en traitant la règle d'autonomie de la clause compromissoire dans le cadre de la contestation de la compétence[1167]. Principalement, l'autonomie de la clause compromissoire s'apprécie par rapport au contrat principal et sa raison d'être repose sur la nécessité de son détachement du contrat dans lequel elle est intégrée.

602. La possibilité pour le tribunal arbitral de juger de sa compétence est une règle ancienne. Des études historiques montrent certains cas limités en la matière, néanmoins, la règle n'était pas largement débattue[1168]. En France, avant l'appellation de principe « compétence-compétence », certains arrêts se référaient au principe processuel selon lequel tout juge a le pouvoir de juger de sa propre compétence[1169]. Ce premier sens originaire du principe de compétence-compétence est majoritairement admis en droit comparé. Il permet au tribunal arbitral, comme à tout juge, de statuer sur sa compétence, qui consiste en une simple transposition au droit de l'arbitrage du principe selon lequel tout juge est juge de sa compétence.

---

164 ; E. Glasson, A. Tissier et R. Morel, *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire de compétence et de procédure civile*, t. 5, 3e éd., 1936, n° 1816.

1164 R. David, *L'arbitrage dans le commerce international*, Paris, Economica, 1982, p. 265, n° 209 et p. 396, n° 309 ; W. W. PARK, « *The Arbitrator's Jurisdiction to Determine Jurisdiction* », TDM 1 2009, p. 60 et s.

1165 V. F. Gonzales de Cossio, « *Compétence-compétence à la mexicaine et à l'américaine : une évolution douteuse* », Gaz. Pal., 13 au 17 juill. 2007, p. 27.

1166 V. notamment G. A. Bermann, « *Le rôle respectif des cours et des arbitres pour déterminer la compétence arbitrale* », APD, 2009, t. 52, p. 121 ; N. Blackaby, C. Partasides with A. Redfern, M. Hunter, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 5th ed., Student Version, Oxford University Press, 2009, p. 344.

1167 R. B. Davidson, « Recent U.S. Cases Affecting the Power of an International Arbitral Tribunal to Determine its own Jurisdiction », in L. Heuman, S. Jarvin, *The Swedish Arbitration Act of 1999, Five Years On: A Critical Review of Strengths and Weakness, Symposium Proceedings*, University of Stockholm, October 2004, 2006, p. 61.

1168 V. par ex. J. Fourgous, *L'arbitrage dans le droit français aux XIIIe et XIVe siècles*, thèse, Toulouse, Privat, 1906 ; F. De Menthon, *Le rôle de l'arbitrage dans l'évolution judiciaire*, thèse, Paris, 1926.

1169 H. Roland, L. Boyer, *Adages du droit français*, 4e éd., Paris, LITEC, 1999.5 v. notamment les articles Ier et IIIe du titre VI de l'ordonnance de Saint-Germain-en-Laye de 1667.

B. L'évolution du principe compétence-compétence en droit français de l'arbitrage international

603. Avec la reconnaissance du pouvoir de juger de sa compétence, au profit de l'arbitre, une difficulté centrale a surgi concernant la délimitation de la compétence arbitrale. Le juge et l'arbitre étant tous les deux compétents pour se prononcer sur la question de compétence, un conflit de compétences est susceptible de survenir entre la justice étatique et la justice arbitrale. En effet, l'admission du principe compétence-compétence n'élimine pas complètement, le pouvoir des juridictions étatiques de se prononcer sur la convention d'arbitrage. Ainsi, il existe le risque que la justice arbitrale et la justice d'État soient saisies parallèlement d'un même litige concernant la convention d'arbitrage. La possibilité de décisions opposées du juge et d'arbitre existe concernant l'existence, la validité et l'applicabilité de la convention d'arbitrage, et consécutivement sur le fond du litige. Dans ce cas, le problème de l'insécurité juridique et le désordre intervient, ce qui n'est pas négligeable.

604. Aucun des textes internationaux, à l'exception de la Convention de Genève de 1961, ne traite la saisine parallèle des juges et arbitres relativement au même litige. L'article II (3) de la Convention de New York autorise le juge étatique à se prononcer sur les litiges concernant la convention d'arbitrage, pour déterminer la compétence du tribunal arbitral pour connaître le litige. Il ne se préoccupe pas de l'éventuelle interférence d'une procédure étatique avec une procédure arbitrale sur le même litige. Chaque État a développé ses propres mécanismes de résolution des conflits de compétence entre la justice étatique et la justice arbitrale.

605. Certains droits comme le droit américain admettent une compétence parallèle du juge et de l'arbitre pour le contrôle de la compétence du tribunal arbitral. C'est également le cas de la loi-type CNUDCI. Dans ces systèmes, les juridictions étatiques peuvent intervenir à tout moment. Cette approche explique le recours des juridictions anglo-saxonnes aux injonctions anti-suit. Le juge anglais peut être amené à ordonner une injonction anti-suit afin d'assurer la coordination de la compétence du juge et de l'arbitre. Lorsqu'il estime que le litige relève du champ de compétence de l'arbitrage, il peut interdire aux parties d'intenter une action devant une juridiction étatique et vice versa. La plupart des États admettent la possibilité de procédures parallèles. Ce système prévaut par exemple en droit américain, en droit allemand ou encore en droit suédois.

606. En droit français, le sens du principe compétence-compétence a évolué dans le temps. Avant la réforme de droit de l'arbitrage par les décrets de 1980 et 1981, le pouvoir de statuer sur la compétence était réservé aux tribunaux étatiques. Aujourd'hui, le droit français permet au tribunal arbitral de statuer sur sa compétence de manière prioritaire. Sauf exception, le juge étatique n'est pas compétent pour se prononcer sur la compétence de l'arbitre. Une seconde règle qualifiée d'« effet négatif » du principe de compétence-compétence vient ainsi compléter son sens originaire. Pour certaines législations, le principe de compétence-compétence est constitué uniquement de son effet positif et pour d'autres, il combine l'effet positif et l'effet négatif. C'est là que réside la divergence principale en droit comparé sur l'admission du principe compétence-compétence.

L'arbitrage est une institution commune au droit privé et au droit public. Certaines formes d'arbitrage comme l'arbitrage CIRDI sont qualifiées d'arbitrage « transnational » au regard de leur nature mixte, opposant directement l'investisseur à l'État d'accueil. En cette matière, on trouve les traces de la possibilité pour le tribunal arbitral de statuer sur sa propre compétence dès l'origine, dans la « pratique arbitrale contemporaine » telle qu'elle résulte du Traité Jay de 1794 ou de la Convention de Washington de 1871 consécutive à la guerre de Sécession lors de l'affaire de l'Alabama. Ce pouvoir a été affirmé à de multiples reprises plus récemment.

607. La nouvelle conception du principe de compétence-compétence, incluant l'effet négatif en droit judiciaire français, est inconnue du droit public, interne ou international. À ce propos, on observe que le modèle de règles de procédure arbitrale reconnaît au tribunal arbitral le « pouvoir d'interpréter le compromis et les autres instruments sur lesquels cette compétence est fondée » aux termes de l'article 9, qui a mis en place un système permettant à un autre organe juridictionnel, la CIJ, de connaître des contestations de l'existence même d'une convention d'arbitrage avant la saisine du tribunal arbitral. Dès lors que le tribunal arbitral est saisi, ce pouvoir lui revient. Il n'y a donc pas de priorité reconnue au tribunal arbitral dans l'arbitrage international public pour statuer sur sa compétence par rapport à un autre organe juridictionnel.

608. L'effet positif de la compétence-compétence constitue un pas en avant vers le principe de l'autonomie de l'arbitrage. En suivant cette analyse classique, l'admission en plus, de l'effet négatif serait un simple renforcement de l'effet positif du principe compétence-compétence en accordant plus d'autonomie à l'arbitrage. La nouvelle approche envers le principe compétence-compétence, autorisant l'arbitre à statuer prioritairement sur sa compétence, marque la faveur envers l'indépendance de l'arbitrage. L'intervention du juge étatique est alors déplacée au stade

de contrôle de la sentence, c'est-à-dire a posteriori. À ce stade, le contrôle devient non seulement subsidiaire, mais également alternatif, c'est-à-dire que l'exercice du contrôle dépend du choix des parties d'exercer ou non un recours contre la sentence arbitrale. L'avantage fondamental de cette politique s'explique par des considérations d'économie procédurale, mais également d'efficacité de l'arbitrage. Aucune contestation concernant la validité ou la formation de la convention d'arbitrage ne peut perturber le commencement ou le déroulement de l'instance arbitrale.

609. Le contrôle du juge étatique sur les questions relatives à la formation et validité de la convention arbitrale, n'a lieu qu'au stade du contrôle de la sentence, ce que l'on appelle la phase post arbitrale. Mais ce contrôle n'a certainement pas les mêmes effets avant et après le prononcé de la sentence. Tout d'abord, le contrôle d'une sentence arbitrale par le juge est limité de façon stricte par le législateur. Le juge ne peut effectuer aucune révision sur le fond de la sentence et son contrôle reste superficiel. Par exemple, une irrégularité concernant les modalités de la formation de la convention d'arbitrage pourra être sanctionnée par le juge étatique au moment de l'exercice des voies de recours par des parties. Cependant, la convention d'arbitrage n'étant pas soumise à des conditions de forme particulière, ce contrôle ne peut avoir d'effets néfastes sur la validité de la sentence. De plus, une fois que le contrôle concernant une question est déplacé à la phase post-arbitrale, ce contrôle n'est pas automatique et son existence dépend de la volonté des parties d'engager ou non un recours en annulation contre la sentence. De ce fait, les questions concernant la validité de la sentence arbitrale et le respect de l'ordre public international par celle-ci (par exemple la question d'arbitrabilité de la matière), deviennent indirectement l'affaire des parties.

Le contrôle du juge sur la sentence est prévu lors de la demande d'exequatur. Néanmoins, le juge français n'exerce qu'un contrôle superficiel sur la sentence au moment de l'exequatur. Certes, l'intervention du juge étatique pour se prononcer sur la validité de la convention d'arbitrage avant le commencement de la procédure arbitrale dépend également de la volonté des parties de saisir le juge étatique, mais ses effets n'ont pas la même ampleur. Le temps est un facteur important à prendre en compte dans l'étude des effets d'une décision. Dans le cas où le juge étatique interviendrait avant la constitution du tribunal arbitral pour se prononcer sur la validité de la convention d'arbitrage, sa décision aurait pour effet d'admettre la nécessité de constitution d'un tribunal arbitral compétent ou d'envoyer les parties devant une juridiction étatique. Une procédure serait alors engagée sans que les parties aient perdu leurs temps devant un tribunal qui ne sera peut-être pas compétent pour connaître leur affaire.

Lorsque le juge contrôle la validité de la convention d'arbitrage lors du contrôle de la sentence rendue par le tribunal arbitral, une procédure a déjà eu lieu et un certain temps s'est écoulé. Les effets du contrôle de la sentence seront alors différents. C'est peut-être la raison pour laquelle, certaines législations étrangères mêmes favorables à l'arbitrage et à son autonomie reconnaissent le seul effet positif du principe compétence-compétence, à l'exclusion de son effet négatif. Ainsi, les parties peuvent recourir au juge étatique concernant la compétence du tribunal arbitral pour connaître le litige. Certaines procédures arbitrales inutiles peuvent alors être évitées.

610. Certaines critiques théoriques peuvent être adressées à l'analyse classique de l'effet négatif du principe de compétence-compétence qui considère que son admission n'est que le renforcement du principe de l'autonomie de l'arbitrage déjà mis en avant par l'admission de l'effet positif. Cette analyse peut paraître insuffisante, car elle occulte une part de la réalité. On admet généralement que le principe compétence- compétence permet au tribunal arbitral de statuer sur la seule compétence arbitrale, que ce soit ou non de manière prioritaire. Or, dans de nombreux cas, sous réserve des contestations de compétence entre tribunaux arbitraux, les arbitres ne statuent pas sur la seule compétence arbitrale ; ils jugent corrélativement et nécessairement de la compétence de la justice étatique. Il en est de même lorsqu'un tribunal étatique se voit opposer une exception d'arbitrage ; il tranche corrélativement et nécessairement d'une part, sur la compétence du tribunal arbitral et d'autre part, sur sa propre compétence.

611. Seule la présence de la convention d'arbitrage trace une frontière entre les litiges relevant de la compétence arbitrale et ceux relevant de la compétence étatique. Le principe compétence-compétence permet non seulement au tribunal arbitral de statuer sur sa propre compétence, mais aussi de déterminer les limites entre la justice privée et la justice étatique. Ce point n'est pas toujours mis en évidence et cela conduit à minimiser la portée du principe et notamment celle de son effet négatif.

Si la présence de la convention d'arbitrage a pour objet de déterminer l'attribution des litiges à la justice privée ou à la justice étatique, la conséquence de cette affirmation serait d'admettre que le juge étatique et l'arbitre auront tous les deux une prétention légitime à connaître la convention d'arbitrage. La compétence de ces deux organes est en jeu et chaque juge est compétent pour connaître de sa propre compétence. Chaque justice peut apprécier sa propre compétence : le tribunal arbitral en vertu de l'effet positif de la compétence-compétence, le tribunal étatique en vertu du principe de droit processuel selon lequel tout juge est juge de sa

compétence. Consécutivement, on revient alors au problème de conflit de compétence qui peut se poser entre le juge et l'arbitre. Il existe également le risque de désordre juridique avec les décisions contradictoires sur la compétence, ce qui n'est pas moins indésirable que le risque de déni de justice.

612. Il faut alors déterminer quelle autorité est compétente pour placer les frontières entre la justice privée et la justice étatique en examinant les questions concernant la convention d'arbitrage. Même si l'enjeu est plus déterminant, l'interrogation reste la même. Pour répondre à cette question, plusieurs solutions peuvent être envisagées. La première solution consiste à laisser se dérouler deux instances parallèles avec deux juges compétents pour juger de leurs propres compétences. Dans ce cas, ce principe procédural selon lequel chaque juge peut apprécier sa propre compétence est respecté, mais il faut s'attendre à un désordre juridictionnel. La seconde solution est d'éviter le désordre en supprimant la possibilité de procédures parallèles en favorisant l'une par rapport à l'autre. Une priorité doit alors être reconnue au profit de la justice privée ou étatique pour établir une hiérarchie. La seconde solution semble plus raisonnable en ce qu'elle permet d'éviter des procédures parallèles.

La première solution, qui consiste à laisser prospérer des procédures parallèles, est insatisfaisante compte tenu du risque élevé du désordre juridictionnel. À certaines périodes de l'histoire, l'existence de procédures parallèles et de jugements contradictoires était tolérée. Toutefois, lors de la création de l'État moderne, la politique a été marquée par la volonté d'éviter le désordre et le « mille-feuille juridictionnel ». Pour résoudre les conflits de procédure, les États ont tenté de créer divers outils. Par exemple le système coutumier de la prévention par le juge royal, ou encore les exceptions de litispendance et de connexité. Aujourd'hui, le sujet est toujours au cœur des préoccupations des spécialistes de la procédure. Les conflits de procédures, quelles que soient les procédures en cause – arbitrales, étatiques, internationales –, sont perçus comme un véritable « fléau qu'il convient de juguler par les techniques les plus adéquates » . Une étude simple du droit processuel comparé rend compte de la préoccupation constante des juristes de limiter le désordre juridictionnel.

613. En droit interne français de la procédure civile, la question des procédures parallèles a fait couler beaucoup d'encre, mais ce problème est résolu par un règlement efficace des incidents de compétence. Ce régime introduit premièrement en 1972 est fondé principalement sur l'établissement d'une hiérarchie à l'aide de quelques instruments adéquats : exceptions de litispendance et de connexité, exception de chose jugée et recours pour inconciliabilité.

En droit de l'arbitrage, le principe de compétence-compétence a répondu au problème de la détermination de la compétence arbitrale. Également, l'effet négatif du principe de compétence-compétence a été admis pour répondre au problème des procédures parallèles. Cependant, il existe certaines exceptions à l'effet négatif du principe compétence-compétence et certaines limites à son rôle de coordination entre la justice étatique et la justice arbitrale.

§II. Les limites du principe compétence-compétence en droit français

614. L'effet négatif du principe compétence-compétence connaît certaines exceptions que le juge étatique doit prendre en compte avant de surseoir à statuer au profit du tribunal arbitral (A). Les exceptions de la nullité et l'inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage sont appréciées de façon restrictive par la jurisprudence (B). Également, il faut noter que le principe compétence-compétence a un rôle, certes important, mais limité dans la coordination des rapports entre le juge étatique et l'arbitre (C).

A. Les exceptions à l'application de l'effet négatif du principe compétence-compétence

615. Il existe des cas dans lesquels l'effet négatif du principe de compétence-compétence n'est pas applicable. Le juge étatique est alors libre de contrôler la compétence du tribunal arbitral, même de façon prioritaire. Les deux exceptions à l'effet négatif du principe de compétence-compétence ont des origines différentes. L'une est légale : la nullité manifeste, et l'autre est d'origine prétorienne : l'inapplicabilité manifeste. Le décret du 13 janvier 2011 a consacré ces deux exceptions en unifiant leur régime puisqu'elles s'appliquent au juge saisi au fond de litige, mais aussi au juge d'appui[1170]. Le juge étatique saisi au fond de l'affaire peut se prononcer sur sa compétence sans attendre la décision du tribunal arbitral et procéder à l'examen du litige au fond. Le juge d'appui quant à lui, peut refuser la désignation des arbitres demandée. Le juge étatique contrôle toute cause d'incompétence, même si c'est seulement *prima facie*, avant de renvoyer les parties à l'arbitrage, ou de procéder à la désignation des arbitres.

1170 Art. 1448 al. 1er CPC et 1455 CPC.

Il faut noter qu'il ne suffit pas à une partie d'invoquer une clause compromissoire. Le défendeur doit invoquer l'application de l'effet négatif du principe compétence-compétence dans ses conclusions. À défaut, le moyen n'a pas à être relevé d'office et ne peut être soutenu pour la première fois devant la Cour de cassation[1171].

616. La condition de l'apparence d'une convention d'arbitrage est un moyen d'éviter les manœuvres dilatoires d'une partie potentiellement de mauvaise foi. Si ces exceptions n'étaient pas admises, l'une des parties pourrait invoquer la compétence d'un tribunal arbitral uniquement dans le but d'attarder la procédure en cours sans qu'il y ait une convention arbitrale quelconque[1172]. Le contentieux concernant la caractérisation de cette condition existe et peut prendre quelque temps, mais il est nécessaire. En examinant au plus près cette condition, on peut constater qu'elle ne porte atteinte à l'efficacité de l'effet négatif du principe de compétence-compétence. Elle a pour effet de délimiter ses contours.

Pour que cette condition de l'existence d'une apparence d'une convention d'arbitrage soit remplie, la caractérisation de deux éléments est nécessaire. D'abord, les éléments permettant de créer cette apparence, ensuite, l'absence d'éléments contraires qui pourraient anéantir cette apparence. Concernant les éléments permettant d'établir l'apparence d'existence d'une convention d'arbitrage, il faut des signes concrets qui « indiquent la réalité »[1173]. Le litigant doit apporter la preuve de deux éléments cumulatifs devant le juge français pour démontrer l'existence du moins apparente de la convention d'arbitrage. Le premier élément est subjectif, relatif au comportement des parties, attestant de cette apparence de droit, qui consiste dans une prétention émise par l'une des parties au litige, devant le juge étatique, démontrant sa volonté de mettre en œuvre l'arbitrage. Le second élément est objectif et matériel. Le litigant doit apporter des preuves tirées, soit de la production de la convention d'arbitrage, soit de la preuve d'existence d'une procédure d'arbitrale en cours.

617. Concernant la deuxième condition tenant à l'absence d'éléments de destruction de l'apparence de la compétence arbitrale, le litigant doit démontrer que la convention d'arbitrage n'est pas manifestement nulle ou inapplicable. Le plaideur qui ne souhaite pas être attrait devant

---

1171 Cass. Civ. 1re, 19 déc. 2018, n° 17-28.233, Dalloz actualité, 6 mars 2019, obs. J. Jourdan-Marques.

1172 Sur ce risque, v. D. M. Lew, L. A. Mistelis, S. M. Kröll, « *Comparative International Commercial Arbitration* », The Hague/London/New York, Kluwer Law International, 2003, p. 338, n°14-29 , p. 346, n° 14-53 : « *a recalcitrant defendant may abuse the arbitration process to delay payment due and to exert pressure on a financially stressed party* » ; M. De Boisseson, *Le droit français de l'arbitrage interne et international*, Préface de P. Bellet, 2e éd., Paris, GLN-Joly, 1990 , p. 83, n° 91.

1173 L'expression est de Ph. Conte, « *Un aspect de l'apparence vraisemblable au stade policier de la procédure pénale (aperçus sur la notion d'apparence en procédure pénale)* », RSC, 1985.471.

le tribunal arbitral doit démontrer la caractérisation de deux éléments cumulatifs. D'abord, l'apparence de la compétence arbitrale ne doit pas être contrariée par la nullité ou l'inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage, qui résulte en l'apparence de la compétence des juridictions étatiques. Également, elle ne peut être invoquée que dans une limite temporelle définie par l'article 1448 al.1er du CPC c'est-à-dire tant que le tribunal arbitral n'est pas encore saisi. Les frontières des exceptions à l'effet négatif du principe de compétence-compétence, ont été définies au fur et à mesure en droit positif par la jurisprudence française. Cette dernière est marquée par des fluctuations concernant l'application de ces exceptions[1174]. La notion de nullité et l'inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage ont été construites et interprétées restrictivement par la jurisprudence.

Les textes de l'ancien décret, à l'origine des exceptions à l'effet négatif du principe de compétence-compétence, prévoyaient que le juge étatique peut refuser de se déclarer incompétent au profit du tribunal arbitral, uniquement en cas de nullité manifeste de la convention d'arbitrage[1175].

618. La Cour de cassation dans l'arrêt *Quatro Children's Book*[1176], a introduit l'exception d'inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage. Cette nouvelle exception proposée par la doctrine[1177] a été rappelée constamment depuis son affirmation par la jurisprudence de la Cour de cassation. Cette exception est aujourd'hui consacrée par le décret de 13 janvier 2011. La doctrine est généralement favorable à cette consécration[1178], car l'apparence d'une convention d'arbitrage doit être contrôlée par le juge étatique. Par cette extension des exceptions à l'effet négatif, le juge peut contrôler non seulement la nullité, mais aussi toute

1174 En ce sens, F. Jault-Seseke, note sous Cass. civ. 1ère, 22 nov. 2005, *Axa Corporate Solutions c. Nemesis Shipping Corporate, navire Lindo*s, Cass. com., 21 fév. 2006, *Société Belmarine et autres c. Trident Maritime Agency Inc. et autres, navire Pella*, Rev. crit. DIP, 2006.607, p. 610.

1175 Art. 1458 al. 2 CPC pour le juge du fond, art. 1444 al. 3 CPC pour le juge d'appui.

1176 Cass. civ. 1ère, 16 oct. 2001, *Quarto Children's Books c. Editions du Seuil,* Rev. arb., 2002.919., pp. 922 et s.: « *[v]u le principe selon lequel il appartient à l'arbitre de statuer sur sa propre compétence ; Attendu que selon ce principe, la juridiction de l'État saisie d'un litige destiné à l'arbitrage doit se déclarer incompétente, sauf nullité ou inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage* ».

1177 M. Vasseur, note sous C.A. Paris, 14 décembre 1987, *Cie de Signaux et d'entreprises électriques c. BNP et Crédit populaire d'Algérie*, Rev. arb. 1989.240, pp. 247-250 ; Y. Derains, note sous Cass. civ. 1ère, 7 juin 1989, Rev. arb. 1992.61, p. 61 ; E. Loquin, « *Différences et convergences dans le régime de la transmission et de l'extension de la clause compromissoire devant les juridictions françaises* », Gaz. Pal., 5 et 6 juin 2002, Cah. Arb., n° 52.

1178 V. par ex., F.-X. Train, note sous Cass. civ. 1ère, 14 nov. 2007, *Société SIAL c. société Vinexpo*, Rev. arb. 2008.453, p. 457, n° 7, l'auteur qualifiant cette exception comme une « *raison de bon sens* ».

forme possible et imaginable de contestation de la compétence arbitrale que ce soit la validité, l'étendue ou l'existence de la convention qui est en cause[1179].

Cependant, il faut déterminer ce que signifie exactement la notion de l'applicabilité manifeste. Le verbe « application » dans le dictionnaire Larousse, est défini comme la « mise en œuvre, mise en pratique ». En conséquence, l'applicabilité de la convention d'arbitrage renvoie à l'aptitude de la convention d'arbitrage de régir la situation juridique en question[1180]. Toute forme de contestation de la convention d'arbitrage peut alors être contrôlée par le juge étatique grâce à la notion d'inapplicabilité comme la portée du consentement à l'arbitrage *ratione matériae*[1181], existence de la convention d'arbitrage[1182], ou toute autre cause d'inefficacité de la convention d'arbitrage.

619. Le courant favorable à l'indépendance de l'arbitrage, soutient que les exceptions à l'effet négatif du principe de compétence-compétence, mettent un obstacle à la réalisation de l'objectif final de ce principe qui est d'éviter la multiplication des contentieux sur la compétence. Cette préoccupation a été expliquée dans les commentaires du premier arrêt de la Cour de cassation introduisant l'exception d'inapplicabilité[1183]. Certains ont considéré que ces exceptions sont inutiles notamment au regard du mouvement de faveur à l'arbitrage et ne constituent qu'un « *relent de l'ancienne méfiance envers l'arbitrage* »[1184].

1179 En ce sens, I. Fadallah, « *Priorité à l'arbitrage : entre quelles parties ?* », Gaz. Pal., 5-6 juin 2002, nos 6 et 7 ; E. Gaillard, note sous C.A. Paris, 4 déc. 2002, *Copropriété maritime Jules Verne c. American Bureau of Shipping, navire Tag Heuer*, *op. cit*., p. 1292.

1180 V. « Applicabilité », in G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*.

1181 Contestations portant sur la portée interne de la convention d'arbitrage (les contentieux contractuels spécifiquement visés par la convention : Cass. civ. 1ère, 9 juill. 2008, *Ocea c. Bouet*, Rev. arb., 2008.677, note O. Cachard, ou sur la portée externe de la convention d'arbitrage, relativement aux litiges autour du contrat afin de déterminer s'ils sont concernés – ou non – par la clause compromissoire qui y est stipulée (Cass. civ. 1ère, 25 avril 2006, *Société DMN Machinefabriek BV c. société Tripette et Renaud*, *op. cit*. ; Cass. civ. 1ère, 8 juill. 2010, Doga c. HCT Sweden, Bull. civ., 2006.I.156; D., 2010.1797, obs. X. Delpech ; Rev. crit. DIP, 2010.743, note D. Bureau et H. Muir Watt ; JCP E, 2010.2134, n° 13, obs. J. Raynard ; Rev. arb., 2010.513, note R. Dupeyre), ou relativement aux contrats autour de ce contrat (Cass. com., 10 nov. 2009, n° 07-21866 ; Cass. com., 29 juin 2010, n° 09-16058 ; Cass. com., 25 nov. 2008, *Les Pains du Sud c. Tagliavini*, Bull. civ., 2008.IV.197 ; D., 2008.3091, note X. DELPECH; JCP, 2009.II.10023, note D. Mainguy ; ibid., I.148, no 5, obs. SERAGLINI ; Rev. arb., 2008. 677, note O. Cachard ; Cass. civ. 1ère, 23 janv. 2007, *Levantina de Hydraulica y Motores c. Scala et autres, op. cit.*

1182 C.A. Paris, 15 oct. 2009, *Société Scanpartners International AB Sweden et autres c. SA Sanofi Pasteur et autres*, en somm. in Rev. arb., 2009.923 : « *la clause compromissoire par référence n'étant pas manifestement nulle ou inexistante il convient, en vertu de la règle compétence-compétence, de dire que le litige entre les deux sociétés relève de la compétence du tribunal arbitral* ».

1183 D. Cohen, note sous Cass. Civ. 1ère, 16 oct. 2001, *Quarto Children's Books c. Editions du seuil*, Rev. arb., 2002.919., pp. 922 et s., n°9 : « *l'inapplicabilité manifeste dont il est désormais fait référence érode encore le principe de « compétence-compétence énoncé solennellement et diminue en réalité le pouvoir des arbitres pour accroitre celui du juge étatique* ».s

1184 J.-B. Racine, « *réflexions sur l'autonomie de l'arbitrage commercial international* », Rev. Arb. 2005,305, n°60.

Toutefois, les exceptions à l'effet négatif du principe de compétence-compétence n'affectent pas considérablement l'application de ce principe. L'introduction de ces exceptions ne constitue en réalité qu'une sorte de limitation du champ d'application de la règle. Il existe désormais une condition de mise en œuvre de l'effet négatif consistant dans « l'apparence d'une convention d'arbitrage »[1185] qui donnerait à premier abord une raison de penser qu'il existe une compétence arbitrale. Il existe également une autre condition tenant au fait qu'il n'y ait pas d'élément éliminant l'existence de l'apparence d'une convention d'arbitrage. Enfin, une condition est également mise en place concernant le moment d'agir devant le juge étatique, qui exige que le juge ne puisse se prononcer sur la question de l'existence de l'apparence d'une convention d'arbitrage et la question de la validité et l'applicabilité manifeste de la convention, que si le tribunal arbitral ne s'est pas encore constitué.

620. Malgré les exceptions à l'effet négatif, ce dernier reste efficace et ne perd en aucun cas ses effets. L'approche de la jurisprudence reste très stricte et même restrictive[1186], envers les notions de nullité ou inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage. Cette approche est constatable plutôt dans le cadre de l'appréciation et l'interprétation du caractère manifeste de la nullité ou l'inapplicabilité de la convention d'arbitrage.

L'abondance du contentieux dans les dernières années a permis à la jurisprudence de déterminer les contours exacts de l'interprétation de ces notions. De plus, la Cour de cassation dispose d'un contrôle sur l'appréciation et l'interprétation de ces notions. Elle a choisi une interprétation restrictive des exceptions concernant la validité et l'applicabilité de la convention d'arbitrage.

1185 En ce sens, Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris, LITEC, 1996.., p. 413, n° 658 : « *[...] la compétence des arbitres pour statuer sur leur propre compétence est bien l'un des effets de la convention d'arbitrage – et même de l'apparence d'une convention d'arbitrage – puisqu'à défaut d'une telle apparence, la question ne se poserait pas [...]* ». V. également E. Loquin, note sous Cass. civ. 1ère, 23 mai 2006, *Mme Claudine Alhinc et autres c. Banque de France et Banque des Règlements internationaux*, Rev. Arb., 2008.69 , p. 73 : « *[...] la saisine du juge étatique est contraire à l'apparence du droit, en raison de l'existence d'une convention d'arbitrage [...]. Il est donc admissible que le juge apparent, à savoir l'arbitre, reste compétent pour vérifier sa compétence. C'est seulement lorsque cette apparence est détruite en raison de la nullité ou inapplicabilité de la clause compromissoire, que le juge étatique peut connaître du litige* ».

1186 F.-X. Train, note sous Cass. civ. 1ère, 8 avr. 2009, *Gefu Kuchenboss c. Corema*, Rev. arb., 2009.155, p. 156.

B. L'appréciation des exceptions à l'effet négatif du principe de compétence-compétence par la jurisprudence

621. La nullité manifeste de la convention d'arbitrage est exceptionnellement caractérisée en pratique. Cette exception a pour but d'assurer le droit des parties au juge. Elle est très occasionnellement invoquée par les litigants et elle est presque systématiquement écartée par les juges. Le principe de faveur à l'arbitrage irrigue les règles de fond concernant la validité de la convention d'arbitrage interne et international. C'est la raison pour laquelle les hypothèses de nullité manifeste de la convention d'arbitrage sont très limitées.

Une convention d'arbitrage prévoyant que les arbitres « *auraient le pouvoir de déroger aux règles d'ordre public ou incluant les principes directeurs du procès* » a été jugée comme non manifestement nulle[1187]. Ainsi qu'une convention prévoyant que les « *arbitres ne seront soumis à aucune règle ni aucun délai prévu au Code de procédure civile* »[1188].

La Cour de cassation a décidé qu'une clause compromissoire interne désignant une personne morale comme arbitre n'était pas manifestement nulle[1189]. Selon la jurisprudence de la Cour de cassation, une convention d'arbitrage ne prévoyant pas les modalités de désignation du ou des arbitres, autrement dite, une clause blanche peut être une clause d'arbitrage valide, le juge d'appui pouvant être appelé pour permettre le commencement et le déroulement de la procédure arbitrale[1190]. Ainsi, le fait que la clause compromissoire ne prévoit pas les modalités de désignation des arbitres, lorsque l'une des parties se refuse à coopérer, n'entache pas la clause de nullité[1191].

Une hypothèse intéressante est celle d'une clause compromissoire se rapportant à un litige qui met en cause une loi de police française[1192], ou de manière générale, des règles d'ordre public

---

1187 Cass. civ. 1ère, 7 juin 2006, *Daso c. Prodim,* , Bull. civ., 2006.I.281 ; D., 2006.30265, obs. Th. Clay; Rev. arb., 2007.545, note P. Rouche.
1188 *Ibid.*
1189 C.A. Grenoble, 26 avril 1995, Rev. arb., 1996.452, note Ph. Fouchard.
1190 Art. 1444 CPC ; en ce sens, Ch. Jarrosson, J. Pellerin, , « *Le droit français de l'arbitrage après le décret du 13 janvier 2011* », Rev. arb., 2010, p. 12, n° 9.
1191 Cela entraîne simplement l'application des dispositions supplétives prévues aux articles 1451 à 1454 du code de procédure civile, C.A. Douai, 16 mai 2019, n° 17/05060.
1192 Cass. civ. 1ère, 8 juill. 2010, *Doga c. HCT Sweden*, Bull. civ., 2006.I.156 ; D., 2010 ?1797, obs. X Delpech ; Rev. crit. DIP, 2010.743 note D. Bureau et H. Muir Watt; JCP E, 2010 ?2134, n°13 obs. J. Raynard ; Rev. arb. 2010.513, note R. Dupeyre. En l'espèce, l'action de nature délictuelle pour laquelle le juge d'État se considère incompétent au profit de l'arbitre était engagée sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce. La Cour approuve la Cour d'appel d'avoir jugé non manifestement inapplicable la convention d'arbitrage. Elle ajoute que le litige n'était pas inarbitrable, car il mettait en cause une loi de police, que « *peu important que des dispositions d'ordre public régissent le fond du litige dès lors que le recours à l'arbitrage n'est pas exclu du seul fait que des dispositions impératives, fussent-elles constitutives d'une loi de police, sont applicables* ».

français, qui a été jugée non manifestement nulle[1193]. Cette solution, bien radicale, s'inscrit dans la politique qu'a adoptée la jurisprudence, envers l'arbitrabilité des litiges. La notion d'inarbitrabilité, en droit français, a été limitée aux hypothèses d'indisponibilité manifeste des droits. De nombreuses matières qui impliquent le respect de l'ordre public ont été considérées comme arbitrables notamment dans le cadre de droit de la concurrence. De plus, aujourd'hui, le tribunal arbitral a le pouvoir d'appliquer les règles d'ordre public, contrôlées par le juge étatique au stade de la reconnaissance et de l'exécution des sentences de façon très formelle et limitée par le principe de non-révision au fond des sentences[1194].

622. Les conventions d'arbitrage principalement entachées d'inapplicabilité manifeste sont celles qui mettent en cause, les domaines manifestement inarbitrables comme le droit pénal, l'état et la capacité des personnes divorce et séparation de corps[1195], et ce qui constitue « *le noyau dur de l'inarbitrabilité, celui qui est incontestable* »[1196]. Également, les conventions d'arbitrage méconnaissant le principe d'égalité des parties et les principes de procédure équitable peuvent être considérées comme manifestement inapplicables au regard de la jurisprudence. L'article 1510 du CPC rappelle que chacune des parties doit pouvoir désigner dans les mêmes conditions, un arbitre. Cette règle doit être respectée par les termes de la convention d'arbitrage en question. Cependant, il faut noter que le non-respect du principe d'égalité des parties doit être lui-même manifeste pour que la convention d'arbitrage soit manifestement nulle. Ainsi, dans une affaire entre la Banque de France/la Banque des règlements internationaux et certains associés minoritaires, la clause compromissoire prévoyait que les arbitres sont désignés par des tiers au litige. Cependant les personnes désignées par la convention comme des tiers n'étaient pas complètement des tiers, compte tenu de leur dépendance par rapport aux actionnaires majoritaires de la Banque des règlements internationaux. Cette clause compromissoire a été jugée comme non manifestement nulle[1197].

1193 La même solution a également été adoptée concernant les clauses attributives de juridiction par la jurisprudence *Monster Cable,* Cass. civ. 1re, 22 octobre 2008, pourvoi no 07-15823, JCP G 2008, act. 645, obs. E. Cornut, II, 10187, note L. D'Avout et D. 2008, p. 2790, obs. Gallmeister ; Contrats conc. consom., 2008, comm. 270, obs. M. Malaurie-Vignal ; Procédures, 2008, comm. 331, note C. Nourissat ; JCP E 2008, p. 2535, note N. Mathey.

1194 J.-B. Racine, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, *op. cit*.

1195 En ce sens, E. Loquin, « *Arbitrage – Compétence arbitrale – Conflits entre la compétence arbitrale et la compétence judiciaire* », J.-Cl. Procédure civile, Fasc. 1034, 2010, n° 100.

1196 E. Loquin, « Les illusions perdues du contrôle de l'arbitrabilité du litige international », in *Justice et droit fondamentaux, Etudes offertes à Jacques Normand*, LexisNexis LITEC, 2003, p. 339, spéc. p. 344.

1197 Cass. civ. 1ère, 23 mai 2006, *Alhinc et autres c. Banque de France et Banque des Règlements internationaux,* Bull. civ.,2006.I.252 ; Rev. arb. 2008.69, note E. Loquin.

623. La question se pose concernant l'appréciation de l'apparence de l'applicabilité de la convention d'arbitrage aux tiers participant à l'exécution et la formation du contrat. Ces personnes ne sont pas les contractants originaires de la convention d'arbitrage. Elles peuvent être des signataires de contrats distincts de celui stipulant la convention d'arbitrage, mais liés à ce dernier d'une manière ou d'une autre. La complexité des schémas contractuels est parfaitement prise en considération par la jurisprudence qui limite son contrôle à l'existence d'une simple apparence. L'exception d'inapplicabilité manifeste est plus fréquemment invoquée par les litigants, mais elle n'est que rarement caractérisée par les juges. Presque systématiquement, l'inapplicabilité manifeste n'est pas reconnue par les décisions étatiques qui sont guidées par le principe de faveur à l'arbitrage.

Le rejet des juges étatiques du caractère manifestement inapplicable d'une convention d'arbitrage a deux raisons principales. D'abord, l'exigence du caractère manifeste et ostensible de l'élément d'inapplicabilité limite considérablement l'étendue du contrôle du juge sur la convention d'arbitrage en question. Ensuite, les règles substantielles françaises applicables à la convention d'arbitrage sont largement en faveur de la validité et de l'efficacité de celle-ci, comme les mécanismes prévus pour l'extension et la transmission de la clause compromissoire.

624. Il faut préciser que le principe d'autonomie de la convention d'arbitrage par rapport au contrat principal vient renforcer l'effet négatif du principe de compétence-compétence. Même si la validité ou l'existence du contrat principal est contestée, la convention d'arbitrage ne peut être jugée manifestement inapplicable pour une raison se rapportant au contrat principal. À titre d'exemple, une clause compromissoire inscrite dans un contrat caduc a été jugée comme non manifestement inapplicable[1198]. Également, une convention d'arbitrage désignant deux centres d'arbitrage distincts compétents pour connaître les différends a été jugée comme non manifestement inapplicable par le juge étatique[1199].

1198 Cass. civ. 2ème, 8 avril 2004, n° 02-16163 (la convention de garantie de passif qui contenait une clause compromissoire n'a pas été mise en œuvre avant le terme stipulé ; pour s'opposer à l'intervention du juge d'appui, le défendeur invoquait l'absence de mise en jeu de la garantie, à l'origine de la caducité de la clause compromissoire) ; Cass. civ. 1ère, 11 juill. 2006, *Société National Broadcasting Co c. Bernadaux et autres,* , Rev. arb., 2006.981 ; Cass. civ. 1ère, 11 fév. 2009, *Laviosa c. Afitex*, D., 2009.557 (la clause compromissoire stipulée dans un contrat conclu pour une période d'essai d'un an, expiré depuis sept ans n'est pas manifestement inapplicable à un litige relatif à la volonté d'une des sociétés de mettre un terme à leurs relations, les relations entre les deux parties s'étant poursuivies après que le contrat soit arrivé à son échéance).

1199 Cass. civ. 1ère, 20 fév. 2007, *UOP c. BP France*, Rev. arb., 2007.775, note F.-X. Train ; D., 2008.180, obs. Th. Clay ; RTD civ., 2008.151, obs. Ph. Thery ; C.A. Paris, 28 nov. 2007, *UOP NV c. Ineos European,* en somm. in Rev. arb., 2008.159 (sur renvoi) ; Cass. civ. 1ère, 4 juin 2009, *Inéos European c. UOP,* n° 08-13983, , en somm. in Rev. arb., 2010.652.

Dans un cas où le demandeur prétendait qu'il n'avait pas accepté la convention d'arbitrage compte tenu de son caractère potestatif et de sa position sur les factures et les caractères dans lesquels elle était rédigée, la Cour de cassation a considéré que la convention en question n'était pas manifestement inapplicable[1200]. Toutefois, la Cour de cassation a jugé manifestement inapplicable la clause compromissoire stipulée dans un contrat distinct de celui dont l'exécution était poursuivie par l'une des parties et qui, pour sa part, contenait une clause attributive de compétence. Il ressortait des faits que les parties avaient voulu distinguer les contrats, qui avaient des objets différents, par des clauses contraires[1201].

625. L'effet négatif du principe de compétence-compétence selon lequel seul l'arbitre est compétent pour examiner sa propre compétence et le juge étatique a seulement la possibilité de réaliser un examen *prima facie* très limité de cette question est parfois discuté même dans son principe[1202]. Surtout, il soulève certaines difficultés dans le domaine du droit du travail et du droit de la consommation. Le salarié ou le consommateur doit saisir le tribunal arbitral pour obtenir une sentence d'incompétence avant de présenter sa demande devant les juridictions judiciaires. La solution n'est pas satisfaisante concernant la protection des parties réputées faibles. La jurisprudence a pris en compte cette question. En droit du travail, en matière internationale, la clause compromissoire est considérée comme inopposable[1203]. Le travailleur peut ainsi saisir le juge étatique en se prévalant de l'inopposabilité de la clause.

En revanche, en droit de la consommation, le contrat international, quand bien même il s'agit d'un contrat de consommation, ne bénéficiait pas d'un régime spécifique. La Cour de cassation renvoyait la question de la compétence au tribunal arbitral, appliquant ainsi strictement l'effet négatif du principe compétence-compétence[1204].

1200 Cass. civ. 1ère, 28 nov. 2006, *Steinweg Handelsweem c. Generali France assurances,* Bull. civ., 2006.I.513, DMF, 681, mai 2007, p. 411, note M. Remond-Goulloud,.
1201 Cass. Civ. 1e, 12 février 2014, n°13-18059.
1202 E. Gaillard, *L'effet négatif de la compétence-compétence. Études de procédure et d'arbitrage en l'honneur de Jean-François Poudret*, Lausanne, 1999, p. 387 ; M. Boucaron-Nardetto, *Le principe compétence-compétence en droit de l'arbitrage*, préf. J.-B. Racine, PUAM, 2013
1203 Cass. Soc. 16 févr. 1999, n° 96-40.643, Bull. civ. V, n° 78 ; Rapport Cour de cassation 1999, p. 328 ; D. 1999. 74 ; Dr. soc. 1999. 632, obs. M.-A. Moreau ; Rev. crit. DIP 1999. 745, note F. Jault-Seseke ; Rev. arb. 1999. 290 [1re esp.], note M.-A. Moreau ; JCP E 1999, p. 1685, note P. Coursier ; JCP E 1999, p. 748, obs. F. Taquet ; Gaz. Pal. 2000. Somm. p. 699 [1re esp.], obs. M.-L. Niboyet ; LPA 2000, n° 158, p. 4 [1re esp.], obs. F. Jault-Seseke ; J. Pelissier, A. Lyon-Caen, A. Jeammaud, E. Dockes, *Les grands arrêts de droit du travail*, Dalloz, 3e éd. 2004., n° 26.
1204 Cass. Civ. 1re, 21 mai 1997, *Jaguar*, nos 95-11.429 et 95-11.427 [2 arrêts], RTD com. 1998. 330, obs. J.-C. Dubarry et E. Loquin ; Rev. crit. DIP 1998, 87, note V. Heuzé ; NY. L. J. 4 déc. 1997, obs. E. Gaillard ; Dr. et patr. 1997, n° 1800, obs. P. Laroche de Roussane ; RGDP 1998. 156, obs. M.-C. Rivier ; Rev. arb. 1997. 537, note E. Gaillard ; JDI 1998. 969, note S. Poillot-Peruzzetto ; Cass. Civ. 1re, 30 mars 2004, *Rado*, n° 02-12.259, D. 2004.

Toutefois, récemment, la Cour de cassation est revenue sur sa position dans un arrêt de 30 septembre 2020[1205]. Elle a confirmé l'arrêt de la Cour d'appel qui avait écarté l'exception d'incompétence[1206]. Le principe de compétence-compétence a été ainsi ignoré par la Cour de cassation. Un tel revirement était longuement attendu par la doctrine[1207]. Également, la Cour de justice invitait à une nouvelle solution en matière des contrats internationaux de consommation[1208]. Néanmoins, la portée de cet arrêt reste à être déterminée.

Concernant le champ d'application spatial de la solution, on peut se poser la question de savoir si le principe compétence-compétence doit être écarté dans tous les contrats de consommation devant le juge français. Il est nécessaire de fixer un champ d'application pour cette règle sans tomber dans un raisonnement de recherche de la loi applicable au contrat[1209].

626. L'effet négatif du principe compétence-compétence commence à être fragilisé[1210]. La jurisprudence laisse entendre que le déséquilibre significatif pourrait être de nature à compromettre, au moins au stade du contrôle de la sentence, la clause compromissoire[1211]. De plus, il existe une possibilité que le principe finisse par céder en présence de législations européennes. Dans le présent arrêt, l'éviction du principe compétence-compétence repose également sur la source européenne de la législation concernant la protection du consommateur. L'arrêt mentionne le principe d'effectivité (§ 11). Le principe d'effectivité concerne également les produits défectueux, selon la jurisprudence[1212]. Devrait-ont considérer que le principe

---

2458 , note I. Najjar ; *ibid*. 2005. 3050, obs. T. Clay ; RTD com. 2004. 447, obs. E. Loquin ; Rev. arb. 2005. 115, note X. Boucobza ; JCP 2005. I. 134, § 3, obs. C. Seraglini.

1205 Cass. Civ. 1re, 30 sept. 2020, n° 18-19.241, *PWC.*

1206 C.A. Versailles, 15 févr. 2018, n° 17/03779, LPA 2018, n° 135, p. 13, obs. C. Jalicot.

1207 M. de Fontmichel, *Le faible et l'arbitrage*, préf. de T. Clay, Économica, 2013 ; J. Clavel, *Le déni de justice économique dans l'arbitrage international. L'effet négatif du principe de compétence-compétence*, thèse, sous la direction de G. Khairallah, Paris II nos 331 s. ; Ch. Seraglini, « *Les parties faibles face à l'arbitrage international, à la recherche d'un équilibre* », Gaz. Pal. 2007, n° 349, p. 5, n° 26 ; en dernier lieu, Ch. Seraglini, J. Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, Domat, Droit privé, LGDJ, 2019, n° 662.

1208 CJCE 26 oct. 2006, *Mme Mostaza Claro c/ Centro Movil Milenium SL*, aff. C-168/05, D. 2006. 2910, obs. V. Avena-Robardet ; *ibid*. 3026, obs. T. Clay ; *ibid*. 2007. 2562, obs. L. d'Avout et S. Bollée ; RTD civ. 2007. 113, obs. J. Mestre et B. Fages ; *ibid*. 633, obs. P. Théry ; JDI 2007. 581, note A. Mourre ; Rev. arb. 2007. 109, note L. Idot ; JCP 2007. I. 168, § 1, obs. C. Seraglini ; Gaz. Pal. 29 avr.-3 mai 2007, p. 17, obs. F.-X. Train ; LPA 2007, n° 152, p. 9, obs. C. Legros ; *ibid.*, n° 189, p. 9, note G. Poissonier et J.-P. Tricoit ; RDAI 2007, n° 14, p. 55, obs. C. Nourissat ; Europe 2006, n° 378, p. 28, obs. L. Idot.

1209 J. Jourdan-Marques, « Le droit de l'arbitrage interne et inetrnational, panorama 2020 », Dalloz actualité, 15 janvier 2021.

1210 Avec l'exception, du contrat de travail v. également, l'utilisation du principe d'estoppel pour faire échec au principe, Cass. Civ. 1re, 28 févr. 2018, n° 16-27.823, D. 2018. 2448, obs. T. Clay; RTD civ. 2018. 482, obs. N. Cayrol ; Gaz. Pal. 2018, n° 27, p. 19, obs. D. Bensaude ; JDI 2018. Comm. 18, note J. Jourdan-Marques.

1211 J. Jourdan-Marques, « *Chronique d'arbitrage : l'arbitrage à l'épreuve du déséquilibre significatif* », Dalloz actualité, 29 juill. 2020.

1212 Cass., ch. mixte, 7 juill. 2017, n° 15-25.651, D. 2017. 1800, communiqué C. cass., note M. Bacache ; *ibid*. 2018. 35, obs. P. Brun, O. Gout et C. Quézel-Ambrunaz ; *ibid*. 583, obs. H. Aubry, E. Poillot et N. Sauphanor-

compétence-compétence doit également être écarté en présence d'une action relative à un produit défectueux ? Dans l'affirmatif, on risque d'atteindre une inarbitrabilité généralisée des litiges relevant du droit européen.

627. C'est uniquement avant la saisine du tribunal arbitral que les exceptions à l'effet négatif du principe compétence-compétence peuvent être invoquées. Après la constitution du tribunal arbitral, les juridictions devront renvoyer en toutes circonstances les parties devant le tribunal arbitral, sans pouvoir opérer un quelconque contrôle de la nullité ou de l'inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage. Une priorité absolue est alors accordée au tribunal arbitral pour statuer sur sa propre compétence et en conséquence sur la compétence ou non des juridictions étatiques. L'apparence de la compétence du tribunal arbitral constitué ne peut plus être détruite par l'apparence contraire, même ostentatoire. Cette limite temporelle au jeu des exceptions s'impose aussi bien au juge saisi au fond d'un litige identique à celui porté devant le tribunal arbitral, qu'au juge d'appui, que l'arbitrage soit interne ou international.

C'est en quelque sorte le mécanisme de « premier arrivé, premier servi » qui est mis en jeu par le législateur et la jurisprudence française. La partie favorable à l'arbitrage a tout intérêt à saisir le tribunal arbitral en premier pour que la compétence arbitrale ne puisse être remise en cause par son adversaire jusqu'au prononcé de la sentence. Cette solution, bien que très favorable à l'arbitrage, va à l'encontre de l'économie procédurale. Le tribunal arbitral peut se reconnaître compétent pour connaître le litige, alors que la convention d'arbitrage est manifestement nulle ou inapplicable. Dans ce cas, la partie non favorable à l'arbitrage pourra exercer un recours en annulation contre la sentence devant le juge étatique qui a la possibilité d'annuler la sentence pour l'incompétence du tribunal arbitral. Une nouvelle procédure devra alors commencer devant le juge étatique concernant le même litige. Toutefois, après la constitution du tribunal arbitral, la possibilité de recours au juge étatique concernant la question de compétence est inadmissible notamment dans le cadre du droit français. On évite les manœuvres dilatoires des parties qui souhaiteraient retarder la procédure arbitrale, ainsi que le risque des procédures parallèles ou des décisions contradictoires.

628. Le principe de faveur à l'arbitrage règne encore une fois en matière de l'appréciation de la convention d'arbitrage. L'admission même de principe compétence-compétence est le

---

Brouillaud ; RTD civ. 2017. 829, obs. L. Usunier ; *ibid*. 872, obs. P. Jourdain ; *ibid*. 882, obs. P.-Y. Gautier ; RTD eur. 2018. 341, obs. A. Jeauneau ; RLDC 2017, n° 151, p. 4, obs. B. Bernard ; JCP 2017. 1580, note C. Quézel-Ambrunaz ; Gaz. Pal. 2017, n° 34, p. 30, obs. N. Blanc ; *ibid.* n° 37, p. 65, obs. N. Hoffschir ; CCC 2017, n° 11, p. 24, obs. L. Leveneur.

premier pas envers la faveur à l'arbitrage, mais la consécration de l'effet négatif de ce principe vient parfaire cette faveur. Il faut souligner que les exceptions reconnues à l'effet négatif du principe compétence-compétence prévoient l'intervention du juge étatique dans des cadres très limités. L'interprétation très stricte et restrictive des notions de nullité et d'inapplicabilité manifeste par la jurisprudence est l'illustration parfaite de la faveur accordée à l'arbitrage. Le juge ne peut reconnaître la nullité ou l'inapplicabilité de la convention d'arbitrage que s'il est manifeste et ostentatoire. Ce pouvoir restreint du juge étatique est également encadré dans le temps c'est-à-dire qu'après la constitution du tribunal arbitral, celui-ci est seul compétent pour connaître de sa propre compétence jusqu'au prononcé de la sentence.

Le principe compétence-compétence, généralement reconnu en droit comparé constitue un des classiques du droit de l'arbitrage et a des rôles différents malgré sa simplicité. Il régit les rapports entre le juge et l'arbitre concernant la compétence pour examiner la convention d'arbitrage. Cependant, la fonction de coordination de ce principe concernant les rapports entre la justice étatique et la justice arbitrale a ses limites.

C. La coordination limitée des rapports entre la justice étatique et la justice arbitrale par le principe compétence-compétence

629. Le principe compétence-compétence ne résout ni toutes les formes de conflits de compétence ni toutes les formes de procédures parallèles.

Avec le développement de l'arbitrage international notamment dans le domaine des investissements et la prolifération des juridictions interétatiques[1213], aujourd'hui, il existe dans le cadre de l'Union européenne, la possibilité pour les investisseurs intracommunautaires de saisir les autorités européennes sur le fondement du TFUE. Avant, il existait des traités bilatéraux de promotion et de protection des investissements existants, conclus anciennement entre les « États de l'Ouest » et les « États de l'Est »[1214], qui sont aujourd'hui membres de

1213 Pour un état de lieux, W. Ben Hamida, « *L'arbitrage État-investisseur face à un désordre procédural : la concurrence des procédures et les conflits de juridictions* », AFDI, vol. 51, 2005 , p. 564. ; Y. Shany, *The Competing Jurisdictions of International Courts and Tribunals*, *op. cit.* V. par ex. la contestation de la compétence du tribunal irano- américain en raison de l'existence d'une convention d'arbitrage internationale CCI : Tribunal irano-américain des différends, 5 nov. 1982, *Stone and Webster Overseas Group c. National Petrochimical Co. et al*., ILR, vol. 68, pp. 601-607, spéc. pp. 605-607, Iran-US CTR,vol. 1, pp. 274-279). Le tribunal international a contourné aisément la difficulté en jugeant qu'il n'y avait pas de compétence exclusive au profit des tribunaux arbitraux, mais une compétence concurrente.

1214 La formule est de B. Poulain, note sous sentence ad hoc selon règlement CNUDCI rendue à Francfort sous l'égide de la Cour permanente d'arbitrage, (CPA N° 2008-13) , *Eureko B.V. c. République de Slovaquie,* 26 octobre 2010, , Rev. arb., 2011.245.

l'Union européenne. Certains États ont soutenu dans le cadre de leur argumentation au cours des procédures parallèles qu'il faut considérer que l'adhésion des nouveaux États à l'Union européenne a pour conséquence, l'abrogation implicite des traités bilatéraux de protection des investissements intracommunautaires[1215]. Il a également été soutenu que ces traités bilatéraux sont incompatibles avec le droit communautaire au point que les autorités communautaires ont demandé aux États membres de dénoncer les traités problématiques en cause, sous peine d'action en manquement. La question de la compatibilité des traités d'investissement conclus entre États membres de l'Union européenne avec le droit de l'Union a suscité des controverses pendant plusieurs années. Finalement, la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), dans une décision *Achmea* du 6 mars 2018[1216], a considéré que les traités d'investissement intraeuropéens étaient incompatibles avec le droit de l'Union européenne.

En conséquence de cette décision, tous les TBI conclus entre les États membres de l'Union européenne devaient être supprimés de l'ordre juridique des États membres. La décision a été vivement critiquée [1217]. Les États membres ont dénoncé les TBI intraeuropéens dès janvier 2019. L'accord du 5 mai 2020 signé par la majorité d'États membres, dont la France, prévoit l'extinction rétroactive des traités d'investissement entre les États membres de l'Union européenne. Cet accord est la conséquence directe de la jurisprudence *Achmea*. Les États y font même référence dans le préambule de l'accord.

630. À la suite de la décision *Achméa*, la question de la portée d'une telle extinction s'est posée. La Cour a répondu à cette question en 2019, à l'occasion de l'adoption du CETA[1218]. La CJUE a donné un avis favorable à la compatibilité du système de règlement des différends établi par le traité CETA[1219]. Elle a admis la compétence d'une autre juridiction pour connaître de l'interprétation de l'accord : « *Il résulte de ces éléments que le droit de l'Union ne s'oppose ni à ce que le chapitre huit, section F, de l'AECG [i.e. le CETA] prévoie la création d'un tribunal, d'un tribunal d'appel et, ultérieurement, d'un tribunal multilatéral des investissements ni à ce*

1215 C'était notamment l'argument soutenu par la République Tchèque afin de s'opposer à la compétence du tribunal arbitral constitué sous l'égide de la CNUDCI dans l'affaire Eastern Sugar, qui a été rejeté : sentence du 27 mars 2007, *Eastern Sugar BV c. République tchèque*, SCC Case No. 088/2004, arbitrage CNUDCI, Rev. arb., 2007.888, obs. Y. Nouvel.

1216 CJUE, 6 mars 2018, aff. C-284/16, § 58, Dalloz actualité, 4 avr. 2018, obs. F. Melin ; AJDA 2018. 1026, chron. P. Bonneville, E. Broussy, H. Cassagnabère et C. Gänser ; D. 2018. 2005 note Veronika Korom ; *ibid*. 1934, obs. L. d'Avout et S. Bollée ; *ibid*. 2448, obs. Th. Clay ; Rev. crit. DIP 2018. 616, note E. Gaillard ; RTD eur. 2018. 597, étude J. Cazala ; *ibid*. 649, obs. Alan Hervé ; *ibid*. 2019. 464, obs. L. Coutron.

1217 v. E. Gaillard, *art. préc*. ; P. Pinsolle , I. Michou, « *Le droit en débats, Arbitrage : l'arrêt Achmea, la fin des traités d'investissements intra-UE ?* », Dalloz actualité, 7 mars 2019.

1218 L'accord économique et commercial global entre l'Union européenne et le Canada.

1219 CJUE 30 avr. 2019, avis n° 1/17.

qu'il leur confère la compétence pour interpréter et appliquer les dispositions de l'Accord à l'aune des règles et des principes de droit international applicables entre les parties »[1220]. Concernant le caractère contradictoire de cette solution avec celle de l'affaire *Achmea*, elle a considéré que « *ces tribunaux étant extérieurs au système juridictionnel de l'Union, ils ne sauraient être habilités à interpréter ou à appliquer des dispositions du droit de l'Union autres que celles de l'AECG ou à rendre des sentences qui puissent avoir pour effet d'empêcher les institutions de l'Union de fonctionner conformément au cadre constitutionnel de celle-ci* ».

Pour la Cour de justice, la différence fondamentale réside dans le comportement du tribunal. En effet, le tribunal arbitral de l'arrêt *Achmea* avait pour fonction d'interpréter des règles du droit de l'UE. C'est la raison de son incompatibilité avec le droit de l'Union. En revanche, pour le Tribunal du CETA, le droit de l'Union européenne est une question de fait[1221].

631. Avec l'extinction des traités d'investissement intraeuropéens, d'autres outils de résolution des conflits de compétence doivent ainsi être recherchés[1222], comme *l'amicus curiae*, qui pourrait avoir un rôle à jouer aussi bien sur le fond du litige, mais également sur les questions de compétence[1223]. Certains tribunaux arbitraux semblent néanmoins y faire obstacle et ont refusé que la Commission européenne dépose des observations sur la compétence du tribunal arbitral[1224].

632. Dans une affaire récente *Komstroy*, la Cour de justice a préempté le droit d'interpréter un traité multilatéral prévoyant le recours à l'arbitrage dans un litige opposant des tiers à l'Union européenne[1225]. La Cour a décidé que l'accord en cause fait « *partie intégrante […] de l'ordre juridique de l'Union et que, dans le cadre de cet ordre juridique, la Cour est compétente pour statuer à titre préjudiciel sur l'interprétation de cet accord* ». Elle a ajouté que l'Union européenne dispose d'une compétence exclusive en matière d'investissements. La Cour devrait donc être compétente pour répondre à une question d'interprétation sur cette notion[1226]. De plus, lorsque les parties ont choisi de fixer le siège de l'arbitrage à Paris, le droit français est

1220 § 118.
1221 v. J. Jourdan-Marques, « *Chronique d'arbitrage : la CJUE surmonte (timidement) sa réticence vis-à-vis de l'arbitrage* », Dalloz actualité, 7 juin 2019 ; RTD eur. 2020. 107
1222 Sur la question, cf. par ex. la proposition faite par B. Poulain, note sous sentence ad hoc selon règlement CNUDCI rendue à Francfort sous l'égide de la Cour permanente d'arbitrage (CPA N° 2008-13), 26 octobre 2010, *Eureko B.V. c. République de Slovaquie,* , Rev. arb., 2011.245, p. 274, nos 51 à 53.
1223 S. Menétrey, « *La participation « amicale » de la Commission européenne dans les arbitrages liés aux investissements intracommunautaires* », JDI, 2010, doctr. 13, n° 29
1224 *Ibid.,* n° 31.
1225 CJUE 2 sept. 2021, *Komstroy*, aff. C-741/19.
1226 *Ibid.* §§ 25 et s.

applicable en tant que *lex fori*. Par conséquent, le droit de l'Union européenne est également applicable en ce qu'elle fait partie du droit français[1227].

633. Les conflits de compétence peuvent également intervenir entre tribunaux arbitraux, ce qui ne peut pas être résolu par l'invocation du principe de compétence-compétence. Chacun des tribunaux arbitraux est compétent pour se prononcer sur sa propre compétence sans qu'aucun d'eux ait une quelconque priorité sur l'autre. D'autres outils de résolution des conflits de compétence doivent être sollicités pour résoudre ce conflit propre à l'arbitrage[1228]. Le principe compétence-compétence concerne uniquement les conflits de compétences entre la justice étatique et la justice arbitrale et n'envisage pas non plus, les conflits qui peuvent intervenir entre les juridictions étatiques concernant un même litige. Deux juridictions étatiques peuvent être saisies simultanément ou successivement par les mêmes parties pour la résolution d'un même litige. Evidemment le principe compétence-compétence n'est dans ces cas là d'aucune utilité.

634. Le principe compétence-compétence règle le problème de procédures parallèles relatives aux faits identiques entre les mêmes parties et sur les mêmes questions. Cependant, ce principe n'est pas en mesure de régler des problèmes relatifs aux éventuelles saisines parallèles des juges et arbitres en cas de demandes connexes, ou encore en cas d'incidences d'une procédure étatique *« destinée à protéger un intérêt social considéré comme primordial* »[1229]. Ces litiges portent fréquemment sur des contentieux non arbitrables comme les procédures pénales ou les procédures collectives. L'articulation entre ces procédures et l'instance arbitrale est résolue par d'autres mécanismes[1230].

635. Enfin, le principe compétence-compétence n'a que pour objet de prévenir les procédures parallèles sur la compétence. Dans le cas de déroulement de deux procédures distinctes sur une même question, et en conséquence, l'intervention de deux décisions distinctes sur le sujet, le principe compétence-compétence ne peut apporter une solution. Il intervient *a priori* pour éviter des décisions contradictoires, mais ne peut intervenir *a posteriori*.

1227 *Ibid.* § 33, pour une analyse détaillée de cette décision v. J. Jourdan-Marques, « Chronique de l'arbitrage : après Komstroy Londres rit et Paris pleure », Dalloz actualité,17 septembre 2021.
1228 Certains envisagent la litispendance (résolution 1/2006 de l'International Law Assocation (ILA) adoptée lors de la 72ème conférence tenue à Toronto (Canada) du 4 au 8 juin 2006 prononçant des recommandations sur la litispendance et l'autorité de la chose jugée en arbitrage, disponible sur le site de l'ILA : www.ila-hq.org, spéc. recommandation n° 5 de l'association de droit international sur la litispendance en arbitrage ; D. Mouralis, *L'arbitrage face aux procédures conduites en parallèle*, thèse, sous la direction de Jacques Mestre, université Aix-Marseille III, 2008, p. 183, n° 188, ; d'autres droits se montre l'indifférents (art. 186 al. 1 LDIP).
1229 D. Mouralis, *L'arbitrage face aux procédures conduites en parallèle*, *op. cit*., pp. 30-31.
1230 *Ibid.* pp. 383 et s.

Le rôle du principe compétence-compétence concernant les conflits de compétence entre la justice étatique et la justice arbitrale diffère d'un pays à l'autre. Ses effets peuvent être très limités dans le cadre de certaines législations notamment lorsque son effet négatif n'est pas admis.

Sous-section II. La compétence du tribunal arbitral pour se prononcer sur sa propre compétence en droit comparé

636. L'effet positif du principe compétence-compétence est en général admis en droit comparé (§I). Au contraire, l'effet négatif de ce principe a été rejeté par certains États notamment l'Angleterre, par l'adoption des mécanismes comme les injonctions anti-suit (§II).

§1. L'admission variée du principe compétence-compétence en droit comparé

637. Le principe compétence-compétence selon lequel, l'arbitre est juge de sa propre compétence a été prévu dans de nombreux textes internationaux (A). Les États de tradition civiliste comme la France et la Suisse, ont introduit l'effet positif et négatif du principe de compétence-compétence dans leur ordre juridique (B).

A. L'admission du principe compétence-compétence dans les textes internationaux

638. L'effet positif du principe compétence-compétence est consacré par la Convention de NY, de nombreuses législations contemporaines[1231] et les règlements des institutions d'arbitrage[1232]. Néanmoins, il existe des exceptions à l'admission générale de l'effet positif du principe compétence-compétence. Par exemple en Chine le pouvoir de statuer en matière de

1231 Arbitration Act 1996, s. 32- CPC, art. 1697 – LDIP, art. 186 al.1er
1232 R.CCI art. 6.2 – R. CAM, art. 12 – R. CIRDI, art. 41

compétence n'appartient pas aux arbitres, mais uniquement au juge étatique et aux institutions d'arbitrage[1233].

Concernant l'effet négatif du principe compétence-compétence, il existe une incertitude sur la position de la Convention de NY[1234] et plusieurs États comme l'Allemagne, la Belgique et l'Angleterre, ne l'admettent pas[1235]. Dans le cadre de certaines législations, une tendance favorable à l'admission de l'effet négatif du principe compétence-compétence est constatable. Tel est le cas de la législation italienne[1236] et américaine[1237]. Aux États-Unis, dans une décision de 2003, la Cour d'appel du 3e Circuit a appliqué un arrêt de la Cour suprême américaine, en matière internationale, qui reconnaissait l'effet négatif du principe compétence-compétence, en matière interne[1238]. Concernant la décision du tribunal arbitral sur sa propre compétence, il est admis dans la plupart des législations étatiques qu'elle constitue une sentence susceptible de recours. Toutefois, le contrôle de la compétence de l'arbitre au regard de la validité de la convention d'arbitrage est déplacé à la phase post-arbitrale.

639. En europe, l'un des enjeux de l'exclusion de l'arbitrage du champ d'application du Règlement Bruxelles I bis concerne l'application du principe compétence-compétence, notamment lorsqu'une partie saisit au fond le juge d'un État membre en présence d'une convention d'arbitrage. On peut se demander si les dispositions du droit européen seront applicables pour déterminer la compétence du juge. L'arrêt *West Tankers*[1239] a répondu clairement par l'affirmative en donnant priorité au juge étatique pour se prononcer. Cette solution a été vivement critiquée en ce qu'elle remet en cause l'autonomie de l'arbitrage.

Cette question a suscité beaucoup de débats lors de la révision du règlement Bruxelles I. Les rédacteurs du rapport d'Heidelberg tenant compte des difficultés survenues dans les relations entre l'arbitrage et le règlement Bruxelles I, avaient décidé de revenir sur l'exclusion de l'arbitrage. Ils avaient suggéré une répartition horizontale de compétence. Bien qu'intervenu

1233 F. Kun, « *L'arbitrage en Chine : pratique, obstacles juridiques et réformes* », 5 Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI – Vol. 19/N° 2 – 2008.
1234 *Ibid.* n°489 et s.
1235 *Ibid.* n°495 et s.
1236 *Ibid.* n°508.
1237 J.-F. Poudret, S. Besson, *Droit comparé de l'arbitrage international*, Bruxelles, Bruylant ; Paris, LGDJ ; Zurich, Schulthess, 2002, n°549, note 16.
1238 Mentionné dans *Ibid.* n°508.
1239 CJCE, 10 février 2009, West Tankers, aff. C-185/07.

avant l'affaire *West Tankers*, le rapport prenait en compte les risques de conflit entre le règlement et l'arbitrage[1240].

640. Le Parlement européen s'est montré défavorable à l'inclusion même partielle de l'arbitrage dans le droit européen[1241]. La résolution du 7 septembre 2010, prévoyait que « *(l)e Parlement européen n'est pas favorable à une suppression partielle des dispositions excluant l'arbitrage du champ d'application du règlement* »[1242]. La position du parlement et les critiques formulées par les places d'arbitrage européennes notamment la France[1243], ont conduit au maintien de l'exclusion de l'arbitrage du champ d'application du règlement Bruxelles I bis. Les places de l'arbitrage européennes craignaient que la modification de cadre normatif favorable à l'arbitrage serait plutôt en faveur d'autres places comme New York, Singapour ou Genève. De plus, l'inclusion de l'arbitrage dans la réglementation européenne ne s'accorde pas avec l'autonomie de l'arbitrage. Les auteurs considéraient qu'une telle solution plaçait l'arbitrage systématiquement dans l'ordre juridique du siège[1244]. Pour mettre en place l'application de la règlementation européenne à l'arbitrage, les juridictions de l'État du siège devait jouer un role prépondérant.

641. La proposition concernant l'inclusion de l'arbitrage dans règlement Bruxelles I bis donnait au juge du siège une priorité non seulement par rapport aux autres juges nationaux mais également par rapport au tribunal arbitral. Cette solution portait atteinte à la conception française de l'arbitrage international, et notamment à l'effet négatif du principe compétence-compétence. Pour surmonter cette difficulté, l'article 29(4) prévoyait que la juridiction dont la

---

1240 Pour une analyse détaillée du rapport d'Heiderlberg v. E. Guinchard (dir), *Le nouveau règlement Bruxelles I bis*, Bruylant, 2014.

1241 Ch. Jarrosson, « *Le Parlement européen a adopté le 7 septembre 2010 une résolution tendantà laissaer l'arbitrage en dehors du règlement n° 44/2001* », Rev. arb., 2010, p. 697. V. également C. Nourissat, « Les questions liées à la procédure arbitrale et l'efficacité de la sentence », *in P. Mayer (dir.), Arbitrage et droit de l'Union européenne*, LexisNexis, 2012, p. 29.

1242 Résolution du Parlement, 7 septembre 2010 A7-0219/2010/ P7_TA (2010 0304.

1243 Cinq États membres (la Belgique, la Suède, la Slovénie, l'Espagne et l'Allemagne) se sont montrés plutôt favorables à la création d'une interface entre le règlement et l'arbitrage tandis que la France, l'Autriche et le Royaume-Uni (ainsi que la Suisse) s'y montraient très opposés. La majorité des cabinets d'avocats était opposée. Certains acteurs importants de l'arbitrage international comme Clifford Chanve LLP ou Hubert Smith LLP étaient assez mesurés. V. « The reactions to the Green Paper » dans l'article de B. Hess (B. Hess « Improving the interfaces between arbitration ans european procédural law- the Heidelberg report ans the EU commission's green Paper on the reforme of the Regulation Brussels I », Cah. Arb., 2010, n°1 p. 17. La doctrine française était dans la majorité des cas opposée au Livret vert comme au Rapport d'Heidelberg. Uniquement S. Bollée reconnaissait quelques avantages à la proposition européenne, notamment à l'article 29 (4) de la proposition (S. Bollée, « Les questions liées à l'appréciation et aux effets de la convention d'arbitrage » *in P. Mayer (dir.), Arbitrage et droit de l'Union européenne*, LexisNexis, 2012).

1244 Approche « monolocalisatrice » de l'arbitrage (E. Gaillard, Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international, Les livres de poche de l'Académie de doit international de la Haye, 2008).

compétence était en cause peut se dessaisir si sa législation nationale l'exige. Cet article prévoyait également la compétence du tribunal arbitral dans ce cas. Néanmoins, certains auteurs craignaient que « *la Cour de justice saisie de l'interprétation de l'article 29.4 considère que l'effet négatif de la compétence-compétence à la française, c'est-à-dire dans sa conception la plus absolue est incompatible avec l'effet utile de l'article 29.4* » [1245].

642. Dans la version révisée du Règlement Bruxelles I de 2012 qui est entrée en vigueur en janvier 2015, l'arbitrage reste exclu (l'article 1er 2 d), mais un considérant n°12 a été inclus pour tenter d'apporter une clarification à cette question. Selon ce considérant les juridictions des États membres peuvent librement examiner la validité des conventions d'arbitrage.

Selon le considérant 12 du règlement, la décision du juge étatique sur la validité de la convention d'arbitrage ne bénéficie pas de la libre circulation des décisions. Cependant, si le juge se prononce par la suite sur le fond du litige, cette décision bénéficie des règles de circulation des jugements étatiques. Il existe néanmoins une exception à cette règle : lorsqu'il existe déjà, une sentence arbitrale sur la même question de fond, la décision étatique intervenue après la sentence arbitrale, ne pourra bénéficier de la libre circulation en vertu du règlement Bruxelles I bis. La convention de NY sur la reconnaissance et exécution des sentences, a priorité sur le règlement Bruxelles I bis.

Tous les États ne reconnaissent pas l'effet négatif du principe compétence-compétence. Dans certaines législations nationales, le juge étatique peut se prononcer sur la validité de la convention d'arbitrage avant d'envoyer l'affaire devant le tribunal arbitral. S'il considère que la convention d'arbitrage n'est pas valide, il procède à la résolution du litige sur le fond. Par exemple, en Italie, le juge peut prononcer la nullité de la clause compromissoire, alors que l'arbitre se considère compétent. Les parties seront en présence d'une sentence arbitrale et d'une décision étatique contradictoire. La décision italienne aura une valeur exécutoire dans tous les pays de l'UE sur le fondement du Règlement Bruxelles I. Néanmoins, la sentence arbitrale peut être reconnue et exécutée sur le fondement de la Convention de NY. Celle-ci prévaut sur le règlement Bruxelles I et le jugement italien intervenu après la sentence arbitrale ne peut bénéficier de la libre circulation dans le cadre de l'Union européenne.

Les difficultés à la suite de la décision West Tankers auraient pu être évitées en incluant l'arbitrage dans le domaine du règlement Bruxelles I bis, et donnant compétence au juge du

1245 F.-X Train, Arbitrage et droit de l'Union européenne, Actes du colloque du 4 novembre 2011, sous la direction de P. Mayer, Paris, LexisNexis, 2012, p. 45 à 59.p.48.

siège par exemple pour statuer à tout moment sur la validité de la convention d'arbitrage. Néanmoins, de très nombreuses réticences, en particulier françaises n'ont pas permis cette inclusion.

B. L'admission du principe compétence-compétence en droit suisse

643. Comme de nombreux États, la Suisse a admis l'effet positif du principe compétence-compétence selon lequel, l'arbitre peut connaître une contestation relative à sa propre compétence. Cependant, aujourd'hui, l'enjeu principal réside dans l'admission de l'effet négatif de ce principe qui confère au tribunal arbitral une priorité pour statuer sur sa propre compétence. Cet effet négatif n'a pas été reconnu dès le début par le législateur suisse. Un mécanisme isolé, mais innovant était mis en place pour répondre à la question des procédures parallèles.

L'admission du principe compétence-compétence a connu une évolution importante en droit suisse. Dans un premier temps, il était admis que lorsque la compétence du tribunal arbitral est contestée, l'arbitre a le pouvoir de se prononcer sur sa compétence comme n'importe quel autre juge. Le tribunal arbitral examinait alors la validité de la convention d'arbitrage sur la forme ainsi que sur le fond. La première juridiction saisie -le tribunal arbitral ou le juge étatique- était compétente pour se prononcer sur sa compétence. La décision du tribunal arbitral était susceptible d'un recours immédiat devant le tribunal fédéral (ancien article 190 Al. 2 et al. 3 et art. 191 al. 1 de la LDIP).

L'ancien article 9 de la LDIP permettait de déterminer la procédure prioritaire en cas de procédures parallèles se déroulant en Suisse et à l'étranger. Selon cet article, le problème de procédures parallèles était réglé par le mécanisme de la litispendance. Si une procédure arbitrale était introduite en Suisse avant la procédure étrangère (étatique ou arbitrale), la procédure suisse avait alors priorité et pouvait continuer son déroulement. La décision éventuelle d'une procédure tardive à l'étranger ne pouvait être reconnue en Suisse (ancien art. 27 al. 2, LDIP). En revanche, lorsqu'une action était initiée à l'étranger, avant le début de la procédure en Suisse, l'ancien article 9 al.1 de la LDIP prévoyait que la procédure suisse devait suspendre son déroulement si le tribunal étranger rendait sa décision dans un délai « convenable » et que cette décision était susceptible d'être reconnue en Suisse.

644. La réforme du chapitre 12 de la LDIP sur l'arbitrage international a changé la solution suisse concernant la question de la priorité de l'arbitre à connaître un litige sur sa propre compétence. Le nouvel article 186 al.1 bis LDIP autorise le tribunal Suisse à se prononcer sur

sa propre compétence de façon prioritaire, sans tenir compte de ce qu'une procédure parallèle sur la même question, entre les mêmes parties est en cours à l'étranger. Une priorité est ainsi conférée aux tribunaux suisses en général et notamment au tribunal arbitral pour connaître un litige sur sa compétence. Ce n'est plus la règle de « premier arrivé, premier servi », mais une faveur à arbitrage qui est ainsi consacrée. En conséquence, une décision étrangère sur la compétence arbitrale qui a méconnu une procédure en cours en Suisse ne sera pas reconnue ni exécutée en Suisse.

Au contraire de la tradition civiliste en faveur de l'effet négatif du principe de compétence-compétence accordant une priorité et en conséquence une indépendance considérable à l'arbitre pour connaître de sa propre compétence, les pays de tradition de Common Law se montrent plus réticents à l'égard de cet effet négatif. Les injonctions anti-suit constituent l'illustration parfaite du rejet de l'effet négatif du principe compétence-compétence.

§II. Le rejet de l'effet négatif du principe compétence-compétence en droit anglais

645. Les juridictions françaises et anglaises reconnaissent le principe compétence-compétence selon lequel, le tribunal arbitral est compétent pour se prononcer sur sa propre compétence. Cependant, la position du droit français et droit anglais diffère quant à l'acceptation de l'effet négatif du principe compétence-compétence. A la différence du droit français, les tribunaux anglais renoncent clairement à l'effet négatif du principe compétence-compétence. Le juge anglais se garde le droit d'intervention concernant la question de l'existence et de la validité de la convention d'arbitrage. Les injonctions anti-suit constituent l'outil le plus marqué des juridictions anglaises pour garantir le contrôle du juge étatique sur la question de la compétence du tribunal arbitral. Le juge anglais n'hésite pas à interdire à une partie de présenter le litige devant un tribunal arbitral quel qu'en soit le siège. Au 1er janvier 2021, le règlement Bruxelles I bis ne s'applique plus au Royaume-Uni. En droit anglais, lorsque le règlement Bruxelles I bis n'est pas applicable, il y a la possibilité de prononcer les injonctions anti-suit à effet extraterritorial.

Le droit anglais n'admet pas l'effet négatif du prioncipe compétence-compétence. Le juge anglais contrôle donc de manière plus poussée la validité de la convention d'arbitrage. Egalement, contrairement au droit français, en droit anglais, il n'existe pas de principe de

validité de la convention d'arbitrage. Au contraire, le juge anglais applique une règle de conflit de lois.

646. Le 9 octobre 2020, dans l'affaire *Enka c. Chubb*[1246], la Cour Suprême du Royaume-Uni a rendu une décision attendue concernant la question de la loi applicable à la convention d'arbitrage en l'absence d'un choix des parties. Dans cette affaire la Cour Suprême a souligné que le Règlement Rome I ne s'applique pas aux conventions d'arbitrage et que la loi applicable à la convention d'arbitrage doit être déterminée selon les règles de conflit de lois de droit commun. C'est en application de ces règles que la Cour a décidé que la convention d'arbitrage est régie par (**i**) la loi choisie par les parties, ou (**ii**) en l'absence de choix, par la loi avec laquelle elle présente les liens les plus étroits. Selon la Cour Suprême il faut interpréter le contrat en appliquant la loi anglaise, en tant que loi du for, afin de déterminer si les parties ont effectué un choix de la loi applicable.

647. Lorsque les parties n'ont pas spécifié la loi applicable à la convention d'arbitrage, mais ont choisi, expressément ou implicitement, le droit applicable au contrat principal, ce choix s'appliquera également à la convention d'arbitrage, dès lors que la clause d'arbitrage fait partie du contrat. La Cour a considéré qu'il est sans incidence que le siège de l'arbitrage se trouve dans un pays autre que celui dont la loi a été choisie pour régir le contrat.

648. La Cour a néanmoins prévu deux cas exceptionnels dans lesquelles la loi du siège peut trouver à s'appliquer à la convention d'arbitrage malgré une clause de droit applicable au contrat principal. Premièrement, la loi du siège s'applique si l'application de la loi applicable au contrat présente un risque sérieux de priver d'efficacité la convention d'arbitrage. Deuxièmement, la loi du siège s'applique lorsqu'elle prévoit son application en l'absence de choix de la loi applicable à la convention d'arbitrage.
Lorsque les parties n'ont pas choisi la loi applicable à la convention d'arbitrage et au contrat principal, la convention d'arbitrage sera soumise à la loi avec laquelle elle présente les liens les plus étroits. La majorité de la Cour a considéré que cette loi et celle du siège. Lorsque les parties ont choisi un siège, la loi du siège devrait s'appliquer, même si elle diffère de la loi applicable aux obligations contractuelles de fond en application des règles de conflits de loi.

649. La Cour a justifié cette solution par quatre motifs. Premièrement, le choix du siège de l'arbitrage donne compétence aux juridictions étatiques de l'État en question pour connaître les

1246 *Enka Insaat Ve Sanayi A.S. (Respondent) v OOO Insurance Company Chubb* [2020] UKSC 38.

litiges concernant la validité de la convention d'arbitrage et la compétence des arbitres. Les juridictions de l'État du siège sont également les seules compétentes pour connaître le recours en annulation contre la sentence. Deuxièmement, le droit international, en particulier l'article V (1)(a)2 de la Convention de NY, admettent l'application de la loi du siège à la convention d'arbitrage. Troisièmement, les parties s'attendent à l'application de la loi du siège à la convention d'arbitrage lorsqu'elles ont choisi le siège de l'arbitrage. Quatrièmement, cette solution a l'avantage d'être simple et claire, ce qui favorise la sécurité juridique des parties.

650. La solution retenue par la Cour Suprême est contraire à celle adoptée par le droit français. Depuis l'arrêt *Hecht* de 1972[1247], la Cour de cassation n'applique plus à la clause d'arbitrage la loi applicable au contrat principal. Depuis, l'arret *Dalico* de 1993[1248], elle a également abandonné le recours à la méthode de conflit de lois au profit de la méthode des règles matérielles. En pratique, suivant la décision *Enka c. Chubb*, les juridictions anglaises appliquent la loi applicable au contrat principal à la convention d'arbitrage, lorsque les parties l'ont choisie. Au contraire, les juridictions françaises appliquent les règles matérielles développées par la Cour de cassation en matière d'arbitrage international favorisant la validité de la convention d'arbitrage.

La solution anglaise pourra présenter des difficultés lors de l'exécution et de la reconnaissance des sentences arbitrales. Par exemple, dans l'affaire *Kabab-Ji*[1249], la Cour d'appel de Paris a rejeté le recours en annulation de la sentence. Les arbitres, s'étaient reconnus compétents à l'égard d'une partie non-signataire de cette convention conformément aux règles matérielles de droit français relatives à la convention d'arbitrage. Tout au contraire, quelques mois auparavant, la Cour d'Appel anglaise avait refusé la reconnaissance et l'exécution de cette sentence. Elle avait considéré que les parties ont choisi le droit anglais pour régir leur contrat principal et la convention d'arbitrage, et en application du droit anglais, le non-signataire n'était pas partie à la convention d'arbitrage[1250].La Cour a également décidé dans cette affaire que les juridictions anglaises peuvent prononcer une injonction anti-suit interdisant une partie de saisir un juge national, même si la loi applicable à la convention d'arbitrage est une loi étrangère.

1247 Cass. Civ. 1, 4 juillet 1972, *Hecht*, n° 70-14.163.
1248 Cass. Civ. 1, 20 décembre 1993, *Dalico*, n° 91-16.828, v. également Cass. civ. 1, 30 mars 2004, *Unikod*, n° 01-14.311, et C.A. Paris, 23 juin 2020, *Kabab-Ji,* n° 17/22943.
1249 C.A. Paris, 23 juin 2020, *Kabab-Ji*, n° 17/22943.
1250 *Kabab-Ji SAL (Lebanon) v Kout Food Group (Kuwait)* [2020] EWCA Civ 6.

651. L'injonction anti-suit n'a pas d'équivalent en droit français, même si elle est parfois appelée l'injonction contre les poursuites. Il existe principalement deux sortes d'injonction anti-suit. Le premier type consiste à faire cesser un arbitrage en cours ou sur le point de commencer en raison de l'illégalité du tribunal arbitral. À titre d'exemple, une partie défenderesse à l'arbitrage peut contester le recours de l'autre partie à l'arbitrage en invoquant le fait que le litige en question n'est pas couvert par la convention d'arbitrage. La partie défenderesse demande au juge étatique de prononcer une injonction anti-suit pour la cessation de l'arbitrage sur le fondement de l'incompétence du tribunal arbitral.

Le second type d'injonction anti-suit concerne la cessation d'une action judiciaire étrangère en contradiction avec une convention d'arbitrage. Dans ce cas, la partie défenderesse dans la procédure étatique étrangère peut se présenter devant le juge anglais en invoquant le fait que cette procédure étrangère est contraire à une convention d'arbitrage. Le juge peut alors prononcer une injonction anti-suit à l'encontre de la partie qui n'a pas respecté la convention d'arbitrage pour mettre fin à la procédure en cours devant un autre juge étatique.

Concernant la terminologie juridique, il est proposé d'utiliser le terme « *anti-suit injunction* » concernant la procédure devant la juridiction étatique et le terme « *anti-arbitration injunction* » pour les injonctions visant à faire cesser la procédure devant le tribunal arbitral. Cependant en pratique, le terme « anti-suit injunction » est utilisé dans les deux cas.

652. Les injonctions anti-suit, ont été introduites, originairement par les juges anglais pour protéger les procédures devant les juridictions anglaises, des procédures parallèles[1251]. Cependant, aujourd'hui, elles peuvent être obtenues devant le juge anglais, pour protéger les procédures arbitrales[1252]. Non seulement le prononcée des injonctions anti-suit s'est développé en Angleterre, mais d'autres pays de la tradition juridique de Common Law ont suivi les juges anglais en introduisant ces injonctions dans leurs ordres juridiques, comme les États-Unis[1253] et Singapour[1254]. Cependant les pays de la tradition civiliste sont plus réticents envers ces injonctions qui sont parfois considérées comme une intervention inutile et non justifiée dans la procédure arbitrale et plus de manière plus illégitime encore, dans une procédure devant le juge

1251 V. *Rio Tinto Co. Ltd. V. Pena Copper Mines Ltd.* (1911) 105 LT 846, et l'arrêt *Airbus Indus. V. Patel* (1998) 2 All E.R. 257 (H.L.).
1252*The Angelic Grace* (1995)1 Lloyd's Rep 87, et l'arrêt *AES Ust-Kamenogorsk Hydropower Plant LLP v. UstKamenogorsk Hydropower Plant JSC* (2013) UKSC 35.
1253 V. *Paramedics Electromedicina Commercial v. GE Med. Sys. Info. Tech. Inc.* (2004) 369 F.3d 645, 654-655 (2d Cir. 2004).
1254 V. *WSG Nimbus Pte Ltd. V. Board of Control for cricket in Sri Lanka* [2002] SGHC 104.

étatique d'un autre pays. Même s'il est possible théoriquement, pour le juge anglais d'ordonner une injonction anti-suit à effet extraterritorial, elle est prononcée relativement rarement en pratique[1255].

653. Les conditions pour ordonner une injonction anti-suit contre une procédure arbitrale se trouvant hors du Royaume-Uni sont énumérées par le Professeur Clavel sous la forme de facteurs cumulatifs. Tout d'abord, l'existence de la convention d'arbitrage doit être « questionnable ». Ensuite, les défendeurs doivent être exposés à des coûts et contraintes injustifiées, imposées par le demandeur. La procédure arbitrale doit avoir à peine commencé et enfin, le droit du pays du siège de l'arbitrage ne doit pas permettre aux défendeurs d'obtenir des mesures adéquates[1256]. Également, le juge anglais doit avoir des liens suffisants avec l'affaire en question pour lui permettre d'être prioritaire sur la procédure arbitrale étrangère.

654. La possibilité d'ordonner des injonctions anti-suit pour le juge étatique anglais, est une marque de la reconnaissance du pouvoir d'interférence du juge avec l'arbitrage. L'intervention du juge étatique pour s'opposer au déroulement de la procédure arbitrale s'effectue en fonction de l'appréciation souveraine des juges des faits de l'espèce. Les décisions accordant les injonctions anti-suit sont en général motivées par des considérations économiques et les règles de la procédure équitable. Il faut noter que les injonctions anti-suit ne sont accordées que dans les conditions exceptionnelles par les juges anglais.

Par exemple, dans l'affaire Excalibur[1257] la même partie qui souhaitait faire jouer la clause compromissoire, avait elle-même intenté une procédure parallèle devant les juridictions étatiques anglaises. Une injonction anti-suit a été alors prononcée par le juge anglais.

Dans cette affaire, le juge anglais a ordonné une injonction anti-suit, interdisant aux parties d'entamer une procédure arbitrale, alors qu'un tribunal arbitral dans le cadre d'un arbitrage CCI, dont le siège était à New York, s'était déclaré compétent pour connaître l'affaire. Dans cet arrêt, les circonstances dans lesquelles les juridictions anglaises peuvent intervenir pour ordonner une injonction anti-suit, sont développées. Il faut préciser que l'affaire Excalibur n'étant pas située dans le cadre de l'Union européenne, le droit anglais était applicable en

1255 V. *Elektrim v. Vivendi* (2007) ou *Republic of Kazakhstan v. Istil Group Inc* (2007) EWHC 2729 (Comm), ou encore *Claxton Engineering Services Ltd. V. TXM Ola v. Es Gazkutato KFT* (2011) EWHC 345 (Comm).
1256 S. Clavel, « *Exceptional Circumstances Allowing English Courts To Issue Injonctions Restrainon Foreign Arbitration Proceedings* », Cah. Arb., 2012, n°2.
1257 *Excalibur,* 2011 EWHC 1624 (Comm).

l'espèce. En droit anglais, lorsque le règlement Bruxelles I bis n'était pas applicable, le juge avait la possibilité de prononcer les injonctions anti-suit (voir *supra*).

655. L'EAA (English Arbitration Act), ne prévoit pas la possibilité pour le juge étatique d'ordonner des injonctions anti-suit, c'est la raison pour laquelle, le juge anglais, dans l'affaire Excalibur, a dû revenir sur les dispositions du Senior Courts Act de 1981 afin d'expliquer sa décision. Dans cette décision, le pouvoir du juge d'interdire la poursuite d'une procédure arbitrale située devant une juridiction étrangère a été affirmé de manière non équivoque (§54). Le juge rappelle également, dans cet arrêt, le choix des juridictions anglaises de ne pas adopter l'effet négatif du principe de compétence-compétence et souligne que l'EAA n'accorde pas de priorité au tribunal arbitral pour se prononcer sur sa propre compétence. Dans l'affaire Excalibur, l'injonction anti-suit a été accordée par le juge même si la CCI avait confirmé la compétence du tribunal arbitral. Dans cette affaire, le tribunal n'était pas encore constitué. Dans une autre affaire jugée par le même juge, l'injonction demandée n'avait pas été accordée en raison de l'avancement de la procédure arbitrale[1258].

La jurisprudence anglaise a construit un régime précis autour de ce mécanisme des injonctions anti-suit, alors que dans d'autres systèmes juridiques notamment le système civiliste, l'idée d'une telle intervention du juge étatique dans l'arbitrage est inacceptable.

656. Il est intéressant de comparer l'approche du droit français, à celle du droit anglais qui privilégie l'intervention du juge étatique. En France, l'application stricte de l'effet négatif du principe de compétence-compétence ne permet pas au juge français d'apprécier les faits de l'espèce, aucune interférence du juge étatique n'est permise dans l'affaire des arbitres. L'arrêt Excalibur intervient quelques mois seulement avant un arrêt de la Cour de cassation témoin de la stricte application de l'effet négatif du principe de compétence-compétence en France[1259]. Les juges anglais accordent plus d'importance à l'efficacité commerciale par rapport à l'efficacité de l'arbitrage en renonçant à l'effet négatif du principe de compétence-compétence.

En France, lors d'une affaire jugée en 2011[1260], les demandeurs ont demandé au juge français de se déclarer compétent et rendre une décision au fond du litige, en interdisant au tribunal arbitral constitué de poursuivre sa mission. La Cour de cassation a décidé « *qu'il n'entrait pas dans les pouvoirs du juge étatique français d'intervenir dans le déroulement d'une instance*

1258 *Internet FZNO v. Ansol Ltd* (2007) EWHC 226 (comm.)
1259 Cass. Civ. 1re, 12 octobre 2011, *Elf Aquitaine c/ Interneft,* sn°11-11058.
1260 Cass. Civ. 1ère, 12 octobre 2011, n° 11-11058.

arbitrale ». Le juge français ne peut ordonner une injonction quelconque à un tribunal arbitral international, quelles que soient les circonstances. Selon la Cour de cassation, « *même en référé, même si l'urgence, un dommage imminent ou un trouble manifestement illicite est allégué* »[1261], aucune injonction ne peut être prononcée à l'encontre du tribunal arbitral, par le juge. En France, l'effet négatif du principe compétence-compétence est appliqué religieusement au point d'en déduire un principe à part entier de non-interférence, pour assurer plus d'indépendance à l'arbitrage.

657. Nous avons noté que les injonctions anti-suit sont généralement accordées pour protéger les principes de la procédure équitable et la partie faible ainsi qu'en considération des arguments économiques. C'est vrai que ces injonctions ne pourraient pas s'integrer dans le cadre du droit de l'arbitrage français ou même européen[1262], notamment en considération du principe de faveur à l'arbitrage. Cependant, mis à part son fondement juridique, l'injonction anti-suit a des utilités pratiques, surtout si elle est accordée de façon restrictive. L'interdiction de commencer ou poursuivre une procédure peut être utile pour empêcher les parties de suivre une procédure totalement inutile qui aura un coût considérable et fera perdre du temps. Également, une injonction anti-suit, peut éviter les manœuvres dilatoires d'une partie de mauvaise foi qui commence une procédure qui n'a pas de raison d'être pour attarder la procédure arbitrale.

Le principe compétence-compétence permet à l'arbitre de se prononcer sur sa propre compétence. Néanmoins, le juge étatique reste compétent pour contrôler la décision du tribunal arbitral sur sa compétence. Il examine l'existence et la régularité de la formation de la convention d'arbitrage pour apprécier sa validité et son applicabilité en l'espèce.

Section II. Le contrôle du juge étatique sur la validité de la convention d'arbitrage

658. La compétence du tribunal arbitral pour se prononcer sur sa propre compétence est généralement admise en vertu du principe compétence-compétence. Néanmoins, le juge étatique est également compétent pour examiner la compétence du tribunal arbitral pour

1261 L. degos, « *l'absence de pouvoir d'injonction du juge étatique envers l'arbitre en application d'un principe de non-interférence* », Cah. Arb., 1 juillet 2010 n° 3, P.853.
1262 V. CJCE,10 février 2009, *Allianz SPA, anciennement Riunione Adriatica di Sicurta Spa e.a. contre West Tankers Inc*, , C-185/07.

connaître du litige. Il a le dernier mot dans le cadre du contrôle de la sentence arbitrale, mais son intervention peut se situer à des stades différents. Nous allons étudier le contrôle de la convention d'arbitrage par le juge étatique en France (Sous-section I), et en droit comparé (Sous-section II).

Sous-section I. Le contrôle de la validité de la convention d'arbitrage par le juge français

659. La convention d'arbitrage est appréciée de façon autonome par rapport au contrat principal (§I). Le contrôle du juge français sur l'existence, la validité et l'applicabilité de la convention d'arbitrage est plein (§II). Le contrôle du juge français n'intervient qu'après le prononcé de la sentence, en vertu du principe compétence-compétence. Il apprécie les effets de la convention d'arbitrage dans une perspective de faveur à l'efficacité de l'arbitrage (§III).

§I. Le principe d'autonomie de la convention d'arbitrage

660. L'autonomie de la convention d'arbitrage est un principe fondamental du droit de l'arbitrage. La convention d'arbitrage est autonome par rapport au contrat principal. Ce principe a des conséquences importantes notamment concernant le droit applicable à la convention d'arbitrage.

Le plus souvent la convention d'arbitrage prend la forme d'une clause compromissoire, qui se présente comme l'une des stipulations du contrat. La clause a donc un lien intellectuel avec le contrat et n'a pas de sens sans l'existence du contrat. Dans le cas où la relation juridique est encadrée par un contrat, on peut admettre que la clause a, *a priori,* un caractère accessoire par rapport au reste du contrat. Mais la jurisprudence française a consacré le principe de l'autonomie de la convention d'arbitrage qui est aujourd'hui l'un des fondements du droit de l'arbitrage. Il a été admis pour la première fois en 1963 dans l'arrêt Gosset[1263]. Aujourd'hui, il est affirmé par l'article 1447 du CPC, qui énonce que « *la convention d'arbitrage est indépendante du contrat auquel elle se rapporte* ». L'inefficacité du contrat n'affecte pas la

1263 Cass. Civ. 1re, 7 mai 1963, Bull. civ. I, n° 246 ; D. 1963, Jur. p. 545, note J. Robert ; Rev. crit. DIP 1963, p. 615, note H. Motulsky ; JDI 1964, p. 83, note J.-D. Bredin

convention d'arbitrage et la nullité de la convention d'arbitrage n'a pas d'effet sur la validité du contrat dans lequel elle est insérée, elle est simplement réputée non-écrite.

661. La préoccupation inspirant le principe d'autonomie, était de favoriser l'efficacité de la convention d'arbitrage. En effet, en l'absence du principe d'autonomie, l'arbitre statuant sur l'annulation d'un contrat, priverait la clause d'arbitrage, et la procédure arbitrale qui en découle, de son efficacité. Le principe d'indépendance de la clause compromissoire correspond, à la volonté des parties de soumettre aux arbitres, l'ensemble du contentieux relatif au contrat, y compris le contentieux de la validité. De plus, le principe d'autonomie de la convention d'arbitrage a pour effet d'assurer l'efficacité de la convention arbitrale ; dans le cas de résiliation unilatérale du contrat par l'une des parties, à défaut d'application du principe d'indépendance, la clause d'arbitrage cesserait de produire ses effets en même temps que le contrat. Pour supprimer la compétence arbitrale, il suffirait, donc, de résilier le contrat.

662. Une question fondamentale se pose concernant la dimension accessoire de la clause d'arbitrage. Le principe d'indépendance a-t-il pour fonction de mettre complètement de côté le caractère accessoire de la clause d'arbitrage ? D'une part, la dimension autonome de la clause détermine la plupart des solutions concrètes de la jurisprudence française qui applique parfois, le principe d'autonomie de façon très extrême. De la même manière, selon la jurisprudence française, le fait que le contrat principal ne soit jamais entré en vigueur, n'empêche pas forcément la clause d'arbitrage de s'appliquer. D'autre part, les solutions de la jurisprudence française ne vont pas jusqu'à nier l'existence d'un lien entre la clause et le contrat. Par exemple, la jurisprudence relative à la transmission de la convention d'arbitrage a admis que dans le cas où le contrat ou les droits contractuels seraient transmis, la clause d'arbitrage est également transmise comme un accessoire du contrat principal (v. *infra*).

663. L'application du principe de l'autonomie de la clause pose également la question de la détermination du droit national qui s'applique à la clause. Quelle est l'incidence de l'autonomie de la clause sur la détermination du droit qui la régit ?

Souvent la convention d'arbitrage prend la forme d'une clause compromissoire qui figure dans un contrat. Ce dernier peut comporter une indication expresse concernant la loi applicable choisie par les parties. En considérant la clause d'arbitrage comme un accessoire au contrat, on pourrait être tenté d'étendre, le choix de la loi applicable au contrat par les parties, à la clause d'arbitrage. C'est la solution du droit anglais et dans une large mesure du droit américain. Plus généralement, lorsque les parties n'ont pas choisi la loi applicable au contrat, on pourrait

considérer que la clause d'arbitrage est soumise à la loi régissant le contrat, comme l'ensemble des clauses du contrat.

Cependant, en droit positif, cette question est controversée. L'article 5 :1 de la convention de NY prévoit comme motif de non-reconnaissance de la sentence arbitrale, l'invalidité de la convention d'arbitrage. La validité de la convention d'arbitrage s'apprécie en vertu de la loi choisie par les parties ou à défaut d'une indication à cet égard, en vertu de la loi du pays du siège. Or, l'expression loi choisie par les parties peut être interprétée au moins de deux façons. Il peut s'agir de la loi choisie pour la convention d'arbitrage ou de la loi choisie pour le contrat principal.

664. En France la solution est autre. Il a été décidé dans l'arrêt Dalico[1264] qu'« *en vertu d'une règle matérielle de droit international de l'arbitrage, la clause compromissoire est indépendante juridiquement du contrat principal qui la contient. Son existence et son efficacité s'apprécient sous réserve des règles impératives du droit français et de l'ordre public international d'après la commune volonté des parties, sans qu'il soit nécessaire de se référer à une loi étatique* ». Cette solution a été réaffirmée à plusieurs reprises[1265]. Cette jurisprudence se réfère à une règle matérielle de droit de l'arbitrage en estimant qu'il n'est pas nécessaire de se référer à une loi étatique. Il convient d'appliquer des règles matérielles existant en dehors de tout ordre juridique étatique y compris de l'ordre juridique français, à la clause d'arbitrage.

Selon cette jurisprudence, du point de vue français, l'existence et la validité de la convention d'arbitrage dépendent de deux critères. D'une part, la commune volonté des parties appréciée sans référence aux règles d'une législation quelconque. D'autre part, le respect de certains aspects fondamentaux de l'ordre juridique français c'est-à-dire les règles impératives du droit français connues sous la notion d'ordre public international français.

665. L'efficacité de l'autonomie de la volonté des parties n'est pas sans limites. En principe nous ne sommes pas en présence d'un ensemble de règles prédéterminées et il s'agit plutôt d'une sorte de directives très générales données au juge. Ce dernier doit écarter une convention

1264 Cass. Civ. 1re, 20 déc. 1993, 1ère, *Municipalité de Khoms El Magreb v. Dalico,* n° 91-16.828, Rev. crit. DIP 1994. 663, note P. Mayer ; RTD com. 1994. 254, obs. J.-C. Dubarry et E. Loquin; Rev. arb. 1994. 116, note H. Gaudemet-Tallon ; JDI 1994. 432, note E. Gaillard.
1265 Par ex. Cass. Civ. 1re, 30 mars 2004, n° 01-14.311, RTD com. 2004. 443, obs. E. Loquin ; Rev. arb. 2005. 959, note C. Seraglini ; JCP 2004. II. 10132, note G. Chabot ; S. Bollée., Paris, 14 mai 2019, n° 17/06397, Dalloz actualité, 28 janv. 2020, obs. J. Jourdan-Marques ; Gaz. Pal. 2019, n° 49, p. 23, obs. D. Bensaude.

d'arbitrage entachée d'un vice particulièrement grave sans se référer à une législation en particulier. Par exemple, une clause conclue par une personne vulnérable ou incapable peut être considérée comme nulle pour l'absence de discernement de cette partie au titre de l'ordre public international français. Également, une convention d'arbitrage portant sur les litiges concernant l'état des personnes doit être écartée en raison de l'indisponibilité de cette matière qui est une règle d'ordre public international français.

666. L'idée principale derrière cette jurisprudence, dont il faut souligner que c'est une spécificité française, était de repousser les limites de la validité des conventions d'arbitrage, favoriser l'efficacité de celles-ci et immuniser les clauses d'arbitrage contre les causes d'annulation connues par les droits étatiques. Cependant, cette jurisprudence est marquée par des notions floues et indéterminées, ce qui engendre l'insécurité juridique et l'imprévisibilité. Par exemple, dans le cadre d'une clause contenue dans l'offre de contrat, la question se pose de savoir si le silence peut valoir acceptation ? Il n'existe pas de réponse claire à ce propos dans l'ordre public international.

Dans une certaine mesure, ce qu'a été admis par la jurisprudence est très illusoire. Il n'est pas complètement possible de se passer de règles déterminées. Les juges, parfois, ont tendance à s'inspirer des solutions du droit interne français. En matière d'interprétation des clauses d'arbitrage, les juges français se réfèrent à des principes d'interprétation, calqués sur ceux du Code civil. Surtout, ils ne trouvent presque jamais que la clause n'est pas valable.

Cette jurisprudence qui suggère la dissolution de toute règle de droit déterminée est à nuancer pour deux raisons essentielles. D'une part, sur certains points, il existe des règles précises, soit posées par le législateur, soit posées par la jurisprudence elle-même notamment en matière d'arbitrabilité des litiges. Ces règles fondamentales s'appliquent, abstraction faite de tout raisonnement en termes de conflit de lois. D'autre part, la jurisprudence semble admettre que les parties puissent faire le choix de soumettre la convention d'arbitrage à la loi d'un pays donné[1266]. Dans l'arret Pharaon, la cour a souligné que, la loi choisie par les parties est susceptible de régir « *l'efficacité, le transfert et l'extension de la clause compromissoire* »[1267]. Autrement dit, en choisissant la loi applocable à la convention d'arbitrage, les parties peuvent

1266 Cass. Civ. 1ère, 30 mars 2004, *Uni-Kod*, n° 01-14.311, RTD com. 2004. 443, obs. E. Loquin ; Rev. arb. 2005. 959, note C. Seraglini ; JCP 2004. II. 10132, note G. Chabot ; S. Bollée. Confirmé par C.A. Paris, 23 juin 2020, *Kout Food*, n° 17/22943, Dalloz actualité, 15 janv. 2021, obs. J. Jourdan-Marques ; Cah. arb. 2020. 61, note P. Rosher ; Rev. arb. 2020. 701, note E. Gaillard ; JDI 2021. 153, note J.-B. Racine.
1267 C.A. Paris, 15 juin 2021, n° 20/07999.

écarter non seulement l'application de la règle matérielle issue de la jurisprudence *Dalico*, mais également celles relatives à la transmission et à l'extension de la clause compromissoire, dont on sait que le régime n'est pas parfaitement identique[1268].

Cependant, l'existence d'un tel choix ne résulte pas du simple fait que les parties ont désigné une loi pour régir le contrat, il faudrait que les parties aient spécifiquement précisé qu'elles souhaitent soumettre la convention d'arbitrage à la loi d'un pays déterminé. Or, cette hypothèse ne se rencontre quasiment jamais en pratique. En l'absence de choix de la loi applicable à la convention d'arbitrage, l'examen se réalise à l'aune des règles matérielles françaises.

§II. L'appréciation de la validité de la convention d'arbitrage par le juge français

667. Le juge français ne contrôle la validité et l'applicabilité de la convention d'arbitrage qu'au stade du contrôle de la sentence arbitrale. Ceci étant, lorsqu'il contrôle, son contrôle est plein. (A). Certaines conditions doivent être remplies pour la validité de la convention d'arbitrage (B).

A. L'intensité du contrôle de la compétence du tribunal arbitral par le juge français

668. En réalité, la décision de l'arbitre sur sa propre compétence n'a qu'une portée limitée en raison de l'existence de ce chef de contrôle. Le juge étatique n'est pas lié par l'appréciation de l'arbitre de sa compétence. Il peut rejuger la question. Toutefois, aucun contrôle de la recevabilité d'une demande n'est possible pour le juge étatique sur le fondement de l'interdiction de révision au fond de la sentence en droit français de l'arbitrage. L'incompétence est considérée comme une exception de procédure (les articles 73 et 74 du CPC), alors que le défaut de qualité à agir (fondement de non-recevabilité de la demande en l'espèce) constitue une fin de non-recevoir (l'article 122 du CPC).

1268 v. not. l'arrêt *ABS* qui fait la synthèse de ces deux règles, Civ. 1re, 27 mars 2007, n° 04-20.842, *Alcatel Business System (ABS)*, D. 2007. 2077, obs. X. Delpech , note S. Bollée ; *ibid*. 2008. 180, obs. T. Clay ; Rev. crit. DIP 2007. 798, note F. Jault-Seseke ; RTD civ. 2008. 541, obs. P. Théry ; RTD com. 2007. 677, obs. E. Loquin ; Rev. arb. 2007. 785, note J. El-Ahdab ; JDI 2007. 968, note C. Legros ; LPA 2007, n° 192, note F. Parsy ; JCP 2007.II.10118, note C. Golhen ; *ibid.* 2007.I.168, § 11, obs. Ch. Seraglini ; *ibid.* 2007.I.200, § 11, obs. Y.-M. Serinet ; LPA 2007, n° 160, note A. Malan ; Gaz. Pal. 21-22 nov. 2007, p. 6, note F.-X. Train ; CCC 2007. 166, note L. Leveneur.

Un arrêt sur la distinction entre l'appréciation de la compétence et la recevabilité a été rendu par la Cour d'appel en 2013 qui a considéré que « *l'appréciation de la qualité est une question de recevabilité de l'action exercée devant le tribunal arbitral et non une question de compétence des arbitres et ne saurait être contestée devant le juge du recours sur le fondement de l'article 1520-1° du Code de procédure civile* »[1269]. Un second arrêt sur la question est intervenu pour préciser que la détermination du pouvoir d'une partie d'agir devant l'arbitre est une question de recevabilité et non de compétence et ne peut être invoquée devant le juge d'exequatur[1270].

669. Lorsque les parties estiment que le tribunal arbitral s'est déclaré à tort compétent, le seul moyen de recours contre la sentence arbitrale est le recours en annulation. Selon la jurisprudence, « *aucune limitation n'est apportée au pouvoir de cette juridiction de rechercher en droit et en fait tous les éléments concernant les vices en question* »[1271]. Dans le cadre de recours contre la sentence arbitrale, le contrôle de la compétence est « plein », prenant en compte tous les éléments de fait et de droit depuis l'arrêt *Abela*[1272]. Cette solution est aujourd'hui clairement établie[1273]. En général, la Cour d'appel met en œuvre les moyens prévus par le CPC pour se prononcer sur l'existence ou non des griefs invoqués par la partie recourant. Elle prend donc en compte les éléments de fait et de droit, qu'elle peut obtenir à l'aide de tous les moyens qu'elle juge nécessaires. La Cour d'appel ne juge pas l'affaire au fond, mais l'examen des griefs d'annulation doit s'effectuer en fonction de toutes les informations pertinentes[1274]. On peut en déduire que *« le contrôle du juge ne va pas se limiter à la seule*

1269 C.A. Paris, Pôle 1 — Ch. 1, 26 février 2013, *Sprecher et autres d Bugshan et autres,* RG n° 2011/17969, en somm. in Rev. arb., 2013. 524.

1270 C.A. Paris, Pôle 1—Ch. 1, 2 décembre 2014, *Nigerian National Petroleum Corporation c/ Lutin Investments Limited,* n° 13/05975, en somm. in Rev. arb., 2014.1042 ; Gaz. Pal., 2015, n° 72-73, chr. D. Bensaude, spéc. p. 9.

1271Civ. 1re, 6 janv. 1987, *SPP c/ Égypte*, Rev. arb. 1987. 469, note P. Leboulanger ; JDI 1987. 638, note B. Goldman ; 6 oct. 2010, *Abela*, n° 08-20.563, D. 2010. 2441, obs. X. Delpech; *ibid*. 2933, obs. T. Clay; Rev. crit. DIP 2011. 85, note F. Jault-Seseke ; Rev. arb. 2010. 813, note F.-X. Train ; JCP 2010. 1028, note P. Chevalier ; *ibid*. 1286, obs. J. Ortscheidt ; Gaz. Pal. 8 févr. 2011. 14, obs. D. Bensaude.

1272 Cass. Civ. 1re, 6 oct. 2010, n° 09-10.530, *Abela*, Dalloz actualité, 21 oct. 2010, obs. X. Delpech; D. 2010. 2442, obs. X. Delpech ; *ibid*. 2011. 265, obs. N. Fricero ; Rev. arb. 2010. 813, note F.-X. Train ; JCP 2010. 1028, note P. Chevalier ; *ibid.* I. 1286, obs. J. Ortscheidt ; Gaz. Pal. 8 févr. 2011. 14, obs. D. Bensaude ; C.A. Paris, 12 juill. 1984, *Égypte c. SPP*, Rev. arb. 1986. 75 ; JDI 1985. 129, note B. Goldman ; Cass. Civ. 1re, 6 janv. 1987, n° 84-17.274, *SPP c. Égypte*, Rev. arb. 1987. 469, note P. Leboulanger ; JDI 1987. 638, note B. Goldman. La Cour d'appel de Paris a considéré dans le cadre de l'arrêt *Abela* que le juge de l'annulation prend en compte « *tous les éléments de droit et de fait tels qu'ils résultent du dossier 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* ».

1273 V. C.A. Paris, 5 mai 2011, *Biolliance c/ Spepharm Holding* ; Cass. civ. 1re, 1er juin 2011, *Société Pharmethica c/ société Euronda* et Cass. Civ. 1re, 6 juillet 2011, *Ehrman c/ Billon,* en somm. *in Rev. arb.*, 2011.841. Sur ces trois arrêts, v. obs. D. Mouralis, « Examen approfondi de la compétence de l'arbitre par le juge contrôlant la sentence : quelques précisions et illustrations », Cah. arb., 2012.167. V. également C.A. Paris, 20 déc. 2018, *Garoubé*, n° 16/25484.

1274 J. Pellerin, « *Rôle et fonction de la cour d'appel* », art. préc., n° 16.

sentence, mais va prendre en compte tout le dossier »[1275]. Il est intéressant de rappeler que les éléments du dossier peuvent inclure les pièces qui n'ont pas été soumises aux arbitres[1276]. Une fois que la sentence est rendue, le contrôle de la compétence de l'arbitre est plein[1277].

Comme déjà mentionné, pour que le recours en annulation soit efficace, la Cour d'appel doit avoir accès à tous les éléments de fait et de droit pour exercer le contrôle qui lui est conféré. L'un des éléments qui peuvent s'avérer déterminants dans l'examen des griefs de l'annulation est le témoignage de l'arbitre. Certains suggèrent que les arbitres soient entendus par la Cour d'appel, au moins dans certaines conditions[1278]. Il n'y a pas de raison pour la Cour d'appel de ne pas solliciter le témoignage d'un arbitre pour se prononcer sur les griefs d'annulation de la sentence. Dans le but d'établir la réalité à la lumière de tous les éléments de fait et de droit, la Cour d'appel aurait même un devoir d'entendre les arbitres qui ont rendu la sentence dans certaines circonstances. La coopération entre l'arbitre et le juge étatique ne se limiterait pas aux cas d'assistance du juge étatique à la procédure arbitrale, elle pourra également s'illustrer dans la communication entre l'arbitre et le juge au stade du contrôle de la sentence. Évidemment, il ne faut pas partir dans les abus concernant la sollicitation du témoignage des arbitres. Ce dernier n'est nécessaire que si le juge estime que les éléments à sa disposition ne permettent pas de déterminer la réalité et que ce témoignage pourrait éclairer certains points importants.

B. Les conditions de validité de la convention d'arbitrage

670. Certaines conditions doivent être remplies pour que la convention d'arbitrage soit valide. En droit français, la convention d'arbitrage n'est pas soumise à une condition de forme (2). Néanmoins, il faut que les parties aient consenti à soumettre leur litige à l'arbitrage (1). La convention doit porter sur une matière arbitrable (3). Également, les parties à la convention d'arbitrage doivent avoir la capacité de signer une telle convention (4).

1. Le consentement des parties

1275 J. Jourdan-Marques, *Le contrôle étatique des sentences arbitrales internationales*, Préf. Th. Clay, LGDJ, 2017, n° 359.
1276 *Ibid*.
1277 V. M. Boucaron-Nardetto, *Le principe de compétence-compétence en droit de l'arbitrage*, Préf. J.-B. Racine, PUAM, 2013, n° 700.
1278 J. Pellerin, « *Rôle et fonction de la cour d'appel* », art. préc., n° 22.

671. Concernant la formation de la convention d'arbitrage, les conditions particulières sont requises pour qu'une clause d'arbitrage soit valablement formée. L'existence d'un consentement est la première condition pour la validité de la convention d'arbitrage. Il ressort des termes de l'arrêt Dalico[1279] que la première condition consiste en la commune volonté des parties de se soumettre à l'arbitrage. Ce consentement ne s'apprécie pas par référence aux règles d'une législation particulière. Il existe quelques règles précises concernant la question du consentement donné par référence (l'hypothèse où le contrat fait référence à un document contenant une clause d'arbitrage) et de l'opposabilité de la clause d'arbitrage aux non-signataires du contrat d'arbitrage (v. *infra*). En dehors de ces points précis, l'approche de la jurisprudence est très casuistique.

672. La jurisprudence est marquée par un fort libéralisme et il peut être parfois senti qu'elle se contente d'un consentement très ténu c'est-à-dire que le juge peut aller très loin pour trouver un consentement. En réalité, la jurisprudence peut se limiter à un consentement fictif. Une difficulté récurrente qui se pose est celle de la portée du consentement. Il faut déterminer si les parties ont effectivement consenti au principe de recours à l'arbitrage. Dans un certain nombre de cas, la question se pose de savoir quels sont les litiges que les parties ont voulu soumettre à l'arbitrage.

Le problème se pose notamment dans l'hypothèse d'une clause d'arbitrage mal rédigée, ce qui n'est pas rare en pratique. Par exemple, certaines clauses donnent compétence aux arbitres pour connaître les litiges relatifs à l'interprétation et à l'exécution du contrat. La clause a été rédigée de telle manière, car les parties n'avaient pas de doute sur la validité du contrat au moment de sa formation et sa conclusion. Dans une telle situation, le contentieux de la validité du contrat échappe-t-il véritablement à la compétence des arbitres ? Une interprétation littérale de la clause suggère une réponse affirmative, qui est inopportune en pratique. En effet, si au cours de la procédure arbitrale, une partie faisait valoir que le contrat n'est pas valide, cela mettrait les arbitres dans une situation compliquée pouvant résulter en une décision de surseoir à statuer. Cette solution ne va même pas dans le sens du respect de l'autonomie de la volonté des parties, car elles n'ont pas souhaité soumettre une partie du contentieux à la compétence des juridictions étatiques. Les litiges concernant la validité du contrat n'ont pas été prévus par la clause, faute de conscience des parties. C'est la raison pour laquelle la jurisprudence a choisi une interprétation large des termes de la clause pour intégrer le contentieux de la validité. Elle a

1279 Cass. Civ. 1re, 20 déc. 1993, 1ère, *Municipalité de Khoms El Magreb v. Dalico, préc. Cit.*

également considéré dans plusieurs affaires que la volonté implicite des parties a été d'étendre à un contrat, une clause qui figure dans un autre contrat en raison de l'indivisibilité des deux contrats en question.

673. IL existe également des clauses pathologiques, notamment une clause désignant une institution d'arbitrage de façon incorrecte lorsque la nomination exacte de l'institution n'a pas été respectée ; ou l'institution en question n'existe pas. Certains contrats contiennent des clauses prévoyant à la fois la compétence des juridictions étatiques et le recours à l'arbitrage (par exemple l'affaire Dalico). Une autre forme de clauses problématiques est une clause blanche qui prévoit le principe du recours à l'arbitrage sans indiquer plus de détail sur les règles applicables ou le lieu où l'arbitrage se déroulera. La première question qui se pose en présence des clauses problématiques concerne leur validité. Dans le cadre d'une clause dont l'énoncé est incohérent, existe-t-il un consentement effectif à l'arbitrage ? Le fait de consentir au principe de recours à l'arbitrage dans une clause blanche ne pose-t-il pas un problème d'indétermination de l'objet ?

Il n'existe pas de principe général ou de règle précise concernant la validité de telles clauses. Chacune des clauses mentionnées pose des problèmes particuliers en fonction des différents contextes. Cependant, il y a dans la jurisprudence une tendance très générale de faveur pour la validité des clauses d'arbitrage. Les juges font le nécessaire pour que la clause s'applique et que les parties aient la possibilité d'emprunter la voie de l'arbitrage.

674. Le terrain d'interprétation de la clause a été visé par la jurisprudence. La Cour d'appel de Paris dans un arrêt du 7 avril 2011[1280] a admis qu'il existe un principe d'effet utile selon lequel lorsque les parties insèrent une clause d'arbitrage dans le contrat, il faut en présumer que leur intention a été d'établir un mécanisme efficace pour le règlement des litiges visés par la clause compromissoire. Cependant dans certains cas, il est impossible de raisonner en termes d'interprétation, notamment, en présence d'une clause prévoyant la possibilité d'appel contre une sentence internationale pour les parties. L'organisation des appels est d'ordre public et une telle clause ne peut avoir d'effet. En présence d'une telle clause, soit, il faut considérer la clause comme non écrite (de la même manière que toute autre clause contraire à l'ordre public), soit, il faut considérer que seul le principe de recours à l'arbitrage établi par la clause est valide. Selon le second raisonnement, ce qui est important dans l'esprit des parties est le recours à

1280 C.A. Paris (Pole 1 _ Ch.1), 7 avril 2011, *S.A. Bourbon c/ M. Henri de Villeneuve*, n°2011/30.

l'arbitrage. Cette interprétation est raisonnable s'il est établi que la stipulation d'un appel n'est pas déterminante du consentement à l'arbitrage.

La tendance jurisprudentielle est en général favorable à la validité de la clause compromissoire. Par exemple, les clauses blanches en matière d'arbitrage international sont considérées comme valables par la jurisprudence. Cependant, la difficulté de la détermination des modalités de déroulement de la procédure arbitrale persiste. L'un des remèdes possibles consiste en l'intervention du juge d'appui qui a la possibilité de prendre des mesures pour permettre à l'arbitrage de se dérouler. Cela suppose la compétence du juge d'appui français.

2. La forme de la convention d'arbitrage

675. Concernant les exigences de la forme de la convention d'arbitrage, selon l'article 1507 du CPC *« la convention d'arbitrage n'est soumise à aucune condition de forme* ». Cette solution contraste avec celle de la convention de NY qui dans son article 2 paragraphes 1 et 2 admet l'exigence d'un écrit. Elle est également contraire à la solution française concernant l'arbitrage interne de l'article 1443 du CPC qui soumet la validité de la forme de la clause d'arbitrage à l'exigence d'un écrit. Ainsi la discussion sur la qualification d'un écrit est évitée par l'article 1507 du CPC. L'aspect le plus important de cette liberté est probablement le fait qu'en présence d'aucune exigence de forme particulière, il est possible d'admettre la validité de la clause compromissoire par référence. Les parties se trouvent alors soumises à une convention d'arbitrage figurant dans un document auquel renvoie le contrat signé par elles. Cette hypothèse est particulièrement fréquente en présence des contrats renvoyant aux conditions générales de vente. Selon l'arrêt Strojexport[1281] de 11 février 1997, en matière d'arbitrage international, la convention d'arbitrage par référence à un document qui la stipule est valable lorsque la partie à laquelle on l'oppose en a eu connaissance au moment de la conclusion du contrat et qu'elle a, fut-ce, par son silence accepté cette référence.

3. L'arbitrabilité du litige

676. Une des conditions de la validité de la convention d'arbitrage est l'arbitrabilité du litige en question. Pour que la convention d'arbitrage soit valable, il faut que la matière sur laquelle

1281 Cass. Civ. 1re, 11 févr. 1997, *Sté Strojexport c/ Banque nationale de Syrie*, Bull. civ. I, n° 47 ; GA, n° 60 ; D. 1997.

elle porte soit arbitrable. L'arbitrabilité consiste en la possibilité de soumettre un litige à l'arbitrage. Certains types de litiges ne peuvent pas être réglés par l'arbitrage comme ceux portant sur l'état des personnes, même si les intéressés expriment leur consentement à cet effet. Les frontières de l'arbitrabilité ne sont pas les mêmes dans tous les droits nationaux. Par exemple, en droit américain, certaines questions de droit de la famille peuvent être référées à l'arbitrage, notamment les litiges relatifs à la garde des enfants alors que cette possibilité n'existe pas en droit français. La question d'arbitrabilité est étroitement liée à la question de la libre disponibilité des droits.

677. L'arbitrage est surtout répandu dans le domaine du commerce international dans lequel la plupart des litiges sont contractuels. En principe, les droits en cause sont patrimoniaux et ne posent pas de problème particulier au niveau de l'arbitrabilité. En pratique, même en matière contractuelle, il faut tenir compte de l'existence des réglementations d'ordre public. En droit international privé, ces réglementations sont connues sous la dénomination de lois de police. Ces dernières sont des règles qui présentent une sorte d'impérativité renforcée et sont considérées comme impérativement applicables aux contrats, quelle que soit la loi qui les régit normalement. Par exemple, en droit de la concurrence, un contrat soumis par les parties, à la loi d'un pays, qui a un effet anticoncurrentiel dans un autre pays, heurte les lois de police de ce deuxième pays. Les règles en question s'appliquent en tant que lois de police, quelle que soit la loi choisie par les parties. En matière d'application des lois de police, le législateur témoigne davantage de confiance aux juridictions étatiques qu'aux arbitres notamment lorsque les parties ont choisi la loi applicable.

678. La question peut se poser de savoir si, en pratique, les États restreignent l'arbitrabilité en présence des lois de police. L'objectif recherché est d'assurer la bonne application des lois de police, et certains considèrent qu'il n'est pas nécessaire d'interdire complètement le recours à l'arbitrage. Il est possible de ne pas compromettre le déroulement de la procédure arbitrale et effectuer un contrôle sur la sentence rendue, au titre de l'ordre public et de sa conformité aux lois de police. Cette idée a largement inspiré l'attitude des droits nationaux vis-à-vis de l'arbitrabilité, mais présente un inconvénient par rapport à l'économie procédurale.

Aux États-Unis, un arrêt très connu de 1985 Mitsubishi[1282], a mis en avant le problème de l'arbitrabilité d'un litige en matière de droit anti trust (anti concurrence). Aujourd'hui, cette solution qui a fait école en droit comparé consiste à admettre l'arbitrabilité et à se contenter

1282 *Mitsubishi Motors Corp. V. Soler Chrysler-Plymouth, Inc*., 473 U.S. 614, 624-28 (1985).

d'exercer un contrôle sur la sentence, une fois que celle-ci est rendue. Cette solution se fonde sur deux raisons essentielles. D'une part, l'inarbitrabilité n'est pas considéré comme une mesure proportionnelle pour surmonter le risque de non-respect des lois de police. Cette affirmation est à relativiser notamment au regard de l'importance du respect des lois de police. Également, le contrôle des règles à ce stade suppose un recours en annulation formé par une des parties. Dans le cas où aucune des parties ne contesterait la décision, on assiste à une violation régulière des lois de police, ce qui est contraire à la nature obligatoire de celles-ci. D'autre part, cette solution se fonde sur l'argument reposant sur le principe de faveur à l'arbitrage. Il existe un risque que les arbitres se déclarent incompétents du seul fait que le litige met en cause les règles d'ordre public, qui peut rendre le litige inarbitrable.

679. Dans les années 1990s, la jurisprudence française a admis l'arbitrabilité des litiges qui mettent en cause des règles d'ordre public. La Cour d'appel de Paris dans les arrêts Ganz de 29 mars 1991[1283] et Labinal de 19 mai 1993[1284] a décidé que l'arbitrabilité d'un litige n'est pas exclue du seul fait qu'une réglementation d'ordre public est applicable aux rapports de droit litigieux. La Cour ajoute qu'en matière internationale l'arbitre dispose du pouvoir d'appliquer les principes et règles relevant de l'ordre public international, ainsi que de sanctionner leur méconnaissance éventuelle sous le contrôle du juge de l'annulation.

Certains litiges restent, toutefois, inarbitrables selon l'arrêt Ganz. Dans ces cas, l'inarbitrabilité relève de la matière, en ce qu'elle intéresse au plus près l'ordre public international. La compétence arbitrale est alors exclue de façon absolue, du fait de la nullité de la convention d'arbitrage. Il faut rapprocher cette ligne de jurisprudence, à la jurisprudence Dalico[1285] qui conduit à exclure toute forme de raisonnement en termes de conflit de lois. La jurisprudence française ne laisse pas de place à l'application d'un droit étranger en présence des lois de police. Par conséquent, en matière d'arbitrabilité, la jurisprudence décrite s'applique, quels que soient les liens de la situation, avec l'ordre juridique français ou avec tel ou tel ordre juridique étranger.

Le problème peut se poser relativement aux lois de police étrangères comme un litige mettant en cause le droit de la concurrence d'un pays étranger. Dans un tel cas, on pourrait tenir compte des lois de police étrangères sous couvert de l'ordre public international du for.

1283 C.A. Paris, 1ère ch. Suppl., 29 mars 1991, Rev. Arb. 1991.478, note L. Idot. et Cass. Ass. Plé. 29 mars 1991, n° 89-15231

1284 C.A. Paris, 1ère ch. Suppl., 19 mai 1993, Rev. Arb. 1993.645, note Ch. Jarrosson.

1285 Cass. Civ. 1re, 20 déc. 1993, 1ère, *Municipalité de Khoms El Magreb v. Dalico, préc. Cité.*

680. En pratique, il existe une série de matières dans lesquelles l'ordre public est très présent alors qu'aujourd'hui, il n'y a plus de doute sur leur arbitrabilité comme le droit de la concurrence. De même, un litige peut se présenter dans le cadre duquel sont allégués des faits de corruption : dans une telle affaire, le litige est considéré comme arbitrable et la responsabilité d'assurer le respect des règles d'ordre public repose sur les arbitres. En cas de manquement d'un arbitre à sa responsabilité envers les règles d'ordre public, le seul remède envisageable est l'annulation de la sentence une fois rendue. En matière de droit de la concurrence, les arbitres peuvent connaître les aspects civils de la violation du droit de la concurrence comme une demande de dommages et intérêts ou une demande d'annulation de contrat. Dans un tel contexte, les arbitres ont des pouvoirs étendus, de la même manière qu'un juge étatique de droit commun.

681. Le domaine de la propriété industrielle constitue une autre matière sensible comportant des règles d'ordre public et présentant le problème d'arbitrabilité. Les différents litiges en la matière ne présentent pas les mêmes types de difficultés. Dans une action en contrefaçon, les aspects civils de ce litige peuvent être portés devant les arbitres en présence d'une clause d'arbitrage. Également, dans un contrat de cession de licence de droit de propriété industrielle, les litiges relatifs au contrat sont parfaitement arbitrables. Cependant, il peut exister des contentieux mettant en cause la validité du brevet. Un tel contentieux intéresse le fonctionnement du service public qui délivre les brevets. Sur le terrain de la compétence internationale, l'article 24 du règlement Bruxelles I bis donne compétence exclusive au juge du pays d'enregistrement du brevet. L'un des arguments pour l'inarbitrabilité de ces litiges repose sur le fait que les décisions annulant un brevet sont considérées comme ayant une portée *erga omnes* : opposable à tous. Le problème se pose dans le domaine d'arbitrage qui n'a qu'un effet relatif. C'est la raison pour laquelle la jurisprudence avait considéré que ces litiges ne sont pas arbitrables.

Néanmoins, aujourd'hui la position de la jurisprudence est moins tranchée. Elle considère que si la question de la validité du brevet se pose de manière seulement incidente, il faut considérer que l'arbitrabilité doit être admise[1286]. Cela résulte en une situation où l'arbitre admet la validité ou la nullité d'un brevet alors que sa décision n'aura qu'une portée relative au litige tranché entre les parties. Cette solution peut donner lieu à des incohérences pratiques qui ne sont pas très opportunes.

1286 C.A. Paris, 1ère chambre, 28 février 2008 et Cass. civ. 1ère, 12 juin 2013.

682. En cas d'ouverture d'une procédure collective envers l'une des parties, il existe des raisons pour exclure ou limiter la possibilité de recourir à l'arbitrage[1287]. À certains égards, le déroulement de l'arbitrage pourrait être considéré comme portant atteinte à différentes règles du droit de la faillite notamment le principe de la suspension des poursuites. La jurisprudence effectue une distinction entre le cas où la procédure d'insolvabilité a été ouverte en France et le cas de l'ouverture de la procédure collective à l'étranger. Si la procédure est ouverte sur le territoire français, le simple fait qu'une partie soit soumise à une procédure d'insolvabilité n'a pas pour effet de rendre le litige inarbitrable. Cependant, les arbitres doivent respecter les règles du droit de la faillite qui sont d'ordre public international. Si la sentence rendue viole une des règles de droit de la faillite, elle pourra être annulée et considérée comme contraire à l'ordre public. L'arbitre ne tranche pas directement un litige portant sur l'application du droit de la faillite, mais devra respecter les règles y concernant. La première règle à respecter en droit de la faillite par les arbitres est la suspension des poursuites individuelles. Le principe de la suspension des poursuites ne fait pas forcément obstacle au déroulement de l'arbitrage. Le créancier a une obligation de déclarer sa créance. Il n'a pas la possibilité de saisir le tribunal arbitral s'il n'a pas respecté cette obligation. Si le créancier avait saisi le tribunal arbitral avant l'ouverture de la procédure collective, le tribunal arbitral doit surseoir à statuer jusqu'à la déclaration de la créance. Une fois la créance déclarée, l'arbitrage se déroule sans que les arbitres aient le droit de condamner le débiteur à payer. La sentence arbitrale ne peut que constater l'existence de la créance et fixer son montant. Elle ne peut condamner le débiteur à payer cette somme[1288]. C'est une solution très formaliste.

Si la procédure d'insolvabilité est ouverte à l'étranger, il faut noter qu'auparavant, la jurisprudence française ne s'occupait pas des procédures d'insolvabilité étrangères lorsqu'il s'agissait de leur incidence sur un arbitrage. En particulier, si les arbitres violaient le droit de la faillite étranger, les juridictions françaises ne considéraient pas la sentence comme contraire à l'ordre public international. Aujourd'hui, la jurisprudence semble avoir évolué et considère que les principes de l'arrêt de poursuites individuelles, de dessaisissement du débiteur et

1287 D. Cohen, note ss Civ. 1re, 6 mai 2009, Rev. arb. 2010. 299, spéc. p. 305 : « *L'arbitrage entretient des rapports complexes et subtils avec la matière des faillites : si l'arbitrabilité du droit des procédures collectives ne fait plus aujourd'hui de doute, il n'en reste pas moins que l'arbitre ne saurait empiéter sur la compétence exclusive du juge de la faillite – notamment pour ouvrir une procédure collective du débiteur, recevoir les déclarations de créances ou nommer des représentants de la procédure – et qu'il ne saurait violer des règles d'ordre public interne, voire international, du droit des faillites, teinté de considérations d'intérêt général manifestes* ».

1288 v. sur cette question P. Ancel, « *Arbitrage et procédures collectives* », Rev. arb. 1983. 275 ; P. Ancel, « *Arbitrage et procédures collectives après la loi du 25 janvier 1985* », Rev. arb. 1987. 127 ; P. Fouchard, « *Arbitrage et faillite* », Rev. arb. 1998. 471

d'interruption de l'instance, sont d'ordre public international, et ce, même si la procédure a été ouverte à l'étranger[1289]. Si ces principes ne sont pas respectés par la sentence, on considérera qu'elle heurte l'ordre public international. Il existe, cependant, une limite à cela : les arbitres n'ont pas à tenir compte de la faillite étrangère si elle a été ouverte dans des conditions contraires aux exigences du procès équitable. Cette jurisprudence est encore naissante et la portée de cette nouvelle orientation reste à être déterminée.

Deux approches sont disponibles pour prendre en considération des procédures d'insolvabilités ouvertes à l'étranger. Une première approche, traite la procédure d'insolvabilité étrangère exactement comme une procédure française, en considérant que les devoirs des arbitres sont les mêmes que lorsque la procédure est ouverte en France. La deuxième solution consiste à considérer que c'est la loi du pays d'ouverture de la procédure qui s'applique et détermine les contraintes pesées sur l'arbitre. Cette solution reste à être confirmée par la jurisprudence et comme montrée par l'arrêt Dalico[1290], la jurisprudence française en matière d'arbitrage international, n'accepte pas la référence systématique aux solutions des lois étrangères.

4. La capacité des signataires

683. Pour que la convention d'arbitrage soit valable, il faut que les signataires de celle-ci aient le pouvoir et la capacité de signer un contrat. Certains problèmes concernant la capacité des personnes à signer une convention d'arbitrage ne se présentent que très rarement en pratique, comme la question de la conclusion d'une convention d'arbitrage par un mineur ou une personne sous tutelle. En revanche, d'autres problèmes interviennent de façon plus récurrente.

Le problème de capacité des personnes morales de droit public se pose de façon relativement fréquente. Dans de nombreux droits nationaux, il existe des règles écartant ou restreignant la possibilité pour les personnes publiques de conclure des conventions d'arbitrage. En droit français, l'article 2060 du Code civil énonce que « *sont en principe inarbitrables les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics* », mais prévoit que « *des catégories d'établissements publics à caractère industriel et commercial peuvent être autorisées à compromettre* ». Le texte de cet article connaît un certain nombre d'exceptions. La première exception notable tient au contrat de partenariat**.** L'article 11 et 14 d'une ordonnance

1289 C.A. Paris, 14 mai 2019, n° 17/09133. C.A. Paris, 22 janv. 2019, n° 17/15605.
1290 Cass. Civ. 1re, 20 déc. 1993, 1ère, *Municipalité de Khoms El Magreb v. Dalico, préc. Cit.*

du 17 juin 2004 autorise en matière de contrat de partenariat le recours à l'arbitrage avec l'application de la loi française. Cette exception permet d'écarter les règles d'inarbitrabilité subjective établies en la matière. Ces dernières concernent les personnes morales de droit public plutôt que l'objet même du litige, c'est pourquoi la question est considérée comme une sorte de problème de capacité.

684. De manière générale dans le domaine de l'arbitrage international toutes les règles restrictives ou prohibitives sont conçues avec une certaine hostilité et comme une prime à la mauvaise foi. En effet, il arrive qu'une personne morale de droit public conclut une convention d'arbitrage et au moment de déclenchement de la procédure, elle prétend que son engagement n'est pas valable en se fondant sur sa législation nationale. Concrètement, l'application de ces règles risque de permettre à la personne morale de droit public de reprendre le consentement qu'elle a exprimé. Ce résultat est perçu avec plus de défaveur en considérant le fait que si la convention d'arbitrage est effectivement écartée, la seule possibilité pour le cocontractant de faire valoir ses droits est généralement de saisir le juge du pays de la personne morale de droit public. Cependant, dans des contrats internationaux impliquant une personne morale de droit public, la préoccupation première du cocontractant est d'éviter de plaider devant le juge national de la personne publique pour s'assurer de la neutralité de la procédure.

685. La jurisprudence s'est montrée sensible à ces considérations en désactivant en matière internationale, les règles d'inarbitrabilité subjective. Le mouvement s'est fait en deux temps. D'abord, la jurisprudence a considéré que les règles du droit français limitant l'efficacité des clauses d'arbitrage conclues par les personnes publiques ne s'appliquent que dans le domaine de l'arbitrage interne. Cette solution a été consacrée par l'arrêt Galakis de 2 mai 1966 par la Cour de cassation[1291]. Après cet arrêt la question se posait concernant les règles d'inarbitrabilité subjective étrangères. La jurisprudence a considéré que ces règles ne doivent pas être prises en compte. Un premier arrêt Claire Gatoil de la Cour d'appel de Paris de 1987[1292] affirme que l'ordre public international interdit à une personne publique étrangère de se prévaloir des dispositions restrictives de son droit national pour se soustraire, *à posteriori*, à l'arbitrage convenu par les parties. Cette jurisprudence a été réaffirmée par la suite.

Sur ce terrain, la position de la jurisprudence française n'est pas isolée et un nombre élevé d'États ont adopté la même solution. C'est le cas de la législation suisse qui prévoit qu'une

1291 Cass. Civ. 1ère, 2 mai 1966, publié au bulletin.
1292 C.A Paris, 17 décembre 1991, *Gatoil c. NIOC*, Rev. arb., 1993, p. 281, note H. Synvet.

personne morale de droit public ne peut pas se prévaloir de son propre droit pour se dégager de la convention d'arbitrage[1293]. Également, la convention de Genève de 1961 énonce dans son article 2 que les personnes morales qualifiées par la loi qui leur est applicable, de personnes morales de droit public, ont la faculté de conclure valablement des conventions d'arbitrage. Le champ d'application de cette convention est limité aux États cocontractants de la convention.

686. En France, il existe une résistance émanant de la jurisprudence administrative. Le Conseil d'État considère que les personnes publiques ne peuvent pas valablement compromettre, et ce, même en matière internationale. Cette divergence entre la jurisprudence judiciaire et la jurisprudence administrative soulève une question pratique de savoir laquelle des deux jurisprudences aura davantage l'occasion de faire prévaloir son point de vue ? En présence d'une sentence rendue contre une personne publique française, les recours contre la sentence relèvent-ils de la compétence des juridictions judiciaires ou juridictions administratives ? Aujourd'hui, la question est tranchée par deux arrêts du Tribunal de Conflits qui consacrent un partage de compétences entre les juridictions judiciaires et administratives. L'arrêt Inserm[1294] du Tribunal des Conflits a posé une distinction quant à la compétence des juridictions administratives et judiciaires dans le cadre d'un recours formé contre la sentence internationale rendue en France. Le Tribunal des Conflits a ainsi décidé que les juridictions administratives étaient compétentes lorsque « *[ce recours] implique le contrôle de la conformité de la sentence aux règles impératives du droit public français relatives à l'occupation du domaine public ou à celles qui régissent la commande publique et applicables aux marchés publics, aux contrats de partenariat et aux contrats de délégation de service public* ».

L'Assemblée du contentieux du Conseil d'État, de son côté, dans un arrêt de 9 novembre 2016[1295], a confirmé la compétence des juridictions administratives pour connaître des sentences internationales mettant en cause certains contrats administratifs : en cas de recours à

1293 L'article 177 al. 2 de la LDIP suisse.
1294 Trib. confl., 17 novembre 2010, *Fondation G. Letten Saugstad c/ Inserm,* Rev. arb., 2010.275 ; id., p. 253, étude M. Audit ; AJDA, 2010.1047, obs. M.-C. de Montecler, p. 1564, étude P. Cassia ; D., 2010. AJ. 1359, obs. X. Delpech ; pan. 2330, obs. S. Bollée ; p. 2633, note S. Lemaire ; pan. 2944, obs. Th. Clay ; Gaz. Pal., 2010. jur. 1642, note M. Guyomar, p. 2379, note D. Bensaude ; JCP, 2010.1045, note Th. Clay, p. 1096, obs. E. Gaillard, p. 1204 ; obs. J. Ortscheidt, p. 2084, obs. B. Plessix ; p. 2245, obs. Th. Clay ; RTD com., 2010.525, obs. E. Loquin ; JDI, 2011, doct. 10, étude E. Loquin ; Proc., 2010. comm. n° 274, obs. C. Nourissat ; comm. n° 299, obs. S. Deygas ; RFDA, 2010.959, concl. M. Guyomar et p. 971, note P. Delvolvé ; Rev. crit. DIP, 2010.653, étude M. Laazouzi.
1295 G. Pellissier, Conclusions sur C.E., assemblée, 9 novembre 2016, *Société Fosmax LNG*, n° 388806, Lebon, *RFDA*, 2016.1154. V. sur l'ensemble de la question, E. Loquin et S. Manciaux (Dir.), *L'ordre public et l'arbitrage*, LexisNexis, 2014.

l'encontre de la sentence rendue en France ; et en cas de demande d'exequatur de la sentence, quel que soit le lieu où elle a été rendue.

687. Le pouvoir de dirigeant d'une société de conclure une convention d'arbitrage pose souvent problème au regard des statuts différents des sociétés. Cette question est au fond proche de celles de l'arbitrabilité subjective. Une personne morale qui a signé la convention d'arbitrage à travers son représentant pourra être tentée de faire valoir que la clause d'arbitrage n'est pas valable faute pour le représentant d'avoir le pouvoir d'engager la société à l'arbitrage. Le défaut de pouvoir résulte de la loi applicable à la société : *lex societatis* qui, dans la loi française, est la loi du siège de la société.

La jurisprudence française se montre hostile à la remise en cause de la convention d'arbitrage. C'est la raison pour laquelle la Cour de cassation a formellement consacré cette solution dans un arrêt Soerni du 8 juillet 2009[1296] et a considéré que « *l'engagement d'une société à l'arbitrage ne s'apprécie pas par référence à une quelconque loi nationale, mais par la mise en œuvre d'une règle matérielle, déduite du principe de la validité de la convention d'arbitrage fondée sur la volonté commune des parties, de l'exigence de bonne foi, et de la croyance légitime dans les pouvoirs du signataire de la clause pour conclure un acte de gestion courante qui lie la société* ». La Cour de cassation refuse de prendre en compte la *lex societatis* qui pourrait invalider, pour défaut de pouvoir, la convention d'arbitrage. En revanche, les arbitres ont tendance à écarter la *lex societatis* qu'après avoir vérifié que cette mise à l'écart était justifiée par la théorie de l'apparence ou bien par une ignorance excusable de la *lex societatis*.

Si la convention d'arbitrage remplit toutes les conditions requises, elle est valablement formée et produit tous ses effets. Le principal effet de la convention d'arbitrage est la compétence du tribunal arbitral pour résoudre le litige entre les parties.

§III. Les effets de la convention d'arbitrage en droit français

688. En droit français, la convention d'arbitrage produit des effets spécifiques concernant les parties signataires en leur imposant certaines obligations particulières (A). Elle produit

1296 Cass. Civ. 1ère., 8 juillet 2009 (08-16.025), n°956.

également des effets à l'égard des tiers non-signataires de la convention, en vertu de la jurisprudence française favorable à l'efficacité de l'arbitrage (B).

A. La nature des effets de la convention d'arbitrage en droit français

689. Classiquement, deux effets sont opposés à la convention d'arbitrage : un effet négatif et un effet positif. L'effet positif de la convention d'arbitrage prévoit la compétence des arbitres pour trancher le litige visé dans la convention d'arbitrage. En revanche, l'effet négatif prévoit l'exclusion de la compétence du juge étatique pour connaître ledit litige. Le lien entre les deux effets n'est pas aussi évident qu'il y paraît.

En effet, il faut considérer que les parties peuvent conclure des clauses optionnelles ou asymétriques permettant au demandeur de saisir le tribunal arbitral ou le juge d'un certain pays. Les clauses asymétriques constituent un type d'accord d'élection de for pour chacune des parties. Elles limitent le demandeur dans le choix des juridictions qu'il pourra saisir. Pour l'une des parties, il n'est possible de saisir qu'une seule juridiction -en général celle dans le ressort duquel se trouve le domicile de l'autre partie. Pour l'autre partie, il est possible de choisir parmi plusieurs juridictions celle qui est le plus adaptée en fonction de la situation.

La jurisprudence française a évolué en matière de validité de ces clauses. En effet, la Cour de cassation avait considéré qu'une clause attributive de juridiction à caractère optionnel n'était pas valable parce qu'elle présentait un caractère potestatif[1297]. Cette jurisprudence a été très critiquée. C'est la raison pour laquelle la Cour de cassation a modifié sa jurisprudence par deux

1297 Cass. civ. 1ère, 26 sept. 2012, *Rothschild*, n° 11-26.022, Rev. crit. DIP 2013, p. 256, note D. Bureau ; Banque et droit 2013, n°148, p. 3 note M.-E. Ancel, L. Marion et L. Wynaendts ; D. 2012, p. 2876, note D. Martel et 2013, p. 2293, obs. L. d'Avout, p. 1503, obs. F. Jault-Seseke ; Rev. dr. com. belge 2013, p. 443, note C. Verbruggen ; Gaz. Pal. 12 avril 2013, p. 37, obs. J. Morel-Maroger et 7 déc. 2012, obs. M. Nioche ; Cah. Arb. 2013, p. 443, note J. Barbet ; RTD Com. 2013, p. 383, obs. Ph. Delebecque ; RDC 2013, p. 661, note J.-B. Racine ; RDC 2013, p. 265, note J. Klein ; Décid. jurid. et fi. 2013, n°147, p. 24, note D. Mondoloni ; JCP E 2013, 1134, obs. C. Nourissat et 1003, note Ph. Grignon ; JCP G 2013, 105, note L. Degos et D. Akchoti ; RGDA 2013, p. 220, note R. Schulz ; Option finance 2012, n° 1198, p. 31 obs. G. Benteux et A. Chazot ; LPA 14 nov. 2012, p. 7, note J.-G. Mahinga ; RJC 2012, n° 6 p. 21 note P. Berlioz ; JCP G 2012, obs. E. Cornut.

arrêts, *Danne Holding patrimoniale*[1298] et *eBizcuss*[1299] en admettant la validité des clauses asymétriques.

690. Une question qui se pose dans le cadre de l'effet négatif de la convention d'arbitrage est celle du jeu des compétences dérivées. Lorsqu'il existe un contentieux impliquant plusieurs parties liées à la convention d'arbitrage, certaines règles spécifiques règnent en la matière. Par exemple, une règle peut permettre d'assigner tous les codéfendeurs devant le juge du domicile de l'un d'eux : l'idée est de permettre la concentration du contentieux devant le même juge. Est-ce que la clause d'arbitrage peut faire obstacle au jeu des compétences dérivées ? L'un des codéfendeurs peut-il invoquer la convention d'arbitrage pour éviter d'être attrait devant une juridiction étatique avec son codéfendeur ? La réponse est affirmative : la partie qui a conclu une convention d'arbitrage peut l'invoquer pour s'opposer au jeu des règles des compétences dérivées.

691. La convention a une dimension créatrice d'obligations. À titre d'exemple, la convention d'arbitrage met à la charge des parties, une obligation de ne pas perturber l'arbitrage en faisant preuve de mauvaise foi.

La dimension créatrice d'obligation de la clause d'arbitrage est plus clairement constatable dans le système du Common Law qui en tire des conséquences comme l'injonction anti-suit. Ces injonctions sont des ordres adressés à une partie et ont pour l'objet d'imposer à une partie de se désister d'une action en justice devant un tribunal étranger ou de ne pas commencer à engager une telle action. Le juge anglais émet une injonction de ce type dans deux cas dont l'un concerne une action engagée en violation d'une convention d'arbitrage. Cette injonction est un ordre d'exécuter, en nature, l'obligation de se soumettre à l'arbitrage[1300]. Le juge anglais ne se préoccupe pas du tout du point de vue que le juge saisi à l'étranger pourrait avoir sur la validité et l'applicabilité de la convention d'arbitrage. C'est ce qui explique l'hostilité des droits romano germaniques à ces injonctions. Dans l'espace judiciaire européen, ces injonctions ont été interdites par la Cour de justice qui a considéré qu'elles portent atteinte à l'effet utile du

1298 Cass. civ. 1ère, 25 mars 2015, *Danne Holding*, n° 13-27.264, L. d'Avout, JCP G 2015, 600 ; S. Bollée, D. 2015, p. 2031 ; L. Usunier, RTD Civ. 2015, p. 844 ; M.-E. Ancel, Banque et droit 2015, n° 163, p. 4 ; J. Morel-Maroger, Gaz. Pal. 31 juil. 2015, p. 29 ; J.- P. Mattout et A. Prüm, Dr. et pat. 2015, n°250, p. 90 ; J. Mestre et A.-S. Mestre-Chami, RLDA 2016, n° 115, p. 43

1299 Cass. civ. 1ère, 7 oct. 2015, *eBizcuss*, n° 14-16.898, RDC 2016, p. 282 note E. Treppoz; D. 2015, p. 2620, obs F. Jault-Seseke ; Dr. et pat. 2016, n° 256, p. 102, obs. J.-P. Mattout et A. Prüm ; Gaz. Pal. 11 nov. 2015, p. 19, C. Dupoirier et V. Bouvard ; Procédures 2015, n° 12, p. 80, obs. C. Nourissat ; Rev. dr. banc. et fi. 2016, n° 1, p. 25, note A. Vrignaud ;

1300 Pour une analyse détaillée v. *supra*.

règlement Bruxelles I bis. Ce raisonnement est assez paradoxal, car le règlement Bruxelles I bis exclut l'arbitrage de son champ d'application[1301].

B. Les personnes soumises aux effets de la convention d'arbitrage

692. *A priori,* les personnes qui ont consenti à la convention d'arbitrage sont seules soumises aux effets de la clause d'arbitrage, en vertu de l'application du principe de l'effet relatif des contrats. Cependant, des difficultés peuvent intervenir dans deux hypothèses. Premièrement, en cas de transmission de la convention d'arbitrage, une partie qui n'a pas consenti à l'origine à la clause se trouve liée par la clause d'arbitrage, par le jeu d'un mécanisme de transmission. Deuxièmement, la jurisprudence admet sous certaines conditions qu'une partie puisse être liée par la convention d'arbitrage alors même qu'elle ne l'a pas signé, par le mécanisme de l'extension de la convention d'arbitrage.

1. La transmission de la convention d'arbitrage

693. En cas de transmission du contrat ou d'une créance née du contrat, la clause d'arbitrage contenue dans celui-ci est également transmise. Selon cette jurisprudence, la clause s'impose à toute partie venant aux droits de l'un des contractants, comme dans les cas d'une subrogation. De même, la jurisprudence considère que dans une chaîne de contrats translatifs de propriété la clause est transmise avec les droits contractuels de l'acquéreur initial[1302]. Pour justifier cette solution, la Cour fait référence à la notion d'accessoire et considère que la clause est un accessoire de l'action et que l'action elle-même est un accessoire des droits contractuels.

La clause d'arbitrage a configuré le régime juridique des droits contractuels alors que la transmission d'un droit contractuel ne doit pas résulter en la modification de son régime. Une partie ne peut que transmettre les droits dont elle dispose en vertu du contrat et le fait de transmettre le contrat sans la clause compromissoire reviendrait à transmettre des droits différents. La jurisprudence raisonne en termes de règles matérielles et n'introduit pas une règle de conflit de lois qui déterminerait la loi applicable à la transmission. Cependant, en l'occurrence il est impossible d'écarter, malgré tout, le conflit de lois.

1301 CJUE, 10 février 2009, *Allianz SPA, anciennement Riunione Adriatica di Sicurta Spa e.a. contre West Tankers Inc.,* Affaire C-185/07.
1302 Cass. Civ. 1ère, 27 mars 2007, *ABS*, n° 04-20842,.

694. Deux remarques peuvent être faites à ce propos. Premièrement, il faut noter qu'en cas de transmission des droits contractuels, la clause est également transmise, en raisonnant en termes de règles matérielles. Deuxièmement, la question peut se poser de savoir s'il y a effectivement une transmission des droits contractuels. Cette question appelle à un raisonnement en termes de conflit de lois. Concrètement, dans une chaîne de contrat de vente, deux questions distinctes peuvent intervenir. Tout d'abord celle de savoir si en cas de transmission des droits de l'acquéreur ou sous-acquéreur, la clause est également transmise ? Cette question est réglée par la règle matérielle admise par la jurisprudence. Ensuite, il se pose la question de savoir si dans le cas d'espèce, la loi applicable à l'action du sous-acquéreur contre le vendeur initial considère qu'il y a eu une transmission des droits contractuels. La position du droit français en la matière est très isolée. Elle renvoie à la solution de la loi applicable à l'action du sous-acquéreur pour qualifier son action de contractuelle. Si cette loi considère qu'il s'agit seulement d'une action délictuelle, il ne peut être considéré que la clause est transmise avec les droits contractuels.

695. Après un arrêt de la Cour de cassation de 28 mai 2002[1303], la jurisprudence française a perdu sa clarté sur ce point. Dans cet arrêt la Cour a considéré que l'invalidité de la cession des droits contractuels ne faisait pas obstacle à la transmission de la clause d'arbitrage. La cour de cassation a souligné qu'« *en matière internationale, la clause d'arbitrage juridiquement indépendante du contrat principal est transmise avec lui quelle que soit la validité de la transmission des droits substantiels* ». Cette solution revient à admettre que la clause est transmise avec les droits contractuels même si ces droits ne sont pas eux-mêmes transmis. Elle paraît illogique et va à contre-courant du reste de la jurisprudence qui considère que la clause est transmise avec les droits contractuels, et *a contrario*, elle n'est pas transmise toute seule. Cet arrêt reste isolé et ne reflète pas le droit positif.

2. L'extension de la convention d'arbitrage

696. La jurisprudence française considère que dans certains cas la convention d'arbitrage peut étendre ses effets à des parties qui n'y ont pas formellement consenti, mais qui ont été impliquées dans la conclusion ou dans l'exécution du contrat principal. La Cour d'appel de Paris dans un arrêt de 7 décembre 1994[1304] a admis que dans le droit de l'arbitrage international,

1303 Cass. Com., 28 mai 2002, *Cimat*, Rev. arb. 2003.397, note crit. D. Cohen.
1304 C.A. Paris, 7 décembre 1994, RTD com, 1995.401, note J.-C. Dubarry et E. Lequin.

les effets de la clause compromissoire s'étendent aux parties directement impliquées dans l'exécution du contrat, dès lors que leur situation et leurs activités font présumer qu'elles avaient connaissance de l'existence et de la portée de cette clause afin que l'arbitre puisse être saisi de tous les aspects économiques et juridique du litige.

Il faut souligner que l'implication dans l'exécution du contrat est prise en compte en tant qu'elle fait présumer une connaissance de la clause. Cette affirmation repose sur l'idée de l'existence d'une forme de consentement à la clause. La finalité de la solution est de permettre à l'arbitre d'être saisi de tous les aspects du litige et de connaître l'ensemble du contentieux quand bien même une personne n'est pas partie à la convention d'arbitrage. Le consentement est l'âme de l'arbitrage et l'arbitrage forcé n'existe que lorsqu'il est prévu par la loi. Donc l'extension de la clause d'arbitrage aux non-signataires revient à admettre que la connaissance vaut consentement dans certaines situations.

Cette solution s'applique, en général, en présence de groupes de sociétés, si les circonstances justifient son application. L'arbitre pourra étendre à la société mère une clause figurant dans un contrat signé par sa filiale. Cependant, cette extension n'est pas automatique et dans chaque cas il faudra démontrer l'implication dans l'exécution du contrat et la connaissance de l'existence de la clause d'arbitrage.

Cette jurisprudence peut également jouer en dehors des cas de groupes de sociétés. Il arrive à la jurisprudence d'en faire application pour étendre à un État, une clause d'arbitrage signée par une collectivité publique ou une entreprise publique. De même, cette jurisprudence trouve à s'appliquer dans des groupes de contrats, qui font intervenir différents contractants, c'est-à-dire des groupes de contrats où tous les intervenants d'une opération ne sont pas parties au même contrat. Par exemple, la jurisprudence a étendu à un sous-traitant, une clause insérée dans le contrat d'entreprise principal.

697. Il existe un décalage entre la manière dont cette jurisprudence se présente et ce qu'elle est en réalité. Formellement, elle se présente comme compatible avec le principe d'effet relatif des contrats, et l'idée au cœur de cette position est le fait que le tiers au contrat d'arbitrage n'est pas véritablement un tiers. On considère qu'il y a de sa part une volonté tacite d'être liée par la convention d'arbitrage. Mais en réalité, souvent le non-signataire ne connaît pas la clause, et en tous les cas, la simple connaissance n'est pas assimilable à un consentement. Cette volonté tacite est purement et simplement une fiction.

À la lecture des arrêts, ce qui fonde l'extension de la clause aux tiers, est une situation objective : une partie impliquée dans l'exécution du contrat est par conséquent liée par la clause. Le mécanise est détaché de la recherche d'un véritable consentement. La Cour de cassation n'a même plus tendance à se référer à une volonté tacite. Dans l'arrêt ABS[1305], la Cour de cassation considère que l'effet de la convention d'arbitrage internationale s'étend aux parties directement impliquées dans l'exécution du contrat et les litiges qui peuvent en résulter. Il convient de se demander si l'implication dans l'exécution peut réellement signifier le consentement d'être partie au contrat. La solution est difficile à justifier théoriquement, car le consentement est un point crucial et fondateur dans l'arbitrage. Cela revient à introduire des cas d'arbitrage sans consentement.

698. On a pu observer que dans la jurisprudence arbitrale et en droit comparé une plus grande prudence était de mise. D'abord, la recherche sérieuse de l'existence d'un consentement effectif est effectuée. Certes, certaines solutions se fondent sur d'autres notions que le consentement, mais il s'agit de notions beaucoup plus éprouvées comme la fraude, l'abus de droit, ou la confusion de fait des différentes parties. En droit comparé, nous assistons à une orientation plus restrictive que celle de la jurisprudence française.

Il est généralement admis en droit comparé qu'au stade du contrôle des sentences arbitrales, les parties peuvent contester la compétence du tribunal arbitral devant le juge étatique. Néanmoins, l'appréciation de la question de la compétence du tribunal arbitral par le juge étatique s'effectue en application des réglementations nationales de chaque État en la matière. Les moyens à la disposition du juge étatique pour effectuer un contrôle sur la compétence du tribunal arbitral diffèrent d'un pays à l'autre.

Sous-section II. L'appréciation de la validité de la convention d'arbitrage en droit comparé

699. Les droits nationaux admettent généralement le recours contre la sentence sur le fondement de l'incompétence du tribunal arbitral. Néanmoins, l'intensité du contrôle du juge et les moyens à sa disposition pour effectuer ce contrôle peuvent différer d'un pays à l'autre. Tout comme le juge français, le juge anglais exerce un contrôle plein sur la compétence du

1305 Cass. Civ. 1ère, 27 mars 2007, n° 513, 05-20.842.

tribunal arbitral. Au contraire, le contrôle du juge suisse sur les contestations de compétence du tribunal arbitral est limité aux points de droit. Pour se prononcer sur la compétence du tribunal arbitral pour connaître un litige, le juge étatique doit examiner la validité et l'applicabilité de la convention d'arbitrage. Nous allons étudier le contrôle de la convention d'arbitrage par le juge anglais (§I) et le juge suisse (§II).

§I. Le contrôle de la validité de la convention d'arbitrage par le juge anglais

En France, le contrôle de la validité de la convention d'arbitrage intervient à un stade très tardif, après le prononcé de la sentence arbitrale. La validité est contrôlée au regard d'une règle matérielle destinée à favoriser l'arbitrage. En revanche, en droit anglais le contrôle peut intervenir à tout moment, en raison de l'absence de l'effet négatif de compétence-compétence. Le juge anglais exerce un contrôle plein sur la compétence du tribunal arbitral (A). Il applique une règle de conflit de lois pour déterminer la loi applicable à la convention d'arbitrage (B).

A. Le contrôle du juge anglais sur la compétence du tribunal arbitral

700. En droit anglais, dans le cadre d'un litige concernant la compétence du tribunal arbitral[1306], cinq fondements peuvent être invoqués par les parties[1307]. Premièrement, en vertu de l'article 67 de l'EAA, les parties peuvent demander au juge anglais de se prononcer *ex post facto*, sur la compétence du tribunal arbitral. En vertu de l'article 67 de l'EAA, en cas d'incompétence du tribunal arbitral pour connaître le litige, la sentence peut être annulée intégralement ou partiellement. Elle peut également être déclarée inopposable à une partie notamment un tiers.

Deuxièmement, selon l'article 30 de l'EAA, le tribunal arbitral peut se prononcer sur sa compétence à la suite de la demande de l'une des parties. Troisièmement, sur le fondement de l'article 32 de l'EAA, le juge étatique peut également être amené à se prononcer sur la

1306 Sur ce sujet v. N. Andrews, *Andrews on Civil Processes*, volume 2. Arbitration and Mediation, Intersentia, Cambridge, Antwerp, Portland, 2013, 18.14 ff ; S Jarvin and Leventhal, « Objections to Jurisdiction », in LW Newman and RD Hill (eds), *The Leading Arbitrators' Guide to International Arbitration*, 3rd edn, New York, 2014, chapter 22.
1307 Rix LJ in *AES Ust-Kamenogorsk Hydropower Plant LLP* v. *Ust- Kamenogorsk Hydropower Plant JSC* [2011] EWCA Civ 647; [2012] 1 WLR 920, at [82].

compétence du tribunal arbitral au cours de la procédure arbitrale. Quatrièmement, l'article 72 de l'EAA prévoit que le juge étatique peut prononcer la non-opposabilité de la sentence à l'encontre d'une tierce partie qui n'a pas participé à la procédure arbitrale, faute d'avoir un lien avec celle-ci[1308]. Cinquièmement, au moment de la reconnaissance et l'exécution de la sentence, la question de la compétence du tribunal arbitral peut être soulevée, en vertu de l'article 66(3) de l'EAA, ou sur le fondement de la Convention de NY.

701. Au stade de la reconnaissance et l'exécution des sentences, le juge du pays d'exécution doit examiner de nouveau, l'argument d'une partie alléguant qu'elle n'était pas partie à la convention d'arbitrage et ne l'était pas devenue par acceptation pendant la procédure arbitrale. En effet, il est essentiel que la partie en question se soit opposée à la compétence du tribunal arbitral devant celui-ci. Dans ce cas, les juridictions du pays d'exécution de la sentence peuvent réexaminer la question même si le tribunal arbitral s'est déjà prononcé sur celle-ci.

702. Pour exercer un recours contre la sentence sur le fondement de l'incompétence du tribunal arbitral, les parties doivent avoir soulevé ce moyen devant les arbitres. Sinon il sera considéré qu'elles ont renoncé à leur droit de contester la compétence du tribunal arbitral. Il faut agir rapidement lors de la contestation de la compétence du tribunal arbitral sur le fondement de l'article 67 de l'EAA. Dans l'affaire *Exportadora de Sal S.A. de C.V. v. Corretje Maritimo Sud-American Inc.*[1309], les juges ont considéré que compte tenu de l'importance de la question de compétence, les parties doivent agir rapidement et dans un nombre limité de jours et non pas de semaines. Andrew Baker J. a souligné que la compétence du tribunal arbitral est la première question à laquelle toute partie demanderesse est confrontée. Il se réfère au principe de la diligence raisonnable en estimant que les parties s'interrogent d'abord sur l'acceptation de la validité de la procédure, avant d'y participer[1310].

Néanmoins, dans l'affaire *A v. B*[1311], la *High Court* a annulé une sentence rendue à l'occasion d'une demande d'arbitrage. Cette dernière référait à l'arbitrage, les litiges survenus par l'application de deux contrats distincts. Le tribunal arbitral avait considéré dans une sentence partielle que les moyens de recours relatifs à l'incompétence du tribunal doivent être soulevés au moment de la réponse à la demande d'arbitrage. Une fois ce délai dépassé, la partie

1308 Concernant la possibilité d'une tierce partie de résister l'exécution d'une sentence voir *London Steam Ship Owners Mutual Insurance Association Ltd* v. *Spain ('The Prestige')* [2013] EWHC 2840 (Comm); [2014] 1 All ER (Comm) 300; [2014] 1 Lloyd's Rep 137, Walker J.
1309 [2018] EWHC 224 (Comm).
1310 *Ibid.,* n°48.
1311 *À v. B* [2017] EWHC 3417 (Comm).

défenderesse n'était plus en mesure d'invoquer l'incompétence du tribunal arbitral. Le juge (Philips J.) a considéré que le défaut de mention dans la réponse à la demande d'arbitrage, par la partie demanderesse du moyen fondé sur l'incompétence du tribunal arbitral, ne peut être considéré comme une renonciation à son droit de recours sur ce fondement.

703. Après le prononcé de la sentence, le contrôle de la compétence du tribunal arbitral par le juge anglais présente des similitudes avec le contrôle exercé par le juge français. Dans le cadre de ces deux législations, le juge n'est pas tenu par des considérations et constatations du tribunal arbitral. Lorsqu'il est confronté au moyen fondé sur l'incompétence du tribunal arbitral, il effectue un réexamen plein et complet des moyens de fait et de droit de l'espèce. Certains points de divergence peuvent néanmoins exister.

Le droit anglais exige l'existence d'un support écrit pour que la forme de la convention d'arbitrage soit valide. Condition qui diffère de la solution de droit français n'imposant aucune condition de forme pour l'existence de la convention d'arbitrage. L'exigence d'un support écrit semble logique d'abord au regard de la preuve d'existence de la convention d'arbitrage qui semble très difficile à apporter sans la présence d'un écrit. Ce point concerne la validité formelle. Néanmoins, une différence existe également concernant la validité substantielle de la convention d'arbitrage appréciée au regard de la règle matérielle de validité en droit français et au terme d'un raisonnement conflictuel en droit anglais.

B. L'appréciation de l'applicabilité de la convention d'arbitrage en droit anglais

Le juge anglais applique une règle de conflit de lois pour déterminer la loi applicable à la validité et l'applicabilité de la convention d'arbitrage, au contraire du juge français qui se réfère à une règle matérielle (v. *supra*). C'est la raison pour laquelle, la jurisprudence anglaise et la jurisprudence française ne retiennent pas les mêmes critères pour permettre l'extension de la convention d'arbitrage alors que le principe relatif à la possibilité d'extension est admis dans les deux droits.

L'affaire *Dallah real Estate & Tourism Holding Co v. Pakistan*[1312] est l'illustration parfaite de l'intensité du contrôle de la compétence du tribunal arbitral par le juge anglais. Dans cette affaire, la Cour Suprême a considéré qu'une sentence française ne pouvait être reconnue en

1312 [2010] UKSC 46 ; [2011] 1 AC 763.

Angleterre en vertu de la Convention de NY, car le tribunal arbitral avait à tort déterminé que le gouvernement du Pakistan était l'une des parties à la convention d'arbitrage en cause. Par la suite, la Cour d'appel de Paris dans un arrêt du 17 février 2011[1313], concernant la même sentence, a considéré qu'en vertu du droit français, la sentence était régulière et pouvait être exécutée en France.

704. Dans le cadre de la Convention de NY[1314], la question de savoir si une personne est considérée comme partie à l'arbitrage doit être examinée en vertu de la loi choisie par les parties, ou la loi du pays du siège de l'arbitrage. Dans l'affaire *Dallah*, la convention d'arbitrage était silencieuse sur ce sujet. Par conséquent, la question devait être étudiée en vertu de la loi française. Les juridictions anglaises ont décidé qu'en application du droit français, le tribunal arbitral a commis une erreur en considérant que le gouvernement du Pakistan était une des parties à la convention d'arbitrage. Celui-ci n'avait pas signé la convention d'arbitrage, mais avait organisé la transaction objet du contrat par le moyen d'une fiducie. Selon les juridictions anglaises, en vertu du droit français, il fallait déterminer s'il existait une intention commune partagée entre les parties signataires de la convention d'arbitrage et le gouvernement du Pakistan pour que ce dernier soit traité comme l'une des parties. Le tribunal arbitral avait fondé son argumentation sur la notion de « bonne foi » et les juges anglais ont décidé que cette notion n'était pas assez proche de celle de l'intention commune des parties prise en compte par le droit français[1315]. Devant la *Court of Appeal*, Moore-Bick LJ a souligné que la rédaction de la convention de NY présuppose que le juge du lieu d'exécution de la sentence réexamine la question de savoir si la sentence a correctement déclaré une personne comme partie à l'arbitrage, par opposition aux questions qui sont exclusivement cédées au tribunal arbitral avec le seul contrôle du juge étatique[1316].

705. L'étude de l'affaire *Dallah* devant les juridictions anglaises démontre la portée extensive du pouvoir du juge du lieu d'exécution pour examiner la question de la validité et applicabilité de la convention d'arbitrage en droit anglais. Le juge examine les questions suivantes de façon approfondie : Si le tribunal arbitral a correctement déterminé la loi applicable en matière de validité et l'effectivité de la convention d'arbitrage ; si les exigences de cette loi ont été correctement formulées par le tribunal arbitral ; et si elles ont été correctement

1313 C.A. Paris, Pôle 1 Ch. 1, 17 février 2011, *Gouvernement du Pakistan* v. *Société Dallah Real Estate & Tourism Holding Co,* n° 09/28533.
1314 Article V (1) de la Convention de NY.
1315 [2009] EWCA Civ 755, n°24 et 25.
1316 [2009] EWCA Civ 755, n°18.

appliquées au cas d'espèce. Le juge applique ce raisonnement pour vérifier qu'une personne considérée comme partie à la convention d'arbitrage l'était réellement.

En Angleterre, dans le cadre de l'affaire *Dallah*, la demande d'exécution de la sentence a impliqué trois niveaux de contrôle judiciaire (High Court, Court of Appeal, Supreme Court). À chaque niveau, les juges ont effectué un examen complet des éléments de fait et de droit de l'espèce. Ceci explique les délais et coûts considérables dérivants de ce type de procédures. La question de savoir si une personne peut être considérée comme partie à la convention d'arbitrage revêt une grande importance, compte tenu du fondement contractuel de l'arbitrage. Sans consentement contractuel, l'arbitrage n'existe pas et ne devrait pas exister. C'est pourquoi une analyse extensive des circonstances factuelles et juridiques de l'espèce par le juge du lieu d'exécution de la sentence paraît logique. Le pouvoir accordé au juge étatique de reconsidérer la question de façon complète et profonde permet de créer un sens de sécurité et confiance spécialement pour les tiers à l'arbitrage. Le juge étatique est garant des droits de tous les justiciables notamment lorsqu'ils se considèrent comme tiers à une convention d'arbitrage.

706. L'affaire *Dallah* a pris une tournure intéressante lorsque la Cour d'appel de Paris a atteint une conclusion contraire à celle des juridictions anglaises sur la même question[1317]. La Cour d'appel de Paris s'est référée à l'ancien article 1502 1° du CPC qui permettait au juge de refuser l'exécution de la sentence si la convention d'arbitrage était nulle ou inexistante. En matière d'arbitrage international, les juridictions appliquent des critères différents de ceux applicables normalement en vertu du droit français, en suivant la jurisprudence *Dalico*[1318]. Dans l'affaire *Dalico*, la Cour de cassation a considéré que la clause compromissoire était indépendante de toute loi étatique. Elle a écarté les règles de conflit au profit des règles matérielles pour déterminer la loi applicable aux conventions d'arbitrage. Par conséquent, sa validité s'appréciait selon l'intention commune des parties.

Le comportement objectif du gouvernement du Pakistan qui avait participé aux pourparlers et à la formation et l'exécution du contrat était suffisant pour le juge français, pour caractériser son consentement tacite à être lié par la convention d'arbitrage. En effet, le juge français examine les effets de la conduite du tiers qui s'est comporté comme une partie au contrat. Au

1317 C.A. Paris, Pôle 1 – Ch *1*, 17 février 2011, *Gouvernement du Pakistan* v. *Société Dallah Real Estate & Tourism Holding Co*, n° 09/28533.
1318 Cass. Civ. 20 déc. 1993, 1ère, *Municipalité de Khoms El Magreb v. Dalico*, JDI 1994, 432, note E. Gaillard.

contraire, le juge anglais a recherché plus attentivement la commune volonté des parties et notamment le consentement du tiers à être lié par la convention d'arbitrage.

707. Le consentement constitue le fondement de l'arbitrage comme un moyen privé et volontaire de règlement des différends et l'arbitrage forcé n'existe que dans les cas prévus par la loi. Il est vrai qu'admettre l'extension de la convention d'arbitrage aux tiers non-signataires est la solution de nombreux problèmes pratiques comme les procédures connexes devant deux juridictions distinctes et les manœuvres dilatoires des parties dans un groupe de sociétés pour contourner les responsabilités contractuelles. Cependant, plus on admet facilement, cette extension, plus le critère de consentement d'une personne à être liée par l'arbitrage est négligé. C'est peut-être cette raison qui explique l'approche plus prudente et hostile des juridictions anglaises envers l'admission d'une telle extension.

708. En effet, en droit anglais, le caractère sacré du consentement restreint les possibilités d'extension de la convention d'arbitrage aux tiers. Selon l'article 5(3) de l'Arbitration Act de 1996, le consentement des parties à la convention d'arbitrage doit être explicite par un écrit, mais la référence à un document comportant la clause d'arbitrage suffit pour caractériser cet écrit. L'extension de la convention d'arbitrage à des non-signataires, même si elle est possible en droit anglais, est soumise à des conditions plus strictes. La jurisprudence anglaise insiste sur l'importance de l'existence du consentement d'un tiers non-signataire d'être soumise à la convention d'arbitrage. Dans une affaire *Azov Shipping* de 1999[1319], le demandeur soutenait qu'au regard de la conduite et le comportement de la société Azov, cette dernière devait être considérée comme une partie au contrat. Le juge anglais a décidé qu'il n'existait pas de preuves suffisamment évidentes pour démontrer le consentement de la société Azov de se soumettre à l'arbitrage.

Le juge anglais effectue un examen en droit et en fait sur tous les éléments du dossier pour se prononcer sur la compétence du tribunal arbitral, contrairement au juge suisse qui n'effectue qu'un contrôle superficiel sur la compétence du tribunal arbitral sans étudier les éléments de fait.

1319 *Azov Shipping Company v. Baltic Shipping Company* (No3) (Com Ct, 11 mai 1999).

§II. Le contrôle de la convention d'arbitrage par le juge suisse

709. Le juge suisse exerce un contrôle limité sur la convention d'arbitrage et par conséquent, la compétence du tribunal arbitral (A). Il est particulièrement intéressant d'examiner les modalités de l'extension de la convention d'arbitrage aux personnes non-signataires en droit suisse (B).

A. Le contrôle limité du juge suisse sur la compétence du tribunal arbitral

710. Le contrôle de la compétence du tribunal arbitral dans le cadre du droit suisse diffère fondamentalement de celui mis en place en droit anglais et français. Comme nous l'avons vu, le juge français et le juge anglais effectuent un contrôle plein sur tous les éléments de fait et de droit pour substituer leur décision à celle du tribunal arbitral. Une fois que la sentence a été rendue, il revient au juge de se prononcer sur la question de compétence sans considération de la décision de l'arbitre sur sa propre compétence. En Suisse, le juge est tenu de prendre en compte les éléments de fait établis par le tribunal arbitral. Le pouvoir du juge sur cette question et très limité, voire symbolique. Le Tribunal fédéral ne contrôle que les éléments de droit. Il se contente de vérifier si la décision des arbitres sur leur compétence est justifiée par rapport aux faits résultant de la sentence. Les autres éléments du dossier qui n'ont pas été retenus par les arbitres ne peuvent pas être pris en compte, alors qu'ils peuvent fonder une décision contraire sur la compétence. Le Tribunal fédéral ne contrôle que le raisonnement que les arbitres ont adopté pour fonder leur compétence ou justifier leur incompétence. Toutefois, pour se prononcer sur la compétence du tribunal arbitral, souvent, il faut interpréter la convention d'arbitrage.

711. En droit suisse, l'interprétation de la volonté des parties de confier le règlement de leur litige à l'arbitrage s'effectue en deux étapes. Tout d'abord, en vertu de l'article 18 alinéa 1 du Code des obligations, il faut établir la volonté « réelle et concordante » des parties. En cas d'impossibilité d'établir celle-ci, il faut rechercher la volonté objective des parties sur le fondement du principe de la confiance[1320]. L'existence ou non d'une volonté réelle et

1320 ATF 129 III 675, cd. 2.3; S. Besson, C. Dupeyron, « *L'interprétation du contrat et l'arbitrage, à la lumière de la réforme du droit français des obligations* », *Rev. arb.*, 2017.115, spéc. n° 43 s. V. par ex. G. Kaufmann-Kohler, A. Rigozzi, *Arbitrage international*, *op. cit.* (note 1), n° 3.120-3.122.

concordante en fonction des circonstances de l'espèce est un fait[1321], et ne peut être contrôlée par le Tribunal fédéral[1322]. Si les arbitres estiment que les parties ont conclu la convention d'arbitrage avec une volonté réelle et concordante, le juge suisse ne peut exercer aucun contrôle sur la compétence. Cette solution du droit positif suisse est largement critiquée[1323]. Elle crée un vide juridique : la partie qui s'estime victime d'une décision erronée sur la compétence du tribunal arbitral ne dispose aucune possibilité de se faire entendre de façon effective. De plus, elle ouvre la possibilité aux abus. Dans les affaires où la question de la compétence fait débat, les arbitres peuvent simplement éviter la possibilité de l'annulation de la sentence en mentionnant dans les motivations que la volonté des parties de confier leur litige à l'arbitrage était réelle et concordante.

712. Néanmoins, même si le Tribunal fédéral suisse est lié par les faits tels que constatés par la sentence, il lui arrive de justifier le rejet d'un recours sur la base des déviations factuelles qui ne se trouvent ni dans la sentence ni dans le dossier, notamment en matière d'arbitrage sportif. Par exemple, dans une affaire concernant l'indépendance structurelle du TSA, le Tribunal fédéral a constaté d'office que le TSA était l'autorité d'appel en vertu du Code mondial antidopage. Il s'est également référé à la participation importante des États à la Déclaration de Copenhague contre le dopage pour conclure que le TSA bénéficie de la confiance des États. Dans le sens de l'indépendance du TSA, le tribunal fédéral a utilisé ses propres constatations pour décider qu'il est difficilement imaginable que les États « *aient pu consacrer de manière aussi éclatante le pouvoir juridictionnel de cette institution d'arbitrage, s'ils avaient eu le sentiment qu'elle se trouve sous le coup du CIO* »[1324].

713. Toutefois, en principe, l'examen en fait de la question de compétence du tribunal arbitral n'est pas possible en Suisse. Au contraire, en France, le juge contrôle la compétence de l'arbitre « en droit et en fait », depuis l'arrêt *Abela*[1325] et *Plateau des Pyramides*[1326]. La Cour d'appel de Paris a récemment souligné que « *si la mission de la Cour d'appel, saisie en vertu de l'article 1520 du Code de procédure civile, est limitée à l'examen des vices énumérés par ce texte, aucune limitation n'est apportée au pouvoir de cette juridiction de rechercher en droit et en*

1321 *Ibid.*, n° 8.154 ; J.-B. Racine, « *Réflexions sur les voies de recours en droit de l'arbitrage - Propos introductifs* », *art. précité.* n° 28.
1322 ATF 142 III 239, cd. 5.2.2
1323 *Ibid.*, spéc. cd. 5.2.1-5.2.2.
1324 ATF 129 III 445, cd. 3.3.3.3. V. également l'affaire concernant Michel Platini où le Tribunal arbitral ajoute ses propres constatations sans rapport avec celles de la sentence, Arrêt 4A_600/2016 du 29 juin 2016, cd. 3.7.3.
1325 Civ. 1re, 6 oct. 2010, n° 09-10.530, *Abela*, Dalloz actualité, 21 oct. 2010, obs. X. Delpech, préc. cit.
1326 Cass. civ. 1re, 6 janvier 1987, *Rev. arb.*, 1987.469.

fait tous les éléments concernant les vices en question »[1327]. Dans l'affaire *République du Kirghizistan*, la sentence était attaquée sur le fondement des allégations de blanchiment. La sentence a été annulée non pas sur le fondement de la violation d'ordre public par la sentence, mais sur la base de certaines activités de blanchiment relevant du dossier affectant la compétence du tribunal arbitral[1328]. Dans le cadre de ce contrôle, le juge « *n'est pas limité aux éléments de preuve produits devant les arbitres, ni liée par les constatations, appréciations et qualifications opérées par ceux-ci* »[1329]. En Suisse, cette sentence n'aurait pas pu être annulée en raison de l'examen limité du juge suisse, sauf si la sentence elle-même comportait des éléments relatifs au blanchiment[1330].

714. La solution suisse s'explique par la volonté de garantir l'efficacité des sentences arbitrales à tout prix. Il en résulte que le pouvoir de rendre une décision sur la compétence du tribunal arbitral revient principalement à celui-ci, sans que le juge puisse effectuer un contrôle effectif même subsidiairement. On diminue ainsi le risque de l'annulation des sentences arbitrales et le déroulement des procédures en vain. Néanmoins, il ne faut pas oublier l'importance de la question de compétence notamment dans le cadre de l'arbitrage. La compétence de l'arbitre repose sur la volonté des parties. L'arbitrage tire sa crédibilité de l'autonomie de la volonté des parties et leur confiance dans cette institution. En cas d'incompétence du tribunal arbitral, le juge étatique a le devoir d'assurer la protection juridictionnelle des parties au litige. L'absence d'un contrôle effectif du juge sur la compétence du tribunal arbitral peut porter atteinte au droit des parties au juge.

B. L'approche libérale du droit suisse envers l'extension de la convention d'arbitrage aux tiers non-signataires

715. L'une des faveurs qui peuvent être accordées à l'arbitrage consiste à reconnaître sa compétence pour connaître une affaire entièrement même si elle implique une partie non-signataire de la convention. En vertu du principe de l'effet relatif des contrats, la convention d'arbitrage ne peut s'appliquer qu'entre les parties signataires de la convention, cependant, la jurisprudence française tout comme la jurisprudence suisse ont admis la possibilité d'étendre

1327 C.A. Paris, 16 janvier 2018, *Société MK Group c/ S.A.R.L. Onix et société Financial Initiative*, n° 15/21703, à paraître *in Rev. arb.*
1328 C.A. Paris, 21 février 2017, *République du Kirghizistan c/ Valeriy Belokon*, *Rev. arb.*, 2017.336.
1329 *Ibid*.
1330 J.-B. Racine, « *Réflexions sur les voies de recours en droit de l'arbitrage - Propos introductifs* », *art. précité.* note 5, n° 23.

une convention d'arbitrage à un tiers non-signataire dans des conditions particulières. En France, il suffit de démontrer l'implication dudit tiers dans l'exécution du contrat pour en déduire son consentement à être soumis à l'arbitrage. La solution est très similaire en droit suisse, qui prévoit que le tiers impliqué dans l'exécution du contrat doit exprimer de façon explicite sa volonté de ne pas être soumis à la convention d'arbitrage. Dans le cas contraire, la connaissance ou même la possibilité d'avoir connaissance vaut consentement. L'extension de la convention d'arbitrage à un tiers non-signataire est donc facilement admise par la jurisprudence suisse.

716. Le Tribunal fédéral suisse, a décidé, dans un arrêt du 7 avril 2014[1331], qu'un tiers qui n'a pas signé la convention d'arbitrage pourrait être attrait devant le tribunal arbitral. Cette affaire concernait un différend relatif à la construction d'une usine de production de feuilles d'aluminium entre une société A et un groupe de société B. Les contrats contenant les conventions d'arbitrage avaient été signés par la société A et une des sociétés du groupe B : société B1. Cette dernière est la filiale d'une société mère : B2. Au cours des travaux, une division de la société B2 avait pris la responsabilité des projets de construction et B2 avait fourni des garanties pour l'exécution des obligations au titre de l'un des contrats. Ensuite, la division en question de B2 a été transférée de B2 à B3. La société A a appelé devant l'arbitrage, non seulement B1, qui était la partie signataire, mais également B3 qui était considéré comme un tiers non-signataire du contrat. B3 a soulevé une objection d'incompétence en estimant que le tribunal arbitral n'était pas compétent pour juger d'un différend entre A et B3 faute d'existence de convention d'arbitrage entre ces deux sociétés. Le tribunal arbitral a retenu cette objection.

Le Tribunal fédéral a décidé que le tribunal arbitral s'est déclaré à tort incompétent. L'affaire a été alors renvoyée devant les arbitres pour qu'ils statuent encore une fois sur leur compétence sur la base des considérants de l'arrêt du Tribunal fédéral. Selon ce dernier, B2 avait assumé les obligations de B1 relatives à ses contrats avec la société A. De plus, sur le fondement du principe de bonne fois, le Tribunal fédéral a décidé que le comportement de B1 et B2 était tel que la société A aurait pu légitimement croire que B1 était juridiquement lié à B2 et également B3, à laquelle la division susmentionnée avait été transférée. La société B2 n'avait pas clairement mentionné à la société A, qu'elle ne souhaitait pas être liée par les obligations de la société B1.

1331 Tribunal fédéral suisse, 1re Cour Civil, 7 avril 2014, 4A_450/13.

717. Cet arrêt constitue un exemple parmi d'autres expliquant la position du droit suisse concernant l'extension de la convention d'arbitrage à des tiers au contrat dans les groupes de sociétés. Il rappelle que dans un groupe de société, lorsque l'une des sociétés signe un contrat comportant une convention d'arbitrage alors qu'une autre société garantit son exécution et assure la responsabilité juridique ou factuelle de ses engagements ; ou lorsque le rôle respectif des différentes sociétés du groupe n'est pas clair pour le cocontractant, il est possible d'étendre la convention d'arbitrage à des parties non-signataires. Le seul moyen d'éviter d'être une partie à l'arbitrage pour une société appartenant à un groupe, dans une telle situation, est d'exprimer clairement dans une communication spécifique à l'attention de son cocontractant qu'elle n'est pas liée par les obligations contractuelles et notamment la clause d'arbitrage.

Conclusion

718. En vertu du principe compétence-compétence, l'arbitre est compétent pour se prononcer sur sa propre compétence. L'effet positif du principe compétence-compétence est généralement admis en droit comparé et permet au tribunal arbitral de connaître les litiges concernant la validité et l'applicabilité de la convention d'arbitrage. En revanche, l'effet négatif du principe compétence-compétence accordant une priorité au tribunal arbitral pour se prononcer sur sa compétence n'est pas admis dans tous les États. En France, le tribunal arbitral est compétent pour se prononcer sur sa propre compétence de façon prioritaire. Par conséquent, le contrôle du juge sur la compétence du tribunal arbitral intervient lors du contrôle de la sentence. L'application de l'effet négatif du principe compétence-compétence connaît deux exceptions : la nullité et l'inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage. Ces exceptions sont appréciées de façon très restrictive par le juge français.

719. Le contrôle de la compétence du tribunal arbitral par le juge étatique présente des différences fondamentales en droit français et anglais. Le juge français ne contrôle la validité et l'applicabilité de la convention d'arbitrage qu'après le prononcé de la sentence arbitrale. La validité de la convention d'arbitrage est contrôlée au regard d'une règle matérielle destinée à favoriser l'arbitrage. En revanche, en droit anglais l'absence de l'effet négatif du principe compétence-compétence permet au juge de contrôler la sentence à tout moment. Également, le juge anglais applique une règle de conflit de lois pour déterminer la loi applicable à la convention d'arbitrage. L'intervention du juge étatique pour contrôler la compétence du

tribunal arbitral est très limitée en raison de l'effet négatif du principe compétence-compétence. De plus, en principe, le juge effectue un contrôle plein sur la compétence du tribunal arbitral. Néanmoins, la réalité de la jurisprudence est en contradiction avec cette affirmation. La solution française n'est pas satisfaisante en ce que le contrôle de la compétence du tribunal arbitral est très restrictif.

Certaines difficultés mentionnées peuvent être évitées en refusant l'effet négatif du principe compétence-compétence. Le juge français pourrait ainsi intervenir à tout moment pour contrôler la compétence du tribunal arbitral évitant une perte de temps et de moyens pour les parties.

Chapitre II. Le contrôle du juge étatique sur le respect de l'ordre public international par la sentence arbitrale

720. Le juge étatique intervient dans la phase post-arbitrale pour assurer un contrôle de la sentence. Ce contrôle est exercé dans un cadre restrictif respectant le choix des parties de soustraire leur litige aux juridictions étatiques. Les voies procédurales de contrôle prévues contre une sentence arbitrale sont limitativement définies par la loi[1332]. L'étendue du contrôle exercé par le juge sur la sentence est restreinte aux cinq motifs énumérés à l'article 1520 du CPC. De plus, l'intensité du contrôle de certains de ces motifs, notamment le respect de l'ordre public, est strictement limitée par la jurisprudence. La question de l'intensité du contrôle du juge étatique sur la conformité de la sentence aux règles d'ordre public a fait couler beaucoup d'encre au cours des années. Celle-ci revêt une grande importance compte tenu de la nature des règles d'ordre public qui se rapportent aux valeurs les plus essentielles de la société. Le juge étatique intervient en tant que garant des droits des parties, mais également de l'intérêt général de l'État dans le cadre du contrôle de la conformité de la sentence à l'ordre public international. Le principe de faveur à l'égard de l'arbitrage trouve ainsi un principe concurrent : le respect de l'ordre public international.

721. La question du contrôle de la conformité de la sentence aux règles d'ordre public international est une question délicate. Premièrement, la définition ainsi que l'identification des règles d'ordre public international sont une tâche complexe. Deuxièmement, la détermination de l'intensité adéquate du contrôle du respect des règles d'ordre public par la sentence nécessite la prise en compte de plusieurs principes notamment le principe de la non-révision au fond et l'efficacité de l'arbitrage. La jurisprudence française cherche à protéger l'intérêt général et les droits des parties tout en respectant l'efficacité de la sentence arbitrale. La complexité de cette question trouve sa source d'une part dans l'incertitude de la jurisprudence française et d'autre part dans la divergence des solutions des droits nationaux en droit comparé.

722. Le droit français se montre très favorable à l'arbitrage et notamment à l'efficacité de la sentence arbitrale. Ainsi, même lorsque le contrôle du respect de l'ordre public par la sentence est prévu par la loi, le juge français tend à limiter l'intensité de ce contrôle. Cette position peut

1332 Pour une analyse détaillée de cette question v. le Chapitre I du Titre I de la deuxième Partie.

devenir contre-productive et nuire à l'objectif principal de l'efficacité de l'arbitrage. Certains considèrent qu'« *à l'heure où l'arbitrage est scruté de toutes parts et où sa légitimité est parfois mise en doute, un contrôle moins restreint du juge judiciaire lorsqu'il statue sur la question de savoir si la reconnaissance de la sentence est conforme à l'ordre public international serait particulièrement bienvenu*»[1333]. Il faut noter que « *le libéralisme forcené en matière d'arbitrage international n'est pas dénué de danger* »[1334]. En l'absence d'un contrôle effectif sur la conformité de la sentence aux règles d'ordre public, un nombre plus important de sentences sera exécuté sur le territoire français, mais l'arbitrage pourra perdre sa crédibilité en tant que mode de règlement des différends.

723. L'appréciation et le contrôle de la notion d'ordre public international par le juge étatique au stade de la reconnaissance et de l'exécution des sentences arbitrales, peut avoir un intérêt au-delà de la protection des valeurs nationales. Le juge peut également exercer une « *fonction de régulation internationale en accord avec la globalisation des marchés* »[1335]. Au lieu d'investir dans des conventions ou institutions supranationales difficiles, voire même impossibles à mettre en place, les acteurs déjà existants peuvent jouer un rôle de coordination. Cette approche semble plus réaliste. Dans le cadre de l'arbitrage international, les normes et institutions supranationales revêtent une grande importance. Néanmoins, l'arbitrage reste toujours dépendant de l'assistance et de l'approbation du juge étatique. Il serait plus réaliste d'utiliser les moyens à disposition pour renforcer toute forme de coordination mondiale, plutôt que de tenter de créer de nouvelles formes de normes internationales. Même si les signes de coordination sont très faibles en l'état actuel de contrôle de la conformité des sentences à l'ordre public, les juridictions pourraient tenter d'harmoniser leur appréciation des règles d'ordre public.

Le droit français de l'arbitrage est toujours à la recherche d'un juste équilibre en matière de contrôle du juge étatique sur le respect des règles d'ordre public par la sentence arbitrale. Dans quelle mesure l'intervention du juge étatique dans l'arbitrage lui permet-elle de remplir sa fonction de garant des principes d'ordre public international ? Nous allons examiner l'identification des règles d'ordre public international par le juge étatique (section I), avant

1333 C. Chainais, « *Réflexions prospectives sur les voies de recours en matière d'arbitrage* », Rev. arb., 2018 Issue 1, p. 197 n°32.
1334 L. D'Avout, S. Bollée, *Pan. Droit du commerce international*, D., 2008.2560.
1335 H. Arafzadeh, *Ordre public et arbitrage international à l'épreuve de la mondialisation*, Bruylant, LGDJ, Schulthess, 2005, p.233.

d'étudier le contrôle de conformité de la sentence à l'ordre public international en droit français (section II), ainsi qu'en droit comparé (section III).

Section I. L'identification des règles d'ordre public international par le juge étatique

724. La contrariété de la sentence arbitrale à l'ordre public international est un des motifs d'annulation de celle-ci. Il revient au juge étatique de déterminer le contenu de la notion d'ordre public international français (sous-section I). Cette dernière est plus en plus influencée par la notion émergente de l'ordre public transnational (sous-section II).

Sous-section I. La notion d'ordre public international français

725. Il est unanimement accepté qu'il n'existe pas de définition de l'ordre public. Comme l'a souligné le doyen Batiffol, « *tous les essais de définition de cette notion ont naturellement échoué* »[1336]. Néanmoins, ses contours approximatifs sont connus. L'ordre public représente le cœur de tout ordre juridique c'est-à-dire l'ensemble des valeurs et principes qu'un État tient absolument à défendre. Ces valeurs et principes peuvent être d'ordre moral, social, économique ou politique et constituent des éléments essentiels du fondement d'une société. Les règles d'ordre public représentent la limite de tolérance de chaque État. En l'absence d'une définition unanime de la notion d'ordre public, il faut étudier les caractéristiques de cette notion (§I) et ses composants(§II), pour définir ses contours dans le cadre de l'arbitrage.

1336 H. Batiffol, *Aspects philosophiques du droit international privé*, Dalloz, réédition de 2002 présentée par Y. Lequette, p.159. V. également : D. Siegel, « *Conflicts* », West Nutshell series of West publishing co., 2nd ed., 1994, p.166 : « *It is impossible to define a state's public policy* ».

§I. Les caractéristiques de la notion d'ordre public international

726. L'exception d'ordre public international vise à protéger les principes d'ordre public des États dans des situations internationales. Le juge étatique est garant du respect des règles d'ordre public. Il intervient dans l'arbitrage pour assurer sa fonction de protection de l'ordre public international. Ce dernier étant une notion variable et relative il revient au juge étatique de définir ses contours (A). Une des difficultés de la détermination du contenu de l'ordre public international concerne la question des lois police (B).

A. L'ordre public : une notion variable et relative

727. Même si l'existence même de la notion d'ordre public n'a jamais été questionnée, les législations nationales ne parviennent pas à donner une définition unanime de cette notion. Chaque État reste libre de déterminer les valeurs juridiques qui doivent être considérées comme des règles d'ordre public.

Il convient d'opérer une distinction entre l'ordre public visé par l'article 1492, 5°, et l'ordre public international de l'article 1520, 5° du CPC. Selon la Cour d'appel de Paris *« la violation de l'ordre public interne, à la supposer établie, ne constitue pas un cas d'ouverture à l'appel de la décision accordant l'exécution en France d'une sentence arbitrale étrangère, l'article 1502, 5°, ne visant que le cas où la reconnaissance ou l'exécution de cette sentence sont contraires à l'ordre public international* »[1337]. Une règle d'ordre public international étant toujours une règle d'ordre public interne, une règle d'ordre public interne n'est pas nécessairement une règle d'ordre public international[1338].

Le contenu de l'ordre public peut donc varier d'un État à un autre. Également, dans le cadre d'une législation nationale, l'ordre public évolue dans le temps en fonction des valeurs de la société. C'est une notion relative et difficile à définir.

La notion d'ordre public peut varier dans le temps et il faut déterminer le moment pertinent de son appréciation par le juge. Selon Andréas Bucher « *l'ordre public traduit l'actualité du*

1337 C.A. Paris, 12 mars 1985, Rev. arb. 1985. 299, note E. Loquin ; D. 1985. IR 467, obs. P. Julien.
1338 J.-B. Racine, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, avant-propos L. Boy, préf. P. Fouchard, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », 1999, n° 869.

droit »[1339]. C'est donc une notion relative et non pas rigide ou figée dans le temps. En vertu de la règle de l'actualité de l'ordre public[1340], celui-ci est apprécié par le juge dans son état au moment où le juge est amené à statuer sur la question. Cette solution est en accord avec la nature des règles de l'ordre public et ce qu'elles protègent : un sentiment collectif et une politique législative. La Cour de cassation a ainsi considéré que « *la compatibilité d'une décision étrangère avec l'ordre public international français doit être appréciée au jour où statue le juge français de l'exequatur et non au jour de la décision étrangère* »[1341].

L'ordre public est également une notion variable dans l'espace. Les États étant libres de déterminer le contenu de la notion de l'ordre public, cette dernière est rattachée à un territoire donné et ne peut être appliquée que dans son État d'origine. Néanmoins, malgré la variabilité de la notion d'ordre public dans l'espace, les contenus des règles d'ordre public se recoupent fréquemment. Certaines règles protégeant les Droits de l'Homme ont une valeur universelle et sont garanties par les ordres juridiques supranationaux. Ceci constitue un avantage en matière de rapprochement des notions d'ordre public au plan international. Cependant, certains auteurs n'ont pas manqué de critiquer le caractère universel des Droits de l'Homme en considérant qu'il « *tend à compromettre l'esprit de relativisme et d'ouverture qui convient au droit international privé* »[1342]. Ils soutiennent que l'existence de divergences culturelles et sociales dans le monde justifie l'existence des ordres publics diversifiés.

728. La divergence du contenu de la notion de l'ordre public dans les législations nationales explique les solutions parfois contradictoires concernant la reconnaissance et exécution des sentences étrangères. Le juge étatique contrôle la conformité de la sentence aux règles d'ordre public de l'État auquel il est attaché. Également, les modalités et l'intensité de contrôle effectué par le juge diffèrent d'un pays à l'autre. Dans le cadre du contrôle devant le juge d'un État, la contrariété à une règle d'ordre public peut être établie, alors que devant les juridictions d'un autre État, la même sentence ne heurte aucun principe fondamental ou bien, les limitations sur l'intensité du contrôle du juge ne permettent pas de constater cette même violation de l'ordre public.

1339 A. Bucher, L*a dimension sociale du droit international privé*, *Cours général*, Les livres de poche de l'académie de droit international de La Haye, Adi-poche 2011.
1340 V. A. Pillet, *Principes de droit international privé*, Pedone, Paris 1903.
1341 Cass. Civ.1ère, 23 novembre 1976, *Marret*, Rev. crit. 1977. 746, note Jachques Foyer, Clunet 1977. 504, obs. Ph. Kahn.
1342 P. Mayer, V. Heuzé, *Droit international privé*, Domat droit privé, Montchrétien, 9ème ed., 2007, p. 199 et s.

729. Il est impossible de déterminer une liste exhaustive des règles d'ordre public. Néanmoins certains ont essayé de définir les principaux groupements de celles-ci. Selon Pierre Mayer et Vincent Heuzé,[1343] trois catégories de principes d'ordre public peuvent être distinguées. Premièrement, les valeurs du « droit naturel », se référant à la notion de justice : la Cour de cassation a considéré dans l'arrêt *Lautour* de 1948[1344] que ces valeurs sont des « *principes de justice universelle considérés dans l'opinion française comme doués de valeur internationale absolue* ». Deuxièmement, les règles politiques et sociales fondamentales d'un pays : comme les principes de monogamie et laïcité en France. Troisièmement, les règles permettant le maintien d'une politique législative d'un État : comme la législation française en matière de divorce pendant plusieurs années.

730. La jurisprudence ne fournit pas de définition exacte de la notion de l'ordre public international français. Cependant, certains arrêts rendus en la matière permettent de définir les contours de cette notion. Dans une décision célèbre, elle a été définie comme l'ensemble des « *principes de justice universelle considérés dans l'opinion française comme doués de valeur internationale absolue* » [1345]. L'ordre public international recouvre l'ensemble « *des principes dont l'ordre juridique français ne saurait souffrir la violation même dans un contexte international* »[1346]. Ces principes comprennent l'ensemble des droits visant la protection de la dignité de la personne humaine, les principes essentiels du droit français, et les droits fondamentaux. Ce sont des valeurs rattachées aux fondements politiques, familiaux et sociaux de la société française. On parle de l'ordre public international lorsque l'intérêt national prévaut sur le respect d'une loi, une décision ou une sentence étrangère. Les lois de police sont également des règles fondamentalement importantes pour un ordre juridique. C'est la raison pour laquelle la question des rapports entre ces deux notions se pose.

1343 *Ibid.*

1344 Cass. Civ., 25 mai 1948, *Lautour*, Rev. Crit.1949. 89, note Batiffol, D. 1948.357, note P.L; S.1949.1.21, note Niboyet, J.C.P.1948.II.4532, note Vasseur.

1345 Cass. Civ 1ère, 25 mai 1948, no 37.414, *Bull. civ*. 1948, I, no 163, *RCDIP* 1949, p. 89.

1346 Sur le thème de l'arbitrage et du blanchiment, v. K. Karsten, A. Berkeley, *Arbitration : Money Laundering, Corruption and Fraud,* (ed.) ICC Publication, 2003 ; O. Cachard, « Arbitrage et soupçons de blanchiment de revenus issus d'activités illicites », in Mélanges J.-M. Jacquet*,* LexisNexis, 2013, p. 55-73 ; A. de Lotbinière McDougall, « *International Arbitration and Money Laundering* », Am. U. Int'L L. Rev.*,* vol. 20, 2005, p. 1021-1054 ; I. Michou, « Le financement des activités illicites », in W. Ben Hamida, Th. Clay (dir.), *L'argent dans l'arbitrage,* Lextenso éd., 2013, p. 63-75.

B. L'Ordre public et les lois de police

731. L'ordre public est un mécanisme intervenant après le prononcé de la sentence arbitrale ou de la décision judiciaire afin d'écarter une solution dont l'application produirait un résultat choquant au regard des valeurs fondamentales françaises. Les lois de police sont des règles internes considérées comme applicables directement avant même de la considération de la règle de conflit de lois. Les lois de police sont fondamentalement importantes pour un ordre juridique et leur application prévaut sur toute règle de conflit de lois. Selon Francescakis, « *sont des lois de police, les lois dont l'observation est nécessaire pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale ou économique d'un pays* »[1347].

Selon la doctrine dominante, l'exception d'ordre public international et les lois de police sont opposées quant à leur mode d'intervention. L'exception d'ordre public international vise à éviter les effets de l'application d'une décision étrangère ou d'une sentence arbitrale. Elle présente une certaine souplesse par rapport aux lois de police qui sont appliquées de façon rigide. Les lois de police interviennent en amont de l'application de la règle de conflit et quelle que soit la loi désignée par celle-ci. À ce stade, le contenu d'une loi étrangère désignée par la règle de conflit de lois ou le résultat qu'elle consacre est indifférent à la démarche. Au contraire, l'exception d'ordre public international se présente en aval de l'application de la règle de conflit. Lorsque la loi étrangère est désignée, son application *in concreto* dans la situation en cause sera examinée en fonction des règles d'ordre public international français. Par conséquent, le choix du recours à chacune de ces notions s'effectue en fonction du moment de la procédure.

732. En théorie, l'exception d'ordre public international et les lois de police constituent des notions distinctes. Néanmoins, cette distinction semble être nuancée par la jurisprudence. Dans le cadre de certaines affaires, l'exception d'ordre public international et les lois de police sont utilisées ensemble par les juges[1348]. Les deux notions visent à sauvegarder les fondements d'un ordre juridique. Même si elles interviennent à des stades différents de la procédure, elles ne sont pas complètement distinctes au niveau du fond des principes qu'elles protègent. Il a été

1347 Francescakis, *Y a-t-il du nouveau en matière d'ordre public ?*, Rép. Dalloz, Dr. Int., précité n°137; communication précitée, p.165.
1348 V. par exemple C.A. Paris 14 juin 1994, Rev. crit. 1995, 308, n. Y. Lequette ; C.A. Paris 2 avril 1998, D. 1988, IR 137.

justement souligné que « *[d]es analogies semblent possibles, la « paternité » entre l'exception d'ordre public international et les lois de police ne devant pas être totalement niée* »[1349].

Le chevauchement des deux notions peut être constaté en ce qu'elles visent à protéger les intérêts fondamentaux de l'ordre juridique français. Certes, l'exception d'ordre public international et les lois de police renvoient aux mécanismes distincts, mais elles peuvent se recouper en pratique. Par exemple, le droit communautaire a une influence sur le contenu de ces deux notions. Une loi de police ne peut pas porter atteinte à la libre circulation des marchandises ou des personnes. Les règles d'ordre public françaises évoluent également, sous l'influence du droit européen (*infra* n°31). De plus, le juge étatique joue un rôle important dans la détermination et l'interprétation du contenu des deux notions. Considérant qu'il arrive à l'ordre public international et les lois de police de se recouper, il faut noter que certaines lois de police françaises peuvent avoir la valeur des règles d'ordre public international.

733. La définition française de l'ordre public substantiel international est basée sur celle proposée par la résolution de l'Association de Droit International adoptée en 2002 à New Delhi[1350]. Selon cette dernière, « *l'ordre public international d'un État comprend « les principes fondamentaux relatifs à la justice et à la morale que l'État désire protéger même lorsqu'il n'est pas directement concerné »* et *« les règles destinées à servir les intérêts politiques sociaux ou économiques de l'État connues sous l'appellation de loi de police ou de loi d'ordre public* ». Ainsi, les lois de police françaises peuvent être comprises dans la notion d'ordre public international française.

734. En revanche, la question se pose au sujet des lois de police étrangères. Une sentence peut-elle être annulée pour violation d'une loi de police étrangère ? Par exemple, le juge français peut traditionnellement autoriser l'entrée dans l'ordre juridique français d'une sentence rendue en violation d'une règle anti-concurrentielle américaine. En effet, la sentence en question, ne viole pas les règles d'ordre public international français. Dans le cadre de la résolution de New Delhi de 2002, les lois de police étrangères sont écartées du champ de l'ordre public international. Nénamoins, Un courant doctrinal considère qu'on pourrait inclure dans le contrôle de l'ordre public, le respect de certaines lois de police étrangères[1351]. Si le juge

1349 N. Nord, *Ordre public et lois de police en droit international privé*, Thèse, sous la direction de J-M. Bischoff, université Strasbourg III, 2003, p.14.
1350 Résolution n° 3/2002 de 6 avril 2002.
1351 V. l'application des lois de police étrangère par la jurisprudence française dans des hypothèses particulières notamment : Cass. Soc. 31 mai 1972, Rev. crit. DIP 1973.683, note Lagarde, JCP 1973.II.17317, note

considère que l'application d'une loi de police étrangère est légitime et raisonnable, on pourrait considérer que la violation de cette loi constitue une atteinte à l'ordre public français lui-même. D'ailleurs certains arrêts en matière des faillites semblent aller dans le sens d'un contrôle du respect des règles étrangères de droit de la faillite[1352]. Ces dernières sont fondamentalement des lois de police et il paraît logique de contrôler leur respect dans le cadre du contrôle des sentences arbitrales.

735. Sur la méconnaissance d'une loi de police étrangère par une sentence arbitrale, la Cour d'appel dans l'affaire *MK Group*[1353], a fait expressément référence à la loi de police étrangère en cause pour annuler la sentence arbitrale pour violation d'une règle d'ordre public. Dans cette affaire, les dispositions d'ordre public laotien étaient en cause, dont certaines lois de police. La Cour d'appel a rappelé que « *l'ordre public international au regard duquel s'effectue le contrôle du juge de l'annulation s'entend de la conception qu'en a l'ordre juridique français, c'est-à-dire des valeurs et des principes dont celui-ci ne saurait souffrir la méconnaissance même dans un contexte international* » pour conclure que « *ce n'est que dans cette mesure que des lois de police étrangères peuvent être regardées comme relevant de l'ordre public international* ».

Suivant la solution de l'arrêt, la communauté de valeurs et principes permet la prise en compte de la violation des lois de police étrangères par la sentence arbitrale. La cour d'appel affirme cette solution pour la première fois dans l'arrêt *MK Group*[1354]. ElleLa Cour d'appel a admis que des lois de police étrangères peuvent être considérées comme relevant de l'ordre public international lorsqu'elles correspondent à des valeurs et des principes dont l'ordre juridique français ne saurait souffrir la méconnaissance même dans un contexte international[1355]. En effet, il ne suffit pas que la sentence arbitrale viole une règle d'ordre public étrangère pour qu'elle

G. Lyon-Caen ; C.A. Paris, 10 juin 1967, JDI 1968.100, obs. Dayant, D.1969.221, concl. Granjon ; C.A. Paris, 15 mai 1975, Rev. crit. DIP 1976.690, note Battifol ; Cass. com. 16 mars, JCP 2010.996, note Bureau et d'Avout.

1352 Par exemple, C.A. Paris, 22 janv. 2019, n° 17/15605. V. également D. Cohen, note sous Cass. Civ. 1re, 6 mai 2009, Rev. arb. 2010. 299, spéc. p. 305 : « *L'arbitrage entretient des rapports complexes et subtils avec la matière des faillites : si l'arbitrabilité du droit des procédures collectives ne fait plus aujourd'hui de doute, il n'en reste pas moins que l'arbitre ne saurait empiéter sur la compétence exclusive du juge de la faillite – notamment pour ouvrir une procédure collective du débiteur, recevoir les déclarations de créances ou nommer des représentants de la procédure – et qu'il ne saurait violer des règles d'ordre public interne, voire international, du droit des faillites, teinté de considérations d'intérêt général manifestes* ».

1353 C.A. Paris, 16 janv. 2018, *Sté MK Group c/ SARL Onix* : Rev. arb. 2018, p. 401, note S. Lemaire ; JDI 2018, comm. 12, p. 883, note S. Bollée ; D. 2018, p. 1635, note M. Audit ; D. 2018, p. 2461, obs. Th. Clay.

1354 Certaines traces de cette solution pourraient être soulignées dans des arrêts précédents : v. note sous C.A. Paris, 22 janv. 2004 : Rev. arb. 2004, p. 647, note E. Loquin. – rappr., en doctrine, Ch. Seraglini, « *Lois de police et justice arbitrale internationale* », D. 2001, n° 351.

1355 C.A. Paris, 20 déc. 2018, n° 16/25484.

soit annulée par le juge français. Il faut que la violation de la loi de police étrangère par la sentence viole effectivement l'ordre public international français.

736. Pour fonder l'intégration des lois de police laotiennes dans l'ordre public international français, la Cour d'appel fait référence à la résolution adoptée par l'assemblée générale des Nations Unies le 14 décembre 1962. Selon cette dernière il existe un « *consensus international sur le droit des États de subordonner à une autorisation administrative préalable l'exploitation des ressources naturelles situées sur leur territoire et de soumettre à leur contrôle les investissements étrangers dans ce domaine* ». Ainsi, la Cour conclut que « les dispositions par lesquelles, dans le respect du droit international, les États expriment leur souveraineté sur leurs ressources naturelles relèvent donc de l'ordre public international ».

Il faut noter que les lois de police étrangères entrent dans le champ de l'ordre public international par l'intermédiaire du droit international. Dans les précédents arrêts *Belokon*[1356] et *République du Congo*[1357], la cour avait considéré que l'interdiction de la corruption et le blanchiment entre dans le cadre de l'ordre public international par ce qu'elle fait l'objet d'un consensus au sein de la communauté des États reflété par la convention de Mérida (voir *infra*). Une importance particulière est alors consacrée aux sources internationales de l'ordre public, ce qui a été qualifié de l « internationalisation de l'ordre public international »[1358]. Dans l'arrêt *MK group*, la même source permet la protection des lois de police étrangères dans le cadre de l'ordre public international.

737. On peut se demander si l'arrêt MK Group tend à protéger un ordre public « authentiquement international »[1359] qui comprend dans cette situation les lois de police laotiennes et ne vise pas à sanctionner réellement la violation des lois de police étrangères. La motivation de l'arrêt accordant une place importante au droit international public pourrait être en faveur de cette interprétation de l'arrêt. Néanmoins, le raisonnement de la cour concernant les conditions exactes des exploitations des ressources naturelles tirées uniquement de la loi de police étrangère et non pas le principe international démontre la volonté de la cour de protéger spécifiquement la loi de police étrangère en cause. Toutefois, pour bénéficier de la protection

1356 C.A. Paris, Pôle 1, Ch. 1, 21 févr. 2017, *République du Kirghizistan c/ Valeri Belokon,* n° 15/01650, Revue droit des contrats, 2017(2), 304, obs. Boucobza X., Serinet Y.-M. ; Rev. arb. 2017, 915, note Audit M., Bollée S. ; JDI 2017, 1361, note Gaillard E.
1357 C.A. Paris, 16 mai 2017 : D. 2017, p. 2054, obs. S. Bollée ; JDI 2017, comm. 20, p. 1361, note E. Gaillard ; Rev. arb. 2018, p. 248, note J.-B. Racine.
1358 S. Bollée, note sous C.A. Paris, 16 janv. 2018, *Sté MK Group c/ SARL Onix,* Journal de droit international (Clunet), n°3, Juillet 2018, 12.
1359 *Ibid*.

des juridictions françaises, la loi de police étrangère doit porter sur les valeurs de l'ordre public international français et plus généralement la communauté internationale pour être protégée.

738. Il faut noter que finalement, les lois de police étrangères et leur ordre juridique présentent une forme d'importance dans le cadre de contrôle des sentences arbitrales[1360]. La cour a souligné « *qu'il est en principe indifférent que la sentence soumise au juge français ait fait l'objet d'un refus d'exequatur pour violation de l'ordre public international dans l'État dont les dispositions de police s'appliquent au contrat litigieux* ». Il s'agit de défendre un ordre public véritablement international. Donc même si « en principe » l'annulation de la sentence dans un autre pays n'affecte pas sa reconnaissance et exécution en France, on ne peut pas se détacher complètement de la solution de l'ordre juridique étranger concernant la sentence.

Comme nous avons développé, chaque État dispose de ses propres règles d'ordre public international et contrôle leur respect par la sentence arbitrale. La notion d'ordre public est relative, mais également variable dans le temps. Néanmoins, on peut constater qu'en général, l'ordre public international comporte deux types de règles : procédurales et substantielles.

§II. Les composants de la notion d'ordre public international

739. L'ordre public comporte deux volets : procédural(A) et substantiel (B). En général, le contrôle du respect des règles d'ordre public substantiel fait débat dans le cadre du droit de l'arbitrage. Le juge contrôle également le respect des règles d'ordre public procédural, qui visent à protéger les droits procéduraux des parties . Même si l'article 1520 cite le non-respect du principe de contradictoire comme motif indépendant d'annulation, il n'est pas contesté que ce principe fait partie de l'ordre public procédural. Par conséquent, nous allons l'examiner dans ce cadre.

A. L'ordre public substantiel

740. L'ordre public substantiel est en cause lorsque des parties ont violé des principes essentiels du droit. Il comprend les règles importantes comme celles de droit de la concurrence, de droit de la faillite, de la lutte contre la corruption (v. *infra*) ou des dispositions protectrices des agents commerciaux. Les États membres de l'Union européenne sont dans l'obligation de

1360 V. S. Bollée, *Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des sentences arbitrales*, Economica, 2004, n° 483 et s.

reconnaître la qualité d'ordre public international aux règles de droit européen de la concurrence[1361].

Le respect de l'ordre public substantiel fait plus de débats en comparaison avec l'ordre public procédural. Les éléments composant l'ordre public substantiel font l'objet de discussions régulières dans le cadre de recours contre les sentences. Il faut rappeler que selon la jurisprudence, l'inconciliabilité entre la sentence attaquée et une autre décision est susceptible de constituer une violation de l'ordre public international[1362]. La Cour d'appel de Paris a précisé que des décisions sont considérées comme inconciliables lorsqu'elles entraînent des conséquences juridiques qui s'excluent mutuellement[1363].

B. L'ordre public procédural

741. L'ordre public procédural fait prévaloir les principes fondamentaux du procès. Ces règles sont assez largement couvertes par l'article 1520, 2° et 4° du CPC, prévoyant la possibilité pour les parties d'initier un recours en annulation pour l'irrégularité de la constitution du tribunal arbitral et le non-respect du principe de contradictoire. Toutefois, certains autres éléments comme l'exigence d'un délibéré collégial requièrent la protection du juge étatique sur le fondement de la violation d'ordre public international. Par ailleurs, la jurisprudence se réfère à l'ordre public procédural pour sanctionner les arbitres qui statueraient de manière contradictoire. Le juge de l'annulation ou le juge de l'exequatur peut refuser l'entrée d'une sentence dans l'ordre juridique français sur le fondement de l'ordre public procédural lorsque celle-ci contient des solutions contradictoires entre elles ou avec d'autres sentences liées[1364]. Néanmoins, toutes les exigences procédurales n'ont pas le caractère d'ordre public et ne peuvent entraîner l'annulation de la sentence.

742. En cas de fraude procédurale, les parties peuvent agir sur le fondement de la violation de l'ordre public procédural. Lorsque, par un procédé malhonnête, une partie a trompé les arbitres, la partie victime d'une fraude procédurale peut exercer un recours en révision devant

1361 CJUE, 1 Juin 1999, *Eco Swiss China Time Ltd contre Benetton International NV*, Affaire C-126/97. Rec. Jurisprudence CJUE 1999, p. I-03055.
1362 C.A. Paris,17 janv. 2012, *Planor Afrique,* n° 10/21349, D. 2012. 2991, obs. T. Clay ; Rev. arb. 2012. 569, note M.-L. Niboyet ; Gaz. Pal. 6-8 mai 2012. 16, obs. D. Bensaude ; Int'l Arb. L. Rev. 2012, n° 15-2, p. 11, note B. Grange ; 4 déc. 2012, n° 11/07800, *Planor Afrique*, D. 2012. 2991, obs. Th. Clay; Rev. arb. 2013. 411 [2e esp.], note C. Debourg.
1363 CA. Paris, 10 septembre 2019, n° 17/10639.
1364 V. Cass. Civ. 1ère, 23 mars 1994, *Hilmarton,* n°92-15137, et Cass. Civ. 1ère, 29 juin 2007, *Putrabali,* n°05-18053 et n°06-13293.

le tribunal arbitral, ou exercer un recours en annulation devant le juge, contre la sentence. Toutefois, l'inclusion de la fraude procédurale dans l'ordre public est nécessaire. À part les cas où le tribunal arbitral ne peut plus être réuni pour connaître un recours en révision, parfois, il refuse de connaître un recours en révision, notamment lorsque la sentence a été rendue à l'étranger. Par ailleurs, les parties peuvent hésiter à revenir devant les arbitres, qui pourraient être tentés de minimiser la fraude procédurale pour ne pas reconnaître qu'ils ont été trompés. La fraude procédurale est sanctionnée notamment lorsque de faux documents ont été produits, que des témoignages mensongers ont été recueillis ou que des pièces intéressant la solution du litige ont été frauduleusement dissimulées aux arbitres, de sorte que la décision de ceux-ci a été surprise.

743. L'ordre public procédural est notamment constitué du principe d'égalité des armes[1365]. La cour d'appel explique concernant la portée de ce principe que « *l'égalité des armes implique l'obligation d'offrir à chaque partie une possibilité raisonnable de présenter sa cause – y compris les preuves – dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation substantiellement désavantageuse par rapport à son adversaire* »[1366]. L'inégalité entre les parties peut notamment résulter d'un déséquilibre dans l'accès aux moyens de preuve.

Concernant le principe du procès contradictoire, l'obligation des arbitres de respecter celui-ci est prévue par l'article 1510 du CPC[1367]. La violation de ce principe résulte en l'annulation de la sentence ou le refus de l'*exequatur*, en vertu de l'article 1520, 4° du CPC[1368]. Le principe de procès contradictoire, fait partie des exigences du procès équitable et de l'ordre public procédural. Il aurait été protégé dans le cadre du contrôle de l'ordre public international par le juge même si un grief d'annulation ne lui avait pas été consacré. L'article 1520 du CPC lui accorde un statut particulier prévoyant le contrôle certain du juge. Le respect du principe de contradictoire dans le cadre de la procédure arbitrale est ainsi doublement protégé.

744. La Cour d'appel dans le cadre de l'arrêt *Schooner*[1369] énonce que « *le principe de la contradiction permet d'assurer la loyauté des débats et le caractère équitable du procès. Il interdit qu'une décision soit rendue sans que chaque partie ait été en mesure de faire valoir ses prétentions de fait et de droit, de connaître les prétentions de son adversaire et de les discuter.*

1365 C.A. Paris, 8 nov. 2016, n° 13/12002.
1366 C.A. Paris, 2 avr. 2019, n° 16/24358.
1367 « *quelle que soit la procédure choisie, le tribunal arbitral garantit l'égalité des parties et respecte le principe de la contradiction* »
1368 *« le recours en annulation n'est ouvert que si : […] le principe de la contradiction n'a pas été respecté* ».
1369 C.A. Paris, 2 avr. 2019, n° 16/24358.

Il interdit également que des écritures ou des documents soient portés à la connaissance du tribunal arbitral sans être également communiqués à l'autre partie, et que des moyens de fait ou de droit soient soulevés d'office sans que les parties aient été appelées à les commenter ». Concernant la mise en œuvre de ce principe, la question de la liberté des arbitres dans leur raisonnement peut présenter certaines difficultés. On peut se demander si les arbitres doivent suivre les parties dans la lignée de leur argumentation ou s'ils disposent d'une certaine liberté dans leur motivation. L'obligation de respecter le principe du contradictoire pendant la procédure ne veut pas dire que les arbitres ne disposent pas d'une liberté dans leur raisonnement et argumentation[1370]. Il est admis que « *le respect du principe de la contradiction n'impose pas aux arbitres de soumettre aux parties le détail de leur raisonnement préalablement au prononcé de la sentence* »[1371]. Le tribunal arbitral peut effectuer une analyse critique des propositions des parties pour prononcer la solution qu'il estime le plus appropriée à la réalité de la situation[1372].

745. Lors du contrôle de la sentence, si la décision de l'arbitre est justifiée par d'autres éléments ayant été discutés, le juge considère que le principe du contradictoire a été respecté[1373]. Il faut préserver l'équilibre entre le respect de la contradiction et l'efficacité de la sentence. La Cour d'appel de Paris énonce dans un arrêt de 26 mars 2019[1374] que *« le principe de la contradiction exige seulement que les parties aient pu faire connaître leurs prétentions de fait et de droit et discuter celles de leur adversaire de telle sorte que rien de ce qui a servi à fonder la décision des arbitres n'ait échappé à leur débat contradictoire. Les arbitres n'ont aucune obligation de soumettre au préalable leur motivation à une discussion contradictoire des parties* ». Le contradictoire est une garantie pour les parties. Le tribunal arbitral est tenu de rester dans le cadre juridique et factuel fixé par les parties. Il peut néanmoins, compléter son argumentation avec certains éléments pour enrichir la sentence. Il ne doit pas trop s'éloigner

1370 Sur cette question, v. P. Mayer, « *La liberté de l'arbitre* », Rev. arb. 2013. 339.
1371 C.A. Paris, 9 sept. 2010, *Marriott c. Jnah Development*, Rev. arb. 2011. 970, note C. Debourg ; Cah. arb. 2011. 413, note P. Mayer ; Cass. Civ. 1re, 14 mars 2006, n° 03-19.764, D. 2006. 943, obs. V. Avena-Robardet ; Rev. arb. 2006. 653 ; JCP 2006. I. 148, obs. J. Ortscheidt. V. également : C.A. Paris, 14 mai 2019, n° 16/16502 ; 14 mai 2019, n° 17/09133 ; 21 mai 2019, n° 17/19850 ; 26 mars 2019, n° 17/03739, Dalloz actualité, 17 avr. 2019, obs. J. Jourdan-Marques, préc.
1372 C.A. Paris, 7 févr. 2017, nos 14/21103 et 15/00496, D. 2015. 2588, obs. Th. Clay; Rev. arb. 2017. 566, note J. Fouret et A. Reynaud ; Rev. arb. 2017. 648, chron. M. Laazouzi ; Cah. arb. 2018. 304, note R. Wheeler. Il peut également choisir entre les méthodes discutées par les parties : Cass. Civ. 1re, 28 mai 2015, n° 14-14.421, D. 2015. 2588, obs. Th. Clay; Rev. arb. 2015. Somm. 656
1373 Cass. Civ. 1re, 6 mai 2009, n° 07-20.345, Rev. arb. 2010. 90 ; *contra*, C. Chainais, « *L'arbitre, le droit et la contradiction : l'office du juge arbitral à la recherche de son point d'équilibre* », Rev. arb. 2010. 3, spéc. p. 40.
1374 C.A. Paris, 26 mars 2019 n° 17/03739.

des moyens présentés par les parties pour protéger la sentence des contestations sur le fondement de non-respect du principe de la contradiction ou de l'ordre public procédural.

L'ordre public procédural et plus généralement l'ordre public international français contiennent des règles fondamentalement importantes du droit français qui méritent d'être protégées même à l'échelle internationale. Chaque État définit ses propres règles d'ordre public international. Néanmoins, récemment on assiste à l'émergence d'un ordre public transnational.

Sous-section II. L'émergence de la notion d'ordre public transnational

746. Le juge étatique contrôle le respect de l'ordre public international par la sentence arbitrale. Le contenu de l'ordre public international dépend des législations nationales. Néanmoins, récemment, on constate la tendance des juridictions étatiques à contrôler le respect de l'ordre public transnational par le tribunal arbitral (§I). *A priori*, l'arbitre n'est pas tenu de respecter un ordre public international considérant qu'il n'a pas de for. Néanmoins, les arbitres respectent en général les règles dont on peut estimer qu'elles relèvent de l'ordre public transnational (§II).

§I. Le contrôle du respect de l'ordre public transnational par le juge

747. La notion de l'ordre public transnational est relativement nouvelle. C'est la raison pour laquelle sa définition doit être étudiée (A). La jurisprudence française prend en compte les règles faisant l'objet « d'un consensus international » dans le cadre du contrôle du respect de l'ordre public international (B).

A. La définition de l'ordre public transnational

748. À l'heure actuelle, il n'existe pas un véritable ordre public supranational auquel les États adhèrent et chaque législation définit librement ses règles d'ordre public susceptibles d'évoluer dans le temps. Néanmoins, on peut constater l'émergence de la notion d'ordre public

transnational[1375], sur le plan des sources des règles d'ordre public, mais également des modalités de sa protection et de ses fonctions[1376]. L'ordre public transnational peut être défini comme « *le réceptacle des valeurs qui sont fondamentales pour la communauté internationale, plus particulièrement dans les relations commerciales internationales. Il n'est rattaché juridiquement à aucun for étatique en particulier. Il constitue l'ordre public universel propre au commerce international* »[1377]. Les conventions internationales ratifiées par un nombre suffisant d'États pour être qualifiées d'un consensus international constituent le cœur de l'ordre public transnational.

L'idée de cette notion est apparue dans les années 1960, sans pour autant révolutionner la conception nationale de l'ordre public international. Il faut souligner que le fondement des règles d'ordre public international se trouve de plus en plus dans des sources internationales avec la multiplication des conventions internationales. Également, la jurisprudence arbitrale se réfère généralement aux normes non écrites reconnues dans la société internationale sous le nom de « principes généraux de droit ».

749. Dans le cadre de l'Union européenne, en principe, le contenu de l'ordre public est fixé librement par les États membres ; même lorsque le recours à l'exception d'ordre public international est prévu par un traité européen[1378]. Cependant, en pratique, certaines règles de valeur européenne doivent impérativement être protégées dans le cadre de l'ordre public des États membres. À titre d'exemple, dans le cadre de l'affaire *Pellegrini*[1379], il a été considéré que le droit à un procès équitable (article 6 de la ConventionEDH) doit être inclus dans l'ordre public procédural international des pays membres. Ainsi l'ordre public européen est intégré dans l'ordre public international des États membres. La hiérarchie des normes au sein de l'Union européenne résulte en une intervention indirecte de l'ordre public européen dans l'ordre

1375 Pour une étude exhaustive sur la question v. P. Lalive, « L'ordre public transnational et l'arbitre international *»,* F. Pocar, *in liber amicorum,* Milan, Guiffré éd., 2009, p. 599. – E. Loquin, « Les manifestations de l'illicite dans le commerce international *»,* in Ph. Kahn (dir.), C. Kessedjian, *L'illicite dans le commerce international*, Trav. CREDIMI, vol 16, Litec, 1996, p. 247. J.-M. Jacquet, « L'ordre public transnational *»,* in E. Loquin (dir.), S. Manciaux, *L'ordre public et l'arbitrage*, Trav. CREDIMI, vol. 42, LexisNexis, 2014, p. 101. J.-B. Racine, « Les normes porteuses d'ordre public dans l'arbitrage commercial international », in *L'ordre public et l'arbitrage, préc.,* p. 7.

1376 Pour une analyse détaillée de cette question v. M. Forteau, « *L'ordre public 'transnational' ou 'réellemnt international', L'ordre public international face à l'enchevêtrement du droit international privé et du droit international public* », Journal de droit international (Clunet) n°1, Janvier 2011.

1377 E. Loquin, note sous C.A. Paris, 28 mai 2019, *Alstom Transport SA c/ Société Alexander Brothers,* Journal du droit international (Clunet), n° 2, Avril 2020, p. 20.

1378 Par ex. l'article 16 de la convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles.

1379 CEDH, 20 juillet 2001, *Pellegrini c/ Italie,* req. 30882/96.

public français. Celui-ci prend en compte les engagements européens et internationaux de la France. Dans le cadre de l'Union européenne, les États membres s'engagent les uns envers les autres à s'assurer du respect de certains valeurs et principes. Il est donc compréhensible que ces valeurs se trouvent dans chacun de leurs ordres publics respectifs. Néanmoins, au plan international, il n'y a pas lieu d'appliquer les mêmes règles face aux États tiers à l'Union européenne. Le juge peut décider de ne pas prendre compte de l'ordre public européen lorsqu'un jugement ou une sentence internationale est en cause. La jurisprudence considère que certaines règles internationales font partie de l'ordre public international français.

B. L'ordre public transnational dans la jurisprudence française

750. L'ordre public international français comprend certaines règles internationales. Théoriquement, les règles de source internationale ne sont pas forcément considérées comme faisant partie de l'ordre public international français. Néanmoins, en pratique, certaines de ces règles sont protégées par le juge français comme faisant partie de l'ordre public. Depuis 2016, la Cour d'appel de Paris considère que les principes faisant l'objet « d'un consensus international » font partie de l'ordre public international français. Dans l'arrêt *République démocratique du Congo*[1380], la Cour d'appel de Paris a jugé que l'objectif de lutte contre la corruption, exprimé par la convention de Mérida, constitue une valeur d'ordre public international français[1381]. Également, la Cour d'appel de Paris dans le cadre de l'affaire *Belokon*[1382] a considéré que le terme corruption comprend non seulement la corruption proprement dite, mais également le trafic d'influence[1383] et d'autres pratiques illicites comme le blanchiment. La prohibition du blanchiment est ainsi une des règles d'ordre public international français.

Concernant la source de la règle d'ordre public, la Cour d'appel[1384] fait référence à la Convention des Nations Unies contre la corruption conclue à Mérida le 9 décembre 2003. Cette

1380 C.A. Paris, 16 mai 2017*, République démocratique du Congo c/ Société Customs and Tax Consultancy LLC,* Rev. arb. 2018, p. 249, note J.-B. Racine.
1381 *Ibid.* : « *la Convention de Mérida exprime un consensus international sur le fait que l'un des principaux moyens de prévention de la corruption consiste dans la mise en place de systèmes de passation des marchés publics fondés sur la publicité des appels d'offres, la mise en concurrence et la définition de critères objectifs et prédéterminés de sélection des soumissionnaires* ».
1382 C.A. Paris, Pôle 1 – Ch. 1, 21 février 2017, *République du Kirghizistan c/ M/ Belokon,* Rev. arb. 2017, p. 915, note S. Bollée et M. Audit ; RTD. com. 2019, p. 42, obs. E. Loquin ; D. 2017, p. 2067, obs. S.B.
1383 M. Audit, S. Bollée, P. Callé, *Droit du commerce international et des investissements étrangers,* coll. Domat Droit privé, LGDJ-Lextenso, 2e éd., 2016, n° 223.
1384C.A. Paris, Pôle 1 – Ch. 1, 21 février 2017, Rev. arb., 2017, N°3, p. 929 - 941, et C.A. Paris, 16 mai 2017, *République Démocratique du Congo,* RG n° 15/23790.

dernière invite à sanctionner le blanchiment en relation avec *« l'éventail le plus large d'infractions principales* ». Il est alors possible que d'autres opérations de blanchiment prospérant comme celle relative à un trafic illicite soient considérées comme violant l'ordre public international français.

751. Les règles d'ordre public international de l'article 1520 du Code de procédure civile trouvent rarement leur fondement dans un texte. Dans le cadre du contrôle des sentences arbitrales, les juges s'appuient, principalement sur les principes généraux du droit pour compter une règle parmi celles ayant la valeur d'ordre public international. La référence à la Convention de Mérida n'est donc pas considérée comme habituelle dans l'étude du contenu de l'ordre public international français. Ce caractère inhabituel est d'autant plus notable que le texte en question est un traité du droit international public et non pas une règle de droit interne. On peut donc se poser la question de savoir quel est l'intérêt que la Cour d'appel de Paris cherche à préserver en incluant la prohibition de blanchiment dans l'ordre public international français ?

Il a été soulevé que la lutte contre le blanchiment doit être considérée comme relevant d'un « *consensus international* »[1385]. Ainsi, la Cour d'appel tend à préserver « *les intérêts de la communauté des États telle qu'exprimée par le droit international public* », par l'intermédiaire du contrôle de l'ordre public international en matière d'arbitrage[1386]. On peut conclure que certaines règles internationales peuvent être prises en compte dans l'ordre public français méritant la protection des juridictions françaises. Cette solution démontre qu'aujourd'hui, lorsqu'une règle d'ordre public international français comme la prohibition du blanchiment est en cause, l'extranéité du comportement ou l'absence du lien substantiel avec la France n'engendrent pas une absence de contrôle par le juge français. Dans cette affaire, le siège du tribunal arbitral était en lien avec la France et le juge français n'a pas manqué d'intervenir. C'est un développement intéressant de la jurisprudence française sur la question du contrôle de l'ordre public international.

752. Dans l'arrêt *MK Group*[1387], la Cour d'appel a considéré que la résolution de l'ONU sur le droit permanent des peuples et des nations sur leurs richesses et leurs ressources naturelles « *exprime un consensus international sur le droit des États de subordonner à une autorisation*

1385 A.-C. Fortas, « *La Cour de cassation et les conventions internationales relatives à la lutte contre la corruption* », RSC*,* 2014.25.
1386 *Ibid*.
1387 C.A. Paris, 16 janv. 2018, *Sté MK Group c/ SARL Onix,* Rev. arb. 2018, p. 401, note S. Lemaire ; JDI 2018, comm. 12, p. 883, note S. Bollée ; D. 2018, p. 1635, note M. Audit ; D. 2018, p. 2461, obs. Th. Clay.

préalable l'exploitation des ressources naturelles situées sur leur territoire et de soumettre à leur contrôle les investissements étrangers dans ce domaine ». Ainsi, la souveraineté des États sur leurs ressources naturelles est considérée comme une valeur d'ordre public international français. Également dans l'arrêt *Ministère yéménite du pétrole et des minerais c/ Société Alkor Petro Ltd*[1388], la Cour d'appel a considéré que l'ordre public international comprend les « *dispositions unilatérales par lesquelles les autorités compétentes d'un État désignent, suivant une procédure légalement établie, les documents dont cet État entend protéger la confidentialité dans l'intérêt de la sécurité ou de la défense nationale* ». Dans le cadre de ces arrêts, la Cour d'appel de Paris se réfère au terme « consensus international » pour protéger des règles provenant de différentes conventions internationales dans le cadre du contrôle de l'ordre public international.

Cette solution fait penser au concept d'ordre public transnational, même si la cour n'y fait pas mention expressément. Dans certains cas, l'ordre public transnational a un contenu identique à l'ordre public international français, notamment lorsque la règle en question trouve sa source dans une convention internationale que la France a ratifiée. Il peut alors paraître superflu d'utiliser la notion d'ordre public transnational. Également, lorsqu'une sentence viole une loi de police française, la protection de l'ordre public international français justifie le contrôle du juge.

L'arret récent *AD Trade*[1389], a confirmé l'arret MK groupe. Elle a rappellé que la « *seule méconnaissance d'une loi de police étrangère ne peut conduire en elle-même à l'annulation d'une sentence arbitrale. Elle ne peut y conduire que si cette loi de police protège une valeur ou un principe dont l'ordre public français lui-même ne saurait souffrir la méconnaissance, même dans un contexte international. Ce n'est que dans cette mesure que des lois de police étrangères peuvent être regardées comme relevant de l'ordre public international français* ».

753. En revanche, la notion d'ordre public transnational est véritablement en cause dans les cas où le juge vise à protéger un ordre juridique étranger qui partage des valeurs communes avec l'ordre juridique français. La Cour d'appel de Paris a ainsi considéré que «*la seule revendication de la compétence et de l'application de la loi de police yéménite ne suffit pas à justifier le contrôle de la sentence au regard de cette loi par le juge français. Encore faut-il que de telles mesures « poursuivent un but légitime qui fait l'objet d'un consensus*

1388 C.A. Paris, 21 mars 2017, *Ministrère yéménite du Pétrole,* Rev. arb. 2018, p. 587, note P. de Vareilles-Sommières.
1389 Paris, 5-16, 13 avr. 2021, n° 18/09809.

international » »[1390]. Elle a estimé dans le cadre d'une autre affaire que « *ce n'est que dans cette mesure que des lois de police étrangères peuvent être regardées comme relevant de l'ordre public international* »[1391]. Dans l'arrêt *MK Group*, les valeurs fondamentales de l'ordre public international français n'étaient pas directement en cause. La sentence a été annulée en ce qu'elle portait atteinte à la souveraineté d'un autre État sur ses ressources naturelles. Le siège de l'arbitrage était fixé à Paris et l'exécution de la créance née de l'activité délictueuse était demandée en France.

Dans l'affaire *Belokon*[1392], l'ordre juridique français était totalement étranger des effets de la sentence et le seul point de contact de celle-ci avec la France était le siège de l'arbitrage situé à Paris, ouvrant la possibilité d'un recours en annulation an France. Néanmoins, l'absence de lien avec la France n'a aucun effet sur le contrôle du juge étatique sur la sentence[1393].

Avant les arrêts mentionnés, la jurisprudence ne faisait référence aux règles d'ordre public non nationales que dans des cas exceptionnels[1394]. Même aujourd'hui, il ne s'agit pas d'une pratique très courante. Néanmoins, certains auteurs considèrent que pour les tribunaux arbitraux, l'ordre public transnational est considéré comme « l'ordre public naturel »[1395].

§II. Le respect de l'ordre public transnational par l'arbitre

754. Devant le juge étatique, l'application des règles d'ordre public du for est impérative, alors qu'il est simplement facultatif d'appliquer les lois de police étrangères. La solution est différente dans le cadre de l'arbitrage. L'arbitre n'ayant pas de for, n'a aucune obligation d'appliquer des règles d'ordre public et toutes les règles d'ordre public international sont pour lui étrangères. Néanmoins, le juge du pays du siège ou de l'exécution de la sentence contrôle le respect de l'ordre public de cet État par la sentence. Il est donc nécessaire pour l'arbitre de

1390 *Ibid.*
1391 C.A. Paris*,* 20 décembre 2018, *État du Cameroun c/ SPRL Projet Pilote Garoubé,* n° 16/24924.
1392 C.A., 21 févr. 2017, *Paris, République du Kirghizistan c/ M/ Belokon*, Rev. arb. 2017, p. 915, note S. Bollée, M. Audit ; RTD. com. 2019, p. 42, obs. E. Loquin ; D. 2017, p. 2067, obs. S.B.
1393 V. M. Audit, S. Bollée, Rev. arb. 2017, p.915 : « *il est aujourd'hui clair que l'extranéité du comportement et même l'absence de lien substantiel avec la France ne sont pas susceptibles d'engendrer une absence de contrôle et le cas échéant de sanctions par les juridictions françaises* ».
1394 V. C.A. Paris, 3 octobre 1984, *Comité de défense des actionnaires de la Banque Ottomane,* JDI 1986, p. 156. et C.A. Paris, 30 septembre 1993 : Rev. crit. DIP 1994, p. 349, note V. Heuzé.
1395 J.-B. Racine, *Les normes porteuses d'ordre public dans l'arbitrage commercial, in L'ordre public et l'arbitrage*, préc. p., J.-M. Jacquet, « L'ordre public transnational », préc.

prendre en compte des règles d'ordre public (A). Il reste à déterminer quel ordre public doit être appliqué par l'arbitre (B).

A. La nécessité du respect des règles d'ordre public par l'arbitre

755. En principe, l'arbitre n'est pas tenu d'appliquer les lois de police. Il n'est attaché à aucun État. Néanmoins, il rend une sentence qui doit rentrer dans les ordres juridiques étatiques. Plusieurs solutions ont été proposées concernant l'application des lois de police par l'arbitre. Cette question permet aux arbitres d'éviter l'annulation de la sentence sur le fondement de l'ordre public. Certains considèrent que lorsque le tribunal arbitral applique le droit international privé de l'État du siège, il doit également prendre en compte l'ordre public de cet État[1396]. D'autres auteurs estiment que le tribunal arbitral doit rendre sa sentence en fonction des règles d'ordre public du pays de l'exécution de la sentence, indépendamment de la loi applicable au contrat[1397]. Dans le cadre du contrôle des sentences par le juge étatique, ces deux solutions peuvent être opportunes. D'une part, au moment du recours en annulation dans l'État du siège de l'arbitrage, le juge vérifie le respect de l'ordre public de cet État par la sentence ; d'autre part, au moment de l'exécution de la sentence, le juge contrôle le respect de l'ordre public de ce pays (que ce soit le siège de l'arbitrage ou non).

756. Certains autres auteurs proposent que la notion d'ordre public ne doive pas être prise en compte par le tribunal arbitral notamment dans le contexte de l'arbitrage commercial international. Ces auteurs estiment que l'arbitre n'est pas un instrument étatique et ne peut être tenu responsable pour la protection de l'ordre public d'un État[1398]. Il doit se contenter de suivre les instructions des parties et la convention d'arbitrage. Ainsi, il a été souligné que « *[l]'arbitre international, en principe, n'appartient à aucun système. L'on dit qu'il n'a pas de for. Toutes les lois sont, pour lui, étrangères. Il n'a donc pas de système à défendre. Son pouvoir tient de l'investiture des parties. Il s'étend et se limite au cercle des parties. Tout ce qui vient le contraindre est susceptible de le gêner* »[1399].

1396 V. A. Philip, *Recueil des cours*, Vol. 160 (1978), pp. 60-61.
1397 V. H.A. Grigera Naón, *Recueil des cours*, Vol. 289 (2001), p. 375.
1398 V. M. Bogdan, *Recueil des cours*, Vol. 348 (2011), p.191, et I. Fadlallah, *Recueil des cours*, Vol. 249 (1994), p. 382.
1399 I. Fadlallah, *Recueil des cours*, Vol. 249 (1994), p. 382.

Les difficultés peuvent se présenter lorsque l'application d'une loi choisie par les parties risque de se heurter aux principes d'ordre public de l'État du siège, ou un des États d'exécution de la sentence. Dans ce contexte, deux approches peuvent être imaginées. La première approche se fonde sur le caractère contractuel de l'arbitrage pour considérer que l'arbitre a le choix de ne pas accepter sa mission s'il estime que l'objet du litige en question est répréhensible[1400]. Si au contraire, il décide d'assurer sa mission, il ne doit pas essayer de corriger les effets d'un système juridique en imposant des règles impératives de l'Etat du siège incompatibles avec la loi applicable.

Dans le cadre de cette approche, les auteurs considèrent que l'application et la compréhension de l'ordre public d'un État sont difficiles à mettre en œuvre lorsque les arbitres ne relèvent pas de cet ordre juridique, sans parler de l'application de plusieurs ordres publics étatiques qui peuvent s'avérer contradictoires entre eux. Sur le fondement de ces arguments, ils suggèrent que les arbitres se détachent complètement des considérations d'ordre public et acceptent le fait que la sentence pourra être annulée par la suite[1401]. Dans ce cas, il faut compter sur la bonne volonté des parties pour exécuter la sentence arbitrale. Également, le contenu de l'ordre public, ainsi que l'intensité de son contrôle varient d'un pays à l'autre. Une sentence annulée ou non reconnue dans un pays peut avoir une chance d'exécution dans un autre. Cette approche envers l'application des règles d'ordre public par le tribunal arbitral n'est pas très soutenue.

757. La seconde approche consiste à considérer que les arbitres doivent rendre leur sentence à la lumière d'un certain ordre public. Cette approche paraît plus logique compte tenu du régime de la reconnaissance et exécution des sentences en droit comparé. Tout d'abord, la sentence arbitrale n'est pas en soi dotée de force exécutoire et sa reconnaissance par le juge étatique lui permet d'être exécutée sur le territoire d'un État. Le juge de l'État du siège de l'arbitrage ainsi que les juges de tous les États sur le territoire desquels la sentence est susceptible d'être exécutée peuvent contrôler la conformité de la sentence à leurs règles d'ordre public. L'indifférence du tribunal arbitral envers l'ordre public peut priver d'effet toute la procédure arbitrale. Les parties choisissent l'arbitrage pour le règlement effectif de leur litige. Il est vrai que la majorité des sentences est exécutée spontanément par les parties, néanmoins, les parties tendent à saisir une chance d'annulation ou de refus d'exécution de la sentence par le juge,

1400 Par exemple, V. J. G. Wetter in *Yearbook of the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce*, 1984, p. 29, n° 27. Un juge suédois (Gunnar Lagergren) a refusé sa mission dans le cadre d'un arbitrage CCI concernant un contrat dont l'objet était la corruption des agents de gouvernement.
1401 M. Bogdan, *Recueil des cours*, Vol. 348 (2011), p.192.

lorsqu'elle existe. Le non-respect des principes d'ordre public est un fondement solide de contestation de la sentence. De plus, les États se montrent protecteurs de leur ordre public qui est constitué des règles les plus importantes. En droit comparé, les juges étatiques effectuent en général, un contrôle effectif du respect de l'ordre public par la sentence. Il existe des divergences dans les droits nationaux, quant au contenu de l'ordre public ou l'intensité de contrôle de celui-ci. Toutefois, l'existence de contrôle du respect de l'ordre public n'est jamais remise en cause. Il faudrait néanmoins déterminer les règles d'ordre public à respecter.

B. Le choix de l'ordre public à respecter par l'arbitre

758. Si l'arbitre doit rendre sa sentence à la lumière des règles d'ordre public, quel est l'ordre public qu'il doit appliquer. Une première solution suggère que l'arbitre doit prendre en compte le respect de l'ordre public de l'État du siège de l'arbitrage pour rendre sa sentence[1402]. Le recours en annulation est possible devant les juridictions de cet État et ce dernier peut annuler la sentence sur le fondement d'une violation de l'ordre public. En vertu de la majorité des droits nationaux et dans le cadre de la Convention de NY, l'annulation de la sentence dans le pays du siège, justifie le refus de son exécution dans d'autres pays. Dans une telle situation, l'exécution de la sentence ne peut être demandée que dans les rares pays qui ne considèrent pas l'annulation de la sentence dans son pays d'origine comme un motif de refus d'exécution de la sentence comme la France.

Néanmoins, cette solution présente un problème : le lieu d'exécution de la sentence peut différer du siège de l'arbitrage. Dans cette situation, les arbitres ont alors rendu leur sentence en application des règles d'ordre public d'un État sans rapport avec la réalité du litige et la sentence risque de ne pas être exécutée en raison de la violation de l'ordre public du pays d'exécution. On peut alors considérer que l'arbitre doit rendre sa décision en fonction de l'ordre public du ou des pays où l'exécution de la sentence est susceptible d'être demandée. Cependant, cette solution peut présenter des problèmes au plan pratique. L'exécution de la sentence peut être demandée dans tous les États où la partie débitrice de l'obligation constatée par la sentence a des biens. Plusieurs ordres publics peuvent être en cause et il est très difficile, voire impossible pour le tribunal arbitral, de tous les comprendre et appliquer.

1402 V. Par exemple G. C. Moss, *International Commercial Arbitration ; Party Autonomy and Mandatory Rules*, Oslo, Norway: Tano-Aschehoug, 1999, pp. 301 and 314.

759. La seconde solution propose que l'arbitre doive rester fidèle à une morale professionnelle qui l'emporte dans le cadre de la communauté juridique, indépendamment de ce que les parties ont prévu[1403]. Ainsi, l'arbitre est tenu de prendre en considération certaines règles d'ordre public internationalement reconnues[1404]. Il est vrai que le contenu de l'ordre public diffère d'un pays à l'autre et qu'un réel ordre public transnational n'existe pas actuellement. Néanmoins, certaines règles revêtent une valeur si importante qu'elles se trouvent protégées par la grande majorité des ordres publics nationaux comme l'interdiction de l'esclavage, de la corruption ou encore la lutte contre le terrorisme. De plus, certaines conventions internationales ou communautaires peuvent influencer de façon directe ou indirecte, l'ordre public des États signataires, comme c'est le cas dans le cadre de l'Union européenne. Les principes et valeurs protégées au plan supranational se trouvent dans l'ordre public international de plusieurs États et leur violation augmente le risque de l'annulation et la non-exécution de la sentence. Il est attendu du tribunal arbitral de prendre en considération ces règles dans sa sentence, car le juge étatique contrôle la conformité de la sentence à l'ordre public international.

Section II. Le régime du contrôle de la conformité de la sentence à l'ordre public international par le juge français

760. Le juge doit veiller à l'efficacité de la sentence arbitrale tout en assurant la protection effective des règles d'ordre public international. La question de l'intensité du contrôle du juge français sur la conformité de la sentence à l'ordre public a fait l'objet de beaucoup de débats ces dernières années (Sous-section I). Également, l'importance des règles d'ordre public international explique l'examen de la possibilité pour les parties de renoncer au recours contre la sentence arbitrale sur le fondement de la contrariété à l'ordre public (Sous-section II).

1403 V. A. V. M. Struycken, *Recueil des cours*, Vol. 311 (2004), pp. 84-85.
1404 H. A. Grigera Naón, *Recueil des cours*, Vol. 289 (2001), pp. 208-209, et A. V. M. Struycken, *Recueil des cours*, Vol. 311 (2004), p. 53

Sous-section I. L'intensité du contrôle de la conformité de la sentence à l'ordre public international par le juge étatique

761. Deux approches peuvent être adoptées concernant l'intensité du contrôle du juge sur la conformité de la sentence à l'ordre public international : l'approche maximaliste et l'approche minimaliste. Depuis plusieurs années, le juge français a adopté l'approche minimaliste du contrôle du respect de l'ordre public international par la sentence (§I). Néanmoins, la jurisprudence a connu une évolution concernant cette question qui mérite d'être étudiée et analysée en détail (§II).

§I. Le contrôle minimaliste du juge sur le respect de l'ordre public international par la sentence

762. Depuis 2004, la jurisprudence française exerce un contrôle minimal et restreint sur le respect de l'ordre public international par la sentence arbitrale (A). Néanmoins, cette approche a été largement critiquée par la doctrine (B).

A. L'adoption de l'approche minimaliste par la jurisprudence française concernant le contrôle du respect de l'ordre public international

763. La jurisprudence française en matière de contrôle de la contrariété de la sentence à l'ordre public international a connu une certaine évolution. Dans un premier temps, la jurisprudence a adopté l'approche maximaliste envers le contrôle de la conformité des sentences à l'ordre public international[1405]. Dans cette approche le juge effectue un contrôle a proprement dit de la sentence en recherchant en droit et en fait les éléments démontrant l'existence des vices qui permettent d'annuler la sentence ou refuser son exequatur. Le juge contrôlait toute violation de l'ordre public international par la sentence. Également, le contrôle de la sentence n'était pas limité aux éléments examinés par le tribunal arbitral et pouvait s'étendre à tous les éléments du

1405 Cass. Civ. 1ère 6 janvier 1987, Rev. Arb. 1987, 469, note. Ph. Leboulanger ; JDI 1987, 638, note B. Goldman.

dossier. Le juge de l'annulation appliquait cette méthode de contrôle concernant tous les motifs d'annulation des sentences arbitrales y compris l'exception de l'ordre public international[1406].

764. Cependant, avec les arrêts Thalès de 2004[1407] et Cytec de 2006[1408], la Cour d'appel et la Cour de cassation[1409] sont revenues sur leur position en optant pour un contrôle minimal et restreint de l'ordre public international. La jurisprudence a adopté l'approche minimaliste d'une part, en exigeant le « *caractère flagrant, effectif et concret de la violation alléguée* »[1410] pour l'annulation de la sentence ; d'autre part, en limitant le contrôle aux seuls éléments présents dans la sentence. Dans le cadre de l'arrêt Thalès, la Cour d'appel de Paris a décidé que « *la violation de l'ordre public international au sens de l'article 1502-5° du NCPC doit être flagrante, effective et concrète* »[1411]. Elle a ajouté que « *le juge de l'annulation peut, certes, dans le cadre de ses pouvoirs de nature disciplinaire, porter une appréciation en droit et en fait sur les éléments qui sont dans la sentence déférée à son contrôle, mais pas statuer au fond sur un litige complexe* »[1412]. En résumé, pour qu'une sentence soit annulée, la violation de l'ordre public international doit crever les yeux.

Il ressortait des termes de l'arrêt Thalès que le juge ne peut se prononcer sur les éventuelles illicéités dans le cadre du litige en cause -comme des stipulations contractuelles- si elles n'ont pas été présentées devant l'arbitre[1413]. Le contrôle portait uniquement sur la sentence prononcée par le tribunal arbitral et non pas sur l'affaire, il était *« limité à la sentence elle-même, sans possibilité de prendre en compte les éléments du dossier* ». La Cour d'appel a expliqué dans une autre affaire que le juge « *ne peut statuer au fond sur un litige complexe non tranché par les arbitres et qui nécessiterait une instruction bien plus complète que celle résultant d'un*

1406 V. C.A. Paris, 30 sept. 1993, *European Gas Turbines*, Rev. Arb. 1994, 359, note D. Bureau ; RCDIP 1994, 349, note V. Heuzé ; RTD com. 1994, 703, obs. E. Loquin.
1407 C.A. Paris, 18 novembre 2004, *Thalès*, Rev arb., 2005.529, et la chron. L. Radicati di Brozolo, p. 529 ; JCP G, 2005 II 10038, note G. Chabot ; JCP G, 2005 I 134, § 8, note C. Seraglini ; JDI, 2005.357 obs A. Mourre ; D., 2005, pan. 3058, III, B, note Th. Clay ; RTD com., 2005.263, obs. E. Loquin ; Rev. crit. DIP, 2006.87, note S. Bollée ; Gaz. Pal., 21-22 oct. 2005, p. 5, obs. Ch. Seraglini ; Rev. Lamy de la concurrence 2005, n° 2, note E. Barbier de la Serre et C. Nourrisat ; Concurrences, 2005 n° 1, p. 1, obs. C. L. Leyssac, Journ. int. arb., 2005.239, note D. Bensaude.
1408 C.A. Paris, 23 mars 2006, Cytec, Rev. arb., 2007.100, note S. Bollée ; D., 2006.3026, note Th. Clay.
1409 V. également : Cass. civ. 1re, 4 juin 2008, Rev. arb., 2008.473, note I. Fadlallah ; JCP G, 2008 I 164, note Ch. Seraglini ; JCP G, 2008, actu 430, note J. Ortscheidt ; D., 2008.2560, obs. S. Bollée ; RTD com., 2008.518 , obs. E. Loquin ; LPA, 2008, n° 199, note P. Duprey, p. 21 ; JDI, 2008.1107, note A. Mourre.
1410 Pour une présentation détaillée de l'évolution, v. not. Ch. Jarrosson, « L'intensité du contrôle de l'ordre public », in *L'ordre public et l'arbitrage*, Colloque Dijon, CREDIMI, 15-16 mars 2013, éd. CREDIMI 2014.
1411 C.A. Paris, 18 novembre 2004, *Thalès*, RTD com., 2005.263, obs. E. Loquin ; RCDIP, 2006.104, note S. Bollée ; L. G. Radicati di Brozolo, Rev. arb., 2005.529 ; JDI, 2005.357, note A. Mourre ; Ch. Seraglini, Gaz. Pal., 2005, Cah. arb., n° 194, 195, p. 5.
1412 *Ibid.*
1413 *Ibid*.

échange de conclusions devant lui »[1414]. La jurisprudence française a ainsi basculé sur une approche minimaliste envers le contrôle de la conformité de la sentence à l'ordre public international.

Le juge du contrôle se fondait alors sur *« l'apparence de la conformité de la sentence à l'ordre public* »[1415]. Dans ces conditions, le contrôle par le juge français est si restreint, qu'une violation réelle et existante de l'ordre public international français ne ferait pas obstacle à la survie d'une sentence arbitrale, si elle n'est pas flagrante[1416]. Ainsi, la Cour d'appel de Paris avait considéré concernant un recours en annulation sur le fondement d'une allégation de corruption que *« les allégations de corruption ne conduisent pas plus le juge de l'annulation à exercer un contrôle approfondi de la sentence en fait et en droit* »[1417]. Cette solution a été affirmée par la Cour de cassation[1418].

B. Le critique de l'approche minimaliste de la jurisprudence française concernant le contrôle du respect de l'ordre public par la sentence

765. L'approche minimaliste est fondée sur plusieurs arguments[1419]. Tout d'abord, l'arbitrage est le choix des parties qui ont en général, confiance en l'arbitre. Toutefois, la principale justification du contrôle limité des sentences est l'interdiction de la révision au fond. La révision d'un jugement étranger est prohibée depuis l'arrêt *Münzer* de 1964[1420]. Cette interdiction a ensuite été étendue aux sentences arbitrales. Le juge étatique ne devrait pas devenir le juge du procès en cas de recours contre la sentence, pour rejuger l'affaire au fond. Le principe de l'interdiction de la révision au fond joue un rôle déterminant dans le régime du contrôle des sentences arbitrales. Le juge de l'annulation n'est pas juge de l'affaire, il a uniquement pour

1414 C.A. Paris, 22 octobre 2009, *Linde,* Rev. arb., 2010.124, note F.-X. Train ; Cah. arb., 2010.181, note L. Radicati di Brozolo ; D., 2010, Pan., p. 2933, obs. Th. Clay.
1415 E. Loquin, « Le paradoxe de la motivation des sanctions arbitrales », *in* C. Chainais, D. Fenouillet, G. Guerlin, *Les sanctions en droit contemporain*. Vol. 2, *La motivation des sanctions prononcées en justice*, Dalloz, Coll. L'esprit du droit, 2013, p. 215.
1416 E. Loquin, note sous Paris, Pôle 1 – Ch. 1, 4 novembre 2014, RTD com., 2015.67.
1417 C.A. Paris, 10 septembre 2009, Rev. arb., 2010.548, note L.-Ch. Delanoy.
1418 Cass. Civ. 1ère 12 février 2014 n° 10-17-076 : « *Le contrôle se limite au caractère flagrant, effectif et concret de la violation alléguée* ».
1419 Pour une présentation complète de ces arguments v. P. Mayer, « *L'étendue du contrôle par le juge étatique de la conformité des sentences arbitrales aux lois de police* », Mélanges Gaudemet-Tallon, Dalloz 2008, p. 459.
1420 Cass., Civ. 1re,19 avr. 1819*, Parker* : GAJFDIP*,* B. Ancel, Y. Lequette, 5e Èd. 2006, n° 2, p. 11 et s.

objectif de déterminer si la sentence en question remplit les conditions nécessaires pour rentrer dans l'ordre juridique français.

766. Il faut souligner que l'arbitrage en tant que mode indépendant de règlement des litiges ne s'inscrit pas dans le système judiciaire français comme un premier degré de juridiction. Il est donc inconcevable que le recours en annulation se transforme en une instance dans laquelle le juge réexamine le fond de l'affaire pour se prononcer sur le bien ou le mal-jugé de la sentence. Le juge de l'annulation n'étant pas un second degré de juridiction dans la procédure arbitrale se limite à vérifier la compatibilité de la sentence aux standards minimums français. Il est juge de la sentence arbitrale et non pas de l'affaire référé par les parties à l'arbitrage. L'une des conséquences du principe d'interdiction de révision au fond est le maintien *a priori*, de l'autorité de la chose jugée de la sentence, nonobstant le recours en annulation. Le juge de l'annulation vérifie la régularité de la sentence et détermine la possibilité pour celle-ci d'entrer dans l'ordre juridique français, il n'a pas le pouvoir de remettre « *la chose jugée en question devant la juridiction d'appel pour qu'il soit à nouveau statué en fait et en droit* »[1421].

767. Les justifications du contrôle limité de la sentence peuvent expliquer les griefs limitatifs sur le fondement desquels les parties peuvent exercer un recours en annulation, mais elles semblent disproportionnées concernant l'étendue limitée du contrôle exercé contre la sentence notamment en matière d'ordre public international. Il est difficilement justifiable « *que l'établissement même de ces griefs, ou du moins l'un d'entre eux, soit rendu excessivement difficile par une politique jurisprudentielle requérant un critère d'évidence* »[1422].

768. Plus généralement, la question est de savoir si le principe de l'interdiction de la révision au fond impose réellement le contrôle minimaliste de la conformité de la sentence à l'ordre public. En vertu du principe de l'interdiction de la révision au fond, le juge ne peut pas annuler une sentence arbitrale en se fondant sur le fait que s'il était le juge de l'affaire, il aurait atteint une conclusion différente de celle des arbitres. Celui-ci ne fait pas partie des griefs de l'annulation énoncés par l'article 1520 du CPC. Néanmoins, la question se pose de savoir si l'interdiction de révision au fond s'impose dans le cadre de l'examen de chaque grief de contrôle.

1421 Art. 561du CPC.
1422 C. Chainais, « *Réflexions prospectives sur les voies de recours en matière d'arbitrage* », Rev. arb., 2018 Issue 1, pp. 177 – 220, n°32.

La majorité de la doctrine considère que la réponse devrait être négative[1423]. Le contrôle effectif de la sentence suppose une comparaison entre la solution de la sentence et celle issue de la bonne application des règles en cause. En d'autres termes, le juge de contrôle devrait pouvoir réexaminer les éléments de fait et de droit pour s'assurer du respect des règles d'ordre public international et non pas pour substituer son jugement à celui du tribunal arbitral. On peut en conclure que finalement le principe de la non-révision au fond ne s'oppose pas au contrôle plein du respect de l'ordre public international par la sentence.

On peut noter que dans le cadre du contrôle de la compétence du tribunal arbitral, le juge de l'annulation opère un examen complet de tous les éléments de dossier (contrôle plein), sans que cela porte atteinte au principe de l'interdiction de révision au fond. Également, il n'est pas justifié que le contrôle du respect de l'ordre public international soit plus limité par comparaison au contrôle des autres motifs d'annulation. Le raisonnement *a fortiori* s'impose en raison de l'importance des règles d'ordre public international.

769. Le contrôle du respect de l'ordre public international par le juge étatique est spécialement important, compte tenu de l'importance des règles qu'elle vise à protéger. C'est la raison pour laquelle les parties peuvent invoquer ce grief pour demander l'annulation de la sentence en vertu de l'article 1520 du CPC. Donc, si le non-respect de l'ordre public international par l'arbitre constitue un cas d'annulation de la sentence, il faut que ce grief produise réellement ses effets. De plus, dans certaines matières comme le droit de la concurrence, une violation des règles d'ordre public ne peut être constatée qu'après une investigation complexe de tous les éléments de l'affaire en question. Le contrôle du juge limité au caractère flagrant ou manifeste de la violation est alors totalement inefficace.

770. Les textes prévoyant le contrôle de l'ordre public par le juge de l'annulation n'imposent pas de limites particulières à l'intensité ni aux modalités de ce contrôle. On peut légitimement estimer que le contrôle du respect des règles d'ordre public international s'effectue pleinement sans limitation. Comme l'a souligné Pascal de Vareilles-Sommières, « *(d)écider le contraire reviendrait à faire prévaloir, sans l'aval de la loi, les intérêts privés sur les valeurs collectives fondamentales que protège l'ordre public international* ». C'est pourquoi, les conditions posées par la jurisprudence concernant le caractère *flagrant*, effectif et concret de la violation d'ordre

1423 V. Ch. Jarrosson, « L'intensité du contrôle de l'ordre public » in *L'ordre public et l'arbitrage*, éd. CREDIMI, 2014, p.161.

public international ont soulevé certains questionnements de la part de la doctrine[1424]. Il est difficile d'admettre qu'une sentence rendue en violation de l'ordre public international français puisse produire tous ses effets en France, dès lors que la violation en question ne crève pas les yeux.

771. Il est souhaitable que le juge étatique puisse sanctionner effectivement, la dénaturation d'une loi de police française, lorsque celle-ci est applicable à l'affaire devant un tribunal arbitral. Le respect de l'ordre public international par la sentence arbitrale est à la fois dans l'intérêt du juge étatique et de l'arbitre. Le juge étatique est le gardien de l'ordre public et le non-respect de ces règles démontre qu'il n'a pas rempli sa fonction de façon effective.

Partir dans les extrêmes en n'effectuant qu'un contrôle superficiel de l'ordre public international peut avoir des conséquences non souhaitables : d'autres institutions ou textes, d'origine européennes ou internes peuvent tenter de contrebalancer cette légèreté de contrôle avec des exigences trop restrictives [1425]. Par exemple, on sait qu'une des explications de la querelle autour du contrôle des sentences rendues au sujet des contrats administratifs qui sont en même temps des contrats du commerce international et de la solution qui lui a finalement été apportée s'explique sans doute par cette crainte d'un contrôle insuffisant. (v. *infra*)[1426]. Ces types de tentations venant d'autres institutions doivent être évitées. Le juge judiciaire est le juge principalement compétent concernant le contrôle des sentences arbitrales. Il a plus d'expérience dans ce domaine. Il est plus à même de déterminer des règles claires sur le contrôle des griefs d'annulation. C'est à la Cour de cassation de guider le Conseil d'État en définissant un système fiable de contrôle du respect de l'ordre public international par la sentence arbitrale. Si le juge judiciaire ne parvient pas à assurer la protection des règles d'ordre public international de façon ferme et prévisible, le juge administratif pourrait être tenté de faire ce travail à sa place en méconnaissant l'interdiction de révision au fond de la sentence arbitrale[1427].

772. L'exception d'ordre public international permet d'établir un équilibre dans le cadre du droit de l'arbitrage. Il est important que les États puissants vérifier que les sentences arbitrales

1424 Ainsi, jugeant « funeste » la restriction du contrôle de l'ordre public international à celui de la violation flagrante, V. Heuzé, *« Arbitrage international : quelle raison à la déraison ? »,* D. 2011, p. 2882. - comp. L.-C. Delanoy, *« Le contrôle de l'ordre public [... »], préc.*, Évoquant une « malaise a suscité par ce contrôle, qu'il qualifie par ailleurs de 'vide' ».

1425 V. P. Mayer, « *L'étendue du contrôle, par le juge étatique, de la conformité des sentences aux lois de police* », in Mélanges Gaudemet-Tallon, Dalloz, 2008, p. 459.

1426 C.E., assemblée, 9 novembre 2016, *Société Fosmax LNG*, n° 388806, Lebon, AJDA,2016.2133 ; *ibid*., 2368, chron. L. Dutheillet de Lamothe et G. Odinet ; D., 2016.2343, obs. J.-M. Pastor.

1427 V. en ce sens les observations de M. Audit, C. Broyelle, note sous Cour administrative d'appel de Bordeaux, 12 juillet 2016, Paris, Pôle 1 – Ch 1, 8 novembre 2016 et Cons. d'État (ass.), 9 novembre 2016, Rev. arb., 2017.254.

sont conformes aux normes et aux valeurs fondamentales de la société. Le contrôle minimaliste du respect de l'ordre public avec l'exigence du caractère flagrant de la violation engendre un contrôle superficiel. Une des critiques adressées au contrôle minimaliste du respect de l'ordre public par les sentences concerne le respect du droit de l'Union européenne. La question a été posée de savoir si les critères limitatifs de contrôle des sentences prévues par la jurisprudence sont conformes au droit européen[1428]. En principe, le règlement n° 1215/2012 ne régit pas la reconnaissance et l'exécution dans les Etats membres d'une sentence arbitrale prononcée par un tribunal arbitral siégeant dans un autre État membre. La question de la reconnaissance et de l'exécution des sentences relève du droit de l'arbitrage de l'État membre dans lequel l'exécution de la sentence est demandée[1429]. Néanmoins, l'approche minimaliste de la jurisprudence française a soulevé certaines hésitations.

773. Dans l'affaire Genentech de 2016[1430], la Cour d'appel de Paris devait se prononcer sur une demande d'annulation d'une sentence sur le fondement de la violation de l'ordre public international. Elle a posé une question préjudicielle à la CJUE sur l'interprétation du droit européen. La question de la Cour d'appel ne soulevait pas spécifiquement les critères de contrôle de la sentence arbitrale. Néanmoins, l'avocat général Wathelet a considéré dans ses observations que les critères minimalistes appliqués par la jurisprudence française sont contraires à l'efficacité du droit européen :

> 774. « *À mon avis, des limitations à l'étendue (33) du contrôle des sentences arbitrales internationales telles que celles évoquées pour le droit français par Hoechst et Sanofi-Aventis ainsi que par le gouvernement français, à savoir la nature flagrante de la violation de l'ordre public international et l'impossibilité de contrôler une sentence arbitrale internationale pour pareille violation dès que la question d'ordre public a été soulevée et débattue devant le tribunal arbitral, sont contraires au principe d'effectivité du droit de l'Union. ... En ce sens, peu importe, par conséquent, que la violation de la norme d'ordre public soit flagrante ou non. Aucun système ne peut accepter des violations de ses normes les plus fondamentales qui font partie de son*

1428 Pour une présentation générale sur l'arbitrage et le droit européen v. L. Idot, « *Arbitrage et droit de l'UE, retour sur quelques développements récents* », Rev. Arb. 2016, 471; Également deux décisions importantes de la CJUE: EUCJ 1 juin1999, C-126/97, *Eco swiss* et EUCJ 26 oct. 2006, C-168/05, Mostaza Claro.
1429 CJCE, 10 février 2009, aff. C-185/07, *Rev. arb.*, 2009.407, note S. Bollée, fl., 2009.981, note C. Kessedjian*, Rev. crit. DIP*, 2009.373, note H. Muir Watt, *JDI*, 2010.1281, note B. Audit. P.41.
1430 CJUE, 7 Juillet 2016, C-567/14.

ordre public, et cela indépendamment du caractère flagrant ou non, évident ou non, de ces violations. »

La CJEU a décidé de ne pas traiter la question des critères limitatifs de contrôle en répondant strictement à la question qui lui était posée. Toutefois, le fait pour la CJUE d'avoir répondu à la question préjudicielle est significatif. En effet, le défendeur estimait que la CJUE ne devait pas répondre à cette question, en raison du principe de non-révision au fond des sentences arbitrales.

Les critiques adressées à l'approche minimaliste du contrôle de la conformité de la sentence à l'ordre public expliquent que la jurisprudence ait connu une évolution qu'il convient d'étudier.

§II. L'évolution de la jurisprudence concernant le contrôle du respect de l'ordre public international par la sentence

775. Le juge français a tenu compte des critiques adressées à l'approche minimaliste du contrôle de la conformité de la sentence à l'ordre public international. C'est la raison pour laquelle la jurisprudence a évolué concernant les moyens à la disposition du juge pour effectuer le contrôle du respect de l'ordre public international (B). Elle a également évolué légèrement concernant les critères requis pour l'admission de la violation de l'ordre public international (A).

A. Les critères du contrôle de la conformité de la sentence à l'ordre public international par le juge

776. À la suite de la jurisprudence Thalès[1431], les critiques ont été vives[1432] et visaient notamment l'exigence de caractère « flagrant » qui manque de clarté et peut être interprétée de différentes manières[1433]. Certains auteurs considéraient que la jurisprudence française a sacrifié le contrôle réel du respect de l'ordre public pour favoriser l'efficacité de la sentence

1431 C.A. Paris, 18 novembre 2004, *Thalès*, RTD com., 2005.263, obs. E. Loquin ; RCDIP, 2006.104, note S. Bollée ; L. G. Radicati di Brozolo, Rev. arb., 2005.529 ; JDI, 2005.357, note A. Mourre ; Ch. Seraglini, Gaz. Pal., 2005, Cah. arb., n° 194, 195, p. 5.
1432 V. not. L.-Ch. Delanoy, « *le contrôle de l'ordre public au fond par le juge de l'annulation : trois constats, trois propositions* », Rev. arb., 2007.177 ; Ch. Seraglini, « *L'Affaire Thalès et le non-usage immodéré de l'exception de l'ordre public ou les dérèglements de la dérèglementation* », Gaz. Pal., 21-22 oct. 2005, n° 9 ; S. Bollée, « *La place du principe de non-révision au fond dans le contrôle de la conformité des sentences à l'ordre public* », Rev. arb., 2007.9 et Ch. Jarrosson, « *L'intensité du contrôle de l'ordre public* », *préc.*
1433 V. Ch. Jarrosson, « *L'intensité du contrôle de l'ordre public* », préc., spéc. n° 20.

arbitrale[1434]. Même si tous les auteurs n'allaient pas aussi loin, la solution était généralement critiquée. C'est pourquoi la Cour d'appel est revenue sur cette solution en supprimant l'exigence du caractère flagrant de la violation de l'ordre public international. Elle a jugé dans l'arrêt *Planor* de 2012 qu'« *il résulte de l'inconciliabilité de la sentence avec l'arrêt de la Cour d'appel de Ouagadougou que sa reconnaissance et son exécution violent de manière effective et concrète l'ordre public international* » [1435]. Le critère de flagrance fut ainsi abandonné par la Cour d'appel[1436]. On a alors constaté une intention d'abandonner le contrôle minimaliste de la conformité de la sentence à l'ordre public international[1437].

Lors d'une autre affaire, la Cour d'appel a estimé que « l*e contrôle du respect de l'ordre public par les arbitres est la contrepartie nécessaire de la confiance faite par les États à l'arbitrage. Or, qu'il y ait ou non flagrance de la violation, les effets nocifs de la sentence contraire à l'ordre public sont les mêmes. La contrepartie est mince, car le contrôle de la conformité de la sentence à l'ordre public n'est pas un contrôle de la motivation de la sentence qui conduirait à sa révision. C'est seulement l'utilisation de la motivation pour constater s'il y a eu ou non violation de l'ordre public* »[1438].

777. Depuis, le terme « flagrant » a été substitué par « manifeste »[1439]. Aujourd'hui, la Cour d'appel de Paris se réfère à l'exigence d'une violation manifeste, effective et concrète de l'ordre public international dans ses arrêts. L'utilisation du terme « manifeste » implique un certain degré d'évidence et même flagrance de la violation d'ordre public. En effet, la sentence ne sera annulée que si le juge est en mesure de repérer immédiatement la violation de la règle d'ordre public. On ne peut pas admettre que le choix du terme « manifeste » au lieu de « flagrant »

1434 L.-Ch. Delanoy, note sous C.A. Paris, 4 mars 2014, *Société Gulf Leaders for management and services holding company c/ SA Crédit Foncier de France*, Rev. arb., 2014.955.
1435 C.A. Paris, 17 janvier 2012, *Planor Afrique SA c/ société Emirates Télécommunications corporation,* Rev. arb., 2012.569, note M.-L. Niboyet ; D., 2012.2991, obs. Th. Clay.
1436 C.A. Paris 26 fév. 2013, D. 2013, p. 2936, obs. Th Clay ; C.A. Paris, 4 mars 2014, Gulf Leader, D. 2014, 1967, obs. S. Bollée ; C.A. Paris 14 oct. 2014, D. 2014, 2541, obs. Th. Clay CA Paris 4 nov. 2014, RTD com 2015, 67, obs. E Loquin ; C.A. Paris, 19 janvier 2016, n°15/12349; C.A. Paris 27 sept. 2016, n°15/12614; C.A. Paris, 21 fév. 2017, RDC 2017, p.304, note X. Boucobza et Y-M Serinet.
1437 V. notamment C.A. Paris, 21 fév. 2017, RDC 2017, p.304, note X. Boucobzat, Y-M Serinet.
1438 C.A. Paris, Pôle 1 – Ch. 1, 4 novembre 2014, *SAS Man Diesel § Turbo Francec/ société AL Maimana General trading Company Limited*, inédit, RTD com., 2015.67, obs. E. Loquin. Dans le même sens, v. déjà C.A. Paris, 4 mars 2014, *Gulf Leader*, D., 2014.1967, obs. S. Bollée ; C.A. Paris, 14 octobre 2014, *République du Congo,* n° 13/03410, *D.*, 2014.2541, obs. Th. Clay. Dans cet arrêt la Cour de cassation revient à certains égards à sa jurisprudence plateau des pyramides ; Cass. civ. 1re, 6 janvier 1987, Rev. arb., 1987.469, note Ph. Leboulanger ; *JDI*, 1987.638, note B. Goldman. La Cour ajoute : « *En décider autrement aboutirait, en effet, à priver le contrôle du juge de toute son efficacité et, partant, de sa raison d'être* ».
1439 C.A. Paris, 20 janvier 2015, RG n°13/20318, *D.,* 2015.2031, obs. S. Bollée; C.A. Paris, 24 février 2015, RG n° 13/23404, D., 2015.2031, obs. S. Bollée ; C.A. Paris, 29 novembre 2016, RG n° 14/17964. en somm. in Rev. arb., 2017.326. V. aussi C.A. Paris, Pôle 1 – Ch. 1, 16 mai 2017, RG n° 15/17442.

relève du hasard. Toutefois, les effets pratiques de cette évolution ne peuvent pas être déterminés facilement. Quelles sont les violations qui peuvent être sanctionnées pour leur caractère « manifeste », alors qu'elles n'ont pas un caractère « flagrant » ?

Le caractère manifeste renvoie à la gravité de la violation. L'ordre public international est en soi une notion limitée au noyau dur des règles importantes d'un ordre juridique. En pratique, on ne voit pas en quoi pourrait consister une violation non manifeste de l'ordre public international. Également, le terme manifeste est emprunté de l'article 1514 du CPC, dans lequel il est employé pour mettre en place un contrôle superficiel du juge d'exequatur sur le respect de l'ordre public par la sentence, alors que le contrôle effectué par le juge d'annulation se distingue fondamentalement de celui du juge d'exequatur. Il nous semble que la meilleure solution serait de supprimer purement et simplement l'exigence du caractère flagrant de la violation sans pour autant le remplacer. Ainsi, le juge de l'annulation pourra sanctionner toute violation effective et concrète de l'ordre public international.

778. Néanmoins, dans l'état actuel des choses, les arrêts récents de la Cour d'appel de Paris admettent un contrôle plein en fait et en droit du juge d'annulation sur la sentence[1440], tout en faisant référence à une violation « manifeste » de l'ordre public international. Il est difficile de concilier l'adjectif manifeste avec le contrôle plein de la violation d'ordre public (voir infra). Emmanuel Gaillard a proposé une solution intéressante pour appréhender l'exigence du caractère manifeste de la violation d'ordre public : il faut considérer que l'adjectif « manifeste » concerne « *l'intensité de la violation de la valeur protégée* » et non pas le standard de preuve requis pour sanctionner la violation. Le juge effectue un contrôle plein en droit et en fait pour établir la violation. Néanmoins, pour l'annulation de la sentence « *la relation entre la violation et la valeur protégée [devrait] présenter une certaine intensité* »[1441]. Cette interprétation permet de concilier le contrôle plein exercé par le juge de l'annulation avec l'exigence d'une violation manifeste, concrète et effective qui renvoie à l'approche minimaliste du contrôle.

1440 C.A. Paris, Pôle 1, Ch. 1, 21 févr. 2017, n° 15/01650, *République du Kirghizistan c/ Valeri Belokon*, Revue droit des contrats, 2017(2), 304, obs. Boucobza X., Serinet Y.-M. ; Rev. arb. 2017, 915, note Audit M., Bollée S. ; JDI 2017, 1361, note Gaillard E. CA Paris, 16 janv. 2018, *Sté MK Group c/ SARL Onix* : Rev. arb. 2018, p. 401, note S. Lemaire ; JDI 2018, comm. 12, p. 883, note S. Bollée ; D. 2018, p. 1635, note M. Audit ; D. 2018, p. 2461, obs. Th. Clay. C.A. Paris, 28 mai 2019, *Alstom Transport SA c/ Société Alexander Brothers*, Journal du droit international (Clunet), n° 2, Avril 2020, p. 20.

1441 C.A. Paris, 21 févr. 2017 : Rev. arb. 2017, p. 915, note M. Audit et S. Bollée ; RDC 2017, n° 304, note X. Boucobza et Y.-M. Serinet ; JDI 2017, comm. 20, p. 1361, E. Gaillard ; D. 2017, p. 2054, obs. S. Bollée ; D. 2017, p. 2570, obs. Th. Clay.

779. Dans le cadre du contrôle de la conformité des sentences à l'ordre public international, il faut opérer une distinction entre la question des critères de contrôle et celle des moyens dont le juge dispose pour effectuer le contrôle. Concernant les critères de contrôle, aujourd'hui, il est presque unanimement admis que l'exigence du caractère flagrant de la violation doit être abandonnée. Certains auteurs suggèrent qu'il soit remplacé par le terme violation grave pour que les violations mineures de l'ordre public ne puissent pas être prises en considération[1442]. Néanmoins, il n'est pas toujours évident de distinguer une violation grave d'une violation légère ou mineure[1443]. On rencontre le même problème avec l'adjectif manifeste utilisé par la Cour de cassation pour remplacer le terme flagrant. Nous proposons que l'exigence du caractère flagrant de la violation soit simplement abandonnée sans un remplacement quelconque. Concernant la question des moyens dont le juge dispose pour effectuer le contrôle, on peut se demander si le juge de l'annulation doit se limiter aux éléments examinés par le tribunal arbitral ?

Aujourd'hui, la jurisprudence a maintenu les critères restrictifs de contrôle avec l'exigence de caractère manifeste, concret et effectif de la violation d'ordre public international. On constate néanmoins une évolution concernant les éléments pouvant faire l'objet du contrôle du juge. Il n'y a plus de doute sur la volonté de la jurisprudence d'abandonner la conception minimaliste du contrôle notamment en ce qui concerne les moyens à la disposition du juge d'annulation pour effectuer son contrôle.

B. Les moyens à la disposition du juge pour effectuer le contrôle de la conformité de la sentence à l'ordre public international

780. Depuis la jurisprudence Thalès, en plus de l'exigence d'une violation flagrante, effective et concrète de la violation d'ordre public pour annulation d'une sentence, le contrôle du juge était limité aux éléments constatés par le tribunal arbitral. La solution de l'arrêt Thalès avait été fortement critiquée par la doctrine[1444], notamment concernant le contrôle de la sentence sur une question que les arbitres n'ont pas examiné. La doctrine craignait que le contrôle du respect de

1442 V. Ch. Seraglini, note sous C.A. Paris 14 juin 2001, Rev. Arb. 2001, 773, « *Le contrôle de la sentence au regard de l'ordre public international par le juge étatique : mythes et réalités* », Cah. arb., 2009, n°1 p.5. Également, la Cour d'appel a utilisé le terme violation manifeste dans certains arrêts : V. par exemple C.A. Paris 27 sept. 2016, n°15/12614; C.A. Paris, 21 fév. 2017, RDC 2017, p.304, note X. Boucobza, Y-M Serinet.
1443 Par ex. en droit de la concurrence v. Cass. Civ.1ère 24 juin 2015, Rev. Arb. 2016, 219, note Delanoy, Cass. Civ. 1ère 2 déc. 2015, n°14-25.147, D. Actualité, 17 déc. 2015, obs. X. Delpech.
1444 Ch. Seraglini, obs. sous C.A. Paris, 7 octobre 2004, *JCP*, 2005, I, 134, 8.

l'ordre public par le juge soit limité à la seule apparence de la sentence[1445], et que ce grief soit vidé de son effet. Il nous semble que cette limitation n'est ni nécessaire ni opportune pour plusieurs raisons. Premièrement, l'examen d'une question par le tribunal arbitral dépend de la volonté des parties et il n'est pas admissible de permettre aux parties de déroger aux règles d'ordre public. Deuxièmement, même les auteurs favorables à cette limitation[1446] considèrent que dans certaines circonstances exceptionnelles le juge doit être en mesure d'accueillir de nouveaux éléments de preuve, même lorsque la question a été examinée par le tribunal arbitral. En suivant cette solution, on rencontre la difficulté de déterminer les circonstances exceptionnelles méritant un tel contrôle.

781. La Cour d'appel de Paris tenant compte des critiques adressées à l'approche minimaliste du contrôle des sentences[1447] a apporté des clarifications lors de trois affaires présentant des allégations de corruption. Elle a considéré que le juge doit « *rechercher en droit et en fait tous les éléments permettant de se prononcer sur l'illicéité alléguée de la convention et d'apprécier si la reconnaissance ou l'exécution de la sentence viole de manière effective et concrète l'ordre public international* »[1448]. Le contrôle opéré par le juge de l'annulation sur la prohibition de la corruption qui fait partie des règles de l'ordre public international français est « plein ». Dans ce domaine, l'intensité du contrôle est équivalente à celle de la compétence du tribunal arbitral[1449]. Certains auteurs ont considéré que cette solution doit être étendue au contrôle de toutes les règles d'ordre public par le juge[1450], alors que d'autres l'ont cantonnée à la présence d'une éventuelle corruption, la « *gravité du vice affectant la sentence* »[1451], justifiant le contrôle plein du juge. Il faut souligner que l'objectif de toutes les règles d'ordre public international

1445 V. E. Loquin, note sous Cass. Civ. 1re, 3 juin 1998, Rev. arb., 1999.71, spéc. p. 76.
1446 I. Fadlallah, *L'ordre public dans les sentences arbitrales,* Cours Académie de la Haye, 1994, t.249.
1447 C.A. Paris, 10 septembre 2009, *M. Schneider*, Rev. arb., 2010.553, note L.-Ch. Delanoy. Cet arrêt a été rendu par la même chambre (Pôle 1, C. 1) que les arrêts de 2014 dont il est question dans ce paragraphe, mais composée de magistrats différents ce qui explique certainement les divergences soulignées ici.
1448 C.A. Paris, 4 mars 2014, *Société Gulf Leaders for Management and Services Holding Company c/ SA Crédit Foncier de France*, Rev. arb., 2014.955, note L. Ch. Delanoy ; D., 2014.1967, obs. S. Bollée ; C.A. Paris, 14 octobre 2014, *République du Congo c/ SA Commission Import Export* exerçant sous l'enseigne Commissimpex, Gaz. Pal., C.A. Paris, 14 mars 2015, n° 73, p. 6, chr. D. Bensaude ; RTD com., 2015.67, note E. Loquin, D., 2014.2541, obs. Th. Clay et C.A. Paris, 4 novembre 2014, *SAS Man Diesel & Turbo France c/ société Al Maimana General Trading Company Ltd*., Gaz. Pal., 14 mars 2015, n° 73, p. 8, chr. D. Bensaude ; RTD com., 2015.67, note E. Loquin.
1449 Cass. Civ. 1re, 6 octobre 2010, Rev. arb., 2010. 813 note F.-X. Train.
1450 L.-Ch. Delanoy, note sous l'arrêt *Gulf Leader*s *préc.;* E. Loquin, note sous l'arrêt *Man Diesel, préc.* V. également, J. Pellerin, « Le cas de la fraude », in *L'ordre public et l'arbitrage*, Colloque Dijon, CREDIMI, 15-16 mars 2013, éd. CREDIMI 2014, spéc. n° 17 qui juge au contraire que l'allégation de fraude par le recourant ne justifie pas que le caractère restreint du contrôle soit écarté ou même aménagé et, pour une appréciation plus souple, B. Audit, Rev. arb., 2010.856 spéc. 872 note sous C.A. Paris, 1er juillet 2010, *Société Thalès c/ société Brunner Sociedad Civil de Adaministraçao Ltda et autres*.
1451 Th. Clay, note sous l'arrêt *Gulf Leaders* préc.; E. Loquin, note sous l'arrêt *Man Diesel*, préc.

est la préservation des valeurs essentielles de la société française qui nécessitent d'être protégées même au plan international. Il n'est pas établi qu'il existe une hiérarchie entre ces valeurs justifiant que certaines soient protégées réellement et d'autres artificiellement. Il faut préciser que ces décisions ont été rendues dans des hypothèses où les allégations de fraude touchaient l'ordre public de fond, c'est-à-dire « la fraude objet de l'arbitrage » par opposition à « la fraude dans l'arbitrage » ou fraude procédurale qui heurte l'ordre public procédural et pour laquelle le principe d'un contrôle étendu semble admis[1452].

782. Concernant les affaires dans lesquelles aucun fait de corruption n'est allégué, la Cour d'appel s'est contentée de supprimer l'exigence de caractère flagrant de la violation d'ordre public notamment dans les arrêts *Planor*[1453] et *Sprecher*[1454]. Dans cette dernière affaire, elle a considéré « *qu'une sentence qui prend acte de la situation juridique créée par une décision de justice étatique ayant rétabli deux personnes morales précédemment radiées du registre des sociétés, et qui se borne à constater la compétence du tribunal arbitral à l'égard des demandes formées par ces sociétés, ne comporte, au regard de ses effets, aucune violation effective et concrète de l'ordre public international* »[1455]. Cette solution ne semblait pas prévoir un contrôle « plein » du juge sur les sentences en l'absence d'allégation de corruption dans l'affaire.

783. Nous avons alors assisté à un véritable schisme entre la Cour d'appel et la Cour de cassation concernant cette question. Malgré le changement de position de la Cour d'appel, la Cour de cassation a confirmé l'approche minimaliste du contrôle du respect de l'ordre public dans le cadre de l'affaire M. Schneider de 12 février 2014[1456]. Même si elle ne s'est pas référée à l'exigence d'une violation flagrante, effective et concrète, elle a clairement établi que toute question relative à l'interprétation des éléments de fait par le tribunal arbitral résulte en une révision au fond de la sentence, interdite au juge d'annulation. Dans cette affaire, la Cour de cassation a considéré que « *le juge de l'annulation est juge de la sentence pour admettre ou*

1452 v. les développements relatifs à la question de la fraude procédurale, J. Pellerin, « *Le cas de la fraude* », préc. spéc. n° 1 et n° 18-22.

1453 CA. Paris, 17 janvier 2012, *Planor Afrique SA c/ société Emirates Télécommunications corporation*, préc.

1454 C.A. Paris, 26 février 2013, *M. J. Sprecher et autres c/ M. K. A. Bughsan et autres*, préc.

1455 Ce « test » de violation effective et concrète a également été utilisé par la Cour d'appel de Paris dans d'autres décisions. V. par exemple C.A. Paris, 9 septembre 2014, *Société Spezia Consultants Metals Limited c/ société Générale des Carrières et des Mines*, en somm in Rev. arb., 2014.810. V. également C.A. Paris, 10 mars 2015, *SAS Compagnie Fruitière France c/ S.A Agrunord*, RG n° 13/18818 inédit ; C.A. Paris, 7 avril 2015, *Congolese Wireless Network SPRL c/ Vodacom International Limited*, RG n° 14/00480, inédit.

1456 Cass. civ. 1re, 12 février 2014, *Société M. Schneider Schaltgerätebau Und Elektroinstallationen c/ société CPL Industries Limited,* n°10-17.076, Rev. arb., 2014.389, note D. Vidal ; Procédures, 2014, comm. 107, L. Weiller, JCP G, 2014, 475, note D. Mouralis ; JCP G, 2014, 744, note P. Chevalier ; Cah. arb., 2014.585, note L-Ch. Delanoy ; D., 2014.1975, obs. S. Bollée et JDI, juillet 2014, n° 3, doctr. n° 12, note P. de Vareilles-Sommières.

refuser son insertion dans l'ordre juridique français et non juge de l'affaire pour laquelle les parties ont conclu une convention d'arbitrage ». Dès lors, si la demande d'annulation nécessite une nouvelle instruction du fond de l'affaire, elle doit être rejetée. La doctrine a spécifiquement remarqué que l'affirmation générale et abstraite de la Cour de cassation ne tenait pas compte de la fraude ou la corruption en cause dans cette affaire[1457]. Depuis cet arrêt, la Cour de cassation a eu l'occasion de se prononcer sur cette question à plusieurs reprises[1458]. Toutefois, les circonstances de ces affaires ne permettent pas d'en tirer une conclusion concernant la position de la Cour sur la question de l'étendue du contrôle du respect de l'ordre public par la sentence arbitrale.

784. La Cour d'appel a montré sa volonté d'exercer un contrôle plein en droit et en fait sur la sentence dans l'arrêt *Bauche c/ Indagro* du 27 septembre 2016[1459]. Ce dernier illustre les difficultés de la jurisprudence concernant le contrôle du respect des règles d'ordre public par la sentence. La Cour a décidé que *« lorsqu'il est prétendu qu'une sentence rendue à l'étranger donne effet à un contrat obtenu par corruption, il appartient à la cour (...) de rechercher, en droit et en fait, tous les éléments permettant de se prononcer sur l'illicéité alléguée de la convention et d'apprécier si la reconnaissance ou l'exécution de la sentence viole de manière manifeste, effective et concrète la conception française de l'ordre public international* » [1460].

Il est difficile de déterminer le degré de l'intensité du contrôle de l'ordre public international par la Cour d'appel, même à l'examen plus attentif de l'affaire. Certains passages de l'arrêt témoignent d'une sorte de réexamen des faits par la Cour, mais la motivation énoncée prend une direction opposée. D'une part, l'arrêt mentionne l'exigence des caractères « effectif, concret et manifeste » de la violation. D'autre part, il affirme que la recherche de l'illicéité « *n'est pas limitée aux éléments de preuve produits devant les arbitres ni liée par les constatations, appréciations et qualifications opérées par ceux-ci* ». En d'autres termes, même si la violation doit être manifeste pour entraîner l'annulation de la sentence, l'examen de l'affaire par le juge peut être assez intense. Cela laisse à penser que la Cour d'appel estime qu'un réexamen des faits est parfaitement possible permettant par exemple l'accueil de nouveaux rapports d'expertise ou témoignages. C'est d'ailleurs la démarche effectuée par les

1457 L.-Ch. Delanoy, « *L'arrêt M. Schneider du 12 février 2014: feu rouge pour la " révision ", feu vert pour la corruption ?* », Cah. arb., oct. 2014, n° 3, p. 585. L. Weiller, « *Caractère minimaliste du contrôle du juge de l'annulation au regard de l'ordre public international* », Procédures, n° 4, Avril 2014, comm. 107.
1458 Cass. Civ.1ère 24 juin 2015, Rev. Arb. 2016, 219, note Delanoy et Cass. Civ. 1ère 2 déc. 2015, n°14-25.147, D. Actualité, 17 déc. 2015, obs. X. Delpech.
1459 C.A. Paris, 27 sept. 2016 : Rev. arb. 2017, somm. p. 325.
1460 RG n°15/12614, en somm. in Rev. arb., 2017.325, maintenu par Cass. civ. 1re, 13 septembre 2017, préc.

juges dans l'arrêt *Belokon*[1461] où un examen approfondi des faits de l'affaire a permis à la Cour d'appel de censurer l'appréciation des arbitres. Dans le cadre de l'affaire *Belokon*[1462], la Cour d'appel de Paris a considéré que le contrôle de la violation d'ordre public international n'est pas limité « *aux éléments de preuve produits devant les arbitres ni liés par les constatations, appréciations et qualifications opérées par ceux-ci* ». La jurisprudence est alors revenue au contrôle plein de la conformité de la sentence à l'ordre public.

785. Au début, il existait un doute sur le domaine d'application du contrôle plein de la conformité de la sentence à l'ordre public international. Les premiers arrêts en faveur d'un contrôle en droit et en fait du juge d'annulation sur tous les éléments du dossier concernaient les cas en présence d'une allégation de corruption[1463]. Ensuite, la Cour d'appel de Paris a étendu le contrôle plein à tous les cas où l'ordre public transnational était en cause. En plus de la corruption, le blanchiment d'argent, les droits des États sur leurs ressources naturelles et le secret-défense ont été protégé par le contrôle approfondi du juge de l'annulation. On se demandait si c'est uniquement lorsque l'ordre public transnational est en cause que l'intensité de contrôle du respect de l'ordre public par la sentence pourrait être maximale. Les règles de source internationale faisant l'objet d'un consensus international sur leur existence et leur contenu bénéficiaient ainsi d'une protection privilégiée par rapport à d'autres règles d'ordre public. Le professeur J.-B Racine a proposé l'idée d'établir une hiérarchie entre les règles d'ordre public[1464]. L'ordre public transnational constituerait le sommet de la pyramide des normes. Toutefois cette proposition n'a pas pour objectif d'imposer un régime discriminatoire entre les règles d'ordre public ni de régler les conflits de normes pouvant survenir entre elles.

La jurisprudence française ne serait pas cohérente en consacrant deux méthodes de contrôle de la conformité de la sentence à l'ordre public international. La suppression de l'unité du régime de contrôle de l'ordre public peut porter atteinte à la sécurité juridique. Il faut noter que « *le domaine de l'ordre public transnational […] sera en permanente extension* »[1465]. De plus, la

1461 C.A. Paris, Pôle 1, Ch. 1, 21 févr. 2017, *République du Kirghizistan c/ Valeri Belokon*, n° 15/01650, Revue droit des contrats, 2017(2), 304, obs. Boucobza X., Serinet Y.-M. ; Rev. arb. 2017, 915, note Audit M., Bollée S. ; JDI 2017, 1361, note Gaillard E.
1462 *Ibid*.
1463 C.A. Paris, 9 avr. 2009 : CAPJIA 2010, p. 889, note E. Loquin. – C.A. Paris, 4 mars 2014 : Rev. arb. 2014, p. 955, note L.-C. Delanoy.
1464 J.-B. Racine, « Les normes porteuses d'ordre public dans l'arbitrage commercial international », in *L'ordre public et l'arbitrage, préc., p. 5.*
1465 E. Loquin, note sous C.A. Paris, 28 mai 2019, *Alstom Transport SA c/ Société Alexander Brothers*, Journal du droit international (Clunet), n° 2, Avril 2020, p. 20.

distinction n'est pas évidente entre les règles d'ordre public transnational et l'ordre public international trouvant sa source dans le droit des États[1466].

786. Il est intéressant de noter que pour l'établissement de la violation de l'ordre public international, la Cour d'appel exige un niveau de certitude atteint lorsqu'il existe des indices « graves, précis et concordants ». L'arrêt *République Démocratique du Congo* du 16 mai 2017 présente la même exigence concernant le caractère manifeste de la violation, alors que les juges effectuent en réalité une analyse approfondie des circonstances de l'espèce. Le point de cohérence entre les arrêts réside dans l'exigence des indices « graves, précis et concordants », définissant le niveau de certitude nécessaire pour établir la violation alléguée de l'ordre public. Nonobstant les termes utilisés par la jurisprudence, l'étendue du contrôle paraît identique qu'il s'agisse d'un cas de corruption ou de blanchiment. Il suffit de constater qu'une sentence arbitrale donne effet à un contrat de corruption pour établir la violation de l'ordre public international. La question se pose sur l'intensité du contrôle exercé sur la sentence pour établir la réalité de la corruption. L'enjeu est donc essentiellement probatoire[1467]. La jurisprudence se concentre sur le faisceau d'indices et le caractère suffisamment grave, précis et concordant de ceux-ci, et non sur des faits de corruption identifiés. Un arrêt du 10 avril 2018[1468] donne une liste exhaustive des indices susceptibles de retenir l'attention.

787. Finalement, la formulation adoptée dans l'arrêt *MK group*[1469] est claire sur le contrôle plein du juge sur la conformité de la sentence à l'ordre public international. La Cour d'appel a jugé que « s*i la mission de la cour d'appel, saisie en vertu de l'article 1520 du code de procédure civile, est limitée à l'examen des vices énumérés par ce texte, aucune limitation n'est apportée au pouvoir de cette juridiction de rechercher en droit et en fait tous les éléments concernant les vices en question* ». Il s'agit d'une reprise exacte de l'attendu de principe du

1466 V. Cass. Civ 1er., 8 oct. 2009 : CAPJIA 2010, p. 889, note E. Loquin sur les règles de droit de la faillite et C.A. Paris, 5 avr. 1990 : Rev. arb. 1992, p. 110, note H. Synvet sur les règles relatives au contrôle des pouvoirs publics et les les investissements étrangers, et C.A. Paris, 16 avr. 1996 : D. affaires 1996, p. 569 sur le droit communautaire de la concurrence.

1467 Sur l'importance du terrain de la preuve, v. aussi Cass. civ. 1re, 19 décembre 2012, *Société d'économie mixte Botas Petroleum Pipeline Corporation (Botas) c/ société Tepe Insaat Sanayii AS (Tepe)*, Rev. arb., 2013.147 note A. Pinna : « *la Cour d'appel, qui a procédé à la recherche prétendument omise, en a déduit exactement que, faute de démontrer en quoi la solution adoptée par le tribunal arbitral heurtait l'ordre public international, le moyen d'annulation tendait à une révision au fond de la sentence partielle, interdite au juge de l'annulation* ».V. également en matière de recours en annulation : C.A. Paris, 10 mars 2015, *SAS Compagnie Fruitière France c/ S.A Agrunord*, RG n° 13/18818 inédit et en matière de reconnaissance et d'exécution d'une sentence arbitral internationale : C.A. Paris, 7 avril 2015, *Congolese Wireless Network SPRL c/ Vodacom International Limited*, RG n° 14/00480, inédit.

1468 C.A. Paris, 10 Avril 2018, n°16/11182.

1469 C.A. Paris, 16 janv. 2018, *Sté MK Group c/ SARL Onix* : Rev. arb. 2018, p. 401, note S. Lemaire ; JDI 2018, comm. 12, p. 883, note S. Bollée ; D. 2018, p. 1635, note M. Audit ; D. 2018, p. 2461, obs. Th. Clay.

grand arrêt Plateau des Pyramides[1470], qui s'appliquait avant la jurisprudence Thalès[1471]. Cette reprise marque la rupture claire de la Cour avec la conception minimaliste de la jurisprudence Thalès. Même si depuis 2014, on constatait la volonté de la cour de s'éloigner de la conception minimaliste, on s'interrogeait sur la portée exacte du contrôle effectué par le juge sur le respect de l'ordre public par la sentence.

788. On s'interrogeait alors sur les conséquences de cette évolution sur l'intensité du contrôle du juge de l'annulation sur le respect de l'ordre public international par les arbitres[1472]. Certains auteurs estimaient que la jurisprudence allait vers un contrôle plus poussé de la sentence toutes les fois que le grief de la violation d'ordre public est en cause[1473]. En suivant ce raisonnement, on considérait que le juge de l'exequatur est tenu de vérifier l'existence d'une contrariété « manifeste » de la sentence à l'ordre public sur le fondement de l'article 1498 du Code de procédure civile ; alors que le juge de l'annulation ou le juge de l'appel contre l'ordonnance d'exequatur doivent contrôler la contrariété -tout court- de la sentence à l'ordre public[1474]. En effet, cette interprétation de l'arrêt de revirement de la Cour d'appel s'inscrivait dans la lignée des arrêts qu'elle avait rendus depuis l'arrêt Thalès. Elle semblait admettre l'annulation de la sentence sur le fondement d'une atteinte « caractérisée »[1475], qui ne crève pas forcément les yeux[1476].

Certains autres considéraient que le revirement sur le caractère flagrant de la violation d'ordre public ne concernait que le cas de la corruption et ne pouvait pas être étendu à toutes les hypothèses[1477]. Ils estimaient que la jurisprudence opère une distinction selon qu'on est en présence d'une allégation de corruption ou non[1478]. Or avec la reprise mot à mot de l'arrêt

---

1470 Cass. civ. 1er, 6 janv. 1987 : Rev. arb. 1987, p. 469, note Ph. Leboulanger ; JDI 1987, p. 638, note B. Goldman

1471 C.A. Paris, 18 nov. 2004 : JDI 2005, p. 357, note A. Mourre ; Rev. crit. DIP 2006, p. 104, note S. Bollée ; CAPJIA, p. 87, chron. Ch. Seraglini ; Rev. arb., 2005, p. 751, chron. L.G. Radicati di Brozolo, p. 529 ; RTD com. 2005, p. 263, obs. E. Loquin ; D. 2005, p. 3058 obs. Th. Clay.

1472 V. P. Duprey, C. Fouchard, note sous C.A. Paris, 26 février 2013, *M. J. Sprecher et autres c/ M. K. A. Bughsan et autres*, Rev. arb., 2014.82.

1473 E. Loquin, note préc., *RTD com.*, 2015.67.

1474 L. D'Avout, S. Bollée, « *Pan. Droit du commerce international* », *D.*, 2008.2560.

1475 Qualificatif proposé par J-P Ancel, « *Le respect par l'arbitre de l'ordre public* », entretien, *Petites affiches*, 15 décembre 2017, n° 250.

1476 Ch. Jarrosson évoque ainsi l'idée d'un grief qui soit « *d'une gravité significative, c'est-à-dire claire dans le sens de certaine et qu'elle ne porte pas sur un détail* », Ch. Jarrosson, « L'intensité du contrôle de l'ordre public », *in* E. Loquin, S. Manciaux (Dir.), *L'ordre public et l'arbitrage*, LexisNexis, 2014, p. 172). et J. Pellerin, « *Rôle et fonction de la cour d'appel* », art. préc., n° 25.

1477 Th. Clay, « *Pan. Arbitrage et mode alternatif de règlement des litiges* », *D.*, 2014.2555.

1478 L. Ch. Delanoy, « *le contrôle de l'ordre public au fond par le juge de l'annulation : trois constats, trois propositions* », Rev. arb., 2007.177, spéc. n° 9. Également, C. Fouchard, « *L'intensité du contrôle de la contrariété*

Plateau des Pyramides dans l'arrêt MK group, il est clair que l'ensemble des règles d'ordre public international se trouve protégé par le contrôle plein du juge d'annulation. Ainsi, l'ensemble des motifs d'annulation énoncés par l'article 1520 du CPC font l'objet d'un contrôle à l'étendue unitaire.

789. Finalement, dans le cadre de l'arrêt *Alstom*[1479], la Cour d'appel de Paris a confirmé qu'elle n'est pas liée par l'appréciation, la qualification et l'interprétation des faits par le tribunal arbitral. Depuis, cette solution est appliquée constamment par la Cour d'appel. Dans un arrêt récent de 17 novembre 2020, elle a considéré que « *[l]e respect de la conception française de l'ordre public international implique que le juge étatique chargé du contrôle puisse apprécier le moyen tiré de la contrariété à l'ordre public international alors même qu'il n'a pas été invoqué devant les arbitres et que ceux-ci ne l'ont pas mis dans le débat* »[1480].

La solution de la jurisprudence prévoyant le contrôle plein de la violation d'ordre public international par la sentence nous semble logique. Il faut noter que le contrôle de l'interprétation des arbitres sur les éléments du dossier est un préalable nécessaire pour établir l'application ou non de la règle d'ordre public[1481]. Pour que le juge étatique puisse exercer un contrôle sur le respect de l'ordre public international par la sentence, encore faut-il que les parties n'aient pas renoncé au recours contre la sentence.

Sous-section II. La possibilité de renonciation au contrôle de la conformité de la sentence à l'ordre public international par le juge

790. En principe, les parties peuvent renoncer à se prévaloir des griefs de recours contre la sentence. Lorsqu'une partie n'a pas soulevé ses contestations devant le tribunal arbitral dans les délais impartis, on considère qu'elle a renoncé à s'en prévaloir devant le juge étatique. Il est uniquement possible pour les parties de renoncer au recours sur le fondement des règles relevant

d'une sentence à l'ordre public international par le juge de l'annulation : une confirmation, mais encore des questions », note sous C.A. Paris, 25 novembre 2014', Rev. arb. 2015, Vol. 2015 Issue 2, pp. 559 - 566

1479 C.A. Paris, 28 mai 2019, *Alstom Transport SA c/ Société Alexander Brothers*, Journal du droit international (Clunet), n° 2, Avril 2020, p. 20.

1480 C.A. Paris, Pole 1- chambre 1 17 novembre 2020, n° RG 18/02568.

1481 E. Loquin, note sous C.A. Paris, 28 mai 2019, *Alstom Transport SA c/ Société Alexander Brothers*, Journal du droit international (Clunet), n° 2, Avril 2020, p. 20.

de l'ordre public de protection (§I). La jurisprudence a déterminé les modalités et l'étendue de cette renonciation (§II).

§I. La possibilité de renonciation à se prévaloir des principes d'ordre public de protection

791. Dans certaines situations, les dispositions de l'ordre public ne sont soulevées ni par les parties, ni d'office par les arbitres. Dans ce cas, est-ce qu'il faut considérer que le requérant a renoncé à son grief en demeurant silencieux devant le tribunal arbitral ? Pour considérer que le silence des parties durant la procédure arbitrale concernant la violation d'ordre public, vaut l'irrecevabilité de ce grief devant le juge, on peut se fonder sur l'article 1466 du CPC. Selon ce dernier, la partie qui s'abstient de faire état d'une irrégularité devant les arbitres est réputée avoir renoncé à l'invoquer devant le juge de l'annulation. D'un point de vue procédural, l'irrecevabilité du moyen, sanctionne la partie qui ne s'est pas prévalue des irrégularités procédurales[1482]. Néanmoins, plusieurs autres arguments peuvent expliquer que les parties ne puissent renoncer à la sanction de la violation de l'ordre public. Ces règles ne peuvent être mises à la disposition des parties et le respect de l'ordre public international français ne doit pas dépendre de la bonne volonté des parties pendant l'instance arbitrale. En pratique, admettre que les parties ne peuvent plus se prévaloir de la violation de l'ordre public international français devant le juge de l'annulation, revient à dire qu'on cesse de contrôler le respect de l'ordre public dans les cas où précisément le risque d'atteinte à celui-ci est le plus élevé. Le but de l'exception d'ordre public va au-delà de la protection des intérêts des parties dans un litige donné. Elle protège en premier lieu un ordre juridique. L'exception doit être considérée *ex officio*, en l'absence de la demande des parties[1483].

792. Dans le cadre de l'arrêt *Thalès*[1484], la Cour d'appel de Paris avait jugé que « *l'étendue du contrôle juridictionnel quant au respect des règles impératives du droit communautaire ne saurait être conditionnée par l'attitude des parties* ». Ainsi, l'estoppel ne peut faire obstacle à l'invocation d'un moyen tiré de la contrariété de la sentence aux règles impératives du droit communautaire. Aujourd'hui, la Cour d'appel de Paris s'autorise à relever d'office le grief de

1482 Sur cette question, v. J. Jourdan-Marques, *Le contrôle étatique des sentences arbitrales internationales*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 2017, n° 208, préf. Th. Clay.
1483 V. A. V. M. Struycken, *Recueil des cours*, Vol. 311 (2004), pp. 398.
1484 C.A. Paris, 18 nov. 2004, *Thalès Air défence c. Euromissile,* n° 2002/19606, D. 2005. 3050, obs. T. Clay; Rev. crit. DIP 2006. 104, note S. Bollée; RTD com. 2005. 263, obs. E. Loquin; RTD eur. 2006. 477, chron. J.-B. Blaise; JDI 2005. 357, note A. Mourre ; JCP 2005. II. 10039, note G. Chabot ; *ibid.* 2005. I. 134, obs. C. Seraglini.

la corruption. Dans le cadre de l'arrêt *Alstom*[1485], elle a considéré que le juge doit rechercher si des faits de corruption existent alors que l'appelante n'avait pas clairement allégué de tels faits[1486]. Dans le cadre de l'affaire *République Démocratique de Congo* également, la même solution avait été adoptée par les juges[1487]. Le contrôle effectué par le juge serait plus poussé compte tenu de l'existence éventuelle de corruption[1488].

La Cour d'appel de Paris a apporté des précisions sur cette question dans le cadre de l'arrêt *Schooner*[1489] à travers un *obiter dictum*. Elle a considéré que l'article 1466 du CPC[1490], « *ne vise pas les seules irrégularités procédurales, mais tous les griefs qui constituent des cas d'ouverture du recours en annulation des sentences, à l'exception des moyens fondés sur l'article 1520, 5°, du code de procédure civile et tirés de ce que la reconnaissance ou l'exécution de la sentence violerait de façon manifeste, effective et concrète l'ordre public international de fond, lesquels, en raison de leur nature, peuvent être relevés d'office par le juge de l'annulation, et soulevés pour la première fois devant lui* ». Les parties ne peuvent valablement renoncer à se prévaloir d'une violation de l'ordre public international. Cette solution paraît logique dans le sens où l'application des règles d'ordre public ne peut être mise à la disposition des parties. La doctrine était toujours favorable à cette position[1491]. Il faut noter que les parties ont la possibilité de renoncer à se prévaloir des irrégularités procédurales. Ainsi, un grief qui n'a pas été soulevé pendant l'instance arbitrale -dans la mesure du possible- ne peut ensuite fonder un recours contre la sentence devant le juge étatique.

La Cour d'appel ne mentionne que l'ordre public de fond. On peut en conclure dans un raisonnement *a contrario* que l'ordre public procédural ne bénéficie pas de cette exception et peut faire l'objet d'une renonciation. L'ordre public procédural comprend des règles d'égalité

1485 C.A. Paris, 28 mai 2019, *Alstom Transport SA c/ Société Alexander Brothers*, Journal du droit international (Clunet), n° 2, Avril 2020, p. 20

1486 Il s'était contenté de mentionner qu'elle « *pourrait être poursuivie pénalement dans certains pays du seul fait que son adversaire ait fourni des pièces insuffisantes à démontrer la réalité des services fournis, peu important qu'il ne soit pas prouvé, ni même allégué que des faits de corruption aient été commis par le consultant* ».

1487 V. également C.A. Paris, 16 mai 2017, *République Démocratique du Congo,* RG n° 15/23790.

1488 *Rev. arb. 2018, p. 261.*

1489 C.A. Paris, 2 avr. 2019, n° 16/24358.

1490 « *La partie qui, en connaissance de cause et sans motif légitime, s'abstient d'invoquer en temps utile une irrégularité devant le tribunal arbitral est réputée avoir renoncé à s'en prévaloir*. »

1491 Ch. Seraglini et J. Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, Montchrestien, Lextenso, 2013, n° 957 ; S. Clavel, note ss C.A. Paris, 20 sept. 2007 et 8 nov. 2007, LPA 2008, n° 60, p. 25, spéc. p. 31 ; F.-X. Train, Reconnaissance et exécution des sentences arbitrales étrangères : le droit français au prisme de la Convention de New York, RIDC 2014. 249, nos 24 s. ; J. Jourdan-Marques, « *Le contrôle étatique des sentences arbitrales internationales »*, *op. cit.*, n° 198.

des armes[1492] et plus généralement les règles relevant du droit au procès équitable. Ce sont principalement des règles mises en place pour garantir les droits des parties plutôt que l'ordre juridique étatique. Par conséquent, il est possible de permettre aux parties de renoncer à s'en prévaloir. La Cour d'appel de Paris a confirmé 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* »[1493].

793. La jurisprudence opère une distinction entre l'ordre public de protection visant à garantir les droits des parties, et l'ordre public de direction relatif à l'intérêt général de la société[1494]. Il est admis que les parties ne peuvent renoncer à l'ordre public de direction qui n'est pas à leur disposition[1495]. L'ordre public international de direction est le seul grief qui échappe à la renonciation des parties, en raison de son importance fondamentale d'intérêt général. Cette position est accueillie par la doctrine qui admet que « *La défense de la conception française de l'ordre public international implique que le juge étatique chargé du contrôle puisse annuler la sentence dont l'exécution heurte cette conception alors même que le moyen tiré de l'ordre public n'avait pas été invoqué devant les arbitres et que ceux-ci ne l'avaient pas mis dans le débat* »[1496]. En d'autres termes, le comportement des parties pendant la procédure arbitrale n'a aucun effet sur la protection de l'ordre public international de direction par le juge étatique.

Sur les modalités de cette renonciation, il faut noter que dès lors qu'une partie a fait reconnaître des contestations dans les délais impartis, les juges considèrent qu'il a préservé son droit de le soulever devant le juge étatique[1497].

1492 Par exemple, C.A. Paris, 8 nov. 2016, n° 13/12002, Rev. arb. 2016. Somm. 1213 ; Cah. arb. 2017. 487, note P. Giraud. Dans certains cas l'existence d'une motivation de la sentence : Par exemple C.A. Paris, 28 mars 2017, n° 15/1774, inédit ; 30 janv. 2018, n° 16/11761, Cah. arb. 2018. 125, obs. P. Pedone. Néanmoins ; en matière internationale, la jurisprudence considère que la sentence non motivée n'est pas, de ce seul fait, contraire à l'ordre public international ; Cass. Civ. 1re, 22 nov. 1966, *Gerstlé*, JCP 1968. II. 15318, obs. H. Motulsky ; JDI 1967. 631, note B. Goldman ; Rev. crit. DIP 1967. 372, note P. Francescakis.

1493 C.A. ; Paris, 14 mai 2019, n° 16/16502.

1494 C.A. Paris, 27 févr. 2018, n° 16/01358, Rev. arb. 2018. Somm. 299 ; JCP 2018. 2270, § 4, obs. J. Ortscheidt.

1495 Notamment en matière de corruption : V. C.A. Paris, 28 mai 2019, n° 16/11182 : « *le refus de l'ordre juridique français de prêter le secours des voies de droit au paiement de sommes pour une cause illicite ».*

1496 C.A. Paris, 14 juin 2001, Rev. arb. 2001. 773, note C. Seraglini.

1497 *Ibid* : « *le satisfecit général délivré par les parties sur la bonne tenue des audiences ne saurait davantage s'analyser en une renonciation à un grief sur l'admission des preuves* »,

§II. L'étendue de la possibilité de renonciation des parties à se prévaloir de l'ordre public de protection

794. Concernant l'étendue de la possibilité de renonciation des parties, il faut opérer une distinction entre les cas d'ouverture du recours (prévus à l'art. 1520, 1° à 5° du CPC) et les griefs de recours qui sont les arguments concrets des parties pour contestation de la sentence. Par exemple, l'incompétence du tribunal arbitral constitue un cas d'ouverture de recours. Les parties peuvent invoquer plusieurs griefs comme l'invalidité de la clause compromissoire ; ou l'inarbitrabilité du litige pour contester la compétence du tribunal arbitral. On peut se poser la question de savoir si l'invocation d'un seul grief par une partie suffit pour invoquer d'autres griefs au sein du même cas d'ouverture. En d'autres termes, la renonciation concerne-t-elle les cas d'ouverture ou les griefs du recours ?

La Cour d'appel a adopté une approche restrictive de la possibilité d'exercer un recours contre une sentence arbitrale en considérant que les parties ne peuvent se prévaloir que des griefs déjà soulevés devant le tribunal arbitral[1498]. Selon la Cour d'appel « *la renonciation présumée par l'article 1466 précité du code de procédure civile vise des griefs concrètement articulés et non des catégories de moyens. En effet, le but poursuivi par cette disposition – qui est d'éviter qu'une partie se réserve des armes pour le cas où la sentence lui serait défavorable –, ne serait pas atteint si, sous couvert d'un cas d'ouverture unique, le recourant était recevable à développer devant la cour un argumentaire différent en droit et en fait de celui qu'il avait soumis aux arbitres.* » Les parties ne peuvent se contenter de se prévaloir d'un grief pour invoquer, devant le juge du recours, d'autres griefs issus du même cas d'ouverture.

Il est vrai que dans le cas contraire, les parties auraient pu être tentées d'invoquer pendant la procédure arbitrale un grief relevant de chaque cas d'ouverture de recours pour se préserver la possibilité d'en invoquer une pluralité devant le juge du recours. La priorité pour connaître les contestations contre la procédure revient au tribunal arbitral. Le juge ne contrôle ces contestations que subsidiairement. Toutefois, certaines difficultés peuvent se présenter pour établir l'identité du grief invoqué devant le tribunal arbitral et celui présenté devant le juge étatique. L'arrêt *Tecnimont* a adopté une approche très restrictive concernant cette question en

1498 C.A., Paris, 14 mai 2019, n° 16/16502. V. également en matière de récusation des arbitres : Cass., Civ. 1re, 25 juin 2014, n° 11-26.529, *Tecnimont SPA c. J&P Avax*, D. 2014. 1985; *ibid*. 1967, obs. L. d'Avout et S. Bollée; *ibid*. 1981, avis P. Chevalier; *ibid*. 1986, note B. Le Bars; *ibid*. 2541, obs. T. Clay; JCP 2014. 1278, obs. T. Clay ; *ibid.* Doctr. 857, § 4, obs. C. Seraglini ; *ibid.* 2014. Doctr. 977, § 9, obs. C. Nourissat ; LPA 2014, n° 215, p. 5, obs. M. Henry ; Cah. arb. 2014. 547, note T. Clay ; Rev. arb. 2015. 85, note J.-J. Arnaldez et A. Mezghani.

exigeant « *un parallélisme des formes* »[1499] entre le grief présenté devant l'arbitre puis devant le juge. Cette solution est critiquée parce qu'elle ne permet pas aux parties d'enrichir ou parfaire leur raisonnement fondé sur le même grief. D'une part, il ne faut pas permettre aux parties d'adopter un comportement abusif en matière de recours contre la sentence arbitrale. D'autre part, il ne faut pas non plus tomber dans un parallélisme inutile qui priverait une partie de la possibilité de se prévaloir de ses droits. L'appréciation du juge permet d'établir l'équilibre entre ces deux points.

795. Le non-respect de l'ordre public procédural fait souvent l'objet de contestations devant le tribunal arbitral et le juge de l'annulation. On ne peut permettre à une partie qui a soulevé une irrégularité de procédure devant le tribunal arbitral d'attaquer la sentence sur le fondement d'une contrariété à l'ordre public en choisissant un ou plusieurs autres griefs pour tenter sa chance. Les frontières des règles de procédure à valeur d'ordre public sont plutôt claires et le requérant peut se baser sur ses contestations initiales pour demander l'annulation de la sentence. Néanmoins, dans certaines situations, les mêmes faits peuvent porter atteinte à plusieurs droits d'une partie. Si cette dernière a contesté les faits en cause pour la violation d'un de ses droits procéduraux, peut-elle se référer à cette contestation pour se prévaloir de certains autres de ses droits remis en cause par les mêmes faits objet de la contestation initiale ?

À notre sens, du moment où les faits litigieux ont été contestés et discutés devant le tribunal arbitral, les parties devraient pouvoir compléter leur argumentation et affiner leur raisonnement devant le juge de l'annulation. Il est inutile de limiter strictement la possibilité pour les parties d'invoquer des griefs d'annulation. Le contrôle de la conformité de la sentence à l'ordre public est assez restrictif. Il faut néanmoins noter que le contrôle exercé par toutes les juridictions étatiques sur le respect de l'ordre public par la sentence n'est pas aussi limité que celui exercée par le juge judiciaire français. C'est la raison pour laquelle il est intéressant de comparer l'approche de celui-ci à d'autres juridictions.

1499 v. Dalloz actualité, 29 janv. 2019, obs. J. Jourdan-Marques, préc.

Section III. Le contrôle de la conformité de la sentence à l'ordre public international ; une approche comparée

796. La jurisprudence judiciaire française présente certaines difficultés concernant l'intensité du contrôle du juge sur la conformité de la sentence aux règles d'ordre public international. En France, le juge administratif pourrait également être amené à contrôler le respect des règles d'ordre public par la sentence arbitrale (Sous-section I). De plus, Il est intéressant d'étudier l'approche de certaines autres juridictions nationales envers la question du contrôle de la violation d'ordre public par la sentence (Sous-section II).

Sous-section I. Le contrôle de la conformité de la sentence à l'ordre public par le juge administratif

797. La jurisprudence du Conseil d'État sur le contrôle de la violation d'ordre public par les sentences arbitrales est intéressante à étudier. Nous allons comparer l'intensité du contrôle exercé par le juge administratif à celui exercé par le juge judiciaire (§I). En matière de contenu de la notion d'ordre public, des divergences considérables peuvent être constatées entre l'approche administrative et judiciaire[1500] (§II).

§I. L'intensité du contrôle de la conformité de la sentence à l'ordre public par le juge administratif

798. La question a été posée de savoir quel est l'ordre juridictionnel compétent pour connaître une sentence arbitrale rendue en France dans le cadre d'un litige concernant un contrat administratif. La jurisprudence *Inserm*[1501] a répondu à cette interrogation : en principe, le juge

1500 M. Audit, C. Broyelle, note sous Cour administrative d'appel de Bordeaux, 12 juillet 2016, C.A. Paris, Pôle 1 – Ch 1, 8 novembre 2016 et Cons. d'État (ass.), 9 novembre 2016, Rev. arb., 2017.254 ; B. Delaunay, « *Les sentences arbitrales concernant les personnes publiques en matière de commerce international : le contrôle du juge administratif* », RFDA, 2017.111. V. aussi « *Personnes publiques et arbitrage* », Revue du droit public, sept. 2017, n° 5, p. 1143 et s. V. également : M. Audit, « *Les recours contre les sentences arbitrales internationales rendues en matière administrative : une cartographie* », *préc. cité*, p. 161.

1501 Trib. confl., 17 novembre 2010, *Fondation G. Letten Saugstad c/ Inserm,* Rev. arb*.,* 2010.275 ; *id.,* p. 253, étude M. Audit ; *AJDA,* 2010.1047, obs. M.-C. de Montecler, p. 1564, étude P. Cassia ; *D.,* 2010. AJ. 1359, obs. X. Delpech ; pan. 2330, obs. S. Bollée ; p. 2633, note S. Lemaire ; pan. 2944, obs. Th. Clay ; Gaz. Pal*.,* 2010. jur. 1642, note M. Guyomar, p. 2379, note D. Bensaude ; *JCP,* 2010.1045, note Th. Clay, p. 1096, obs. E. Gaillard, p. 1204 ; obs. J. Ortscheidt, p. 2084, obs. B. Plessix ; p. 2245, obs. Th. Clay ; RTD com., 2010.525, obs. E. Loquin ;

judiciaire a compétence pour connaître les sentences internationales, mêmes relatives à un contrat administratif. Cette règle connaît une exception : le juge administratif est compétent en présence d'un contrat « *relevant d'un régime administratif d'ordre public* » [1502]. Tel est le cas, lorsque ces règles impératives du droit public français ont trait à l'occupation du domaine public, à celles qui régissent la commande publique, les marchés publics, et les contrats de partenariat et de délégation de service public. Cette jurisprudence a consacré un partage de compétences. En principe la compétence revient au juge judiciaire. Néanmoins, dans quatre domaines (concession ; partenariat, marchés publics et délégation de service public), la compétence revient au juge administratif qui doit contrôler la bonne application des règles impératives du droit public français.

799. Dans l'affaire *Fosmax* de 9 novembre 2016, le Conseil d'État a, à nouveau, eu l'occasion de se prononcer sur le régime du contrôle des sentences arbitrales internationales relatives à un contrat administratif. La société *Fosmax* a saisi le Conseil d'État d'un recours en annulation contre une sentence arbitrale. Le Conseil d'État renvoie l'affaire devant le tribunal des conflits en raison de la difficulté de détermination de l'ordre juridictionnel compétent pour connaître une sentence arbitrale internationale rendue en France. Le litige concernait un contrat administratif rétroactivement cédé à une personne privée. Dans le cadre de cette affaire, le Tribunal des conflits reprend sa jurisprudence *Inserm*[1503], avec une exception pour l'application au cas de la cession de contrat. Le contrôle du juge judiciaire sur les sentences arbitrales étant trop superficiel, certains s'attendaient à ce que le juge administratif mette en œuvre un contrôle plus approfondi de la sentence arbitrale. Il avait précédemment indiqué qu'il traitait les sentences arbitrales en tant que juge d'appel[1504]. Malgré les attentes, dans le cadre de l'arrêt *Fosmax* le Conseil d'État n'est pas revenu complètement sur le principe de non-révision au fond.

800. Le rapporteur public a fait référence aux critiques adressées à la jurisprudence judiciaire en rappelant que les « *principes fondamentaux du contrôle du juge étatique ne font pas obstacle à l'exercice d'un contrôle entier sur le respect de l'ordre public par les sentences arbitrales*

JDI, 2011, doct. 10, étude E. Loquin ; Proc*.,* 2010. comm. n° 274, obs. C. Nourissat ; comm. n° 299, obs. S. Deygas ; RFDA*,* 2010.959, concl. M. Guyomar et p. 971, note P. Delvolvé ; Rev. crit. DIP*,* 2010.653, étude M. Laazouzi.

1502 *Ibid*.

1503 *Ibid.*

1504 C.E., sect., 2 mars 1956, *SARL Le secteur électrique de Reuilly, Rec. CE,* p. 102 ; CE, ass., 4 janvier 1957, *Lamborot, Rec. CE,* p. 12 ; CE, sect., 3 mars 1989, *Société des autoroutes de la région Rhône-Alpes (AREA), Rec. CE,* p. 69. Le Conseil d'État fonde désormais sa compétence sur l'article L.321-2 du Code de justice administrative, suivant lequel « *Dans tous les cas où la loi n'en dispose pas autrement, le Conseil d'État connaît des appels formés contre les décisions rendues en premier ressort par les autres juridictions administratives* ».

internationales »[1505]. Il a ajouté que « *ce contrôle qui est donc un contrôle concret, situé dans le litige, qui tient compte des faits et du droit applicable, peut parfaitement être exercé sans rejuger le litige ni, par conséquent, réviser au fond la sentence* »[1506]. Le point d'équilibre du contrôle de la conformité des sentences à l'ordre public international est ainsi résumé par le rapporteur public. Il semblait que le juge administratif soit en faveur d'un contrôle effectif de l'ordre public international, compte tenu de son regard sur la jurisprudence judiciaire. Il est vrai que cette dernière pourrait évoluer pour devenir d'une part, plus claire, lisible et prévisible ; et d'autre part, plus efficace en effectuant un contrôle effectif du respect de l'ordre public international.

801. L'arrêt SMAC du Tribunal des conflits de 2017[1507] a étendu la solution de la jurispridence *Inserm/ Fosmax* aux sentences rendues à l'étranger. Il a confirmé que l'exécution en France des sentences arbitrales, rendues en France ou à l'étranger, relatives aux contrats portant sur l'occupation du domaine public ou concernant la commande publique, relève de la compétence des tribunaux administratifs français et non des tribunaux judiciaires.

802. La Cour a décidé que

> « *lorsqu'une sentence arbitrale a été rendue sur le fondement d'une convention d'arbitrage, dans un litige né de l'exécution ou de la rupture d'un contrat conclu entre une personne morale de droit public française et une personne de droit étranger, exécuté sur le territoire français, mettant en jeu les intérêts du commerce international, il appartient en principe à la juridiction judiciaire, statuant dans les conditions prévues au titre II du livre IV du code de procédure civile, d'une part, de connaître d'un recours formé contre la sentence si elle a été rendue en France et, d'autre part, de se prononcer sur une demande tendant à ce que la sentence, rendue en France ou à l'étranger, soit revêtue de l'exequatur ; que, toutefois, dans le cas où le contrat à l'origine du litige sur lequel l'arbitre s'est prononcé est soumis aux règles impératives du droit public français relatives à l'occupation du domaine public ou à celles qui régissent la commande publique, le recours contre la sentence rendue en France et la demande*

1505 G. Pellissier, Conclusions sur C.E., assemblée, 9 novembre 2016, *Société Fosmax LNG*, n° 388806, Lebon, *RFDA*, 2016.1154. V. sur l'ensemble de la question, E. Loquin, S. Manciaux (Dir.), *L'ordre public et l'arbitrage*, LexisNexis, 2014.
1506 *Ibid.*
1507 T. confl., 24 avr. 2017, n° 4075.

d'exequatur relèvent de la compétence de la juridiction administrative ».

803. Deux points de différence peuvent être constatés en comparant le contrôle des sentences par le juge administratif et le juge judiciaire. Premièrement, selon le Conseil d'État, le juge doit relever d'office la question de la licéité de la convention d'arbitrage, qui est considérée comme un des griefs ouvrant droit au recours en annulation. Devant les juridictions judiciaires, cette question est traitée dans le cadre du contrôle de la compétence du tribunal arbitral[1508]. Deuxièmement, même si l'article 1520 du CPC ne prévoit pas l'absence de motivation de la sentence comme un grief de recours en annulation, le Conseil d'État estime que celui-ci peut former le fondement de l'annulation d'une sentence. Il a pris en compte les recommandations de son rapporteur public qui avait considéré que la motivation « *doit être imposée à une juridiction dont les décisions peuvent avoir un impact significatif sur les intérêts publics* »[1509]. Cette solution n'est pas très étonnante, considérant le fait que l'obligation de motivation est généralement prévue dans le cadre des missions de l'arbitre, en matière internationale, notamment dans les règlements des institutions d'arbitrage[1510].

804. Le Conseil d'État reste fidèle au principe de non-révision au fond. Néanmoins, il ne se contente pas d'un contrôle superficiel des griefs de l'annulation et examine de façon approfondie et effective, en fait et en droit, tous les éléments nécessaires[1511]. Ce contrôle exercé par le Conseil d'État ne rentre pas généralement en contradiction avec le respect de la décision du tribunal arbitral[1512]. Dans le cadre du contrôle de l'ordre public, le Conseil d'État vérifie l'existence d'une violation directe de l'ordre public d'origine française ou européenne dans la sentence. Il contrôle également toute méconnaissance indirecte des règles d'ordre public. Celle-ci consisterait à reconnaître un contrat « *dont l'objet est illicite ou entaché d'un vice d'une particulière gravité, relatif notamment aux conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement* »[1513]. Le contrôle exercé par le Conseil d'État est également plus approfondi que celui exercé par le juge judiciaire. Il ne se limite pas à vérifier l'apparence de la sentence en se

1508 En application de l'ancien article 1502, 1° qui prévoyait que la sentence serait annulée au cas où le tribunal aura « *statué sans convention d'arbitrage ou sur convention nulle ou expirée* ».
1509 G. Pellissier, « *Conclusions sur l'arrêt Fosmax du 9 novembre 2016* », RFDA, 2016.1154.
1510 Ch. Seraglini, J. Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international,* Montchrestien 2013, n° 872.
1511 Trib. confl., 11 avril 2016, *Société Fosmax,* préc.
1512 V. Jean Billemont, *« Les bonnes et les mauvaises surprises du contrôle des sentences arbitrales internationales par le juge administratif* », note sous CE, 9 novembre 2016', Rev. arb., Vol. 2017, Issue 1, pp. 203 – 214, n°4.
1513 C.E., assemblée, 9 novembre 2016, *Société Fosmax LNG*, n° 388806, Lebon, AJDA,2016.2133.

limitant à cerner la violation « *flagrante, effective et concrète* » de l'ordre public[1514]. Le Conseil d'État n'hésite pas à réexaminer le raisonnement du tribunal arbitral concernant le refus d'application d'une règle impérative, pour démontrer une erreur de droit.

805. Il faut noter que pour effectuer un contrôle effectif du respect de l'ordre public, il est nécessaire pour le juge de réexaminer le raisonnement et l'appréciation du tribunal arbitral sur les points objets du contrôle. Lorsque le juge est amené à contrôler la conformité de la sentence à l'ordre public, il ne peut remplir sa fonction qu'en substituant son appréciation des éléments de fait et de droit à celle du tribunal arbitral[1515]. Pour s'assurer du respect de l'ordre public par le tribunal arbitral, il faut prendre en compte l'ensemble du raisonnement juridique. Autrement dit, le juge doit reprendre l'application de la règle d'ordre public aux faits juridiquement qualifiés, ainsi que l'appréciation des faits et la qualification juridique de ceux-ci par le tribunal arbitral. Il n'est pas justifié de procéder autrement considérant que la violation d'ordre public en cas de dénaturation d'un élément de preuve ou de mauvaise qualification d'un élément de fait peut avoir le même effet qu'une interprétation ou une application erronée d'une règle de droit.

806. Le contrôle du respect de l'ordre public doit être réel et effectif, mais ne doit pas dépasser sa fonction essentielle de s'assurer que la solution de la sentence n'est pas contraire à l'ordre public. Ainsi, le Conseil d'État a souligné que « *le contrôle du juge administratif sur une sentence arbitrale doit porter non sur la qualification que les arbitres ont donnée de la convention liant les parties, mais sur la solution donnée au litige, l'annulation n'étant encourue que dans la mesure où cette solution méconnaît une règle d'ordre public* »[1516]. Le juge vérifie l'ensemble du raisonnement du tribunal arbitral pour déterminer s'il existe une erreur qui affecte le sens de la décision. Le juge administratif est parvenu à trouver le juste équilibre entre le contrôle effectif de l'ordre public et le respect de la sentence arbitrale. Toutefois, il faut souligner que le contrôle du juge administratif porte plutôt sur l'ordre public interne.

1514 Critères posés par le juge judiciaire pour le contrôle du respect de l'ordre public par les sentences internationales : Cass. civ. 1re, 4 juin 2008, *SNF, Bull. civ.* I, n° 162 ; Rev. arb.*,* 2008.473, note I. Fadlallah ; *RTD com.,* 2008.518, obs. E. Loquin ; *JCP E,* 2008, n° 1900, note J. Ortscheidt ; *JDI,* 2008.1107, note A. Mourre ; RJC*,* 2009.62, obs. B. Moreau.

1515 Ch. Seraglini, J. Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international,* préc., n°982 : « *Le principe d'interdiction de la révision au fond est hors de propos dans le cadre des griefs visés par l'article 1520 du Code de procédure civile »*.

1516 C.E., assemblée, 9 novembre 2016, *Société Fosmax LNG*, n° 388806, Lebon, *AJDA*, 2016.2133.

§II. L'identification des règles d'ordre public

807. Concernant l'identification des règles d'ordre public, le juge administratif prend en compte des particularités de l'arbitrage international et considère que seules certaines règles impératives s'appliquent à la sentence. Néanmoins, il se réfère à l'ordre public interne même lors du contrôle des sentences rendues dans une affaire d'arbitrage international ou à l'étranger. Par exemple, dans l'affaire *Fosmax*[1517], le Conseil d'État a examiné la régularité de fond d'une sentence internationale et l'arbitrabilité du litige sur le fondement des règles d'ordre public interne et non pas international. M. Pellissier, rapporteur public explique dans ses conclusions que « *toutes les règles d'ordre public qui s'imposent aux relations contractuelles des personnes publiques [...] paraissent devoir être respectées, que le contrat ait ou non un caractère international et ce d'autant plus que l'internationalité d'un contrat est très largement étendue. Autrement dit, la conception française de l'ordre public international en ces matières recouvre toutes les règles d'ordre public* »[1518]. Il justifie cette solution par le fait que les sentences qui se présentent devant le juge administratif ont vocation à s'exécuter en France. Pour ces sentences, la France n'est pas uniquement l'État du siège de l'arbitrage, mais également sa destination finale.

808. Toutefois, cette solution semble ignorer l'importance du caractère international de ces sentences, même si elles sont exécutées en France. Selon la jurisprudence de la Cour de cassation approuvée par la doctrine[1519], le contenu de l'ordre public international est plus restreint que celui de l'ordre public interne, que la situation produise ses effets en France ou à l'étranger. Cette approche a été ainsi expliquée : « *si on veut exprimer en une figure géométrique l'ordre public en droit interne et en droit international privé, il faut les schématiser non en deux cercles sécants, mais en deux cercles concentriques, le premier d'entre eux étant représenté par le plus grand cercle et le second par le plus petit* »[1520].

809. Comme nous avons mentionné, selon la jurisprudence *Inserm-Fosmax* du Tribunal des conflits, la compétence du juge administratif est fondée sur le critère de la conformité de la sentence « *aux règles impératives du droit public français relatives à l'occupation du domaine*

1517 *Ibid*.
1518 G. Pellissier, conclusions sur l'arrêt *Fosmax* du 9 novembre 2016, RFDA, 2016.1154,
1519 V. par ex. C.A. Paris, 14 juin 2001, Rev. arb., 2001.773, note Ch. Seraglini : « *L'ordre public international* [...] *s'entend de la conception française de l'ordre public, c'est-à-dire de l'ensemble des règles et des valeurs dont l'ordre juridique français ne peut souffrir la méconnaissance, même dans des matières internationales* ».
1520 Y. Loussouarn, P. Bourel, *Droit international privé,* 7e éd., Dalloz 2001, n° 249.

public ou celles qui régissent la commande publique »[1521]. Certains ont suggéré que cette considération soit également prise en compte comme critère de contrôle par le Conseil d'État. C'est-à-dire que le contrôle des règles concernant l'exécution relevant des principes généraux applicables à tous les contrats administratifs est laissé au juge judiciaire[1522]. Toutefois après la jurisprudence *Inserm,* il a été clarifié que les règles impératives gouvernant la commande publique et l'occupation du domaine public doivent uniquement être considérées comme justifiant la compétence du juge administratif et ne constituent pas le critère de contrôle des sentences[1523]. Le Conseil d'État se reconnaît comme « *le gardien silencieux du droit administratif des contrats* » [1524]. C'est pourquoi l'étendue du contrôle des sentences arbitrales est fondée sur l'ordre public interne.

810. Les règles d'ordre public protégées par le juge peuvent varier que l'on soit devant le juge judiciaire ou administratif. Elles varient également d'un pays à l'autre. À part le contenu de la notion d'ordre public, l'intensité de contrôle de l'ordre public international diffère d'une juridiction nationale à l'autre. La jurisprudence française présente des incertitudes concernant son approche envers l'intensité de contrôle de la conformité de la sentence à l'ordre public. Il est intéressant d'étudier l'approche du droit comparé envers cette question délicate.

Sous-section II. Le contrôle de la conformité de la sentence à l'ordre public en droit comparé

811. Le contrôle du respect de l'ordre public par la sentence est limité aux éléments examinés par le tribunal arbitral (§II). En revanche, en Angleterre, les juges se montrent prudents pour exercer un contrôle effectif de la conformité de la sentence à l'ordre public, tout en limitant les abus (§I).

1521 Trib. confl., 17 novembre 2010, *Fondation G. Letten Saugstad c/ Inserm,* Rev. arb*.,* 2010.275 ; *id.,* p. 253, étude M. Audit.
1522 J. Billemont, « *Les bonnes et les mauvaises surprises du contrôle des sentences arbitrales internationales par le juge administratif* », note sous CE, 9 novembre 2016, Rev. arb., Vol. 2017, Issue 1, pp. 203 – 214, n°9.
1523 V. en ce sens les interventions de M. Mattias Guyomar, rapporteur public auprès du Tribunal des conflits à l'occasion de la décision *Inserm,* lors de la Table ronde « *Personnes publiques et arbitrage* » du 6 février 2014, RDP*,* 2014.603.
1524 Jean Billemont, « *Les bonnes et les mauvaises surprises du contrôle des sentences arbitrales internationales par le juge administratif* », note sous CE, 9 novembre 2016, Rev. arb., Vol. 2017, Issue 1, pp. 203 – 214, n°12.

§I. Le contrôle de la conformité de la sentence à l'ordre public international par le juge anglais

812. Dans le cadre du contrôle de la sentence arbitrale, le juge anglais peut être amené à vérifier la conformité de la sentence à l'ordre public[1525]. L'article 103(3) de l'EAA (incorporant l'article V de la Convention de NY) prévoit que l'exécution d'une sentence peut être refusée lorsque celle-ci a été rendue dans une matière inarbitrable, ou lorsque sa reconnaissance ou exécution serait contraire à l'ordre public, précisément à l'ordre public anglais[1526]. Celui-ci incluait les enjeux du droit de l'UE[1527]. La Cour européenne a considéré que les droits nationaux concernant la reconnaissance des sentences nationales doivent permettre l'examen de la conformité des sentences au droit de la concurrence européen. C'est pourquoi l'exception d'illégalité par rapport au droit de l'Union européenne est comprise dans l'ordre public anglais[1528]. Néanmoins avec la sortie du Royaume-Uni de l'Union européenne, l'ordre public anglais se sépare probablement du droit européen.

813. Les juridictions anglaises ont adopté une approche restrictive de l'ordre public non législatif[1529]. Pendant longtemps, la reconnaissance jurisprudentielle des principes d'ordre public était considérée comme une source de polémique. Il existe toujours un risque que le caractère subjectif de cette notion crée un désordre en limitant la liberté contractuelle des parties sur le fondement d'une perception douteuse de l'intérêt général. Selon Sir John Donaldson MR dans l'affaire *Deutche Schachtbau -und Tiefbohrgesellschaft mbH v. Ras Al Khaimah National Oil Co* (1990)[1530], les règles de l'ordre public international ne peuvent jamais être définies de façon exhaustive, mais elles doivent être abordées avec grande prudence, « *il doit être démontré qu'il existe certains éléments d'illégalité, ou que l'exécution de la sentence serait clairement préjudiciable à l'ordre public ou, que l'exécution serait complètement choquante à un membre*

1525Pour une analyse détaillée v. A. Tweedale, « *Enforcing Arbitration Awards Contrary to Public Policy in England* » International Construction Law Review, 2000, 17, p. 159.
1526 *Westacre Investments Inc* v. *Jugoimport SDPR Holding Co Ltd* [1999] QB 740, 751
1527 *Eco Swiss China Time Ltd* v. *Benetton International NV* C-126/97 [1999] ECR I-3055.
1528 *Omnium de Traitement et de Valorisation SA* v. *Hilmarton Ltd* [1999] 2 All ER (Comm) 146; [1999] 2 Lloyd's Rep 222.
1529 *Honeywell International Middle East Ltd* v. *Meydan Group LLC* [2014] EWHC 1344 (TCC); [2014] 2 Lloyd's Rep 133; [2014] BLR 401, n° 180 à182, citant Parke B in *Egerton* v. *Brownlow* (1853) 4 HLC 1 n° 123: '*[it] is the province of the statesman, and not the lawyer, to discuss, and of the legislature to determine, what is best for the public good, and to provide for it by proper enactments*'; également *Fender* v. *St John-Mildmay* [1938] AC 1, 12, HL, *per* Lord Atkin: '*[public policy] should only be invoked in clear cases in which the harm to the public is substantial, incontestable, and does not depend upon the idiosyncratic inferences of a few judicial minds*.'
1530 (1990) 1 AC 295, 316, CA (Cette affaire concerne l'exécution d'une sentence suisse en Angleterre)

ordinairement raisonnable et entièrement informé du public, au nom de qui les pouvoirs de l'État sont exercés » [*traduction*].

814. Le respect du principe de non-révision de la sentence se manifeste de façon différente en droit français et en droit anglais. Les juridictions anglaises ont encadré le pouvoir de révision du juge d'exécution dans les affaires *Westacre*[1531] et *Hilmarton*[1532]. Ainsi le contrôle de l'illégalité du contrat principal est placé en dehors de la compétence du juge étatique. Pour déterminer la possibilité de réexaminer les questions de fait et tous les éléments nécessaires dans le cadre d'une demande d'annulation de la sentence, le juge anglais met en place un équilibre entre deux principes d'ordre public : d'une part, le respect du caractère définitif de la sentence ; d'autre part, l'illégalité du contrat principal (v. *infra*). Dans les deux affaires citées, la Cour a rejeté l'allégation de l'illicéité du contrat principal en considérant qu'en l'espèce le respect de la finalité de la sentence prévaut sur le contrôle de l'illégalité. L'illégalité doit présenter un caractère sérieux pour être examinée par le juge. Le juge est principalement chargé de contrôler la sentence et non pas le contrat.

815. Néanmoins, dans certaines circonstances exceptionnelles le juge peut aller au-delà de la sentence dans son contrôle du respect de l'ordre public[1533]. Dans ce cas, le contrôle plus approfondi du juge est justifié par la nécessité de préserver l'intégrité de la procédure et son pouvoir de reconnaissance et exécution des sentences. Les considérations d'intérêt général ne peuvent être outrepassées par un accord des parties[1534]. La question a été posée dans le cadre de l'affaire *Soleimany v. Soleimany*[1535]et *Westacre*[1536] de savoir quelles circonstances permettent au juge de réexaminer le fond de la sentence lorsqu'une violation de l'ordre public est en cause. Pour répondre à cette interrogation, Waller II a considéré que le juge peut réexaminer l'affaire lorsque la sentence est silencieuse sur la question[1537]. Également, il s'est référé à la jurisprudence anglaise pour conclure qu'en principe le juge dispose du pouvoir de réexaminer les sentences[1538].

1531 *Westacre Investments Inc v Jugoimport-SDPR Holding Co Ltd and others*, [1999] 3 W.L.R 811.
1532 *Omnium de Traitement et de Valorisation SA v Hilmarton Ltd*, [1999] 2 Lloyd's Rep 222.
1533 C. Rose « *The Strange Case of the Persian Carpet-Runner* » [1998] Commercial Lawyer 32, 34. D.Serota « *Soleimany v Soleimany: Acommentary* » [1998] Commercial Lawyer 35, 35.
1534 V. Waller LJ dans l'affaire *Westacre* [1999] 3 W.L.R. 811, 834.
1535 [1998] 3 W.L.R 811.
1536 [1999] 3 W.L.R 811.
1537 Waller II dans l'affaire *Westacre* [1999] 3 W.L.R.811, 829 se référant à l'affaire *Soleimany v. Soleimany* [1998] 3 W.L.R.811, 824.
1538 *Ibid* 829-833.

816. Pour mettre en œuvre ce pouvoir, il doit établir un équilibre entre le principe de finalité de la sentence et celui de légalité. Certains facteurs peuvent alors être pris en considération : la nature de l'illégalité en cause, le niveau de l'intention que le tribunal arbitral lui a attribué et la solidité des arguments à son encontre[1539]. Si le respect du caractère final de la sentence prévaut sur le l'exception d'illégalité, le juge ne peut réexaminer la sentence. Au contraire, lorsque la protection de la légalité l'emporte sur le respect du caractère définitif de la sentence, l'affaire pourra être réexaminée par le juge. Par exemple, lorsque l'illégalité en cause porte sur une allégation de corruption, il est important pour le juge anglais de réexaminer la sentence, alors qu'une irrégularité mineure ne justifierait pas le réexamen de celle-ci. En d'autres termes, deux principes fondateurs sont en cause lorsqu'une telle allégation est présentée devant le juge et il doit établir un équilibre entre le respect de ces deux principes par son appréciation souveraine au cas par cas. La violation de l'ordre public international doit être suffisamment établie pour outrepasser la présomption de finalité de la sentence. Lorsque la sentence est fondée sur un contrat invalide en vertu du droit anglais, mais valide selon la loi du lieu d'exécution du contrat, la finalité de la sentence prévaut sur le contrôle de la violation d'ordre public[1540].

817. Certaines règles de l'ordre public anglais appelées « *super-norms* » telles que la prohibition du terrorisme, trafic de drogue, prostitution et pédophilie ne sont tolérées dans aucune circonstance par les juridictions anglaises. Ainsi, s'il s'avère que le contrat principal implique une violation sérieuse d'une de ces normes, le juge anglais ne donne pas effet à la sentence même si elle déclare qu'une telle activité n'est pas illégale ou contraire à l'ordre public de la loi applicable au contrat ou de son lieu d'exécution[1541]. La violation de ces règles résulte en un refus d'exécution de la sentence par les juridictions anglaises quelle que soit la loi applicable ou le lieu d'exécution de la sentence dans certaines circonstances[1542]. En présence d'une violation de ces règles, la protection de l'ordre public prévaut sur le caractère final de la sentence permettant au juge de réexaminer l'affaire.

818. Concernant les sentences nationales, le droit anglais prévoit que *« lorsque l'illicéité est révélée, la sentence peut et doit être annulée* » [*traduction*][1543]. La sentence arbitrale ne peut

1539 [1999] 3 W.L.R 811, 833.
1540 MJ Mustill, SC Boyd, *Commercial Arbitration*, Companion Volume to the 2nd Edition, Butterworths London 2001, 3, (note de bas de page n° 29) 210.
1541 *Westacre* case [2000] QB 288, 302, CA.
1542 *Ibid* n° 305. Voir également : *Lemenda Trading Co Ltd* v. *African Middle East Petroleum Co Ltd* [1988] QB 448, Phillips J, and Neill LJ in *ED & F Man (Sugar) Ltd* v. *Yani Haryanto (No 2)* [1991] 1 Lloyd's Rep 429.
1543 *David Taylor & Son v. Barnett Trading Co* (1953) 1 WLR 562, 572, CA, *per* Hodson LJ (the other judges agreed) : « *it is clear that, once the illegality is made plain, the award can, and should be, set aside.* »

être exécutée lorsqu'elle concerne une activité manifestement illicite[1544], contraire à l'ordre public anglais. L'arrêt *Soleimany v. Soleimany* (1999)[1545] a été rendu en dehors de l'application de la Convention de NY (1958), mais indique la réponse la plus probable des juridictions anglaises dans le cadre de la Convention de NY. Dans cette affaire, la *Court of Appeal* a décidé que dans un cas où il était manifeste dans l'apparence de la sentence arbitrale, que le tribunal arbitral était en présence d'une activité illicite en connaissance de toutes les parties, la sentence arbitrale reconnaissant la dette de l'une envers l'autre ne doit pas être exécutée.

819. Dans le cadre de cette affaire, la *Court of Appeal* a décidé que la clause compromissoire n'était pas nulle, mais la sentence était contraire à l'ordre public anglais. En effet, il était apparent à la lecture de la sentence que le tribunal arbitral fût conscient que la transaction objet du litige était une activité manifestement illicite, connue par les deux parties[1546]. Il a été considéré que l'exécution d'une sentence en Angleterre était contraire à l'ordre public anglais lorsque celle-ci a été rendue sur la base d'un contrat illicite dès sa formation. Le juge anglais a le pouvoir de priver d'effet un contrat impliquant une transaction illicite même lorsque l'illicéité est survenue pendant le déroulement de la procédure[1547]. Si l'objet du litige est régi par le droit anglais ou si son lieu d'exécution est en Angleterre, les juridictions anglaises ne peuvent reconnaître l'exécution de la sentence étrangère si elle est contraire à l'ordre public anglais[1548].

820. Dans le cadre du recours contre les sentences arbitrales étrangères, les juridictions anglaises se montrent très exigeantes envers le niveau de preuves requis pour établir la violation de l'ordre public international. En particulier, en cas d'existence d'allégation de faux témoignages dans la procédure arbitrale, les juges appliquent un contrôle très strict des moyens de preuve[1549]. Également, les allégations de corruption sont examinées avec prudence. Dans l'affaire *Honeywell*[1550], le juge anglais a examiné une sentence rendue aux Émirats arabes unis.

1544 L'illicéité doit crever les yeux ; N. Andrews, *Arbitration and contract law, common law perspective,* Springer International Publishing, 2016, p.150 n° 9.16 « *notably 'on the face' of the arbitral award* »

1545 [1999] QB 785, CA.

1546 [1999] QB 785, 794, CA.

1547 V. *Birkett* v. *Acorn Business Machines Ltd* [1999] 2 All ER 429, 433, également *Re Mahmoud and Ispahani* [1921] 2 KB 716, 729, CA, et see also *Skilton* v. *Sullivan The Times*, 25 March 1994.

1548 A Tweedale, « *Enforcing Arbitration Awards Contrary to Public Policy in England* » (2000) 17 International Construction Law Review 159, 173 proposition n°2.

1549 *Westcare Investments Inc. V. Jugoimport SDPR Holding Co Ltd* (2000) QB 288, 309, CA, *per* Waller LJ : « *where prejury is … alleged… the evidence must be so strong that it would reasonably be expected to be decisive at a hearingn and if unanswered must have that result* » ; V. également : (1999) QB 740, 784, *per* Colman J ; *Honeywell International Middle East Ltd v. Meydan Group LLC* (2014) EWHC 1344 (TCC) ; (2014) 2 Lioyd's Rep 133 ; (2014) BLR 401, at (166) to (172), per Ramsey J ; Pour l'absence d'objection aux faux témoignages allégués pendant le déroulement de la procédure arbitrale en Angleterre : *Thyssen Canada Ltd v. Mariana Maritime SA* (2005) EWHC 219 (Comm) ; (2005) 1 Lloyd's Rep 640, (39), (43), (60) à (66), *per* Cooke I.

1550 *Honeywell International Middle East Ltd v. Meydan Group LLC* (2014), *op.cit.*

Le grief principal de recours reposait sur l'allégation d'existence de corruption dans la transaction objet du litige. Néanmoins, le recours contre l'exécution de la sentence n'a pas abouti dans cette affaire sur le fondement de plusieurs arguments.

821. Premièrement, le juge devait déterminer si les conditions de refus d'exécution de la sentence en vertu de la Convention de NY, applicable en l'espèce, étaient remplies. Cette procédure est celle applicable pour les décisions provisoires (*summary judgments*) : il faut établir que le grief allégué a une chance réelle d'être établi. Ce qui s'avère particulièrement difficile lorsque la question de corruption n'a pas été soulevée devant les arbitres au cours de la procédure arbitrale[1551]. En vertu du principe de l'autonomie de la clause compromissoire, le tribunal arbitral est compétent pour déterminer si la transaction objet du litige est illicite. Par exemple, dans l'affaire *Harbour Assurance*[1552] il a été décidé que lorsque l'illicéité de l'objet du litige est en cause, cette question peut être soulevée par les parties devant le tribunal arbitral.

822. Deuxièmement, même s'il existait une chance réelle d'établir l'existence de corruption, le juge doit être prudent concernant le refus d'exécution de la sentence étrangère. Bien que la corruption soit clairement contraire à l'ordre public international anglais[1553], les contrats conclus par corruption (par opposition aux contrats de payer ou arranger un pot-de-vin), peuvent être exécutés. La partie de bonne foi dispose simplement de la possibilité d'éviter l'exécution du contrat, pourvu qu'un dédommagement puisse avoir lieu[1554].

823. En Angleterre, on admet que l'enjeu est essentiellement probatoire. La solution est intéressante dans le sens où, le juge anglais va droit au but. Dans le cadre de la jurisprudence française, on cherche une violation effective, concrète et manifeste. Toutefois, ce qui détermine essentiellement l'issu de la procédure se place sur le terrain de la preuve. Finalement, la jurisprudence française aussi se réfère aux indices graves précis et concordants pour prononcer l'annulation de la sentence.

824. Lorsque la sentence arbitrale porte atteinte à l'ordre public d'un autre État et non pas à l'ordre public anglais, celle-ci peut recevoir exécution en Angleterre[1555]. En effet, les juridictions anglaises ne prennent pas en compte l'ordre public international des autres États pour refuser l'exequatur d'une sentence en Angleterre. Généralement, la sentence peut être

1551 (2014) EWHC 1344 (TCC) ; (2014) 2 Lloyd's Rep 133, (65) à (69),(71), (88), (89), (94), (2011).
1552 *Harbour Assurance Co (UK) Ltd* v. *Kansa General International Insurance Co Ltd* [1993] QB 701, CA.
1553 Bribery Act 2010.
1554 *Ibid*, at (173) to (185), (211).
1555 *Westacre Investments Inc* v. *Jugoimport SDPR Holding Co Ltd* [2000] QB 288, 304, CA, *per* Waller LJ.

exécutée en Angleterre s'il est établi qu'elle ne porte pas atteinte à l'ordre public anglais, même si son exécution implique la violation de l'ordre public d'un pays tiers. Dans l'affaire *Omnium de Traitement et de Valorisation SA (`OTV')* v. *Hilmarton Ltd* (1999), le tribunal arbitral siégeant en Suisse avait considéré, concernant un contrat régi par le doit suisse, qu'il n'existait pas de violation de l'ordre public suisse[1556]. Il faut noter qu'il y avait une atteinte à la loi algérienne du lieu d'exécution du contrat objet du litige.

825. Devant les juridictions anglaises du lieu de l'exécution de la sentence, certains points ont été relevés. Tout d'abord, la question de la violation de l'ordre public de la loi applicable au contrat a été spécifiquement adressée par le tribunal[1557]. Le juge anglais ne prend pas en compte le fait qu'en vertu de la loi anglaise une approche plus stricte aurait été adoptée envers les mêmes faits[1558]. Les parties ont choisi la loi suisse et l'arbitrage suisse pour le règlement de leur conflit. De plus, les juridictions anglaises ne peuvent facilement réexaminer les questions de fait constatées par le tribunal arbitral dans toutes les situations[1559]. Les juridictions suisses sont quant à elles limitées aux éléments constatés par le tribunal arbitral.

§II. Le contrôle de la conformité de la sentence à l'ordre public international par le juge suisse

826. En Suisse, le pouvoir de contrôle du Tribunal fédéral est limité aux faits constatés par la sentence. Le contrôle du respect de l'ordre public par la sentence est également restreint de ce fait. Le juge examinant la violation de l'ordre public international, ne peut contrôler l'opération économique ou la transaction objet du litige. Le contrôle du respect de l'ordre public par les sentences arbitrales est encore plus léger en Suisse qu'en France. Les limitations du contrôle effectué sur la sentence dans ces deux ordres juridiques ont des fondements différents. En France, l'exigence jurisprudentielle d'une violation effective, concrète et manifeste de l'ordre public international limite le pouvoir du contrôle du juge étatique sur la sentence. En

1556 [1999] 2 All ER (Comm) 146, Timothy Walker J.
1557 *Ibid* n°149
1558 *ibid:* selon Timothy Walker J: « *it seems to me that (absent a finding of fact of corrupt practices which would give rise to obvious public policy considerations) the fact that English law would or might have arrived at a different result is nothing to the point*. »
1559 Cette affirmation a également été soulignée dans l'affaire *Westacare* [2000] QB 288, 304, CA, le tribunal arbitral siégeant en Suisse avait décidé qu'il n'existait pas de corruption dans le contrat initial. Cette décision avait été validée par les juridictions suisses. Les juges anglais ont également décidé que la sentence pouvait être exécutée en Angleterre.

Suisse, les moyens à la disposition du juge sont limités pour le contrôle de la conformité de la sentence à l'ordre public international.

827. Dans L'arrêt Alstom, le Tribunal fédéral suisse a considéré que *« le tribunal arbitral, après avoir analysé les éléments probatoires que les recourantes lui avaient fournis afin d'étayer leur allégation implicite de corruption visant l'intimée, a estimé que cette allégation n'avait pas été prouvée (sentence, n. 277 à 280). Pareille conclusion découle d'une appréciation des preuves que la Cour de Céans ne peut pas revoir »*[1560]. Cette solution s'explique par les limitations concernant une procédure de recours devant le Tribunal fédéral. Celui-ci ne peut que se prononcer sur la bonne application des règles de droit au cas d'espèce. Les recours contre la sentence arbitrale sont portés devant le Tribunal fédéral et les règles d'organisation judiciaires ne permettent pas au Tribunal fédéral agissant en tant que cour suprême d'effectuer un contrôle sur les questions de fait[1561]. Il a expliqué qu'il « *statue sur la base des faits constatés dans la sentence attaquée (cf. art. 105 al. 1 LTF [Loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005]). Il ne peut rectifier ou compléter d'office les constatations des arbitres, même si les faits ont été établis de manière manifestement inexacte ou en violation du droit (cf. l'art. 77 al. 2 LTF qui exclut l'application de l'art. 105 al. 2 LTF)* ».

828. La Cour d'appel de Paris peut examiner les éléments de fait et de droit pour effectuer le contrôle du respect des règles d'ordre public par la sentence. La Cour d'appel de Paris, dans le cadre de la même affaire *Alstom*, a rappelé qu' « *il appartient à la cour, saisie sur le fondement des dispositions des articles 1525 et 1520, 5° du Code de procédure civile, de l'appel de l'ordonnance d'exequatur d'une sentence rendue à l'étranger, de rechercher, en droit et en fait, tous les éléments permettant d'apprécier si la reconnaissance ou l'exécution de la sentence viole de manière manifeste, effective et concrète la conception française de l'ordre public international ; qu'elle n'est liée, dans cet examen, ni par les appréciations portées par le*

1560 Tribunal fédéral Suisse, nov. 2016, n°4A_136/126, *Alstom Transports SA et Alstom Network UK LTD c/ Alexendre Brothers LTD*, consid. 4.2.1.

1561 Art. 105, Faits déterminants.(1) Le Tribunal fédéral statue sur la base des faits établis par l'autorité précédente.(2) Il peut rectifier ou compléter d'office les constatations de l'autorité précédente si les faits ont été établis de façon manifestement inexacte ou en violation du droit au sens de l'art. 95.Art. 77, Arbitrage(1) Le recours en matière civile est recevable contre les décisions de tribunaux arbitraux :– pour l'arbitrage international, aux conditions prévues aux art. 190 à 192 de la loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé ;– pour l'arbitrage interne, aux conditions prévues aux art. 389 à 395 du Code de procédure civile du 19 décembre 2008.(2) Sont inapplicables dans ces cas les art. 48, al. 3, 90 à 98, 103, al. 2, 105, al. 2, et 106, al. 1, ainsi que l'art. 107, al. 2, dans la mesure où cette dernière disposition permet au Tribunal fédéral de statuer sur le fond de l'affaire.

tribunal arbitral, ni par la loi de fond choisie par les parties »[1562]. La Cour d'appel a le pouvoir de considérer des éléments qui n'avaient pas été constatés par le tribunal arbitral comme de nouveaux éléments de preuve. Ces éléments sont pris en compte afin de permettre au juge d'apprécier la situation juridique que la sentence a créée et non pas la sentence elle-même.

829. Devant le Tribunal fédéral suisse, le contrôle de la conformité de la sentence à l'ordre public international est réduit au strict minimum. Les règles procédurales limitent le contenu et l'intensité du contrôle exercé par le juge sur une sentence arbitrale[1563]. La limitation du contrôle du juge aux éléments de faits tels que constatés par le tribunal arbitral est une particularité de droit suisse[1564]. L'impossibilité pour le Tribunal fédéral d'examiner les éléments de faits découlant de l'affaire peut être critiquée notamment en présence d'une violation d'ordre public international suisse. Ce dernier comprend des valeurs les plus fondamentales d'un ordre juridique comme la prohibition de blanchiment ou de corruption. La prohibition de corruption et des pots-de-vin est considérée comme une règle d'ordre public substantiel au sens de l'article 190(2)(e) de la LDIP.

830. Toutefois, l'arbitrage peut permettre aux parties d'échapper à cette règle compte tenu du contrôle minimaliste effectué par le juge sur le respect de l'ordre public par les sentences. Les critiques envers cette solution ont été vives considérant que les principes d'ordre public peuvent avoir une protection limitée. En effet, il faut garder à l'esprit que lors de l'application de l'article 190 (2)(e) de la LDIP, le Tribunal fédéral ne révise pas les constatations de fait ou l'application de la loi par les arbitres. Par conséquent, si une partie fait valoir devant les arbitres qu'un contrat a été atteint de corruption et le tribunal arbitral rejette cet argument (pour manque de moyens de preuve, ou un motif de fond ou les deux), cette partie ne peut se prévaloir du même grief devant le Tribunal fédéral. Pour obtenir l'annulation de la sentence, une partie doit démontrer, que les arbitres ont constaté la corruption, mais ont néanmoins prononcé une

1562 C.A. Paris, Pôle 1, Ch. 1, 21 févr. 2017, *République du Kirghizistan c/ Valeri Belokon*, n° 15/01650, Revue droit des contrats, 2017(2), 304, obs. Boucobza X., Serinet Y.-M. ; Rev. arb. 2017, 915, note Audit M., Bollée S. ; JDI 2017, 1361, note Gaillard E. : « *le contrôle exercé par le juge de l'annulation sur la sentence arbitrale en vertu de l'article 1520, 5° du Code de procédure civile [a pour objet] de s'assurer que l'exécution de la sentence n'est pas de nature à faire bénéficier une partie du produit d'activités délictueuses ; Considérant que cette recherche, menée pour la défense de l'ordre public international, n'est pas limitée aux éléments de preuve produits devant les arbitres, ni liée par les constatations, appréciations et qualifications opérées par ceux-ci* ».

1563 Pour un exemple tiré des règles judiciaires sur l'administration de la preuve, v. A. Pinna, A.Barrier, « *L'arbitre et le recours en annulation contre la sentence qu'il a rendue. Approche critique du droit français à la lumière du droit comparé* », Cah. Arb. 2012, 295.

1564 J.-F. Poudret, S. Besson, *Comparative law of international arbitration*, *op. cit*. n° 788.

sentence, qui donne en pratique, un effet juridique au contrat (par exemple en ordonnant un paiement en vertu du contrat)[1565.]

Conclusion

831. Le contrôle du juge étatique sur le respect des règles d'ordre public par la sentence arbitrale est une question complexe. D'une part, la diversité et la relativité de la notion d'ordre public international compliquent leur identification. D'autre part, l'intensité du contrôle du respect de ces règles par la sentence diffère d'un pays à l'autre, et d'un moment à l'autre. Néanmoins, on constate l'émergence d'un ordre public transnational. Le juge français contrôle le respect des règles faisant l'objet d'un consensus international dans le cadre du contrôle de la conformité de la sentence à l'ordre public international français. Également, le tribunal arbitral n'ayant pas de for et par conséquent, d'ordre public international déterminé, est considéré tenu de respecter les règles d'ordre public transnational.

832. Deux approches peuvent être adoptées par les États concernant le contrôle du respect de l'ordre public international par la sentence : l'approche maximaliste et l'approche minimaliste. Depuis une quinzaine d'années, le juge français effectue un contrôle minimal et restreint sur la conformité de la sentence à l'ordre public international. Il exige une violation manifeste, effective et concrète de l'ordre public pour annuler la sentence. Néanmoins, on assiste à l'évolution de la jurisprudence vers un contrôle effectif du respect de l'ordre public. Aujourd'hui, le juge effectue un contrôle plein en fait et en droit sur tous les éléments du dossier. Cette solution est bienvenue. Il nous semble également approprié que l'exigence du caractère manifeste ou flagrant de la violation de l'ordre public soit écartée pour permettre au juge d'exercer un contrôle effectif sur la conformité de la sentence à l'ordre public international.

1565 E. Geisinger, A. Mazuranic, « Challenge and Revision of the Award », in E. Geisinger, N. Voser (dir.), *International Arbitration in Switzerland, A Handbook for Practitioners,* 2e éd. 2013 : « *That said, it is submitted here that these clear principles could be of limited practical importance. Indeed, one must bear in mind that when applying Article 190(2)(e) of the PILA [LDIP] the Federal Tribunal does not review the findings of the facts or the application of the law by the arbitrators. Therefore, if one party argues before the arbitrators that a contract was tainted by corruption and if the arbitral tribunal disagrees (be it for lack of evidence, or on legal grounds, or both), this party cannot re-argue the case before the Federal Tribunal. In order to have the award set aside, a party would need to show that the arbitrators made a finding of corruption but nevertheless issues an award that, in practice, amounts to giving a form of legal sanction to the contract (e.g. by ordering payments under the contract [...])* »

833. Aujourd'hui, l'ordre public international est principalement l'affaire des juges nationaux : ils apprécient les principes en cause pour leur donner la valeur d'ordre public international et définissent l'étendue du contrôle du respect de l'ordre public international par la sentence. Les juridictions nationales cherchent à concilier l'autonomie et l'efficacité de l'arbitrage avec la protection de l'intérêt général national. Le juge suisse est extrêmement limité par les règles procédurales pour exercer un contrôle plein sur le respect de l'ordre public international. Au contraire, le juge français et anglais recherchent constamment un point d'équilibre entre le principe de non-révision des sentences arbitrales et la protection effective de l'ordre public international.

834. On peut se demander si la nature des règles d'ordre public implique une évolution constante de la jurisprudence concernant le contrôle du juge sur la sentence ou nous sommes simplement dans une période d'expérimentation jurisprudentielle à la recherche d'une solution stable en la matière. En tout état de cause, le contrôle actuel du juge français sur le respect de l'ordre public nous semble insuffisant. Il convient de mettre en place un contrôle plus poussée de la violation d'ordre public international.

Conclusion du Titre II

835. Dans ce titre il s'est agi d'examiner le contrôle du juge étatique sur la compétence du tribunal arbitral. En vertu du principe compétence-compétence, le tribunal arbitral est compétent pour se prononcer sur sa propre compétence. Le juge étatique est également compétent pour connaître la question de la compétence du tribunal arbitral. Néanmoins, en raison de l'effet négatif du principe compétence-compétence, admis en droit français, le juge français ne peut intervenir pour contrôler la validité et l'applicabilité de la convention d'arbitrage qu'au moment du contrôle de la sentence. Le contrôle du juge français arrive donc très tardivement. Lorsque la sentence est déjà rendue, l'annulation de la sentence pour l'incompétence du tribunal arbitral engendre une perte du temps et des moyens des parties. Elles doivent recommencer une procédure devant les juridictions étatiques pour le règlement de leur litige. Bien que la proposition puisse surprendre notamment dans le cadre du droit français, l'étude a montré qu'il convient de permettre au juge d'intervenir à tout moment pour se prononcer sur la question de la compétence.

En cas de nullité ou d'inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage, l'effet négatif du principe de compétence-compétence perd ses effets. La jurisprudence française apprécie la notion de nullité et de l'inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage de façon restrictive. Au regard des inconvénients montrés par l'étude, il est apparu qu'une approche moins stricte serait plus adaptée.

836. En outre, concernant l'étendue du contrôle du juge sur la convention d'arbitrage, en France, la validité de celle-ci est contrôlée au regard d'une règle matérielle destinée à favoriser l'arbitrage. En revanche, le droit anglais permet au juge de se prononcer à tout moment sur la compétence du tribunal arbitral. Le juge anglais applique une règle de conflit de lois pour déterminer la loi applicable à la convention d'arbitrage. En France, il faut conclure que le contrôle de la compétence du tribunal arbitral est très restrictif, tenant compte de l'effet négatif du principe compétence-compétence et des limitations quant à l'étendue du contrôle effectué par le juge sur la validité et l'applicabilité de la convention d'arbitre.

837. Dans ce titre, nous avons également étudié la question du contrôle du juge étatique sur le respect de l'ordre public international par la sentence. Les règles d'ordre public international sont déterminées librement par les États. Le juge étatique joue un rôle important dans la détermination des contours de la nation d'ordre public international. La question de l'intensité

du contrôle du juge sur le respect de l'ordre public international par la sentence a fait l'objet de beaucoup de débats notamment en France. La jurisprudence a adopté l'approche minimaliste envers le contrôle de ce grief en exigeant une violation manifeste, effective et concrète de l'ordre public pour annuler la sentence. Le contrôle du juge français dur la conformité de la sentence à l'ordre public international est très restrictif. Il serait préférable que la jurisprudence abandonne l'exigence du caractère manifeste et effectue un contrôle plus poussé sur le respect de l'ordre public par la sentence. Le juge administratif semble arriver à un juste équilibre entre un contrôle effectif de l'ordre public et le respect de l'efficacité de la sentence. À notre sens, l'admission du contrôle plein du juge sur la violation d'ordre public est une évolution positive.

Conclusion de la Deuxième Partie

838. La sentence arbitrale bénéficie d'une efficacité renforcée en droit français. Les voies procédurales de recours contre la sentence ainsi que les motifs de contrôle de celle-ci par le juge sont strictement limitées. La faveur accordée à l'efficacité de la sentence arbitrale peut être expliquée par la confiance des parties à l'arbitrage, mais également par les exigences de commerce international[1566].

Le régime des voies de recours ouvertes en France contre une sentence arbitrale témoigne de la faveur accordée à l'arbitrage. Néanmoins, certaines insuffisances existent et le régime actuel des voies de recours contre la sentence pourrait bénéficier d'une évolution intelligente. Aujourd'hui, les voies de recours ne devraient plus être considérées comme un obstacle à l'autonomie de l'arbitrage. Depuis des années, les États adoptent des règlementations favorables à l'efficacité de l'arbitrage. Compte tenu de la bienveillance de la plupart des États à l'égard de l'arbitrage, il faut considérer que la possibilité d'exercer un recours contre la sentence accorde avant tout, une garantie aux parties à l'arbitrage. Il s'agit d'une façon de renforcer la confiance en l'arbitrage comme mode de règlement des différends, car il existe, le cas échéant, une voie de recours contre la sentence devant le juge étatique.

Le recours en annulation est la voie principale de recours contre la sentence. Toutefois, les parties peuvent renoncer à la possibilité d'exercer un recours en annulation à tout moment. Dans certaines situations, cette possibilité pourrait priver les parties de leur droit au juge, notamment lorsqu'aucune autre voie de recours n'est disponible. À notre sens, il faut s'assurer qu'au moins une voie de recours reste ouverte pour assurer la protection juridictionnelle des parties.

En cas d'existence d'une fraude, il est possible de former un recours en révision devant le tribunal arbitral. Néanmoins, cette solution pourrait créer des blocages dans le cas où le tribunal arbitral initial ne peut être à nouveau réuni. On peut alors envisager la constitution d'un nouveau tribunal arbitral ou le recours devant le juge étatique. Compte tenu des difficultés que la première solution pourrait engendrer, il est apparu qu'il serait plus approprié d'admettre le recours devant le juge.

1566 J.B. Racine, « Les normes porteuses d'ordre public dans arbitrage commercial international », in *L'arbitre et le juge étatique*, *op.cit.*

En outre, la voie de tierce opposition est fermée en matière d'arbitrage international. Les tiers ne disposent donc, d'aucune voie de recours directe contre la sentence arbitrale. L'étude a montré que dans le souci de la protection des droits fondamentaux des tiers à l'arbitrage, notamment du droit d'accès au juge, il est nécessaire d'ouvrir la tierce opposition même dans le cadre de l'arbitrage international.

839. Concernant l'étendue du contrôle, les conventions internationales mises en place dans ce domaine, notamment la Convention de NY marquent la volonté des États d'atteindre une harmonisation de l'étendue du contrôle des sentences arbitrales. Néanmoins, le régime international de la reconnaissance et de l'exécution des sentences arbitrales est complexe et il n'est pas rare que les parties se trouvent face aux décisions contradictoires concernant la même sentence.

D'abord, les motifs de contrôle de la sentence arbitrale peuvent différer d'un pays à l'autre. Par exemple, contrairement à la majorité des droits nationaux, le droit français prévoit que l'annulation de la sentence dans son pays d'origine n'est pas un motif de l'annulation. Ensuite, même lorsqu'un motif d'annulation est admis par tous les États, la divergence des modalités du contrôle du juge peut engendrer des solutions contradictoires.

En droit français, le contrôle de la compétence du tribunal arbitral est limité notamment en comparaison avec le droit anglais. Le juge français ne peut se prononcer sur la question de compétence qu'après le prononcé de la sentence, alors que le juge anglais peut intervenir à tout moment de la procédure. Également, le juge français apprécie la validité de la convention d'arbitrage en fonction d'une règle matérielle contrairement au droit anglais qui applique un raisonnement en termes de conflit de loi pour déterminer la loi applicable à la convention d'arbitrage. Il n'est donc pas surprenant qu'une sentence puisse recevoir exécution en France alors qu'elle a été annulée en Angleterre sur le fondement de l'incompétence du tribunal arbitral.

Le contrôle des autres motifs d'annulation présente également des divergences dans le cadre du droit comparé. En général, le juge étatique effectue un contrôle effectif sur l'indépendance et l'impartialité du tribunal arbitral. Cependant, en France, le contrôle de l'indépendance et de l'impartialité de l'arbitre s'est transformé en le contrôle du respect de l'obligation de révélation de l'arbitre. Nonobstant quelques évolutions signalées, on peut dire que le juge se contente de vérifier si les tous les éléments pouvant créer un doute raisonnable dans l'esprit des parties ont été révélés par l'arbitre, au lieu d'examiner les effets éventuels de l'indépendance et de

l'impartialité de l'arbitre sur la sentence. L'étude a montré qu'il serait logique pour la jurisprudence française d'exercer un contrôle effectif sur l'indépendance et l'impartialité du tribunal arbitral, comme c'est le cas en droit comparé.

Concernant le contrôle du respect de l'ordre public par le tribunal arbitral, l'exécution d'une sentence peut être refusée dans un pays et admise dans un autre. Chaque pays définit ses propres règles d'ordre public international. Le contenue de l'ordre public international français est défini de façon limitative par la jurisprudence. Cette solution est en accord avec l'approche favorable du droit français à l'égard de l'arbitrage. De même, l'intensité du contrôle du juge étatique peut être différente selon le pays du contrôle. La jurisprudence française effectue un contrôle minimal et restreint sur la conformité de la sentence à l'ordre public international. Uniquement une violation manifeste, effective et concrète de l'ordre public international peut engendre l'annulation de la sentence. Cette solution est critiquée par la doctrine. Nous sommes également d'avis qu'il serait préférable que le juge français exerce un contrôle plus poussé du respect de l'ordre public international par la sentence. Ces règles constituent le noyau dur de l'ordre juridique française et leur protection est une fonction essentielle du juge étatique.

Conclusion générale

840. Traditionnellement, on cherche à établir un équilibre entre l'autonomie de l'arbitrage et la nécessité de l'intervention du juge étatique dans la procédure arbitrale. En d'autres termes, il faut prendre en compte d'une part, la commune volonté des parties de soumettre leur litige à l'arbitrage et d'autre part, le respect des droits fondamentaux non seulement pour les parties mais également pour les tiers. Or, le respect des garanties fondamentales de bonne justice est assuré par le juge étatique.

841. De nombreux États ont adopté des règlementations modernes, marquées par un libéralisme et un esprit de faveur à l'égard de l'arbitrage. La multiplication s'explique par l'importance de l'arbitrage dans le commerce international, mais également par la volonté des États d'améliorer ou de maintenir leur position en tant que place d'arbitrage au plan mondial. Cette bienveillance à l'égard de l'arbitrage est bienvenue. Les États se soucient d'assurer le respect de la convention d'arbitrage, le bon déroulement de la procédure arbitrale et l'exécution de la sentence. Ces efforts étatiques à l'échelle interne et internationale renforcent l'efficacité de l'arbitrage en tant que mode de règlement des litiges.

Lors de la mise en place des règles favorables à l'arbitrage, les législateurs favorisent, en général, la limitation du rôle du juge étatique. Historiquement, l'intervention plus poussée du juge étatique dans l'arbitrage était signe de l'hostilité de l'État envers l'arbitrage et de sa volonté de garder un œil sur les litiges qui échappent à la compétence des juridictions étatiques. Pour se montrer favorable à l'arbitrage, les États devaient respecter l'indépendance l'arbitrage en limitant le rôle du juge étatique. Néanmoins, aujourd'hui, ce raisonnement est dépassé. Compte tenu de la bienveillance des États à l'égard de l'arbitrage, l'intervention des juridictions étatiques peut être considéré comme un outil de l'efficacité de l'arbitrage.

842. L'efficacité de l'arbitrage doit être appréciée à deux niveaux. Le premier concerne l'efficacité des procédures arbitrales, appréciée individuellement en fonction de chaque procédure. Le deuxième concerne l'efficacité de l'arbitrage en tant qu'institution de règlement des différends.

L'efficacité d'une procédure arbitrale dépend du bon déroulement de l'instance arbitrale et de la reconnaissance et l'exécution de la sentence. Le rôle de soutien du juge étatique peut donc

contribuer à l'efficacité de la procédure arbitrale. Néanmoins, le contrôle des sentences arbitrales par le juge peut mettre obstacle à la reconnaissance ou l'exécution d'une sentence, mettant ainsi en péril l'efficacité de l'arbitrage en question.

Toutefois, le contrôle exercé par le juge étatique sur l'arbitrage peut contribuer à l'efficacité de celui-ci en tant qu'institution. L'arbitrage en tant que système juridique de règlement des différends, doit s'assurer du respect des règles fondamentales de bonne justice. Le contrôle du juge étatique garantit la crédibilité de l'arbitrage en tant que mode alternatif de règlement des différends, digne de la confiance des parties et des États. Les parties se réfèrent au juge ou à l'arbitre pour se prévaloir de leurs droits. La protection des droits fondamentaux est une condition essentielle du règlement des différends et l'arbitrage ne peut être considéré efficace sans le respect de ces règles. Les États quant à eux adoptent une attitude favorable à l'arbitrage avec la certitude qu'ils peuvent exercer un contrôle sur le respect par les sentences des règles d'ordre public international et des droits fondamentaux des justiciables. C'est donc avec la considération de ce double niveau d'efficacité qu'il faut traiter la question de l'intervention du juge étatique dans l'arbitrage.

843. L'intervention du juge étatique dans la procédure arbitrale est une garantie pour, le commencement et le bon déroulement de l'instance arbitrale. Certaines difficultés peuvent se présenter concernant la constitution et la composition du tribunal arbitral. Le soutien du juge étatique permet de résoudre ces difficultés. Les juridictions étatiques apportent leur assistance pour la constitution du tribunal arbitral et la récusation des arbitres. Dans le cadre de l'arbitrage institutionnel, ces difficultés sont résolues par l'institution d'arbitrage. Néanmoins, l'examen du droit positif a montré qu'une intervention plus poussée du juge étatique est nécessaire même en présence d'une institution d'arbitrage.

844. Pour la protection juridictionnelle des justiciables, le recours au juge étatique est admis pour obtenir des mesures provisoires et conservatoires. Certaines législations comme la législation française, mettent en place la compétence complémentaire du juge et de l'arbitre. L'intervention du juge étatique est alors admise uniquement lorsque le tribunal arbitral est dans l'impossibilité d'agir. D'autres législations prévoient la compétence parallèle du juge et de l'arbitre permettant aux parties de choisir l'autorité à laquelle elles souhaitent s'adresser pour leurs demandes de mesures provisoires et conservatoires.

Avant la constitution du tribunal arbitral, la protection juridictionnelle provisoire des parties est assurée par le juge étatique. Dans le cadre de l'arbitrage institutionnel, l'arbitre d'urgence peut

également être compétent pour rendre les mesures provisoires et conservatoires. Néanmoins, l'arbitrage d'urgence ne peut constituer véritablement remplacer l'intervention du juge étatique, certaines mesures ne pouvant être prises que par le juge étatique. En outre, les mesures prises par l'arbitre d'urgence ont une efficacité limitée.

Pendant la procédure arbitrale, également, l'intervention du juge étatique peut être nécessaire pour ordonner les mesures provisoires et conservatoires. Dans les pays qui admettent la compétence parallèle du juge et de l'arbitre, le juge est compétent pour ordonner toute mesure provisoire et conservatoire nécessaire même après la constitution du tribunal arbitral. Dans les pays qui prévoient la compétence complémentaire du juge et de l'arbitre, comme la France, le juge ne peut intervenir pour ordonner des mesures provisoires et conservatoires que dans les rares cas où le tribunal arbitral ne peut pas agir. En raison des difficultés de l'exécution des mesures provisoires arbitrales et afin d'assurer la protection juridictionnelle provisoire des justiciables, le rôle du juge étatique doit être renforcé en France. On peut même permettre aux parties de choisir l'autorité devant laquelle elles souhaitent présenter leur demande de mesure provisoire et conservatoire.

845. Le juge étatique intervient également au stade de la reconnaissance et de l'exécution des sentences arbitrales. L'objectif de son intervention est d'exercer un contrôle sur l'arbitrage. La possibilité de former un recours contre la sentence accorde avant tout, une garantie aux parties à l'arbitrage. Les voies de recours garantissent la bonne justice. Il faut permettre aux parties de bénéficier du contrôle effectif du juge étatique sur la sentence arbitrale. Le régime du contrôle des sentences internationales est très limitatif en France. Les parties peuvent renoncer au recours en annulation contre la sentence à tout moment. À notre sens, il faut limiter cette possibilité et s'assurer qu'au moins une voie de recours reste ouverte contre la sentence. L'étude a également montré qu'il était également nécessaire d'ouvrir la tierce opposition contre la sentence arbitrale pour permettre aux tiers à l'arbitrage de se prévaloir de leurs droits.

846. Le contrôle des sentences arbitrales est très limité en France. D'une part, le contrôle du juge de l'exequatur est superficiel et se limite aux apparences de la sentence, d'autre part, les fondements et l'étendue du contrôle du juge de l'annulation sont strictement limités. Les motifs du contrôle sont limitativement prévus par le code de procédure civile. Également, l'approche de la jurisprudence concernant l'intensité du contrôle des sentences est minimaliste. À notre sens, un contrôle plus poussé du juge français sur les sentences arbitrales est nécessaire

notamment concernant certains griefs comme la compétence du tribunal arbitral et la conformité de l'ordre public international.

En droit français, dans un esprit favorable à l'arbitrage, le juge apprécie la validité de convention d'arbitrage en fonction d'une règle matérielle. Également, le contrôle de la compétence du tribunal arbitral s'effectue à un stade tardif : après le prononcé de la sentence. Même si la proposition peut surprendre, il nous semble, après étude qu'il convient de permettre au juge de se prononcer sur la question de compétence à tout moment de la procédure.

Le juge français effectue un contrôle minimal et restreint sur la conformité de la sentence à l'ordre public international. Celles-ci sont définies par la jurisprudence et constituent les règles les plus importantes de l'ordre juridique français méritant une protection à l'échelle internationale. C'est la raison pour laquelle, un contrôle plus approfondi du juge français sur la violation de l'ordre public par la sentence est nécessaire. Le contrôle du juge doit porter sur la violation effective et concrète de l'ordre public par la sentence en examinant tous les éléments de fait et de droit.

847. L'intervention du juge étatique influence indirectement l'efficacité de l'arbitrage en tant qu'institution. Le recours à l'arbitrage est souhaitable lorsque l'assistance du juge assure le bon déroulement de la procédure arbitrale et son contrôle veille au respect des droits fondamentaux. En l'absence de l'intervention du juge étatique, l'arbitrage ne serait pas ce mécanisme efficace que l'on connaît aujourd'hui. Que le juge étatique intervienne en tant qu'assistant de la procédure ou en tant que garant des droits fondamentaux et de l'ordre public, son intervention est nécessaire à l'efficacité de l'arbitrage.

848. Il est difficile d'imaginer l'avenir de l'arbitrage sans le soutien ou même le contrôle du juge étatique. Néanmoins, la nature des relations entre la justice étatique et la justice arbitrale est susceptible de modification. Aujourd'hui, la bienveillance établie à l'égard de l'arbitrage nous permet de modifier notre approche envers la question de l'intervention du juge étatique dans l'arbitrage. L'arbitrage international en tant que mode indépendant de règlement des litiges peut s'appuyer sur la structure des ordres juridiques étatiques. Cela ne signifie pas qu'il fait partie intégrante de l'ordre juridique d'un État. Simplement, il utilise les moyens mis en place par les droits nationaux. L'arbitrage ne devrait pas nécessairement s'éloigner du juge étatique pour être indépendant. La justice étatique et la justice arbitrale peuvent entretenir des relations sur un pied d'égalité. La justice arbitrale respecte les règles fondamentales imposées par la

justice étatique et la justice étatique respecte l'autonomie de l'arbitrage et apporte son soutien au bon déroulement de la procédure arbitrale.

Bibliographie

Ouvrages

ANDREWS N., *Andrews on Civil Processes*, vol. 2. Arbitration and Mediation, Intersentia, Cambridge, Antwerp, Portland, 2013, p.18-14.

ANDREWS N., *Arbitration and contract law, common law perspective,* Springer International Publishing, 2016, p.149 et s.

ARAFZADEH A., *Ordre public et arbitrage international à l'épreuve de la mondialisation*, Bruylant, LGDJ, 2005, p. 233.

AUDIT M., BOLLÉE S., CALLÉ P., *Droit du commerce international et des investissements étrangers,* coll. Domat Droit privé, LGDJ-Lextenso, 2e éd., 2016, 842 p.

BAHMAEI M.A., *L'intervention du juge des mesures provisoires et conservatoires en présence d'une convention d'arbitrage*, LGDJ, 2002, p. 56.

BARTIN É.-A., *Principes de droit international selon la loi et la jurisprudence françaises*, Paris, Domat- Montchrestien, 1930, p. 406.

BATTIFOL H., *Aspects philosophiques du droit international privé*, Dalloz, réédition de 2002 présentée par Y. Lequette, p.159.

BATTIFOL H., LAGARDE P., *Droit international privé*, LGDJ, 7e éd. 1983, n° 710.

BERNHEIM-VAN DE CASTEELE L., *Les principes fondamentaux de l'arbitrage*, préf. T. CLAY, Bruylant, 2012, p. 585 et s.

BESSON S., *Arbitrage international et mesures provisoires : étude de droit comparé, Étude suisse de droit international*, publiée par la Société suisse de droit international, vol. 105, Zurich, éd. Schülthess Polygraphyscher, 1998, p. 111-112.

BESSON S., *Arbitrage international et mesures provisoires,* (Schulthess 1998) p.148.

BLACKABY N., PARTASIDES C., with A. Redfern, M. Hunter, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 5th ed., Student Version, Oxford University Press, 2009, p. 344.

BLESSING M., *Introduction to Arbitration – Swiss and International Perspectives*, Bâle 1999, p. 279.

BOISSÉSON De M., *Le droit français de l'arbitrage interne et international*, Joly, 1990, P.83-163, p.333.

BOLLÉE S. ; BOULARBAH H. DARWAZEH N. *et al*, Le principe du contradictoire en arbitrage, Bruylant, 2016, 168 p.

BOLLÉE S., CADIET L., JEULAND E., Les nouvelles formes de coordination des justices étatiques, LGDJ, 2013, 230 p.

BOLLÉE S., *Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des sentences arbitrales*, Economica, 2004, 428 p.

BOND S.-R., *La nature des mesures provisoires et conservatoires* » in *Mesures provisoires et conservatoires en matière d'arbitrage international*, Publication CCI n°519 p.8.

BORN G., *International Commercial Arbitration*, 2nd ed., Kluwer Law International, 2014, 1522 p.

BORN G., *Provisional Relief in international arbitration*, International Commercial Arbitration (2nd ed.) Kluwer Law International, 2014, p.2480-2481.

BOUCARON-NARDETTO M., *Le principe de compétence-compétence en droit de l'arbitrage*, Préf. J.-B. Racine, PUAM, 2013, n° 700.

BRENNER Cl., *L'acte conservatoire*, préf. P. Catala, LGDJ (bibl. dt. priv.), 1999, n° 233, p.121.

BUCHER A. et alii., Commentaire romand LDIP, convention de Lugano, Helbing Lichtenchtein, 2011, p. 1619.

BUCHER A., L*a dimension sociale du droit international privé*, *Cours général*, Les livres de poche de l'académie de droit international de La Haye, Adi-poche 2011, 552 p.

BUCHER A., *Le nouvel arbitrage international en Suisse*, Bâle, 1988, p.78-79.

CABRILLAC V. R., *L'acte juridique conjonctif en droit privé français,* LGDJ, 1998.

CARABIBIER Ch., *L'évolution de l'arbitrage commercial international*, Recueil des cours de la Haye, Tome 99, 1960, p. 141-153.

CARBONNEAU T, *Arbitration*, 2e éd. New York, Juris, 2000.

CARBONNEAU T., *Cases and Materials on the Law and Practice of Arbitration*, 2e éd., New York, Juris, 2000, p. 624.

CHAINAIS C., FENOUILLET D., *Les sanctions en droit contemporain*. Vol. 1, *La sanction, entre technique et politique*, Dalloz, Coll. L'esprit du droit, 2012.

CHAINAIS C., FERRAND F., GUINCHARD S., *Procédure civile- Droit interne et européen du procès civil*, 33e ed., Dalloz, 2016, n° 1236.

CHAINAIS C., GUINCHARD S., *et al*., *Droit processuel*, Dalloz, 2017, n° 230 et s.

CHAINAIS C., *La Protection juridictionnelle provisoire dans le procès civil en droit français et italien*, Dalloz 2007, n°3.

CHAINAIS C., *Les sanctions en procédure civile : à la recherche d'un clavier bien tempéré*, p. 357-408.

CLAY Th., *Code de l'arbitrage commenté*, Préface de Cadiet. L., LexisNexis, 2015, p. 64.

CLAY Th., *L'arbitre,* Dalloz, 2001, n° 741 et s.

CORBOZ B. et al. (éd. 2), *Commentaire de la LTF,* Stämpfli, 2014, 1640 p.

CORDERO MOSS G., *International Commercial Arbitration. Party Autonomy and Mandatory Rules*, Oslo, 1999, p. 161- 162.

CORNU G., J. Foyer, *Procédure civile*, PUF « Thémis », 1958, p. 71.

COSNARD M., *La soumission des États aux tribunaux internes face à la théorie des immunités des États*, Pedone, 1996, 478 p.

CUNIBERTI G., *Les mesures conservatoires portant sur des biens situés à l'étranger*, LGDJ, 2000, p. 968-971.

D'AVOUT L., BOLLÉE S., *Pan. Droit du commerce international*, D., 2008.2560.

DAVID R., *L'arbitrage dans le commerce international*, Paris, Economica, 1982, p. 265.

El-AHDAB A.-H., *L'arbitrage dans les pays arabes*, Paris, Economica,1988.

ESTOUP P., *La pratique des procédures rapides, référé, ordonnances sur requête, procédures d'injonction*, Litec 1998, p.10

FADALLAH I., *L'ordre public dans les sentences arbitrales,* Cours de l'Académie de la Haye, 1994, t. 249.

FAVOREU L., Du déni de justice en droit public français, Paris, LGDJ, bibl. dr. Pub., 1964, p. 559.

FONTMICHEL De M., JOURDAN- MARQUES J., (dir.), *L'exécution des sentences arbitrales internationales*, LGDJ, 2017, p. 119 et s.

FONTMICHEL De M., *Le faible et l'arbitrage*, préf. Clay Th., Economica, 2013, n^{os} 291 - 315.

FOUCHARD Ph., GAILLARD E. et GOLDMAN B., *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris, Litec 1996, p. 502.

FOUCHARD Ph., GAILLARD E., GOLDMAN B., *International Commercial Arbitration*, Kluwer Law 1999, p. 708.

FOUCHARD Ph., GAILLARD E., GOLDMAN B., *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris, LITEC, 1996, p. 413.

FOYER J., « *La justice : histoire d'un pouvoir refusé* », Pouvoirs, 1981, p. 17.

FRANCESCAKIS P., *Y a-t-il du nouveau en matière d'ordre public?*, Rép. Dalloz, Dr. Int., 1970, p. 149-178.

FRY J., GREENBERG S., MAZZA F., The Secretariat's Guide to ICC Arbitration, ICC Publishing, 2012, p. 349.

GAILLARD E., « *aspect philosophique du droit de l'arbitrage internationale* », Recueil des cours de droit international de la Haye, 2007 tome 329.

GAILLARD E., L'effet négatif de la compétence-compétence. Études de procédure et d'arbitrage en l'honneur de Jean-François Poudret, Lausanne, 1999, p. 387.

GAUDEMET J., *Institutions de l'Antiquité*, 2e éd., Sirey, 1982, n° 283.

GIRAUD P., *Le devoir de l'arbitre de se conformer à sa mission*, Larcier/ Bruylant, 2017, n° 442 et s.

GLASSON E.-D, TISSIER A., MOREL R., *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire de compétence et de procédure civile*, t. 5, 3e éd., 1936, n° 1816.

GOLDLMAN B., *Les conflits de lois en matière d'arbitrage international*, Recueil des cours, tome 109, 1963, p. 367.

GRANDO M., *The Coming of Age of Interim Relief in International Arbitration : A Report from the 28th Annual ITA Worksho*p, Kluwer Blog, 2016.

GRAY Ch., *Interlocutory Injonctions since Cyanamid*Cambridge Law Journal, 1981, p. 307.

GRIERSON J., VAN HOOFT A., *Arbitrating under the 2012 ICC Rules*, Kluwer Law International, 2012, p. 63.

GRIGERA NAÓN H.A., *Recueil des cours*, Vol. 289, 2001, p. 375.

GUINCHARD E. (dir), *Le nouveau règlement Bruxelles I bis*, Bruylant, 2014.

HENRY M., *Le devoir d'indépendance de l'arbitre*, avant-propos J.-D. Bredin, préf. P. Mayer, LGDJ, coll. Bibli. de droit privé, 2001, n° 431.

HERON J., Le BARS Th., *Droit judiciaire privé*, 5e éd., Montchrestien, 2012, n° 401.

INSMEAU J., *L'arbitrage volontaire en droit privé belge*, Bruxelles, Brylant, 1991, p. 74, n° 103.

JARROSSON Ch., « Éthique, déontologie et normes juridiques dans l'arbitrage », in *l'éthique dans l'arbitrage*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 12.

JARROSSON Ch., *La notion d'arbitrage*, Paris, L.G.D.J., 1987, 408 p.

JOURDAN-MARQUES J., *Le contrôle étatique des sentences arbitrales internationales*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 2017, préf. T. Clay.

JOURDAN-MARQUES J., *Le contrôle étatique des sentences arbitrales internationales*, LGDJ, 2017., nos 230 s.

KARSTEN K., BERKELEY A., *Arbitration : Money Laundering, Corruption and Fraud,* (ed.) ICC Publication, 2003.

KAUFFMAN-KOHLER G., RIGOZZI A., *Arbitrage International*, Bern 2010, p. 369.

KAUFMAN-KOHLER G., RIGOZZI A., *Arbitrage international droit et pratique à la lumière de la DIP*, éd. Weblaw, Berne 2006, Schulthess, Zurich/Bâle/Genève 2006, n° 696, p. 301.

KOLB R., *Interprétation et création du droit international*, Bruylant, 2006, n° 182.

LAHER, R., JARROSSON ch. DECOCQ G., *Imperium et Juridisdictio en droit judiciaire privé*, Mare et Martin, 2017.

Le principe de contradictoire en arbitrage, collectif, Bruylant 2016.

LOQUIN E., MANCIAUX S. (Dir.), *L'ordre public et l'arbitrage*, LexisNexis, 2014.

LOUSSOUARN Y., BOURE P., *Droit international privé,* 7e éd., Dalloz 2001, n° 249.

MARCHISIO G., *The notion of Award in International Commercial Arbitration : A Comparative Analysis of French Law, English Law, and the UNCITRAL Model Law*, 2017 p.145.

MATRAY D., VIDTS F.*, Introduction générale dans L'arbitrage international et l'urgence,* Bruylant, 2014, p.1-21.

MAYER P., HEUZÉ V., *Droit international privé*, Domat droit privé, Montchrétien, 9ème ed., 2007, p. 199 et s.

MEIJER G., HOEBEKE B- R., *The new Dutch Arbitration Act and the new NAI Arbitration Rules*, Lexology, 2015.

MERKIN R., FLANNERY L., *Arbitration Act 1996*, Routledge 2014, p. 177.

MIRBEAU-GAUVIN J-R., *Réflexions sur les mesures conservatoires*, Dalloz. 1989, p. 39, n°3.

MORET-BAILLY J., « *Définir les conflits d'intérêts* », Dalloz, 2011, p.10.

MOSS C., *International Commercial Arbitration ; Party Autonomy and Mandatory Rules*, Oslo, Norway: Tano-Aschehoug, 1999, p. 301-314.

MUSTILL M.-J, BOYD S.-C, *Commercial Arbitration*, Companion Volume to the 2nd Edition, Butterworths London 2001, p. 210.

NIBOYET J-P., *Traité de droit international privé français*, T. VI, Librairie du recueil Sirey, 1950, n° 1981 et s.

NIJHOFF M., *Legal Theory of International Arbitration*, Leiden, and Boston, 2010.

O'CALLAGHAN K., FINNIS J., *Support and supervision by the Courts in Julian D.M. et al., Arbitration in England*, (Kluwer Law 2013), p. 430.

OPPETIT B., « *Théorie de l'arbitrage* », PUF, 1998, p. 31

OPPETIT B., *Le droit international privé, droit savant* , Rec. cours la Haye, 1991, III, T. 234, p. 339 et s.

PELISSIER J., LYON-CAEN A., JEAMMAUD A., DOCKES E., *Les grands arrêts de droit du travail*, Dalloz, 3e éd. 2004., n° 26.

PERELMAN Ch., *Logique juridique : Nouvelle rhétorique*, Dalloz, 2e éd., 1979, spéc. n° 31 et s.

PERROT R., *Institutions judiciaires*, LGDJ, Précis Domat, 16e éd. n° 615.

PHILIP V. A., *Recueil des cours*, Vol. 160 (1978), p. 60-61.

PILLET A., *Principes de droit international privé*, Pedone, Paris 1903.

PINGUEL-LENUZZA I., *Les immunités des États en droit international*, Bruylant, 1998.

POUDRET J.-F. et BESSON S., Droit comparé de l'arbitrage international, Bruylant, Schultess, LGDJ, 2002, p.361.

RACINE J.-B., *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », 1999, avant-propos L. Boy, préf. P. Fouchard, n° 869.

REDFERN A., HUNTER M., *Redfern and Hunter on International Arbitration,* 6th edn, Oxford University Press, 2015, p. 11-62.

REISMAN W.-M., *Systems of Control in International Adjudication and Arbitration*, Durham, Duke University Press, 1992.

ROLAND H., BOYER L., *Adages du droit français*, 4e éd., Paris, LITEC, 1999. p. 5.

RUBELLIN-DEVICHI J., *L'arbitrage, nature juridique, droit interne, droit international privé*, préface J. Vincent, LGDJ, 1965, p. 215-238.

RUBINO-SAMMARTANO M., *L'arbitrato internazionale*, Padone, 1989, p. 317-318.

RUBINO-SAMMARTANO M., P. Mayer, *Arbitrage international : Droit et pratique* , Tome 1, Bruylant, 2019, n° 2.4.

SCHWARTZ E-A., DERAINS Y., *Guide to the ICC Rules of Arbitration*, Second Edition (2005), p. 375 et s.

SERAGLINI Ch., ORTSCHEIDT J., *Droit de l'arbitrage interne et international,* Montchrestien, 2019, n° 871.

SERIKI H., *Injunctive Relief and International Arbitration*, Informa Law 2015, p.91.

SHANY Y., *The Competing Jurisdictions of International Courts and Tribunals*, OUP Oxford, 9 décembre 2004.

ShAUGHNESSY P., *Pre-arbitral Urgent Relief : The New SCC Emergency Arbitrator Rules*, 27 :4, J International Arb., 2010, p. 337-360.

SOLUS H., PERROT R., *Droit judiciaire privé ,* t. III, Sirey, 1991.

St. JONH SUTTON D., KENDALL J., GILL J., *Russell on Arbitration,* 21st ed., Sweet and Maxwell, Russell, p. 389.

STORME M., De LY F. (dir. publ.), *The Place of Arbitration. Third International Symposium on the Law of International Commercial Arbitration*, Ghent, 30-31 May 1991, Gand, 1992, p. 5.

STRUYKEN V. M., *Recueil des cours*, Vol. 311, 2004), p. 53-85

THÉRY Ph., PERROT R., *Procédures civiles d'exécution,* 3e éd., Dalloz, 2014.

TRAIN F.-X., JARROSSON Ch., PELLERIN J., Dalloz Action, *Procédure civile*, 2014-2015, n°213-542.

TURNER P., MOHSTASHAMI R., *A Guide to the LCIA Arbitration Rules*, Oxford University Press, 2009, p. 73.

VAN COMPERONELLE J., TARZIA G. (dir.) *Impartialité du juge et de l'arbitre*, Ouvrage de Droit comparé, Bruxelles, Bruylant, 2006, 336 p.

VAN HOUTTE H., *Ten reasons against a proposal for ex parte interim measures of protection in arbitration*, Arbitration International, vol. 20, n°1, 2004, p. 89 et s.

VERBIST H. et al., *ICC arbitration in practice*, 2nd edition, Kluwer Law International, 2015, p. 277

WEBER M., *Sociologie du droit* (trad. J. Grosclaude), PUF, 1986, p. 49.

WEBSTER T., BÜHLER M., Handbook of ICC Arbitration, p. 541, n°16-35.

WETTER G. in *Yearbook of the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce*, 1984, p. 29.

WETTER J., *The International Arbitral Process ; Public and Private*, Oceana Publications, 1979.

YESILIRMAK A., *Provisional Measures in International Commercial Arbitration*, The Hague, Kluwer Law, 2005, 2005, p. 65.

Dictionnaires

Dictionnaire de droit international public, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 483-484.

Dictionnaire de l'arbitrage, Rennes, PUR, Didact Droit, 2011

Dictionnaire de la justice, L. CADIET (dir.), P.U.F., 2004, p. 324-326.

Dictionnaire de la terminologie du droit international, Paris, Sirey, 1960, pp. 278-279.

Dictionnaire de la terminologie du Droit international, Sirey, 1960, p. 559.

Lexiques des termes juridiques, Dalloz, 24e éd , 2016-2017, p 698.

CORNU G., *Vocabulaire Juridique, Presses Universitaires de France*, 2e éd. 1991, p. 630.

SALMON J., Dictionnaire de Droit international public, Bruylant, 2001, p. 1028.

Thèses

ASFAR C., *L'intervention du juge étatique dans l'arbitrage interne et international*, thèse, Paris, 1999, p. 130.

BACHAND F., *L'intervention du juge canadien avant et durant un arbitrage commercial international*, thèse, Montréal, 2006.

CHANTEBOUT V., *Le principe de non-révision au fond des sentences arbitrales*, Thèse, sous la direction de Charles Jarrosson, Paris II, 2007.

CLAVEL J., *Le déni de justice économique dans l'arbitrage international. L'effet négatif du principe de compétence-compétence*, thèse, sous la direction de G. Khairallah, Paris II, nos 331 et s.

DEBOURG C., *Les contrariétés de décisions dans l'arbitrage international*, thèse, sous la direction de F.-X Train, université Paris X, 2011, p.19.

FOURGOUS J., *L'arbitrage dans le droit français aux XIIIe et XIVe siècles*, thèse, Toulouse, Privat, 1906.

JANDARD L., *La relation entre l'arbitre et les parties-Critique du contrat d'arbitre*, thèse Paris X, 2018.

MENTHON De F., *Le rôle de l'arbitrage dans l'évolution judiciaire*, thèse, Paris, 1926.

MOURALIS D., *L'arbitrage face aux procédures conduites en parallèle*, thèse, sous la direction de Jacques Mestre, université Aix-Marseille III, 2008, p. 183.

NORD N*., Ordre public et lois de police en droit international privé*, thèse, sous la direction de J-M. Bischoff, université Strasbourg III, 2003, p.14.

SALHI K., *Contribution à une théorie générale des voies de recours en droit judiciaire privé*, thèse, sous la direction de Th. Le Bars, Caen, 2004, n° 541 et s.

Contributions à des ouvrages collectifs

ANCEL J–P, « commentaires et conclusions », in *Mesures conservatoires et provisoires en matière d'arbitrage international*, Paris, Chambre de commerce internationale, 1993, p. 116-118.

ANCEL J.-P., « La Cour de cassation et les principes fondateurs de l'arbitrage international », in *Le juge entre deux millénaires*, mélanges P. Drai, dalloz, 2000, p. 162.

BOLLÉE S., « Les questions liées à l'appréciation et aux effets de la convention d'arbitrage » in P. Mayer (dir.), *Arbitrage et droit de l'Union européenne*, LexisNexis, 2012, p.21.

BOND S.-R, « la nature des mesures conservatoires et provisoires », in *Mesures conservatoires et provisoires en matière d'arbitrage international*, Paris, Chambre de commerce internationale, 1993, p. 16.

BOND S.-R., *«* La nature des mesures provisoires et conservatoires » in *Mesures provisoires et conservatoires en matière d'arbitrage international*, Publication CCI n°519, p. 12.

CACHARD O., « Arbitrage et soupçons de blanchiment de revenus issus d'activités illicites », in Mélanges J.-M. Jacquet, LexisNexis, 2013, p. 55-73.

CHAINAIS C., « Exigences du procès équitable et arbitrage : existence et essence du droit à un procès arbitral équitable », in L. Milano (dir.), *Convention européenne des droits de l'homme et droit de l'entreprise*, Nemesis/Anthemis, 2016, p. 267 et s.

CHAINAIS C., « Les mesures provisoires dans le nouveau droit français de l'arbitrage », in *L'arbitre et le juge étatique*, mélanges offerts à Guiseppe Tarzia, Bruylant, 2014, p. 282-328.

CHAINAIS C., JARROSSON Ch., « L'urgence avant la constitution du tribunal arbitral » in G. Keutgen, *L'arbitrage international et l'urgence,* Bruylant 2014, p.61.

CHARLES P., « Conflict with State Courts » in J. Billiet, *Interim Measures in International Commercial Arbitration*, Maklu, 2007 p. 39..

CLAY Th., « Le fabuleux régime du recours en révision contre les sentences arbitrales », in *Justices et droit du procès – Du légalisme procédural à l'humanisme processuel*, Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard, Dalloz, 2010, n° 48, p. 652.

DAVIDSON R. B., « Recent U.S. Cases Affecting the Power of an International Arbitral Tribunal to Determine its own Jurisdiction », in L. Heuman, S. Jarvin, *The Swedish Arbitration Act of 1999, Five Years On: A Critical Review of Strengths and Weakness, Symposium Proceedings*, University of Stockholm, October 2004, 2006, p. 61.

DERAINS Y., *« France As a Place for International Arbitration* », in *The Art of Arbitration, Liber Amicorum Pierter Sanders*, Deventer, 1982, p. 112-114.

DERAINS Y., « La révision des sentences dans l'arbitrage international », in C-H. Verlag, *Liber amicorum, international*, 2001, p. 165.

DERAINS Y., KIFFER L., « National Report for France (2013) », in J. Paulson, L. Bosman, *ICCA International Handbook on Commercial Arbitration*, Kluwer, 2013, p. 43.

EHLE D., « Concurrent Jurisdiction: Arbitral Tribunals and Courts Granting Interim Relief », in *International Arbitration Mediation – From the Professional's Perspective*, Yorkhill Law Publishing 2007, p. 165.

EHLE D., « Emergency Arbitration in Practice », in Ch. Müller, A. RIGOZZI (éds.), *New Developments in International Commercial Arbitration*, Université de Neuchâtel, 2013, p. 101.

EWERLÖF P., « Application of the New York Convention by Swedish Courts », in U. Franke, A. Magnusson, et al (éds.), *International Arbitration in Sweden: A Practitioner's Guide*, Kluwer, 2013, p. 295.

FOUCHARD Ph., « L'arbitrage judiciaire », in *Études offertes à Pierre Bellet*, Paris, 1991, p. 169.

GEISINGER E., A. MAZURANIC, « Challenge and Revision of the Award », in E. Geisinger, N. Voser (dir.), *International Arbitration in Switzerland, Geisinger/Voser*, 2e éd. 2013, p. 223.

GOLDMAN B., « Instance judiciaire et instance arbitrale internationale », *Études offertes à Pierre Bellet*, Paris, 1991, p. 220-221.

GRAHAM L. E., « Interim Measures : ongoing Regulation and Practices (A view from the UNCITRAL Arbitration Regime) » in Albert Jan Van Den Berg, *50 Years of the New York Convention : ICCA International Arbitration Conference*, Kluwer Law 2009, p. 561.

HASCHER D., « La révision en arbitrage international », *in Liber Amicorum Claude Reymond*, Litec, 2004, p. 111.

HOLTZMANN M.-H, « A Task for the 21st Century : Creating a New International Court for Resolving Disputes on the Enforceability of Arbitral Awards », Graham & Trotman/Martinus Nijhoff in *TheInternationalisation of International Arbitration*, 1995, p. 109.

JACOT-GUILLERMOND O., « l'arbitrage privé face à la convention européenne des droits de l'homme », in *Protection des droits de l'homme : La dimension européenne*, Mélanges en l'honneur de G. WIARDA, C. HEYMANNS, 1989, p. 281.

JACQUET J.-M., « L'ordre public transnational *»,* in E. Loquin (dir.), S. Manciaux, *L'ordre public et l'arbitrage*, Trav. CREDIMI, vol. 42, LexisNexis, 2014, p. 101.

JARROSSON Ch., « L'intensité du contrôle de l'ordre public », *in* E. Loquin, S. Manciaux (Dir.), *L'ordre public et l'arbitrage*, LexisNexis, 2014, p. 172.

JARROSSON Ch., « Le juge et l'instance arbitrale : le juge, l'arbitre et la preuve en droit français », in *l'arbitre et le juge étatique*, mélanges offert à Guiseppe Tarzia, Bruylant, 2014, p. 391-396.

JARROSSON Ch., « *réflexion sur l'imperium* », in *mélanges offerts à Pierre Bellet*, avant-propos P. Drai, Paris, Litec, 1991, p. 245-279.

JARROSSON Ch., « Réflexions sur les sanctions applicables à la sentence arbitrale », in Mélanges P. Mayer, LGDJ, 2015, p. 341.

JARVIN S., LEVENTHAL A., « Objections to Jurisdiction », in LW Newman and RD Hill (eds), *The Leading Arbitrators' Guide to International Arbitration*, 3rd edn, New York, 2014, chapter 22.

JUDHE E., SCHWEBEL S.-M., « The Creation and Operation of an International Court of Arbitral Awards », in *The Internationalisation of International Arbitration,* The LCIA Centenary Conference, Arbitration International p. 115.

KESSEDJIAN C., « Le règlement des différends entre professionnels : entre justice publique et justice privée », in B. Teyssié (dir.), *Livre du bicentenaire du Code de commerce*, Dalloz, 2007*,* p. 602

KONRAD S., HUNTER R., « LCIA Rules » in Rolf A. Scütze, *Institutional Arbitration*, Beck and Hart Publishing, 2013, p.445 et s.

LAGARDE P., « Approche critique de la lex mercatoria », in *Le droit des relations économiques internationales – études offertes à Berthold Goldman*, Litec, 1982, p. 125, n°19.

LALIVE P., « L'ordre public transnational et l'arbitre international *»,* F. Pocar, *in liber amicorum,* Milan, Guiffré éd., 2009, p. 599.

LEMAIRE S., « L'opposabilité de la sentence arbitrale aux tiers. Approche critique du droit français », *in Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Mayer*, LGDJ, Lextenso éditions, 2015, p. 465.

Lemaire S., « L'opposabilité de la sentence arbitrale aux tiers. Approche critique du droit français », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Mayer*, LGDJ, Lextenso éditions, 2015, p. 465.

LEMAIRE S., « l'opposabilité de la sentence arbitrale aux tiers – Approche critique du droit français », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Mayer*, LGDJ, 2015, p. 465.

LEVA De G., *«* le juge et l'arbitre », in *Les mesures provisoires en droit belge, français et italien : étude de droit comparé*, J. Van Compéronelle, G. Tarzia (dir.), Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 423-445.

LOQUIN E. , « Les manifestations de l'illicite dans le commerce international *»,* in Ph. Kahn (dir.), C. Kessedjian, *L'illicite dans le commerce international*, Trav. CREDIMI, vol 16, Litec, 1996, p. 247.

LOQUIN E., « La dualité des fonctions de l'obligation de révélation », *in Mélanges en l'honneur de Philippe Merle*, Dalloz, 2013, p. 487-499.

LOQUIN E., « Le paradoxe de la motivation des sanctions arbitrales », in C. Chainais, D. Fenouillet, G. Guerlin, *Les sanctions en droit contemporain*. Vol. 2, *La motivation des sanctions prononcées en justice*, Dalloz, Coll. L'esprit du droit, 2013, p. 215.

LOQUIN E., « Les illusions perdues du contrôle de l'arbitrabilité du litige international », in *Justice et droit fondamentaux, Etudes offertes à Jacques Normand*, LexisNexis LITEC, 2003, p. 339-344.

MANN F. A., « Lex Facit Arbitrum », International Arbitration *Liber Amicorum* for Martin Domke, The Hague, the Netherlands: Martinus Nijhoff, 1967. p.157-83.

MAYER P., « L'étendue du contrôle, par le juge étatique, de la conformité des sentences arbitrales aux lois de police », in Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques, Mélanges en l'honneur d'Hélène GAUDEMET-TALLON, Paris, Dalloz, 2008, p. 459.

MAYER P., « Le mythe du contrat d'arbitre », in *mélanges en l'honneur du Professeur Bertrand Ancel*, LGDJ, 2018, p. 1181.

MAYER P., « Le principe de bonne foi devant les arbitres du commerce international », in *Etudes de droit international en l'honneur de Pierre Lalive*, , Bâle/Francfort-sur-le-Main, Helbing & Lichtenhahn, 1993, p. 543.

MAYER P., « Litispendance, connexité et chose jugée dans l'arbitrage international », in Liber Amicorum Claude Reymond, Autour de l'arbitrage, Paris, Litec, 2004, p. 185.

MAYER P., « Rapport de synthèse », in *Le nouveau droit français de l'arbitrage*, dir. Th Clay, Lextenso, éd. 2011, p. 219, spéc. P. 227 et s.

MENÉTREY S., « conflit d'intérêts et contrôle d l'impartialité de l'arbitre », dans *l'arbitre et le juge étatique*, mélanges offerts à Guiseppe Tarzia, Bruylant, 2014, p. 447-463.

MICHOU I., « L'exécution provisoire de la sentence internationale », in M. de Fontmichel, J. Jourdan-Marques [dir.], *L'exécution des sentences arbitrales internationales*, LGDJ, 2017, p. 119.

MICHOU I., « Le financement des activités illicites », in W. Ben Hamida, Th. Clay (dir.), *L'argent dans l'arbitrage*, Lextenso éd., 2013, p. 63-75.

MIGNOLET O.*,* « Les mesures provisoires et conservatoires prises par les arbitres *»,* in A. SALETTI, *L'arbitre et le juge étatique,* Bruylant 2014, p.165-166.

NOURISSAT C., « Les questions liées à la procédure arbitrale et l'efficacité de la sentence », *in P. Mayer (dir.), Arbitrage et droit de l'Union européenne*, LexisNexis, 2012, p. 29.

ÖHSTRÖMH M., « SCC Rules » in Rolf A. SCHÜTZE, *Institutional Arbitration*, ,Verlag, Hart &Nomos, 2013, p. 815-862.

OPPETIT B., « Sur le concept d'arbitrage », in *Études offertes à Berthold Goldman*, Paris, 1982, p. 229-239.

PELLERIN J., « Le cas de la fraude », in *L'ordre public et l'arbitrage*, Colloque Dijon, CREDIMI, 15-16 mars 2013, éd. CREDIMI 2014, n° 17.

PINSOLLE Ph., « La renonciation au recours en annulation en matière d'arbitrage international », in *Mélanges P. Mayer*, LGDJ, 2015, p. 697-708.

PLUYETTE G., « Une vue française », in *mesures conservatoires et provisoires en matière d'arbitrage international*, Paris, Chambre de commerce internationale, 1993, p. 91.

POUDRET J. F., « Expertise et droit d'être entendu dans l'arbitrage international », in *Études de droit international en l'honneur de Pierre Lalive*, Bâle, 1993, pp. 607-624.

SCHMITTHOFF C. M., « The Jurisdiction on the Arbitrator », in *The Art of Arbitration. Liber Amicorum Pierter Sanders*, Deventer, 1982, p. 285-288.

SCHMITTHOFF C.-M., *«* Finality of Arbitral Awards and Judicial Review », dans JDM Lew, *Contemporary Problems in International Arbitration,* London, 1986, p. 230-237.

SCHWARTZ E. A., « The practices and experience of the ICC Court *»*, in *Conservatory and Provisional Measures in International Arbitration*, ICC, 1993, p.57.

SEKOLEC J. and ELIASSON N., « The Uncitral Model Law on Arbitration and the Swedish Arbitration Act: A Comparison », in L. Heuman, S. Jarvin, *The Swedish Arbitration Act Of 1999 Five Years On: A Critical Review Of Strengths And Weaknesses, Symposium Proceedings*, University of Stockholm, October 2006, p. 171.

THÉRY Ph., « Judex Gladii : des juges et de la contrainte en territoire français », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ?* Mélanges offerts à Roger Perrot, Paris, Dalloz, 1996, p. 477-493.

THORENS J., « *L'arbitre international au point de rencontre des traditions de droit civil et de la common law* », Études de droit international en l'honneur de Pierre Lalive, Bâle, 1993, p. 693 et s.

VAN DEN BERG A-J., « Failure by Arbitrators to Apply Contract Terms from the Perspective of the New York Convention », in G Aksen, et al. (eds), *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution*: *Liber Amicorum in Honour of Robert Briner,* ICC Publications, Paris, 2005, p. 63-71.

VON SEGESSER G., KURTH Ch., « Interim Measures », in, *International Arbitration in Switzerland a Handbook for Practitioners*, Kaufmann-Kohler/Stucki (eds), 2005, p. 85.

VOSER N., GEORGE A., « Chapter 3 — Revision of Arbitral Awards », in *Post award Issues*, ASA Special Series No. 39, 2011, p.43.

ZAJDELA B., « L'arbitrage international : une terre fertile pour la concurrence normative ? », in R. Sefton-Green, L. Usunier (dir.), *in La concurrence normative. Mythes et Réalités*, Société de législation comparée, 2013, p. 149.

Articles

ANCEL J.-P., « *L'arbitrage : une juridiction internationale autonome* », RJDA 10/07, p. 883 et s.

ANCEL J.-P., « *L'arbitrage international en France (principes et système)* », L'arbitrage, Arch. Philo. Dr., 2009, p. 197.

ANCEL J.-P., « *Le respect par l'arbitre de l'ordre public* », entretien, Petites affiches, 15 décembre 2017, p.4.

ANCEL P., « *Arbitrage et procédures collectives* », Rev. arb. 1983, p.275.

ANCEL P., « *Arbitrage et procédures collectives après la loi du 25 janvier 1985* », Rev. arb. 1987, p.127.

ARAFZADEH H., « *L'ordre public du fond et l'annulation des sentences arbitrales internationales en Suisse* », SZIER/RSDIE, 1995, p. 223-253 ;

AUDIT M., BROYELLE C., note sous Cour administrative d'appel de Bordeaux, 12 juillet 2016, Paris, Pôle 1 – Ch 1, 8 novembre 2016 et Cons. d'État (ass.), 9 novembre 2016, Rev. arb., 2017, p.254.

AUDIT M., note sous C.A. Paris, 1er juillet 2010, Société Thalès c/ société Brunner Sociedad Civil de Adaministraçao Ltda et autres. Rev. arb., 2010.856 spéc. 872

BAIGEL B., « *The emergency arbitrator procedure under the 2012 ICC rules: a juridicial analysis* », Journ. of Int'l. Arb., Vol. 31, Issue 1, p. 8.

BEAUVAIS P., « *Le régime de la communication des éléments de la procédure pénale dans une procédure judiciaire et dans un arbitrage* », *Rev. arb.*, 2019, p.58

BÉGUIN J., SERAGLINI Ch., ORTSCHEIDT J., « *Un second souffle pour l'arbitrage. À propos du décret du 13 janvier 2011* », JCP G, n° 16, 18 avril 2011, n° 32, p.467.

BELLET P., MEZGER E., « *L'arbitrage international dans le nouveau Code de procédure civile* », Rev. crit. DIP, 1981, p.654.

BEN HAMIDA W., « *L'arbitrage État-investisseur face à un désordre procédural : la concurrence des procédures et les conflits de juridictions* », AFDI, vol. 51, 2005 , p. 564.

BERMANN G. A., « *Le rôle respectif des cours et des arbitres pour déterminer la compétence arbitrale* », APD, 2009, t. 52, p. 121.

BERNAL GUTIÉRREZ R., « Medidas Cautelares y Ordenes Preliminares en la Nueva Leyde Arbitraje Internacional Colombiana », in Estatuto Arbitral Colombiano, Legis, 2013, p. 503 ets. cité par J- J CAICEDO, « *L'exécution et le contrôle judiciaire des décisions prises par les arbitres d'urgence* », Rev. arb., 2017, issue 2 p. 445-481.

BERNARDINI P., « *Arbitral Justice, Courts and Legislation* », The ICC Inter- national Court of Arbitration Bulletin, supplément spécial, 1999, p. 13-25.

BERTROU G. et PIGUET H., « *Arbitrage d'urgence CCI vs procédure judiciaire de référé : approche comparative* », Cah. arb. 1 Mars 2017, n°4, p. 857.

BESSON S., « *Le recours contre la sentence arbitrale internationale selon la nouvelle LTF (aspects procéduraux)* », ASA Bulletin 2007, p. 2-35.

BESSON S., « *Le recours contre la sentence en droit suisse* », Rev. arb., Vol. 2018 Issue 1, p. 99 – 120.

BESSON S., DUPEYRON C., « *L'interprétation du contrat et l'arbitrage, à la lumière de la réforme du droit français des obligations* », Rev. arb., 2017, p.115.

BILLEMONT J., « *Les bonnes et les mauvaises surprises du contrôle des sentences arbitrales internationales par le juge administratif* », note sous CE, 9 novembre 2016', Rev. arb., Vol. 2017, Issue 1, n°4, p. 203 – 214.

BOLLÉ S., « *Indépendance de l'arbitre et non-révélation de circonstances ambivalentes* », note sous Cass. civ. 1re, 25 juin 2014, Rev. arb, 2015, Vol. 2015 Issue1, p. 82.

BOLLÉE S., « *L'étrange cas d'une tierce opposition formée contre une ordonnance d'exequatur* », Cah. arb. 2017, n°3, n° 45, p. 481.

BOLLÉE S., « *La place du principe de non-révision au fond dans le contrôle de la conformité des sentences à l'ordre public* », Rev. arb., 2007, p.9.

BOLLÉE S., « *Les effets des sentences arbitrales à l'égard des tiers* », Rev. arb. 2015, p. 695.

BOLLÉE S., « *Les recours et les tiers en matière d'arbitrage* », Rev. arb. 2018, p.139.

BOUCOBZA X., SERINET Y.-M., « *Les principes du procès équitable dans l'arbitrage international* », JDI, 2012, p. 41.

BREKOULAKIS S., « *Has arbitration always been favored in England ?* », Roebuk lecture, 11 juillet 2019, Chartered Institute of Arbitrators, Kluwer Arbitration.

BROT R., MATHUR S., « *Laying old ghosts to rest, or not? — The 'Section 9'enigma continues* », Indian Journal of Arbitration Law, vol 5, n° 1, 2016, p. 175-6.

BU' R., « *Emergency Arbitrator Procedure and Open-List Arbitrator Appointment Under the New China (Shanghai) Pilot Free Trade Zone Arbitration Rules: Dawn of a New Era?* », U. Penn. East Asia Law Review, Vol. 10, 2014- 2015, p 72.

CACHARD O., « *L'effet négatif du principe compétence-compétence et les contentieux parallèles* », DMF, sept. 2007, p. 716.

CAICEDO J-J., « *L'exécution et le contrôle judiciaire des décisions prises par les arbitres d'urgence* », Rev. arb., 2017, issue 2, p. 445-481.

CALLÉ P., « *Fraude et rétractation d'une sentence arbitrale* », note sous C.A. Paris, 17 juin 2010, Cah. arb., 2011, p.129.

CALLÉ P., « L'autorité de la chose jugée et les tiers », Rev. arb. 2016, p.77.

CAPRASSE O., « *Commentaires sur la loi du 24 juin 2013 modifiant la sixième partie du Code judiciaire relative à l'arbitrage* », Rev. arb., 2014, p. 953.

CARLEVARIS A., FERIS J. R., « *Running the ICC Emergency Arbitrator Rules: the first ten cases* », ICC Bull., Vol. 25, 2014.

CASTINERIA E., « *The Emergency Arbitrator in the 2012 ICC Rules of Arbitration* », Cah. Arb., 2012, p. 65.

CHAINAIS C., « L'arbitre, le droit et la contradiction : l'office du juge arbitral à la recherche de son point d'équilibre », Rev. arb. 2010, issue 1, p. 40.

CHAINAIS C., « Réflexions prospectives sur les voies de recours en matière d'arbitrage », Rev. arb., 2018, Issue 1, p. 177-220.

CHUNG L., « *Recent Trends in State Immunity* », Kluwer Blog, 2013.

CLAVEL S., « *Exceptional Circumstances Allowing English Courts To Issue Injonctions Restrainon Foreign Arbitration Proceedings* », Cah. Arb., 2012, n°2.

CLAY Th., « *Code de l'arbitrage commenté 2015* », Lexis Nexis, p. 227 et s.

CLAY Th., « *L'appui du juge à l'arbitrage* », Cah. arb., 2011, n° 2, p. 331.

CLAY Th., « *l'arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges* », D., 22 décembre 2011, n°44, Panorama, p. 3023-3033.

CLAY Th., « *Liberté, égalité, efficacité : la nouvelle devise du droit français de l'arbitrage* », JDI, 2012, p.58-840.

CLAY Th., « *Pan. Arbitrage et mode alternatif de règlement des litiges* », D., 2014, p.2555.

CLAY Th., « *Présentation des directives de l'International Bar Association sur les conflits d'intérêts dans l'arbitrage international* », Rev. arb. 2004, p.991.

CLÈRE J.-J., « *L'arbitrage révolutionnaire : apogée et déclin d'une institution (1790- 1806)* », Rev. arb., 1981.3.

CNB, « *Charte éthique de l'arbitrage* », Cah. CNB, 2011.

COHEN D., note ss Civ. 1re, 6 mai 2009, Rev. arb. 2010. P. 299-305.

COLLINS L., « *Provisional and conservatory measures in international litigation* », Rec. Cours. La Haye, 1992 III, vol. 234, p. 99-115.

COLLINS L., « *Provisional measures, the Conflict of Laws and the Brussels Convention* », Yb. Eur. Law 1981, p. 249 et s.

COLLINS L., « *The Terrotirial Reach of Mareva Injonctions* », LQR 1989, p. 262 et s.

Colloque « Réflexions sur les voies de recours en droit de l'arbitrage » organisé le 17 novembre 2017 par le Comité français de l'arbitrage.

Congrès International de l'Arbitrage, Travaux de la troisième Commission du Congrès de Paris, 11-13 mai 1961, Rev. arb., 1961. p.99.

CONTÉ Ph., « *Un aspect de l'apparence vraisemblable au stade policier de la procédure pénale (aperçus sur la notion d'apparence en procédure pénale)* », RSC, 1985, p. 471.

COOPER Ch., « *Selected Cases Decided By Lord Brougham* », S. Sweet, 1835, p. 333.

CUIF P. -Fr., « *Le conflit d'intérêts. Essai sur la détermination d'un principe juridique en droit privé* », RTD com., 2005.1, n°42.

D'AVOUT L., BOLLÉE S., « *Pan. Droit du commerce international* », D., 2008.2560.

DASSER F., « *International Arbitration and Setting Aside Proceedings in Switzerland — An Updated Statistical Analysis* », Bull. ASA, 2010, p.82.

DASSER F., « *International Arbitration and Setting Aside Proceedings in Switzerland : A Statistical Analysis* », Bull. ASA, 2007, p.444.

DASSER F., ROTH D., « *Challenges of Swiss Arbitral Awards — Selected Statistical Data as of 2013* », Bull. ASA, 2014, p.460.

DASSER F., WOJTOWICZ M., « *Challenges of Swiss Arbitral Awards—Updated and Extended Statistical Data as of 2015* », Bull. ASA, 2016.280 ;

DAUCHY S., « *Le recours contre les décisions arbitrales en perspective historique* », Revue d'histoire du droit. 1999, p. 765.

De BOISSÉSON M., « *l'arbitrage et la fraude (à propos de l'arrêt Fougerolle, rendu par la Cour de cassation le 25 mai 1992)* », Rev. arb. 1993, p. 3.

De BOISSESON M., *« La constitution du tribunal arbitral dans l'arbitrage institutionnel* », Rev. arb., 1990, p. 337 et s.

De FONTMICHEL M., « *La décision du « juge d'appui » contractuellemnt choisi par les parties en droit français de l'arbitrage commercial international* », Gaz. Pal., 2008, n°89, p. 21.

De FONTMICHEL M., « *Le juge d'appui n'est plus le juge du déni de justice arbitrale* », Cah. Arb. 1 déc. 2016, n° 3, p. 641

De FONTMICHEL M., « *Les tentatives de paralysie de l'instance arbitrale devant le juge étatique* », Cah. arb., 2010, p.407.

De VAREILLES-SOMMIÈRES P., « *la compétence internationale des tribunaux français en matière de mesures provisoires* », Rev. Crit. D.I.P., 1996, n°5, p. 437.

De VAREILLES-SOMMIERES P., « *Le forum shopping devant les juridictions françaises* », Trav. Com. fr. DIP, 1998-1999, p. 49.

De VRIES H. P., « *International Commercial Arbitration : A Contractual Substitute For National Courts* », Tul. L. Rev. 42, 1982. P.57.

DEGOS L., « *l'absence de pouvoir d'injonction du juge étatique envers l'arbitre en application d'un principe de non-interférence* », Cah. Arb., 1 juillet 2010, n° 3, p.853.

DEGOS L., « *La consécration de l'arbitrage en tant que justice internationale autonome* », D., 2008, p.1429.

DEGOS L., « *La révélation remise en question(s). Retour sur l'arrêt de la cour d'appel de Paris* J&P Avax SA c. Tecnimont SPA *du 12 février 2009* », Cah. arb. 2011, p.54.

DELANOY L.-Ch., « *L'arrêt M. Schneider du 12 février 2014: feu rouge pour la " révision ", feu vert pour la corruption ?* », Cah. arb., oct. 2014, n° 3, p. 585.

DELANOY L.-Ch., « *Le contrôle de l'ordre public au fond par le juge de l'annulation : trois constats, trois propositions* », Rev. arb., 2007, n° 9, p.177.

DELAUME G. R., « *L'arbitrage transnational et les tribunaux nationaux* », Journ. dr. int., t. 111, 1984, pp. 535-538.

DELAUNAY B., « *Les sentences arbitrales concernant les personnes publiques en matière de commerce international : le contrôle du juge administratif* », RFDA, 2017, p.111.

DELEAUME G., « *ICSID Arbitration Proceedings : Parctical aspects* », Pace law Rev., 1985, p. 582-583

DELVOLVE J.-L., « *L'intervention du juge dans le décret du 14 mai 1980 relatif à l'arbitrage* », Rev. arb., 1980, p. 607.

DELVOLVE J.L., « *Le nouveau droit français de l'arbitrage* », (Dir. Th. Clay), Lextenso ditions, 2011, p. 163.

DERACHE C., *« Indépendance et impartialité de l'arbitre en droit français* », JCP E, n°31, août 2012, p. 1480.

DERAINS Y., « *L'arbitre et l'octroi de mesures provisoires* ex parte », *Gaz. Pal.,* 2004, n° 4, p.74.

Droit et Patrimoine l'Hebdo, n° 846, *Section Entretien, Trois questions à Michael W. B*ÜHLER, 3 octobre 2011.

DUCLERCQ C., « *l'obligation de révélation des arbitres : état des lieux* », La semaine juridique Entreprise et Affaires n°19,11 Mai 2012, p.313

DUPREY, C. FOUCHARD Ph, note sous C.A. Paris, 26 février 2013, M. J. Sprecher et autres c/ M. K. A. Bughsan et autres, Rev. arb., 2014, p.82.

FADALLAH I., « *Priorité à l'arbitrage : entre quelles parties ?* », Gaz. Pal., 5-6 juin 2002, nos 6 et 7.

FAVRE-BALLE X., « *L'effet cassatoire des décisions du Tribunal fédéral suisse et les pouvoirs (circonscrits) des arbitres de restatuer* », Cah. arb., 2013, p.417.

FÉNÉON A., « *Un nouveau droit de l'arbitrage en Afrique (De l'apport de l'Acte uniforme sur l'arbitrage dans l'espace OHADA)* », Penant, Revue de droit des pays d'Afrique, no 833, 2000, p. 126-136.

FLAUSS J.F., « *l'application de l'article 6, 1° de la convention européenne des droits de l'homme* », Gaz. Pal., 1989, II, p.407.

FORTAS A.-C., « *La Cour de cassation et les conventions internationales relatives à la lutte contre la corruption* », RSC, 2014, p.25.

FORTOU M., « *L'ordre public 'transnational' ou 'réellemnt international', L'ordre public international face à l'enchevêtrement du droit international privé et du droit international public* », Journal de droit international, Clunet, n°1, Janvier 2011.

FOUCHARD Ph., « *Arbitrage et faillite* », Rev. arb. 1998, p.471.

FOUCHARD Ph., « *L'intensité du contrôle de la contrariété d'une sentence à l'ordre public international par le juge de l'annulation : une confirmation, mais encore des questions* », note sous C.A. Paris, 25 novembre 2014, Rev. arb. 2015, Issue 2, p. 559 – 566.

FOUCHARD Ph., « *La portée internationale de l'annulation de la sentence arbitrale dans son pays d'origine* », Rev. arb., 1998, p.329.

FOUCHARD Ph., « *Le juge et l'arbitrage : Rapport général* », Rev. arb., 1980, p. 416.

FOUCHARD Ph., « *Les institutions permanentes d'arbitrage devant le juge étatique* », Rev. arb., 1987, p. 222 et s.

FOUCHARD Ph., « *Suggestions pour accroître l'efficacité internationale des sentences arbitrales* », Rev. arb., 1998.

FOUCHARD Ph., « *Vers une réforme du droit français de l'arbitrage ? Quelques questions et suggestions* », Rev. arb., 1992, p. 393-394.

FOUCHARD Ph.,« *L'arbitrage commercial International* », Revue Internationale de Droit Comapré, vol.17, 1965, n° 18-29.

FRAGITAS C., « *Arbitrage étranger et arbitrage international* », Rev. crit. dr. int. pr., 1960, p. 1-20.

FRISON-ROCHE M.-A., « *Déni de justice et interprétation de la loi par le juge* », J.Cl. civ., 1996.

GAILLARD E., « *Convention d'arbitrage et immunités de juridiction et d'exécution des États et des organisations internationales* », ASA Bulletin, Vol. 18, No. 3 (2000), p. 471-481.

GAILLARD E., « *l'ordre juridique arbitral : réalité, utilité et spécificité* », Revue de droit de McGill, volume 55, nov. 2010, p. 891.

GAILLARD E., « *La jurisprudence de la Cour de cassation en matière d'arbitrage international* », Rev. arb., 2007. p. 702.

GAILLARD E., « *Les manœuvres dilatoires des parties et des arbitres dans l'arbitrage commercial international* », Rev. arb., 1990, p. 761-274.

GAILLARD E., « *Souveraineté et autonomie : réflexions sur les présentations de l'arbitrage international* », JDI 2007.1163, n°24.

GAILLARD E., De LAPASSE P., « *Commentaire analytique du décret du 13 janvier 2011 portant réforme du droit français de l'arbitrage* », Cah. arb., 2011, p. 263.

GAILLARD E., DE LAPASSE P., « *le nouveau droit français de l'arbitrage interne et international* », D. 2011, p. 175- 176.

GAILLARD E., note sous C.A. Paris, 4 déc. 2002, *Copropriété maritime Jules Verne c. American Bureau of Shipping, navire Tag Heuer*, Rev. arb., 2006.945, p. 1292.

GAILLARD E., PINSOLLE Ph., « *The ICC Pre- Arbitral Referee: First Practical Experiences* », Arb. Int., vol. 20, 2004, p.15.

GEISINGER E., « *Les relations entre l'arbitrage commercial international et la justice étatique en matière de mesures provisionnelles* », La Semaine judiciaire, 2005 II 375, p. 377.

GERAUD J-Y, E. LUNG, « *l'obtention ex parte d'un document en matière d'arbitrage* », Rev. arb., Vol. 2020, Issue 1, p. 15-52.

Goldman B., « *mesures provisoires et arbitrage international* », R.D.A.I./I.B.L.J., 1993, n°1, p. 3-26

GONZALES DE COSSIO F., « *Compétence-compétence à la mexicaine et à l'américaine : une évolution douteuse* », Gaz. Pal., 13 au 17 juill. 2007, p. 27.

GOODE R., « *The role of the lex loci arbitri in international commercial arbitration* », Arb. Int. 2001, vol. 17, p. 17.

GRIGERA Naòn H., « *Arbitration in Latin America : Overcoming Traditional Hostility* », Arb. Int., vol. 5, no 2, 1989, p. 137-172.

GU W., « *Security for costs in international commercial arbitration* », Journal of international Arbitration, Kluwer Law International, 2005, p.180-181.

GUYOMAR M., rapporteur public auprès du Tribunal des conflits à l'occasion de la décision Inserm, lors de la Table ronde « Personnes publiques et arbitrage » du 6 février 2014, RDP, 2014, p. 603.

HANOTIAU B., « *l'arbitrabilité et la favor arbitrandum : un réexamen* », JDI 1994, p. 899

HASCHER D., « *ICC Practice in Relation to the Appointment, Confirmation, Challenge and Replacement of Arbitrators* », The ICC International Court of Arbitration Bulletin, vol. 6, 2, 1995, p. 4-18.

HASCHER D., « *Les perspectives françaises sur le contrôle de la sentence internationale ou étrangère* », McGill J. Dispute Resolution, avril 2015, p. 1.

HEINTZ Ph., « *L'obligation d'indépendance de l'arbitre : vers une nouvelle interprétation ad extirpanda en droit français ?* » Bull. ASA, 2012, vol. 30, n°. 17.

HELMLINGER L., « *Personnes publiques et arbitrage* », Revue du droit public, sept. 2017, n° 5, p. 1143 et s.

HENRY M., note sous C.A. Reims, 2 nov. 2011, *Avax c/ Tecnimont*, Rev. arb. 2012, n° 8-26, p.112,.

HESS B. « *Improving the interfaces between arbitration ans european procédural law- the Heidelberg report ans the EU commission's green Paper on the reforme of the Regulation Brussels I* », Cah. Arb., 2010, n°1 p. 17.

HEUZÉ V., « *Arbitrage international : quelle raison à la déraison ?* », Recueil Dalloz 2011, p. 2880.

HOELLERING M. F., « *Conservatory and Provisional Measures in International Arbitration, AAA's Experience* », AAA Dispute Resolution Journal, Dec. 1992.

HOFFMANN K., « *Duty of disclosure and challenge of arbitrators: The standard applicable under the new IBA Guidelines on Conflicts of Interest and the German Approach* », Arb. Int'l., 2005, vol. 21, n°3, p. 427 et s.

HORY A., « *Mesures d'instruction in futurum et arbitrage* », Rev. arb., 1996, p. 199.

ICCA's Guide to the Interpretation of the 1958 New York Convention, ICCA, 2011, p. 17.

IDOT L., « *Arbitrage et droit de l'UE, retour sur quelques développements récents* », Rev. Arb. 2016, p. 471.

JALLAMION C., « *Arbitrage et pouvoir politique en France du XVIIe au XIXe siècle* », Rev. arb., 2005.3. p. 41

JAN VAN DEN BERG A., *« Should the Setting Aside of the Arbitral Award be Abolished?* », ICSID Rev., 2014.1, p. 25.

JARROSSON Ch., « *l'acceptabilité de la sentence* », Rev. arb. 2012, p. 793.

JARROSSON Ch., « L'arbitrage et la Convention européenne des droits de l'homme », Rev. arb., 1989, n°4, p. 573.

JARROSSON Ch., « *L'autorité de chose jugée des décisions relatives à l'indépendance des arbitres* », Rev. arb. 2016, p. 165.

JARROSSON Ch., *« Le Parlement européen a adopté le 7 septembre 2010 une résolution tendantà laissaer l'arbitrage en dehors du règlement n° 44/2001* », Rev. arb., 2010, p. 697.

JARROSSON Ch., « *Le statut juridique de l'arbitrage administeré* », Revue de l'arbitrage, 2016, n° 2, p. 445.

JARROSSON Ch., « *Neuvième colloque CCI-CIRDI-AAA : mesures conservatoires et provisoires en matière d'arbitrage international* », Rev. arb., 1992, p. 686.

JARROSSON Ch., « *Remarques sur la preuve de l'absence de l'indépendance de l'arbitre, à propos d'une affaire pittoresque* », note sous Paris, Pôle 1- Ch. 1, 21 février 2012 », Rev. Arb., 2012-3, pp.595-600.

JARROSSON Ch., note sous C.A. Paris, 21 février 2012, Rev. arb., 2012, n° 12 p.587.

JARROSSON Ch., note sous Règlement pré-arbitral, article 6.3; article 6.6., Rev. arb., 2003.n° 6, p.1300.

JARROSSON Ch., PELLERIN J., « *Le droit français de l'arbitrage après le décret du 13 janvier 2011* », Rev. arb., 2011.5, p. 12-75.

JOUANNET E., « *Les visions française et américaine du droit international : cultures juridiques et droit international* » p.18, article publié en anglais par M. ROGOFF « French and American Perspectives on International Law : Legal Cultures and International Law », in le Maine Law Review, vol 58, n°2, p. 291-336.

JOURDAN MARQUES J., « *Chronique d'arbitrage : la CJUE surmonte (timidement) sa réticence vis-à-vis de l'arbitrage* », Dalloz actualité, 7 juin 2019 ; RTD eur. 2020, p.107

JOURDAN MARQUES J., « *Chronique d'arbitrage : l'arbitrage à l'épreuve du déséquilibre significatif* », Dalloz actualité, 29 juill. 2020.

JOURDAN MARQUES J., « *Chronique d'arbitrage : la révélation encore révolutionnée ?* », Dalloz actualité, 22 févr. 2021.

JOURDAN-MARQUES J., note sous Cass. com., 5 mai 2015, JCPE, 2015, p.1362.

KAUFMAN E. E., « *The New Argentinian Legislation on Arbitration : Shift into First Gear or Reverse ?* », Kluwer arbitration blog, 2016.

KAUFMANN-Kohler G., « *Le lieu de l'arbitrage à l'aune de la mondialisation. Réflexions à propos de deux formes récentes d'arbitrage* », Rev. arb., 1998, p. 534.

KAYE P., « *Extraterritorial Mareva Orders and the relevance of Enforceability* », CJQ 1990, p. 12 et s.

KNAPP L., « *SCC Practice Emergency Arbitrator Decisions* » 2014 (online), hyyp:/www.sccinstitute.com/ 2. Voir Schedule 1, Section 5 de Signapore Internationale Arbitration Centre (SIAC) 2016 Arbitration Rules.

KUN F., « *L'arbitrage en Chine : pratique, obstacles juridiques et réformes* », Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI, 2008– Vol. 19, n° 2.

LAURIN Y., « *Sur la résolution des conflits d'intérêts dans la profession d'avocat* », Gaz. Pal., 30 avril 2013, n°118, p.10.

LAZAREFF S., *« De la révélation* », Cah. Arb., 2011, n°2, p. 643.

LE BARS B., « *Le colloque est l'indépendance de l'arbitre : vers une définition jurisprudentielle* », recueil Dalloz, 2012 p. 2425.

LEBOULANGER L., « *L'arbitrage et l'harmonisation du droit des affaires en Afrique* », Rev. arb., 1999, p. 541-593.

LEBOULANGER Ph., « *Arrêt de l'exécution d'une sentence arbitrale internationale et risque de lésion grave, note sous Paris (CME), 3 avril 2014* », Rev. arb., 2015 Issue 1, p. 113 – 117.

LÉCUYER H., « *Exercice abusif des voies de recours contre les sentences arbitrales : de quelques manifestations de l'ire du juge judiciaire* », Rev. arb., 2006, p.573.

LÉCUYER H., « *L'exercice abusif des voies de recours contre les sentences arbitrales : de quelques manifestations de l'ire de juge judiciaire* », Rev. arb. 2006, p. 573.

LÉCUYER-THIEFFRY C., « *Les nouvelles lois des États américains sur l'arbitrage international* », Rev. arb., 1989, p. 43-50.

LEW M., MISTELIS L. A., KRÖLL S. M., « *Comparative International Commercial Arbitration* », The Hague/London/New York, Kluwer Law International, 2003, p. 338-346.

LOQUIN E., « *Arbitrage – Compétence arbitrale – Conflits entre la compétence arbitrale et la compétence judiciaire* », J.-Cl. Procédure civile, Fasc. 1034, 2010, n° 100.

LOQUIN E., « *Différences et convergences dans le régime de la transmission et de l'extension de la clause compromissoire devant les juridictions françaises* », Gaz. Pal., 5 et 6 juin 2002, Cah. Arb., n° 52.

LOQUIN E., « *La conception subjective de l'objet de l'obligation de révélation de l'arbitre* », RTD com., 2015, p.53.

LOQUIN E., « *La dualité du régime de la responsabilité de l'arbitre* », JCP, 2014, doctr. 255, n° 26.

LOQUIN E., « *Les pouvoirs des arbitres internationaux à la lumière de l'évolution récente du droit de l'arbitrage international* », Journ. dr. int., Tome. 110, 1983, p. 294-295.

LOQUIN E., « *Les règles matérielles internationales* », RCADI 2006. T. 322, n°450 et s.

LOQUIN E., « *Perspective pour une réforme des voies de recours* », Rev. arb. 1992. p. 321-332.

LOTBINIÈRE McDOUGALL De A., « *International Arbitration and Money Laundering* », Am. U. Int'L L. Rev., vol. 20, 2005, p. 1021-1054.

LUNDSTEDT J., « *SCC Practice: Emergency Arbitrator Decisions, 1 January 2010-31 December 2013* », p. 22-25, accessible sur: http://www.sccinstitute.com/media/29995/sccpractice- 2010-2013-emergency-arbitrator_final.pdf.

MARCHAC G., « *Interim Measures in International Commercial Arbitration Under the ICC, AAA, LCIA and UNCITRAL Rules* », Am. Rev. Int'l Arb., Vol. 10, 1999, p.126.

MARGUERAT J., « *Indépendance et impartialité de l'arbitre : le devoir de révéler de l'arbitre clips* », Commentaire de l'arrêt du tribunal fédéral du 9 octobre 2012, 4A_110/2012, Jusletter 15 avril 2013,

MATRAY L., « *La déontologie de l'arbitrage commercial international* », Rev. dr. int. et dr. comp., 1985, p. 96.

MAYER P., « *L'autonomie de l'arbitrage international dans l'appréciation de sa propre compétence* », RCADI, 1989, t. 217, p. 319-366.

MAYER P., « *L'étendue du contrôle par le juge étatique de la conformité des sentences arbitrales aux lois de police* », Mélanges Gaudemet-Tallon, Dalloz 2008, p. 459.

MAYER P., « *La liberté de l'arbitre* », Rev. arb. 2013, p. 339.

MCLACHLAN M., « *The jurisdictional limits of disclosure orders in transnational fraud litigation* », ICLQ, 1998, n°3, p.47.

McLAREN E., « *Effective Use of the International Commercial Arbitration : A Primer for In-House Counsel* », J. Int. Arb., 19, p. 473.

MENÉTREY S., « *La participation « amicale » de la Commission européenne dans les arbitrages liés aux investissements intracommunautaires* », JDI, 2010, n° 29.

MENÉTREY S., « *La transparence dans l'arbitrage d'investissement* », Rev. arb. 2012, p. 33

MOREAU B., GLUCKSMANN E., FENG P., « *Arbitrage international* », Répertoire de procédure civile, Dalloz, Juin 2016, mis à jour juillet 2019, n° 221.

MOTULSKY H. « *La nature de l'arbitrage* », Écrits, t. II, Études et notes sur l'arbitrage, Paris, 1974, pp. 5 et s.

MOURALIS D., « *Examen approfondi de la compétence de l'arbitre par le juge contrôlant la sentence : quelques précisions et illustrations* », Cah. arb., 2012, p. 167.

MOURRE A., « *Référé pré-arbitral de la CCI : To be or Not to be a Judge* », Gaz. Pal., 28-29 mai, 2003, p. 5-7.

MOURY A. J., « *L'incidence de la stipulation d'une clause compromissoire sur l'immunité d'exécution de l'État étranger* » : D. 2001, chron. p. 2139.

NYGH P., « *Choice of Forum and Law in International Commercial Arbitration* », Forum international, n° 24, 1997, p. 12-13.

PARK W. W., « *Judicial Controls in the Arbitral Process* », Arb. Int., vol. 5, no 3, 1989, p. 255-259.

PARK W. W., « *The lex loci arbitri in international commercial arbitration* », ICLQ 1983. 21, p. 22 et s.

PARK W., « *The Arbitrator's Jurisdiction to Determine Jurisdiction* », TDM 1 2009, p. 60 et s.

PAULSSON J. « *Delocalisation of international commercial arbitration : when and why it matters* », ICLQ 1983.53.

PAULSSON J., « *An Introduction to the 1990 ICC Rules for Pre-Arbitral Referee Procedure* », International Arbitrator Report, 1990, p.20.

PAULSSON J., « *Arbitration Unbound : Award Detached from the Law of its Country of origin* », ICLQ 1981.359.

PELLERIN J., *« Le droit français de l'arbitrage après le décret du 13 janvier 2011* », Rev. arb., 2011, n° 12.

PELLERIN J., DE MARIA L., « *Le sursis à exécution de la sentence internationale ou étrangère en cas de recours (art. 1526 al. 2)* », Cah. arb., 2014.783, spéc. p. 791.

PELLISSIER G., « *Conclusions sur l'arrêt Fosmax du 9 novembre 2016* », RFDA, 2016, p.1154.

PERROT R., « *l'administration de la preuve en matière d'arbitrage (le droit continental de la preuve)* », Rev. arb., 1974.159, p. 172.

PEYRON M-A., SERANNE M., « *Le référé d'heure à heure, un outil très efficace pour obtenir une ordonnance et débloquer des situations de crise très rapidement »*, La Revue, Squire Patton Boggs, 14 décembre 2012.

PIERRE Ed., KARRER A., « *Arbitral Tribunals or States Courts – Who must defer to whom ?* », ASA janvier 2001, Special Series, 166 p.

PINNA A., « *L'autorité des règles d'arbitrage choisies par les parties* », Cah. arb. 2014, p.9.

PINNA A., BARRIER A., « *L'arbitre et le recours en annulation contre la sentence qu'il a rendue. Approche critique du droit français à la lumière du droit comparé* », Cah. Arb. 2012, p.295.

PINSOLLE Ph., MICHOU I., « *Le droit en débats, Arbitrage : l'arrêt Achmea, la fin des traités d'investissements intra-UE ?* », Dalloz actualité, 7 mars 2019.

PONTY L., « *Key features of the LCIA Arbitration Rule*s », 34 :4 ASA Bill 2014, p.757-761.

PORTWOOD T., PINNA A., « *L'arbitrage dit fast-track »*, La Semaine Juridique, Édition Générale, n° 42, 12 oct. 2009, p.340.

POULAIN B., note sous sentence ad hoc selon règlement CNUDCI rendue à Francfort sous l'égide de la Cour permanente d'arbitrage, CPA N° 2008-13, *Eureko B.V. c. République de Slovaquie,* 26 octobre 2010, , Rev. arb., 2011, p. 245.

RACINE J-B., « *Réflexions sur les voies de recours en droit de l'arbitrage — Propos introductifs* », Rev. arb., Vol. 2018 Issue 1, p. 1-13.

RACINE J.-B., *« Réflexions sur l'autonomie de l'arbitrage commercial international* », Rev. arb., 2005. p. 305 et s.

RAU S., « *The culture of american arbitration and the lessons of ADR* », Texas International Law Journal, 2005, p. 458 : http://www.tilj.org/content/journal/40/num3/Rau449.pdf

RIVKIN D.W., « *Arbitral Tribunal or State Court – Who Must Defer to Whom ?* », Bull. ASA, n° spécial, janv. 2001, p. 12.

ROBERT J., CARBONNEAU T., « *The French Law of Arbitration* », Revue Internationale de Droit Comparé, Vol. 36,1983, n°1.01

ROEBUCK D., « *Bricks without Straw - Arbitration in Roman Britain* », Arbitration int., 2007,.23. p.143.

ROGERSON P., « *Issue Estoppel and Abuse of Process in Foreign Judgments* » CJQ, 1998, 91.

ROSE C., « *The Strange Case of the Persian Carpet-Runner* » Commercial Lawyer, 1998, p. 32-34.

SABHARWEL D., ZAMAN R., « *Vive la difference : Convergence and Conformity in the Rules Reforms Of Arbitral Institutions : The Case of the LCIA Rules* », J International Arb, 2014 p. 700-702.

SAMUEL D., « *Jurisdictional Problems in International Commercial Arbitration : A Study of Belgian, Dutch, English, French, Swiss, U.S. and West German Law* », Zürich, Schultess, 1989.

SÁNCHEZ-LORENZO S., « Le principe de l'intervention minimale judiciaire dans l'arbitrage commercial international, El principio de mínima intervención judicial en el arbitraje comercial internacional, Arbitraje », vol 9, 2016.13 cité par J-J. Ceicedo, dans « *L'exécution et le contrôle judiciaire des décisions prises par les arbitres d'urgence* », Rev. arb.,2017, issue 2.

SANTACROCE G., « *The emergency arbitrator: a full-fledged arbitrator rendering an enforceable decision?* », Int. Arb., 2015, p. 2.

SERAGLINI Ch., « *L'Affaire Thalès et le non-usage immodéré de l'exception de l'ordre public ou les dérèglements de la dérèglementation* », Gaz. Pal., 21-22 oct. 2005, n° 9.

SERAGLINI Ch., « *Les effets de la sentence* », Rev. arb. 2013. P. 705.

SERAGLINI Ch., « *Les parties faibles face à l'arbitrage international, à la recherche d'un équilibre* », Gaz. Pal. 2007, n° 349, p. 5.

SERAGLINI Ch., « *Lois de police et justice arbitrale internationale* », D. 2001, n° 351.

SERAGLINI Ch., « *Synthèse – Arbitrage international : convention arbitrale* », J.-Cl. Dr Int., 2015, n°35.

SERAGLINI Ch., note sous C.A. Paris 14 juin 2001, Rev. Arb. 2001, 773, « Le contrôle de la sentence au regard de l'ordre public international par le juge étatique : mythes et réalités », Cah. arb., 2009, n°1 p.5.

SERAGLINI Ch., obs. sous C.A. Paris, 7 octobre 2004, JCP, 2005, I, p. 8-134.

SEROTA D. « *Soleimany v Soleimany: A commentary* » Commercial Lawyer, 1998, p. 35.

SHEPARD H., *« A new era of arbitrator Ethics for the US : the 2004 revision to the AAA/ABA Code of ethics for arbitrators in commercial disputes* », Arb. Int. 2005/1, p.91-97.

SIEGEL D., « *Conflict*s », West Nutshell series of West publishing co., 2nd ed., 1994, p.166

SIMISIVE P., « *Indirect Enforceability of Emergency Arbitrator's Orders* », Kluwer Arbitration Blog, accessible sur : http://kluwerarbitrationblog.com/2015/04/15/indirect-enforceability-of-emergency-arbitrators-orders.

STOFFEL-MUNCK P., « *La responsabilité de l'arbitre* », Rev. arb. 2017. p. 1123

TRAIN F.-X., « *Reconnaissance et exécution des sentences arbitrales étrangères : le droit français au prisme de la Convention de New York* », RIDC 2014. 249, nos 24 s.

TSANG A., « *transnational rules on interim measures in international courts and arbitration* », International Arbitration Law Review, 2011.

TSCHANZ P.-Y., « *De l'opportunité de modifier l'art. 7 LDIP* », Bull. ASA, 2010, p. 478.

TSCHANZ P.-Y., FELLRATH I., *« Chronique de jurisprudence étrangère : Suisse* », Rev. arb., 2010, p.877.

TWEEDALE A.G., *« Enforcing Arbitration Awards Contrary to Public Policy in England* » International Construction Law Review, 2000, p. 159.

VALENCIA F., « *Parties faibles et accès à la justice en matière d'arbitrage* », Rev. arb., 2007, p.45.

VAN DEN BERG J., « *Should the setting aside of the arbitral award be abolished ?* », ICSID Review, 2014, Vol. 29, n°. 2, p. 263–288.

WEILLER L., « *Caractère minimaliste du contrôle du juge de l'annulation au regard de l'ordre public internationa*l », Procédures, n° 4, Avril 2014, comm. p.107.

WEILLER L., « *Les recours contre les décisions du juge d'appui* », Kluwer Law International, 2018. p. 15-36.

WERDNIK R., « *Chapter III : The Award and the Courts, The Enforceability of Emergency Arbitrators' Decisions* », Austrian Yearbook on International Arbitration, 2014. p. 257.

WIEDERKEHR G., *« Le système des voies de recours en droit judiciaire privé français* », RID comp., 1989, n° spéc., vol. 11, p. 225-242.

WILFORD K., « *The 2012 ICC Rules of Arbitration* », The international law Quarterly, Florida Bar International Law Section, Spring 2012.

WIRTH M., « *Interim or preventive measures in support of International Arbitration in Switzerland »*, Bulletin ASA, Bâle 2000, p. 41-44.

YESILIRMAK A., « *Interim and Conservatory Measures in ICC Arbitral Practice* »,(2000)11(1) ICC Int'l Ct Arb. Bull. 31.N° 3-4.

ZÉNATI F., « *Le procès, lieu du social* », Arch. phil. droit, 1994, T. 39, p. 239 et s.

ZUCKERMAN A. S., « *Mareva Injonctions and Security for Judgment in a Framework of Interlocutory Remedies* », LQR 1993, p. 445 et s.

Rapports

Rapport au Premier ministre relatif au décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage, Journal Officiel du 14 janvier 2011 – Numéro 11 – pages 773 - 777.

Rapport au Premier ministre relatif au décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage, JO 14 janvier 2011, p. 773.

Rapport d'« Heidelberg » sur l'application pratique du règlement Bruxelles I dans les États membres.

Rapport de V.V. Veeder, A. Sander de 2009, Schedule A., p.8; rapport disponible à: http://www.lmaa.org.uk/uploads/documents/First%20Interim%20Report%20Mance%2024%2005%202009.pdf.

Rapport du Ministère Indien de la justice : Report No. 246 — Amendments to the Arbitration and Conciliation Act 1996, août 2014, p. 37, accessible sur: http://lawcommissionofindia.nic.in/reports/Report246.pdf.

Rapport général pour le soixantième anniversaire de la cour d'arbitrage de la CCI, « *L'action complémentaire des juges et des arbitres en vue d'assurer l'efficacité de l'arbitrage commercial international* », Paris, 1984, p. 271.

Report 2006 on the Arbitration Act 1996, at [66] to [69]: www.idrc.co.uk/aa96survey/Report_on_Arbitration_Act_1996.pdf.

The Departmental Advisory Committee Report (1996), at [100] ff ; Appendix 1 à *Mustill & Boyd*, *Commercial Arbitration*: *Companion Volume* (London, 2001).

White & Case et la School of international Arbitration de la Queen Mary University of London, 2015 *International Arbitration Survey: Improvements and Innovations in International Arbitration*, p. 27-29.

Rapport n° 178, de M. Paul Girod, fait au nom de la commission des lois, déposé le 23 janvier 2002, p. 29 ; *Ministère de la Justice, Les chiffres-clés de la Justice,* 2015, p. 11

Rapport annuel de la Cour de cassation2012, *La preuve dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, p. 265.

ICC Arbitration Commission Report on Arbitration Involving States and State Entities under the ICC Rules of Arbitration, 862-1 ENG, 2015, p. 6-7.

Index alphabétique

A

Annulation de la sentence, 13, 40, 74, 77, 80, 245, 250, 251, 257, 259, 264, 266, 267, 269, 270, 271, 287, 289, 293, 309, 311, 316, 317, 318, 320, 321, 324, 325, 327, 329, 338, 340, 344, 353, 355, 357, 359, 360, 361, 363, 364, 409, 415, 435, 450, 452, 453, 461, 463, 466, 470, 475,480, 483, 489, 498, 502, 505, 507, 510, 511, 537

Annulation partielle, 266, 268, 309

Appel contre l'ordonnance d'exequatur, 260, 261, 272, 276, 278, 304, 308, 315, 316, 482

Appel contre la sentence, 253

Applicabilité, 126, 127, 364, 367, 369, 378, 379, 382, 402, 403, 407, 423, 427, 430, 431, 438, 439, 507

Arbitrabilité, 142, 246, 372, 381, 407, 413, 414, 415, 416, 421, 448, 495, 529, 539

Arbitrage d'urgence, 83, 98, 99, 115, 116, 117, 119, 120, 121, 122, 123, 124, 125, 126, 127, 128, 129, 130, 131, 132, 133, 134, 135, 136, 139, 140, 141, 142, 144, 145, 147, 149, 194, 195, 196, 208, 209, 210, 211, 214, 217, 221, 229, 233, 514, 532

Arbitrage institutionnel, 12, 31, 50, 53, 60, 81, 83, 99, 121, 147, 149, 192, 194, 209, 227, 242, 339, 513, 514, 535

Arbitrage interne, 2, 3, 4, 5, 12, 65, 87, 155, 167, 179, 181, 185, 191, 206, 249, 252, 253, 258, 261, 272, 277, 278, 279, 282, 283, 284, 285, 286, 288, 290, 291, 292, 295, 297, 298, 301, 319, 338, 343, 376, 384, 412, 419, 486, 493, 494, 503, 518, 523, 524, 538

Autorité de la chose jugée, 47, 90, 103, 139, 145, 181, 197, 206, 226, 280, 299, 313, 334, 339, 389, 468, 533

C

CCI, 89, 98, 105, 117, 121, 122, 123, 125, 127, 128, 129, 130, 133, 139, 140, 141, 142, 144, 146, 147, 154

CEDH, xv, 74, 163, 175, 224, 273, 277, 334, 456

CIRDI, xv, xviii, 5, 6, 87, 111, 119, 156, 157, 164, 356, 370, 391, 540

CNUDCI, xv, xvii, 2, 3, 4, 10, 15, 20, 32, 37, 54, 66, 77, 86, 88, 102, 108, 111, 114, 119, 156, 178, 179, 202, 217, 220, 232, 233, 234, 235, 267, 282, 334, 370, 387, 388, 545

Compétence-compétence, 29, 366, 367, 368, 369, 370, 371, 372, 373, 374, 375, 376, 377, 378, 380, 382, 383, 384, 385, 386, 387, 389, 390, 391, 392, 393, 394, 395, 396, 401, 402, 403, 409, 428, 438, 439, 507, 518, 520, 525, 533, 538

Consentement des parties, 7, 87, 410, 433

Contrariété à l'ordre public, 282, 341, 465, 483, 489

Contrôle plein, 427, 428, 434, 439, 469, 475, 478, 479, 480, 482, 483, 484, 506, 508

Convention d'arbitrage, 10, 30, 137, 372, 380, 392, 393, 394, 395, 396, 397, 398, 403, 405, 406, 407, 410, 413, 421, 427, 428, 439, 510

Convention de New York, xv, 6, 8, 146, 148, 199, 201, 204, 205, 225, 260, 277, 310, 362, 370, 486, 546

Corruption, 281, 415, 445, 450, 451, 457, 458, 462, 464, 467, 477, 478, 479, 480, 481, 483, 485, 487, 499, 501, 502, 503, 504, 505, 521, 536, 537

D

Délai de l'arbitrage, 54, 71, 73, 76, 81

Délai de recours, 255, 256, 285, 315, 324

Déni de justice, 13, 29, 45, 56, 58, 59, 60, 61, 73, 75, 81, 84, 85, 96, 162, 164, 172, 174, 175, 183, 184, 285, 297, 373, 384, 519, 525, 535, 538

Détournement de la procédure, 95, 96, 98

Difficultés de constitution du tribunal arbitral, 10, 28, 48, 55

Droit au juge, 25, 173, 183, 194, 242, 308, 509

Droit européen, xvii, xviii, 51, 385, 392, 447, 451, 471, 472, 497

E

EAA, xvi, 10, 20, 38, 39, 63, 64, 65, 67, 68, 78, 79, 88, 132, 153, 157, 158, 256, 257, 263, 264, 265, 268, 277,

282, 298, 326, 327, 330, 331, 333, 334, 336, 355, 401, 428, 429, 497

Étendue du contrôle, xix, 247, 310, 316, 323, 325, 330, 359, 361, 382, 440, 468, 471, 479, 481, 485, 496, 506, 507, 510, 514, 529, 543

Excès de pouvoir, 21, 30, 46, 47, 56, 57, 58, 307

E**xécution des mesures provisoires et conservatoires arbitrales**, xix, 151, 193, 215, 216, 218, 221, 239, 240, 243

Exécution forcée, 146, 148, 166, 186, 191, 202, 220, 241, 263, 264, 279, 306, 307, 313

Exequatur, 3, 17, 75, 166, 180, 181, 197, 198, 201, 202, 204, 217, 238, 245, 254, 258, 259, 260, 261, 263, 265, 273, 276, 277, 278, 279, 295, 298, 299, 300, 301, 302, 303, 304, 305, 306, 307, 308, 309, 310, 311, 313, 314, 315, 316, 318, 319, 320, 328, 361, 363, 372, 408, 420, 444, 450, 452, 453, 466, 475, 482, 492, 502, 504, 514, 533

Extension de la convention d'arbitrage, 166, 424, 425, 430, 433, 434, 437, 438

F

Fraude dans l'arbitrage, 280, 281, 285, 288, 291, 294, 308

I

Imperium, 11, 25, 84, 141, 151, 161, 165, 166, 168, 169, 176, 190, 193, 194, 218, 226, 233, 240, 242, 521, 527

Inapplicabilité manifeste, 30, 375, 376, 377, 378, 379, 381, 382, 385, 386, 439, 507

I**ndépendance de l'arbitrage**, 21, 33, 195, 249, 259, 333, 335, 371, 378

Indépendance et impartialité, 37, 38, 338, 344, 536, 543

Injonctions anti-suit, 142, 370, 390, 396, 399, 400, 401, 402

I**nvalidité de la convention**, 310, 405

J

Juge administratif, 471, 489, 490, 491, 492, 493, 494, 495, 496, 508, 532, 536

Juge anglais, 44, 79, 88, 106, 107, 108, 114, 136, 138, 157, 158, 210, 256, 263, 268, 278, 325, 327, 328, 330, 333, 335, 354, 355, 359, 370, 396, 399, 400, 401, 423, 427, 428, 430, 433, 434, 439, 497, 498, 499, 500, 501, 502, 507, 510

Juge d'appui, 12, 13, 28, 29, 34, 41, 42, 45, 46, 47, 52, 56, 57, 58, 59, 60, 61, 62, 75, 77, 79, 286, 298, 338, 339, 340, 375, 377, 380, 382, 385, 412, 535, 547

Juge d'exécution, 112, 234, 498

Juge suisse, 18, 221, 222, 223, 224, 225, 290, 323, 324, 325, 427, 433, 434, 435, 436, 503, 506

L

La protection juridictionnelle provisoire, 6, 24, 25, 81, 83, 84, 94, 130, 147, 149, 173, 174, 176, 182, 240, 242, 513, 514

LDIP, xvii, 10, 18, 33, 37, 48, 79, 80, 167, 168, 185, 191, 221, 222, 254, 255, 267, 271, 276, 277, 288, 299, 313, 323, 324, 358, 389, 391, 395, 419, 505, 518, 546

Lois de police, 413, 414, 415, 446, 447, 448, 449, 450, 459, 460, 461, 468, 471, 525, 529, 543, 546

Lois de police étrangères, 415, 448, 449, 450, 459, 460, 461

M

Mesures d'exécution, 16, 110, 141, 147, 149, 165, 240, 243, 300, 306

Mesures ex parte, 16, 140, 145, 147, 149, 161, 177, 178, 179, 180, 181

Mesures provisoires et conservatoires arbitrales, 196, 200, 201, 202, 203, 207, 216, 218, 225, 226, 227, 238, 240, 243

Mission de l'arbitre, 76, 80, 178, 208, 210, 342, 348

Modification des mesures, 53, 229, 232

Motifs de contrôle, 10, 245, 311, 312, 313, 316, 322, 325, 336, 359, 364, 509, 510

Motifs de recours, 245, 256, 323, 325, 326, 336

Motivation de la sentence, 319, 320, 474, 486, 493

Moyens de preuve, 20, 101, 102, 104, 111, 113, 114, 165, 166, 167, 169, 170, 171, 188, 193, 288, 289, 323, 327, 331, 453, 501, 505

O

Obligation de révélation, 35, 36, 38, 41, 337, 342, 343, 344, 345, 346, 347, 348, 349, 350, 351, 352, 353, 354, 357, 358, 360, 510, 536, 542

Ordre juridique, 7, 8, 9, 10, 13, 17, 42, 43, 183, 248, 253, 269, 275, 314, 321, 365, 387, 389, 391, 393, 406, 415, 442, 445, 446, 447, 448, 449, 450, 452, 460, 462, 468, 469, 475, 479, 485, 486, 487, 495, 504, 511, 515, 538

Ordre public international, xix, 2, 12, 17, 74, 75, 181, 245, 259, 274, 278, 283, 291, 314, 315, 316, 317, 319, 323, 324, 340, 341, 359, 363, 364, 365, 372, 405, 406, 415, 417, 419, 440, 441, 442, 443, 444, 445, 446, 447, 448, 449, 450, 451, 452, 453, 455, 456, 457, 458, 459, 460, 461, 464, 465, 466, 467, 469, 470, 471, 472, 473, 474, 475, 476, 477, 478, 479, 480, 481, 482, 483, 484, 485, 486, 487, 489, 492, 495, 496, 497, 499, 500, 501, 502, 503, 504, 505, 506, 508, 511, 513, 515, 537, 546, 547

Ordre public transnational, 442, 455, 456, 457, 459, 460, 461, 464, 480, 481, 505, 527, 528

P

Preuves détenues par les tiers, 166, 190

Principe de contradictoire, 91, 113, 133, 180, 205, 212, 217, 233, 270, 310, 317, 324, 327, 451, 452, 453, 521

Principe de faveur à l'arbitrage, 32, 52, 60, 68, 284, 380, 382, 386, 402, 414

R

Reconnaissance, xv, xix, 2, 6, 8, 9, 10, 13, 14, 15, 20, 21, 32, 67, 103, 136, 154, 194, 199, 204, 208, 217, 220, 238, 243, 245, 246, 249, 269, 298, 303, 310, 311, 312, 313, 316, 321, 323, 328, 329, 330, 336, 359, 361, 362, 364, 365, 369, 381, 394, 398, 400, 405, 429, 441, 443, 445, 451, 463, 472, 474, 477, 479, 482, 486, 497, 498, 504, 510, 512, 514, 546

Recours en annulation, 3, 17, 21, 27, 78, 80, 179, 197, 198, 199, 202, 203, 205, 206, 212, 217, 230, 231, 248, 250, 251, 252, 253, 254, 255, 256, 258, 259, 260, 261, 262, 263, 264, 265, 268, 269, 271, 272, 273, 274, 275, 276, 277, 278, 279, 280, 282, 283, 285, 291, 292, 293, 294, 299, 304, 307, 308, 311, 313, 314, 316, 320, 321, 323, 338, 339, 372, 386, 397, 398, 408, 409, 414, 452, 453, 460, 461, 463, 467, 468, 469, 482, 486, 491, 493, 504, 509, 514, 530, 544

Recours en révision, 199, 201, 253, 280, 281, 282, 283, 284, 285, 286, 287, 288, 289, 290, 291, 292, 293, 294, 299, 308, 452, 509, 526

Renonciation, 17, 86, 87, 88, 133, 143, 144, 160, 172, 173, 174, 175, 176, 177, 261, 272, 273, 274, 275, 276, 277, 278, 333, 341, 430, 484, 486, 487, 488, 530

Révision au fond, 20, 252, 316, 333, 334, 335, 336, 359, 381, 408, 440, 468, 469, 470, 471, 473, 479, 482, 491, 493, 494, 525, 533

S

Sanctions alternatives, 265, 266, 309

Sentence étrangère, 260, 320, 364, 446, 500, 501

T

Tierce opposition, 17, 294, 295, 296, 297, 298, 299, 300, 301, 302, 303, 304, 305, 306, 308, 510, 514, 533

Tiers à l'arbitrage, 17, 165, 166, 186, 190, 193, 280, 294, 295, 296, 298, 299, 300, 305, 432, 510, 514

Tribunal fédéral suisse, xiv, 31, 37, 53, 79, 203, 254, 270, 289, 317, 435, 437, 503, 504, 537

Sommaire

Remerciements ..... *xii*

Liste des principales abréviations ..... *xiv*

Sommaire ..... *xix*

Introduction *1*

Première partie : L'intervention du juge étatique en soutien de l'arbitrage *22*

Titre I. L'intervention du juge étatique en soutien de l'arbitrage, avant la constitution du tribunal arbitral **24**

Chapitre I. L'intervention du juge étatique dans la mise en place de la procédure arbitrale 25

Section I. L'intervention du juge étatique concernant le commencement de la procédure arbitrale 25

Sous-section I. L'intervention du juge étatique concernant la constitution et la composition du tribunal arbitral 26

§I. L'intervention du juge étatique dans la constitution du tribunal arbitral 26

A. Le droit français face aux difficultés de la constitution du tribunal arbitral 26

B. Le droit comparé face aux difficultés de la constitution du tribunal arbitral 29

§II. L'intervention du juge étatique concernant la récusation des arbitres 32

A. L'intervention du juge français pour la récusation des arbitres 33

B. L'intervention du juge étatique pour la récusation des arbitres en droit comparé 35

Sous-section II. L'autorité compétente pour intervenir concernant les difficultés procédurales 40

§I. L'identification du juge étatique compétent pour intervenir concernant les difficultés procédurales 40

A. La détermination de la compétence judiciaire internationale 41

B. Les pouvoirs du juge d'appui 44

§II. Le rôle du juge dans une procédure arbitrale institutionnelle 48

A. L'intervention limitée du juge étatique dans la procédure arbitrale institutionnelle 48

B. La nécessité d'une intervention renforcée du juge étatique dans la procédure arbitrale institutionnelle 54

Section II. L'intervention du juge étatique dans la maîtrise du temps de l'arbitrage 61

Sous-section I. L'intervention du juge étatique dans la prorogation du délai de commencement de la procédure arbitrale 61

§I. La problématique des clauses « time-bar » 61

§II. La prise en considération du comportement des parties dans la prorogation du délai du commencement de l'arbitrage 64

Sous-section II. L'intervention du juge étatique concernant la durée de la procédure arbitrale 67

§I. La durée de l'arbitrage : l'affaire des parties et du juge en droit français 67

A. La détermination de la durée de l'arbitrage 68

B. L'intervention du juge étatique pour la modification de la durée de l'arbitrage 70

§II. La maîtrise de la durée de l'arbitrage en droit comparé 75

Conclusion 79

Chapitre II. L'intervention du juge étatique du provisoire dans l'arbitrage, avant la constitution du tribunal arbitral 81

Section I. Le prononcé des mesures provisoires et conservatoires avant la constitution du tribunal arbitral 81

Sous-section I. La compétence du juge étatique pour prononcer les mesures provisoires et conservatoires 82

§I. L'admission de l'intervention du juge étatique de provisoire pour connaître les demandes de mesures provisoires et conservatoires 82

A. La nécessité de l'intervention du juge étatique pour la protection provisoire des justiciables 82

B. Le régime de l'intervention du juge étatique pour ordonner les mesures provisoires 87

1. Les modalités procédurales de l'intervention du juge du provisoire pour ordonner les mesures provisoires et conservatoires ... 88
2) Les conditions de l'intervention du juge du provisoire ... 91
§II. La limitation du domaine d'intervention du juge étatique pour la préservation de l'intérêt de l'arbitrage ... 93
A. Le risque de détournement de la procédure arbitrale au fond ... 93
B) Les solutions au problème de détournement de la procédure arbitrale au fond ... 94
Sous-section II. Les mesures provisoires et conservatoires dans le cadre de l'arbitrage ... 99
§I. La notion de mesures provisoires et conservatoires ... 99
§II. Différentes catégories de mesures provisoires et conservatoires ... 102
A. Les mesures provisoires et conservatoires garantissant l'effectivité de la sentence principale ... 102
1. Les mesures destinées à garantir l'exécution effective de la décision de justice à intervenir sur le fond ... 103
2. Les mesures d'anticipation de la décision principale sur le fond ... 106
B. Les mesures provisoires et conservatoires garantissant le bon déroulement de la procédure arbitrale ... 108
1. Les mesures visant à gérer et stabiliser les relations entre les parties pendant la procédure arbitrale ... 109
2. Les mesures destinées à l'administration des moyens de preuve ... 111
Section II. La compétence de l'arbitre d'urgence pour prononcer des mesures provisoires et conservatoires ... 112
Sous-section I. L'arbitrage d'urgence, la solution arbitrale au problème de mesures provisoires et conservatoires ... 113
§I. La mise en œuvre de l'arbitrage d'urgence ... 113
A. L'émergence de l'arbitrage d'urgence ... 113
B. Le déroulement de la procédure d'arbitrage d'urgence ... 118
§II. Les conditions de la mise en place de l'arbitrage d'urgence ... 123
A. La compétence *prima facie* de l'arbitre d'urgence ... 123
B. L'autonomie entre la procédure au fond et la procédure d'urgence ... 126
Sous-section II. La compétence parallèle du juge et de l'arbitre d'urgence ... 128
§I. La possibilité de cumul du recours à l'arbitre d'urgence et au juge étatique du provisoire ... 128
§II. La comparaison du pouvoir de l'arbitre d'urgence et du juge étatique de prendre des mesures provisoires et conservatoires ... 131
A. L'effet des mesures provisoires et conservatoires prises par l'arbitre d'urgence et le juge étatique ... 132
B. Le type des mesures prises par l'arbitre d'urgence et le juge étatique ... 135
Conclusion ... 143
Conclusion du Titre I ... 145

Titre II. L'intervention du juge étatique en soutien de l'arbitrage, après la constitution du tribunal arbitral ... 147
Chapitre I. L'intervention du juge étatique du provisoire dans la procédure arbitrale après la constitution du tribunal arbitral ... 148
Section I. La compétence complémentaire du juge et de l'arbitre pour prononcer des mesures provisoires et conservatoires ... 148
Sous-section I. La compétence de principe de l'arbitre pour prononcer des mesures provisoires et conservatoires ... 149
§1. L'admission de la compétence de principe de l'arbitre pour prononcer des mesures provisoires et conservatoires en droit français ... 149
A. L'admission du pouvoir de l'arbitre d'ordonner des mesures provisoires et conservatoires en droit français ... 149
B. L'étendue de la protection provisoire arbitrale ... 151
§II. L'admission de la compétence de principe de l'arbitre pour prononcer des mesures provisoires et conservatoires en droit anglais ... 153
Sous-section II. La compétence subsidiaire du juge étatique pour prononcer des mesures provisoires et conservatoires ... 154

§I. L'exclusion de la compétence du juge étatique pour prononcer des mesures provisoires et conservatoires 155
§II. L'intervention nécessaire du juge étatique pour prononcer certaines mesures provisoires et conservatoires 160
A. La compétence exclusive du juge étatique pour prononcer les mesures d'exécution . 161
B. La compétence exclusive du juge étatique concernant les preuves détenues par les tiers à l'arbitrage 162
Section II. La nécessité de l'élargissement du champ de compétence du juge étatique pour prononcer des mesures provisoires et conservatoires 167
Sous-section I. La nécessité de l'intervention du juge étatique pour la protection juridictionnelle des parties 167
§I. La possibilité de renonciation au recours au juge étatique concernant les mesures provisoires et conservatoires 167
A. La possibilité pour les parties de renoncer au recours au juge étatique du provisoire 168
B. La nécessité d'imposer certaines restrictions à la possibilité de la renonciation au recours au juge étatique du provisoire 170
§II. L'efficacité limitée de certaines mesures provisoires arbitrales 172
A. Les mesures *ex parte* dans la procédure arbitrale 173
1. La compétence de l'arbitre pour prononcer les mesures *ex parte* 173
2. L'efficacité limitée des mesures arbitrales prises *ex parte* 175
B. L'atteinte au droit à la protection juridictionnelle provisoire effective en raison de l'inefficacité des mesures provisoires arbitrales 177
Sous-section II. Le droit suisse : illustration de la compétence parallèle du juge étatique et de l'arbitre pour prononcer les mesures provisoires et conservatoires 179
§I. Les modalités de la mise en place de la compétence parallèle du juge et de l'arbitre pour prononcer les mesures provisoires et conservatoires 180
A. L'admission de la compétence parallèle du juge et de l'arbitre pour prononcer les mesures provisoires et conservatoires 180
B. L'articulation des décisions du juge et de l'arbitre concernant les mesures provisoires et conservatoires 182
§II. Les parties face au choix de l'autorité compétente pour prononcer les mesures provisoires et conservatoires 184
A. Les critères pris en considération par les parties pour choisir l'autorité compétente . 184
B. Les conditions de l'octroi des mesures provisoires et conservatoires devant le juge et l'arbitre 186
Conclusion 188
Chapitre II. L'intervention du juge étatique concernant l'exécution des mesures provisoires et conservatoires arbitrales 188
Section I. La détermination de la nature juridique de la décision arbitrale sur les mesures provisoires et conservatoires 191
Sous-section I. La qualification des décisions arbitrales concernant les mesures provisoires et conservatoires 191
§I. La qualification des décisions arbitrales sur les mesures provisoires et conservatoires en droit français 191
A. L'effet de la qualification de « sentence arbitrale » : l'ouverture du recours en annulation 192
B. L'effet de la qualification de « sentence arbitrale » : l'application de la Convention de New York 194
§II. La qualification des décisions arbitrales sur les mesures provisoires et conservatoires en droit comparé 196
A. La qualification des décisions arbitrales concernant les mesures provisoires et conservatoires par les droits nationaux 196
B. L'application de la Convention de New York aux mesures provisoires et conservatoires en droit comparé 198
Sous-section II. La qualification des décisions de l'arbitre d'urgence 202
§I. Les difficultés de la qualification des décisions de l'arbitre d'urgence 202
§II. Les réponses aux difficultés de la qualification des décisions de l'arbitre d'urgence 205

A. La qualification des décisions de l'arbitre d'urgence par la jurisprudence française ... 205
B. L'appui des institutions arbitrales sur la qualification de l'« arbitre » ... 207
Section II. Les difficultés d'exécution des mesures provisoires et conservatoires arbitrales ... 210
Sous-section I. L'intervention du juge étatique pour assurer l'exécution effective des mesures provisoires et conservatoires arbitrales ... 210
§I. Les modalités d'exécution des mesures provisoires et conservatoires arbitrales ... 210
A. La solution des droits nationaux au problème de l'exécution des mesures provisoires et conservatoires arbitrales ... 211
B. Le mécanisme particulier d'assistance du juge suisse à l'exécution des mesures provisoires et conservatoires arbitrales ... 215
§II. La conséquence du non-respect des mesures provisoires et conservatoires arbitrales ... 219
A. La sanction du non-respect des mesures provisoires et conservatoires arbitrales dans les droits nationaux ... 219
B. La solution des règlements d'arbitrage concernant le non-respect des mesures provisoires et conservatoires arbitrales ... 221
Sous-section II. L'intervention du juge étatique pour le contrôle et la modification des mesures provisoires et conservatoires arbitrales ... 223
§I. Le contrôle des mesures provisoires et conservatoires prises pendant la procédure arbitrale ... 223
§II. La modification des mesures provisoires et conservatoires : une nécessité pratique ... 225
A. La modification et révocation des mesures provisoires et conservatoires ordonnées par le tribunal arbitral ... 225
B. La modification et la révocation des mesures provisoires et conservatoires ordonnées par le juge étatique ... 228
Conclusion ... 231
Conclusion du Titre II ... 233

Conclusion de la première Partie ... 235

Deuxième partie : L'intervention du juge étatique aux fins de contrôle de l'arbitrage ... 237

Titre I. L'intervention du juge étatique lors de la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales ... 239
Chapitre I : Les voies procédurales de l'intervention du juge étatique aux fins de contrôle de la sentence arbitrale ... 241
Section I. La spécificité de l'organisation des voies de recours ordinaires contre la sentence ... 244
Sous-section I. Le recours en annulation ; la voie principale de recours contre la sentence arbitrale ... 245
§I. Le régime du recours en annulation contre la sentence arbitrale ... 245
A. Le régime du recours en annulation en droit français ... 245
B. Le recours en annulation en droit comparé ... 247
§II. L'absence d'effet suspensif du recours en annulation ... 250
A. L'absence d'effet suspensif du recours en annulation en droit français ... 250
B. L'absence d'effet suspensif du recours en annulation en droit anglais ... 256
§III. L'issue du recours en annulation contre la sentence arbitrale ... 258
A. La nécessité d'introduire des sanctions alternatives à l'annulation de la sentence ... 258
B. La résolution du litige après l'annulation de la sentence ... 261
Sous-section II. Le rôle des parties dans le régime des voies de recours contre la sentence arbitrale ... 263
§I. La possibilité de renonciation au recours en annulation ... 264
A. La possibilité de renonciation au recours en annulation en droit français ... 264
B. La possibilité de renonciation au recours en annulation en droit comparé ... 268
§II. L'appel contre l'ordonnance d'exequatur de la sentence ... 270
Section II. Le régime des voies de recours extraordinaires contre la sentence arbitrale ... 272
Sous-section I. Les voies de recours extraordinaires pour la lutte contre la fraude dans l'arbitrage ... 272
§I. La voie de recours en révision spécifiquement ouverte contre la fraude dans l'arbitrage ... 273
A. Le recours en révision contre la fraude dans l'arbitrage en droit français ... 273

B. Le recours en révision contre la fraude dans l'arbitrage en droit suisse 279
§II. La coordination des voies de recours ouvertes contre la fraude dans le cadre de l'arbitrage 283
Sous-section II. Les voies de recours extraordinaires au secours des tiers à l'arbitrage 285
§I. La tierce opposition pour la protection des intérêts des tiers à l'arbitrage 285
A. L'impossibilité de former une tierce opposition contre la sentence arbitrale 286
B. La tierce opposition formée contre une ordonnance d'exequatur 290
§II. Les autres mécanismes à la disposition des tiers contre la sentence arbitrale 295
Conclusion 297
Chapitre II : L'étendue du contrôle du juge étatique sur la sentence arbitrale 300
Section I. La divergence des motifs de contrôle des sentences arbitrales par le juge étatique 302
Sous-section I. Les motifs de contrôle des sentences arbitrales en droit français 303
§I. Les motifs de contrôle du juge de l'exequatur sur la sentence arbitrale 303
§II. Les motifs de contrôle du juge d'annulation sur la sentence arbitrale 306
A. La liste limitative des motifs de contrôle du juge d'annulation sur la sentence arbitrale 306
B. Le sort des sentences annulées dans leur pays d'origine en droit français 310
Sous-section II. Les motifs de contrôle des sentences arbitrales par le juge étatique en droit comparé 312
§I. L'étendue du contrôle des sentences arbitrales par le juge étatique en droit suisse 312
§II. L'étendue du contrôle des sentences arbitrales par le juge en droit anglais 314
A. Les motifs de contrôle des sentences arbitrales par le juge étatique en droit anglais 314
B. L'erreur sur un point du droit anglais : le motif de contrôle particulier du droit anglais 319
Section II. Le juge étatique ; juge du contrôle de l'indépendance et de l'impartialité de l'arbitre 325
Sous-section I. Le contrôle de l'indépendance et de l'impartialité du tribunal arbitral par le juge étatique en droit français 326
§I. Les modalités du contrôle de l'indépendance et de l'impartialité du tribunal arbitral par le juge étatique 326
A. Les recours contre la sentence sur le fondement de l'indépendance et de l'impartialité de l'arbitre 326
B. L'obligation de révélation ; le moyen de contrôle de l'indépendance et de l'impartialité de l'arbitre 331
§II. L'étendue de l'obligation de révélation de l'arbitre en France 334
A. L'appréciation de l'étendue de l'obligation de révélation par le juge 334
B. L'évaluation de la jurisprudence française concernant le contrôle de l'obligation de révélation de l'arbitre 340
Sous-section II. Le contrôle de l'indépendance et de l'impartialité du tribunal arbitral par le juge étatique en droit comparé 342
§I. Le contrôle de l'impartialité du tribunal arbitral par le juge anglais 343
§II. Le contrôle effectif de l'indépendance et de l'impartialité du tribunal arbitral en droit comparé 346
Conclusion 347
Conclusion du Titre I 349

Titre II. L'intervention du juge étatique aux fins de contrôle de la compétence du tribunal arbitral et du respect de l'ordre public international par la sentence 352
Chapitre I. Le contrôle du juge étatique sur la convention d'arbitrage 353
Section I. Le principe compétence-compétence 354
Sous-section I. La compétence du tribunal arbitral pour se prononcer sur sa propre compétence en droit français 355
§I. L'admission du principe compétence-compétence en droit français 355
A. Le sens premier du principe compétence-compétence 355
B. L'évolution du principe compétence-compétence en droit français de l'arbitrage international 357
§II. Les limites du principe compétence-compétence en droit français 362
A. Les exceptions à l'application de l'effet négatif du principe compétence-compétence 362

B. L'appréciation des exceptions à l'effet négatif du principe de compétence-compétence par la jurisprudence 367
C. La coordination limitée des rapports entre la justice étatique et la justice arbitrale par le principe compétence-compétence 373
Sous-section II. La compétence du tribunal arbitral pour se prononcer sur sa propre compétence en droit comparé 377
§1. L'admission variée du principe compétence-compétence en droit comparé 377
A. L'admission du principe compétence-compétence dans les textes internationaux 377
B. L'admission du principe compétence-compétence en droit suisse 381
§II. Le rejet de l'effet négatif du principe compétence-compétence en droit anglais 382
Section II. Le contrôle du juge étatique sur la validité de la convention d'arbitrage 388
Sous-section I. Le contrôle de la validité de la convention d'arbitrage par le juge français 389
§I. Le principe d'autonomie de la convention d'arbitrage 389
§II. L'appréciation de la validité de la convention d'arbitrage par le juge français 393
A. L'intensité du contrôle de la compétence du tribunal arbitral par le juge français 393
B. Les conditions de validité de la convention d'arbitrage 395
1. Le consentement des parties 395
2. La forme de la convention d'arbitrage 398
3. L'arbitrabilité du litige 398
4. La capacité des signataires 403
§III. Les effets de la convention d'arbitrage en droit français 406
A. La nature des effets de la convention d'arbitrage en droit français 407
B. Les personnes soumises aux effets de la convention d'arbitrage 409
1. La transmission de la convention d'arbitrage 409
2. L'extension de la convention d'arbitrage 410
Sous-section II. L'appréciation de la validité de la convention d'arbitrage en droit comparé 412
§I. Le contrôle de la validité de la convention d'arbitrage par le juge anglais 413
A. Le contrôle du juge anglais sur la compétence du tribunal arbitral 413
B. L'appréciation de l'applicabilité de la convention d'arbitrage en droit anglais 415
§II. Le contrôle de la convention d'arbitrage par le juge suisse 419
A. Le contrôle limité du juge suisse sur la compétence du tribunal arbitral 419
B. L'approche libérale du droit suisse envers l'extension de la convention d'arbitrage aux tiers non-signataires 421
Conclusion 423
Chapitre II. Le contrôle du juge étatique sur le respect de l'ordre public international par la sentence arbitrale 425
Section I. L'identification des règles d'ordre public international par le juge étatique 427
Sous-section I. La notion d'ordre public international français 427
§I. Les caractéristiques de la notion d'ordre public international 428
A. L'ordre public : une notion variable et relative 428
B. L'Ordre public et les lois de police 431
§II. Les composants de la notion d'ordre public international 435
A. L'ordre public substantiel 435
B. L'ordre public procédural 436
Sous-section II. L'émergence de la notion d'ordre public transnational 439
§I. Le contrôle du respect de l'ordre public transnational par le juge 439
A. La définition de l'ordre public transnational 439
B. L'ordre public transnational dans la jurisprudence française 441
§II. Le respect de l'ordre public transnational par l'arbitre 444
A. La nécessité du respect des règles d'ordre public par l'arbitre 445
B. Le choix de l'ordre public à respecter par l'arbitre 447
Section II. Le régime du contrôle de la conformité de la sentence à l'ordre public international par le juge français 448
Sous-section I. L'intensité du contrôle de la conformité de la sentence à l'ordre public international par le juge étatique 449
§I. Le contrôle minimaliste du juge sur le respect de l'ordre public international par la sentence 449

A. L'adoption de l'approche minimaliste par la jurisprudence française concernant le contrôle du respect de l'ordre public international 449
B. Le critique de l'approche minimaliste de la jurisprudence française concernant le contrôle du respect de l'ordre public par la sentence 451
§II. L'évolution de la jurisprudence concernant le contrôle du respect de l'ordre public international par la sentence 456
A. Les critères du contrôle de la conformité de la sentence à l'ordre public international par le juge 456
B. Les moyens à la disposition du juge pour effectuer le contrôle de la conformité de la sentence à l'ordre public international 459
Sous-section II. La possibilité de renonciation au contrôle de la conformité de la sentence à l'ordre public international par le juge 466
§I. La possibilité de renonciation à se prévaloir des principes d'ordre public de protection 467
§II. L'étendue de la possibilité de renonciation des parties à se prévaloir de l'ordre public de protection 470
Section III. Le contrôle de la conformité de la sentence à l'ordre public international ; une approche comparée 472
Sous-section I. Le contrôle de la conformité de la sentence à l'ordre public par le juge administratif 472
§I. L'intensité du contrôle de la conformité de la sentence à l'ordre public par le juge administratif 472
§II. L'identification des règles d'ordre public 477
Sous-section II. Le contrôle de la conformité de la sentence à l'ordre public en droit comparé 478
§I. Le contrôle de la conformité de la sentence à l'ordre public international par le juge anglais 479
§II. Le contrôle de la conformité de la sentence à l'ordre public international par le juge suisse 484
Conclusion 487
Conclusion du Titre II 489
Conclusion de la Deuxième Partie 491
Conclusion générale 494
Bibliographie 499
Index alphabétique 531