

Arbitrage international-principes-Brasilia-2023-version finale

Cour Suprême de Justice (STJ) et Cour Suprême Fédérale (STF)

Colloque « Arbitragem e poder judiciario »

27 et 28 novembre 2023

Jean-Pierre Ancel (France)

Le droit français de l'arbitrage international, un environnement juridique favorable

Résumé -

Le droit français est, de longue date, favorable à l'arbitrage, spécialement à l'arbitrage international, considéré comme le mode normal de règlement des litiges du commerce international.

En France, le rôle du juge a été déterminant, accompagnant et parfois précédant les textes qui ont réformé le droit français de l'arbitrage international, d'abord le décret du 12 mai 1981, puis celui du 13 janvier 2011, principalement en intégrant dans les textes les acquis de la jurisprudence.

Cette faveur pour l'arbitrage s'exprime dans trois principes fondateurs qui peuvent s'exprimer ainsi :

1- un principe d'autonomie-validité de la clause d'arbitrage international, déduit du régime juridique particulier de cette convention, et son corollaire, le principe compétence-compétence
(1ère intervention : STJ, lundi 27 novembre 2023)

2- un rôle décisif du juge, pour coopérer à l'arbitrage et contrôler la sentence,

3- un statut juridique spécifique de la sentence internationale qui consacre l'arbitrage comme un système juridictionnel autonome.

(2de intervention : STF, mardi 28 novembre 2023)

*

1ère intervention – STJ, lundi 27 novembre 2023

Le principe compétence-compétence en droit français de l'arbitrage

L'arbitrage international est l'institution qui permet de résoudre les litiges relatifs aux échanges économiques internationaux, au-delà des particularismes des législations nationales et des difficultés de détermination d'un juge compétent. Il est donc essentiel d'établir un véritable statut international de cet arbitrage, afin d'assurer sa pleine efficacité.

La première exigence pour l'instauration d'un statut de l'arbitrage international est d'assurer l'efficacité de la convention d'arbitrage.

En droit français, ce sont les juges qui ont consacré la validité de la clause d'arbitrage international, dès 1963, dans un contexte législatif hostile – puisque le code civil édictait à l'époque la nullité de principe de la clause compromissoire, qui n'était admise qu'en matière commerciale.

Il a fallu en effet attendre la *loi du 15 mai 2001* pour que l'article 2061 du code civil soit réformé afin d'admettre la validité de la clause d'arbitrage dans les contrats concernant une activité professionnelle.

L'évolution du droit français de l'arbitrage s'est faite à partie de la grande réforme de 1980-81 (*décret du 12 mai 1981* sur l'arbitrage international) jusqu'au *décret du 13 janvier 2011*, qui a réformé le droit de l'arbitrage, principalement en intégrant dans les textes les acquis de la jurisprudence.

*

Le droit français de l'arbitrage international s'est construit autour de quelques principes fondateurs, règles essentielles de source jurisprudentielle, concernant tant la convention d'arbitrage que l'instance et la sentence arbitrales, le tout formant ce que l'on peut appeler *le système français de l'arbitrage international*.

L'examen de ces principes directeurs – à travers l'expérience du juge – va mettre en lumière deux questions théoriques importantes : la source du pouvoir de juger reconnu à l'arbitre international et l'émergence d'un véritable ordre juridique ou juridictionnel arbitral consacrant l'autonomie de la justice arbitrale internationale.¹

¹ Référence est ici faite à l'ouvrage d'Emmanuel Gaillard « *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international* »,

Les principes directeurs du droit français de l'arbitrage international s'énoncent en trois propositions :

- 1- un **principe de validité de la clause d'arbitrage international**, déduit du régime juridique spécifique de cette convention, et son corollaire le **principe compétence-compétence**
- 2- un **rôle décisif du juge étatique**, pour **coopérer à l'arbitrage**, et pour le **contrôle de la sentence**
- 3- un **statut juridique de la sentence internationale** qui consacre l'arbitrage comme un **système de juridiction internationale autonome**

*

Examinons d'abord le premier de ces principes.

1- **le principe de validité de la clause d'arbitrage international, fondement de l'application stricte de l'effet négatif du principe compétence-compétence**

L'arbitrage étant devenu le mode habituel de règlement des litiges économiques internationaux, il fallait, pour assurer la sécurité juridique de ces échanges, instaurer un régime spécifique applicable à la clause d'arbitrage stipulée dans les contrats internationaux, afin de protéger cette clause contre les contestations dilatoires, spécialement en cas de remise en cause de la validité du contrat qui la stipule.

C'est ainsi que le juge français a élaboré le principe dit de **l'autonomie de la clause d'arbitrage international**, qui a évolué vers un **principe de validité** de cette clause.

La règle a été posée par un célèbre arrêt de la Cour de cassation de 1963 (**7 mai 1963 -Gosset-** Bull. N°246, Rev crit dip 63, 614, note Motulsky) :

« En matière d'arbitrage international l'accord compromissoire (..) présente toujours une complète autonomie juridique, excluant qu'il puisse être affecté par une éventuelle invalidité dde l'acte juridique qui le contient »

Ainsi était consacré un des **principes fondateurs** du droit de l'arbitrage international,

édité apr l'Académie de droit international de La Haye.

actuellement très largement accueilli en droit comparé.

Il ne s'agit de rien moins que d'une affirmation de la validité intrinsèque de la clause d'arbitrage, en tant qu'expression de la volonté des contractants.

Une nouvelle expression, radicale, en a été donnée par l'arrêt *Hecht* du **4 juillet 1972**, Bull. N°175, Rev Arb 74, 89, qui affirme :

« En matière d'arbitrage international, l'accord compromissaire présente une complète autonomie juridique. La clause compromissaire insérée dans un contrat international doit donc recevoir application et ce, quand bien même elle serait prohibée par la loi française du contrat. »

Enfin, la règle a été précisée par l'arrêt *Dalico*, du **20 décembre 1993**, Bull.n°372, Rev Arb 94, 116 :

« En vertu d'une règle matérielle du droit international de l'arbitrage, la clause (d'arbitrage) est indépendante juridiquement du contrat principal qui la contient, directement ou par référence, et 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. »

Plusieurs observations s'imposent :

- La Cour de cassation n'hésite pas à formuler « *une règle matérielle du droit international de l'arbitrage* » (et non une règle matérielle du droit français de l'arbitrage international – ce qu'elle est, bien entendu). Il faut y voir la volonté de constituer un ensemble de règles non-étatiques, transnationales, pour régir l'institution arbitrale dans le domaine international.
- Le principe d'autonomie de la clause d'arbitrage va avoir – dans le développement de la jurisprudence – **trois effets** :

1- effet d'immunité : la clause d'arbitrage n'est pas affectée par la nullité du contrat principal .

C'est l'affirmation - implicite mais déjà contenue dans l'arrêt Hecht précité - d'une **validité de principe** de la clause d'arbitrage internationale : la clause est valable du seul fait de la volonté des contractants.

C'est ce que va affirmer clairement l'arrêt *Zanzi*, du **5 janvier 1999**, Bull. N°2, Rev Arb 99, 260, note Ph.Fouchard.

Cet arrêt vise « *le principe de validité de la clause d'arbitrage international, sans condition de commercialité* », et la Cour de cassation en déduit que l'article 2061 du code civil (qui, à l'époque prohibait la clause d'arbitrage en matière civile) est « *sans application dans l'ordre international* » - ce qui est encore une preuve de la volonté de construire un régime juridique autonome pour l'arbitrage international.

*

– 2 - effet d'émancipation

La clause d'arbitrage internationale est dotée d'un régime juridique d'autonomie (du grec *autos* = soi-même, et *nomos* = loi ; la clause a donc sa propre loi, qui n'est pas une loi étatique).

La conséquence en est que l'appréciation de l'existence ou de la validité de la convention d'arbitrage est faite par référence à la seule volonté des contractants, sans avoir à mettre en œuvre la règle de conflit de lois pour déterminer la loi étatique applicable. La référence à un droit étatique n'est pas nécessaire.

Cet effet d'émancipation a un double aspect :

- la clause d'arbitrage est d'abord émancipée du système des conflits de lois. La méthode conflictualiste est évincée au profit d'une **règle matérielle**, qui énonce directement la norme applicable.
- La clause est émancipée de tout système de droit étatique ; elle est véritablement de nature internationale, expression parfaite de l'autonomie de la volonté en matière contractuelle : c'est la volonté des contractants qui crée le lien de droit.

Cette émancipation a cependant une limite naturelle :

- les **règles impératives du droit français** . Il faut entendre par là, non pas les lois françaises d'ordre public interne, mais les lois qui ont le caractère de **lois de police**, c'est à dire celles qui expriment les règles essentielles à l'ordre social et économiques ;
- l'**ordre public international**, qui peut intervenir pour invalider une convention d'arbitrage qui heurterait les valeurs juridiques fondamentales (exemple d'une convention organisant une corruption ou couvrant des activités illicites).

*

Ce **principe d'autonomie-validité** de la clause d'arbitrage international a un contenu théorique d'une grande portée.

Il consacre **la source contractuelle et transnationale** du pouvoir de l'arbitre international. L'arbitre tient son pouvoir de juger de la volonté des contractants, exprimée dans une convention sans rattachement à un système de droit étatique – ce qui situe l'arbitre international dans un espace juridique transnational. Il pourra ainsi au besoin faire application de règles juridiques non-étatiques.

*

La validité-autonomie de la clause d'arbitrage, qui lui confère une efficacité accrue, va permettre à la fois l'**extension de ses effets** à des parties non signataires, et sa **transmission contractuelle**.

C'est le **3ème effet** du principe d'autonomie-validité :

*

3- effet mobilisateur (ou effet d'attraction)

Cet effet autorise l'extension de ses effets et facilite sa transmission contractuelle.

– *Extension des effets de la clause d'arbitrage*

La règle définie par le juge énonce que la clause d'arbitrage doit avoir effet à l'égard de tout intervenant impliqué dans l'exécution du contrat qui la contient, dès lors qu'il est établi que ce « tiers » an avait nécessairement connaissance et y a tacitement consenti.

C'est l'arrêt *Alcatel*, du **27 mars 2007** qui énonce la règle générale :

« l'effet de la clause d'arbitrage international s'étend aux parties directement impliquées dans l'exécution du contrat et les litiges qui peuvent en résulter. »

La même extension de l'effet obligatoire de la clause d'arbitrage est appliquée aux groupes de contrats, lorsqu'un seul des contrats stipule la clause :

Arrêt *Ouralkali*, du **30 mars 2004**, Bull.n°95. Il s'agissait de deux contrats indissociables en vue d'assurer la visibilité économique de l'affaire, dont l'un seulement stipulait une clause d'arbitrage – déclarée applicable à l'ensemble contractuel.

*

- *transmission contractuelle de la clause d'arbitrage*

Il ne suffit pas, pour assurer sa pleine efficacité, d'étendre l'effet obligatoire de la clause d'arbitrage à tous les intervenants et à l'ensemble contractuel, il convient également d'assurer sa transmission contractuelle.

– *Taurus Films*, **8 février 2000**, Bull n°36 :

« 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 »

La clause d'arbitrage, juridiquement indépendante en tant que convention spéciale *de procédure*, distincte des clauses substantielles, est transmise avec le contrat en tant qu'**accessoire indispensable** à l'exécution du contrat, exprimant le **droit d'action** (devant l'arbitre) des contractants.

Le droit d'action (droit de soumettre tout litige à l'arbitrage) se trouve donc transmis avec les droits substantiels contenus dans le contrat principal.

Arrêts *Peavey*, **6 février 2001**, Bull n°22
Alcatel (précité)

*« dans une chaîne de contrats translatifs,, la clause d'arbitrage international
« se transmet avec l'action contractuelle (Peavey)*

« est transmise de façon automatique en tant qu'accessoire du droit d'action, lui-même accessoire du droit substantiel transmis, sans incidence du caractère homogène ou hétérogène de cette chaîne (*Alcatel*)

La formulation de la règle mérite quelques explications :

- = il n'y a aucune incompatibilité logique entre la transmission de la clause comme accessoire du contrat et son autonomie, car cette autonomie ne concerne que le régime juridique de la clause (licéité, validité) et n'affecte pas son caractère d'accessoire du contrat principal en tant que convention de procédure, distincte par sa nature, mais intégrée dans l'ensemble contractuel, où elle est l'expression du droit d'action (possibilité de faire valoir son droit devant l'arbitre)
- = la transmission est dite « automatique » - terme peu juridique, mais qui souligne que cette transmission est faite sans manifestation spéciale de volonté.
- = la transmission n'est pas limitée aux chaînes de contrats « homogènes » (par exemple, une série de contrats de vente – ce qui avait été précédemment jugé). Il est apparu que l'exigence d'homogénéité des contrats n'avait pas de véritable justification, l'essentiel étant qu'il y ait transmission à un ayant-droit.
- = la règle assure la circulation de la convention d'arbitrage, indispensable dans les relations économiques internationales, qui concernent souvent de nombreux intervenants, avec une pluralité et une diversité de contrats. Ce qu'il convient de vérifier, c'est l'existence d'un véritable *ensemble contractuel*, liant des partenaires ayant des intérêts communs, et une transmission juridiquement établie.

*

Enfin deux règles, d'une très grande importance, sont liées au principe d'autonomie-validité de la clause d'arbitrage :

- la règle de **compétence-compétence**
- l'arbitrabilité des litiges concernant les **personnes morales de droit public**

1- le principe compétence-compétence

Nous nous situons toujours dans la logique du principe de validité de la clause d'arbitrage. La clause étant a priori valable, elle « doit recevoir application », selon l'expression de l'arrêt *Hecht* (1972-précité), et investir l'arbitre de sa mission de juge.

Il en découle logiquement la règle selon laquelle **il appartient à l'arbitre de statuer sur sa propre compétence**, c'est à dire sur l'existence et la validité de la clause qui l'investit de son pouvoir.

L'arbitre a donc compétence sur sa compétence, d'où l'expression de *principe compétence-compétence*, désormais adoptée par la Cour de cassation.

Ce principe a un **effet positif** : l'arbitre doit statuer en priorité sur sa compétence, et un **effet négatif** : la juridiction étatique n'a pas le pouvoir de statuer sur ce point avant que l'arbitre ne se soit prononcé.
(articles 1465 et 1448 du code de procédure civile)

Le juge français fait une application très strict de cet effet négatif : il interdit au juge étatique de statuer, ce qui signifie qu'il n'existe pas, en droit français de l'arbitrage, d'action en justice pour faire juger de la validité d'une convention d'arbitrage. L'arbitre dispose, à cet égard, d'une priorité absolue.

Une seule exception est prévue par les textes : la constatation par le juge saisi d'une **nullité** ou d'une **inapplicabilité manifestes** de la convention d'arbitrage.

Exemple d'inapplicabilité manifeste :

L'arrêt *CSF*, **4 juillet 2006** : cas de deux contrats entre les mêmes parties, l'un avec une clause d'arbitrage, l'autre avec une clause attributive de juridiction à un tribunal étatique : la clause d'arbitrage est manifestement inapplicable à ce second contrat, dans lequel les contractants ont manifesté une volonté contraire à l'arbitrage.

La règle de l'effet négatif est exprimée clairement par le juge :

Arrêt *Groupama*, **26 novembre 2006** :

« *la combinaison des principes de validité de la clause d'arbitrage international et de compétence-compétence interdit au juge étatique de statuer sur l'existence, la validité et l'étendue de la clause d'arbitrage avant que l'arbitre ne se soit prononcé sur ce point, sauf nullité ou inapplicabilité manifeste de la clause.* »

L'application très stricte (impitoyable) de cette règle par le juge français constitue une garantie majeure d'efficacité de la convention d'arbitrage et de bon fonctionnement de l'arbitrage international.

*

2- L'arbitrabilité des litiges concernant les personnes morales de droit public

Cette question est l'objet, en France, d'un débat intense, à propos de la compétence de la juridiction appelée à statuer en matière d'arbitrage international concernant un contrat administratif.

Jusqu'à une date récente, il était admis que le contentieux de l'arbitrage international relevait

de la compétence judiciaire.

C'est ce qu'affirme l'arrêt **Galakis, 2 mai 1966**, Bull n°256, Rev. Crit. DIP 67, 553, note B.Goldman :

La Cour de cassation statue sur un contrat international liant l'Etat à un armateur étranger, et faisant l'objet d'un arbitrage international.

Un arrêt du Tribunal des Conflits (**Inserm**, 17 mai 2010, Rev. arb. 2010,275) a semé le trouble, car, tout en affirmant la compétence de principe des juridictions judiciaires en matière d'arbitrage international, il avait fait une exception concernant les matières relevant de « l'ordre public administratif », ce qui semblait ouvrir la voie à une dualité de compétence judiciaire et administrative, en matière d'arbitrage international.

Le Conseil d'Etat a récemment repris cette solution (**CE, 19 avril 2013**, Rev. Arb. 13, som p.540, et texte p. 760, note M.Laazouzi) à propos d'une sentence rendue en matière de marchés publics, matière qui relève « *d'un régime administratif d'ordre public* », imposant la compétence du juge administratif français pour l'exequatur de la sentence rendue à l'étranger, ce juge étant en revanche incompétent pour statuer sur le recours contre une telle sentence.

Il est permis de penser qu'une telle solution apparaîât inopportune et peu praticable .

C'est bien ce que semblent avoir écarté les rédacteurs du décret du 13 janvier 2011 lorsqu'ils ont écrit dans leur Rapport au Premier ministre, à propos de l'arbitrage international que la réforme n'entendait pas remettre en cause « *la jurisprudence selon laquelle les Etats ou leurs émanations ne sauraient se prévaloir de leur propre droit pour échapper à l'application d'une convention d'arbitrage librement consentie* ».

Cette jurisprudence résulte de l' arrêt **Galakis**, qui vient d'être cité à propos de la compétence. Cet arrêt affirme l'arbitrabilité du litige concernant un contra international passé par l'Etat « *pour les besoins et dans des conditions conformes aux usages du commerce international* » (maritime, en l'espèce).

C'est ici encore, la manifestation du principe de validité de la clause d'arbitrage international.

L

C'est également l'expression du pragmatisme qui irrigue tout le droit de l'arbitrage international : l'Etat qui signe une clause d'arbitrage, parce qu'il agit en négociant international, doit, d'une part, honorer sa signature et, d'autre part, se soumettre aux règles du négoce international, en exécutant de bonne foi la convention qu'il a conclue.

**

seconde intervention : STF, mardi 28 novembre 2023

Le système français de l'arbitrage international, un environnement juridique favorables

En examinant les 2ème et 3èmes principes fondateurs du droit français de l'arbitrage international, nous pourrions constater comment s'est construit un environnement résolument favorable au développement de cet arbitrage.

2- 2ème principe directeur du droit français de l'arbitrage international (le juge coopérant à l'arbitrage, et garant de la qualité de la justice arbitrale)

Bien que, formellement, la **Convention Européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales** ne s'applique pas à l'arbitrage, il n'est pas douteux que les garanties du **procès équitable** (article 6.1 de la Convention) doivent être assurées dans le procès arbitral, puisque la justice arbitrale est une forme reconnue de justice.

Le **décret du 11 janvier 2011** réaffirme que la procédure arbitrale doit respecter les règles fondamentales de procédure (**Art.1464**, respect des *principes directeurs du procès* énoncés par le code de procédure civile).

Il y ajoute une obligation, faite aux parties et aux arbitres d'agir « **avec célérité et loyauté dans la conduite de la procédure** ». (même article, alinéa3).

Et dans les dispositions relatives à l'arbitrage international, le décret rappelle les principes fondamentaux de la procédure :

Art.1510. « *Quelle que soit la procédure choisie, le tribunal arbitral garantit l'égalité des parties et respecte le principe de la contradiction.* »

Le décret consacre aussi une règle nouvelle de procédure – inspirée de la jurisprudence, qui l'avait consacrée dès le début des années 2000 :

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

On reconnaît ici une règle inspirée de l'*estoppel*, et consacrée par la loi-type CNUDCI (article

4) sous l'intitulé : « renonciation au droit de faire objection ».

*

L'intervention du juge comme garant de la qualité du procès arbitral prend deux formes :

- la **coopération du juge** (*le juge d'appui*)
- le **contrôle de la régularité de la sentence** (*le recours en annulation*)

*

- **la coopération du juge**

Cette coopération, indispensable au fonctionnement de tout système d'arbitrage, est l'oeuvre du **juge d'appui**, dont l'existence et les fonctions – reconnues de longue date par la jurisprudence – ont été consacrées par le **décret du 13 janvier 2011**. Le juge d'appui peut intervenir à deux moments de l'arbitrage :

- pour la **constitution du tribunal arbitral**, lorsqu'une difficulté se présente (refus de désigner un arbitre, décès ou indisponibilité d'un arbitre). Le recours au juge est indispensable pour dénouer la situation de crise. Il en est de même pour la **récusation** d'un arbitre, ou pour obtenir une **prorogation du délai d'arbitrage** (situation très fréquente en pratique).
- Pour l'arbitrage international, le juge d'appui est le **président du tribunal de grande instance de Paris** (*Art. 1505*).
- Dans l'exercice de sa mission de coopération et d'assistance à l'arbitrage, le juge d'appui français s'est montré particulièrement actif et inventif.

Le meilleur exemple en est donné par une décision récente : l'arrêt **NIOC (1er février 2005)** Rev.crit.DIP 95, 145 note Th.Clay. Cet arrêt reconnaît au juge d'appui français le pouvoir de désigner un arbitre lorsque la situation procédurale révèle un risque de **déni de justice**, l'une des parties se trouvant dans l'impossibilité de trouver un juge (arbitral ou étatique).

L'existence du déni de justice est une justification suffisante pour que le juge français – garant du procès équitable et donc, de l'accès à un juge – soit tenu d'intervenir pour faire cesser une situation intolérable au regard de l'éthique du juge.

Ainsi, la Cour de cassation a reconnu l'existence d'un **droit à l'arbitre** – comme il existe un droit au juge. Il est permis d'y voir également la consécration de l'arbitre international comme une véritable juridiction internationale, participant à un ordre juridictionnel international au sens plein du terme (nous reviendrons plus loin sur ce point, à propos de la sentence internationale).

- Ce rôle éminent du juge d'appui de Paris a été consacré par le décret du 13 janvier 2011 (*Art.1425,4°*).

*

- Le juge peut intervenir aussi en cours d'arbitrage. Ce n'est plus le juge d'appui, proprement

dit, mais le **juge des référés**, que nous appellerons **juge d'appoint**. Cette compétence est reconnue de longue date par la jurisprudence, soit pour ordonner des mesures **provisoires ou conservatoires**, soit pour accorder une **provision** :

« en l'absence de volonté contraire des parties recourant à un arbitrage international, l'existence d'une convention d'arbitrage (...) n'exclut pas, en cas d'urgence, la compétence exceptionnelle du juge des référés pour accorder une provision lorsque la créance n'est pas sérieusement contestable. »
(*Horeva*, 6 mars 1990, *Bull.n°64*)

Ici encore, le juge n'intervient que ponctuellement, sans jamais se substituer à l'arbitre, qui détient seul le pouvoir de juger le fond du litige.

Enfin il faut mentionner une innovation du décret de 2011 : la possibilité d'avoir recours au juge pour obtenir la production d'une pièce essentielle par un tiers (*Art.1469*).

*

Ce qu'il faut retenir de l'intervention du juge en cours d'arbitrage, c'est l'interdiction faite au juge de toute immixtion dans le déroulement de la procédure arbitrale. Ainsi, le juge étatique n'a pas le pouvoir d'ordonner la suspension de l'arbitrage. Ses pouvoirs sont strictement délimités par les textes.

*

– **le contrôle de la régularité de la sentence**
(*le juge garant de la qualité de la justice arbitrale*)

C'est l'intervention majeure du juge : le contrôle de la régularité de la sentence internationale.

= Pour les sentences rendues en France, ce recours est le **recours en annulation**, seul recours possible, à l'exclusion de l'appel de la sentence (*Art.1518* : *«La sentence rendue en France en matière d'arbitrage international ne peut faire l'objet que d'un recours en annulation. »*).

Il s'agit là d'une règle du droit de l'arbitrage international, consacrée notamment par la loi-type CNUDCI (21 juin 1985) : *Art.34.1* : *«Le recours formé devant un tribunal contre une sentence arbitrale ne peut prendre la forme que d'une demande d'annulation... »*

Cette règle de l'interdiction de l'appel a une justification évidente, surtout en matière internationale : il est paradoxal de soumettre, par voie d'appel, au juge étatique, la sentence rendue par une juridiction arbitrale, désignée précisément pour écarter le juge étatique. De plus, en matière internationale, le juge étatique du siège de l'arbitrage – ou du lieu de l'exécution en France – n'aura, le plus souvent, aucun lien avec le litige, donc aucune compétence internationale pour statuer.

= pour les sentences rendues à l'étranger, le recours prend la forme de l'**appel de la décision d'exequatur** de la sentence.

Mais, dans les deux cas, le recours est le même, il n'est ouvert que dans les **cinq cas** prévus par l'**article 1520** .

Avant d'examiner ce recours, deux précisions importantes s'imposent , pour souligner deux innovations de la réforme de 2011:

- la première est le renforcement du caractère exécutoire de la sentence arbitrale internationale, par l'affirmation de son caractère exécutoire de plein droit : **Art.1526** « *Le recours en annulation formé contre la sentence et l'appel de l'ordonnance ayant accordé l'exequatur ne sont pas suspensifs.* »
- la seconde est la faculté donnée aux parties de **renoncer au recours en annulation** contre les sentences rendues en France (**Art.1522**), à condition que cette renonciation soit expresse et résulte d'une convention spéciale.

*

Examen des **cinq cas d'ouverture** du recours :

1- L'arbitre s'est déclaré à tort compétent ou incompétent

Ce cas concerne le vice radical d'une sentence rendue hors de toute convention d'arbitrage valable, ce qui a pour effet de priver l'arbitre de tout pouvoir de juger.

Deux observations :

- le juge n'intervient qu'après que l'arbitre se soit prononcé en priorité sur sa propre compétence, en vertu du principe *compétence-compétence*.
- L'appréciation de l'existence et de la validité dde la convention d'arbitrage sera faite sans référence nécessaire à un droit étatique, par la seule recherche dde l'existence d'une volonté des contractants (jurisprudence **Dalico**,précité).

La contestation pourra porter sur quatre points :

1- **l'existence** de la convention d'arbitrage, qui sera contestée de la part de parties faisant valoir qu'elles ne l'ont pas signée(situation fréquente dans les groupes de sociétés ou les groupes de contrats).

Sur ce point, la jurisprudence française apporte des réponses favorables à l'application de la convention d'arbitrage, soit par extension de son effet obligatoire aux divers intervenants, soit pas l'effet de sa transmission contractuelle.

2- **la validité** de la convention est souvent contestée, soit pour **inarbitrabilité** du litige, subjective (la personne n'avait pas la capacité ou le pouvoir de compromettre) soit objective (la matière litigieuse n'est pas arbitrable), soit pour **vice interne** de la convention (vice du consentement).

3- **l'expiration** de la convention d'arbitrage, la sentence ayant été rendue alors que le délai d'arbitrage était expiré.

4- **l'inapplicabilité** de la convention à l'égard d'une partie qui soutient que la convention d'arbitrage ne la concerne pas.

Là encore, la jurisprudence admet le cas de l'acceptation tacite de la clause d'arbitrage.

*

2- le tribunal arbitral a été irrégulièrement constitué

Le respect de la convention d'arbitrage exige que l'arbitre (le tribunal arbitral) ait été désigné conformément à la convention, et que l'arbitre désigné réponde exigences de la fonction : c'est ici que peut intervenir le débat sur *l'indépendance* et *l'impartialité* de l'arbitre.

La jurisprudence française donne cette définition de **l'indépendance** de l'arbitre :

« L'indépendance de l'arbitre est de l'essence de sa fonction juridictionnelle, en ce sens que, d'une part, il accède dès sa désignation au statut de juge, exclusif de tout lien de dépendance notamment avec les parties, et que, d'autre part, les circonstances invoquées pour contester cette indépendance doivent caractériser, par l'existence de liens matériels ou intellectuels, une situation de nature à affecter le jugement de l'arbitre en constituant un risque certain de prévention à l'égard de l'une des parties à l'arbitrage. »

Egalement (**Dutco, Paris, 5 mai 1989**, Rev. Arb.89, 723, note P.Bellet) :

L'arbitrage trouve son fondement légal dans la convention des parties et sa valeur juridictionnelle dans l'indépendance des arbitres et le respect des principes fondamentaux du procès, expression des exigences de l'ordre public international » « l'arbitre choisi étant, dès sa désignation (...) pleinement investi du pouvoir de juger, échappant ainsi au domaine contractuel pour accéder au statut de juge, exclusif par nature de toute dépendance à l'égard des parties, et dont l'indépendance constitue la garantie de la stricte égalité des parties dans le déroulement du procès. »

Exemple de manque d'indépendance : l'arbitre ayant été consultant rémunéré d'une société du groupe auquel appartient l'une des parties (**Paris, 9 avril 1992**, Rev. Crit. DIP 93, som.760)

Exemple d'indépendance reconnue : le cas de deux *barristers* anglais, appartenant à la même « *chambers* », l'un étant le conseil d'une partie et l'autre, arbitre désigné. La cour d'appel de Paris a jugé que cette situation n'était pas de nature à affecter l'indépendance de l'arbitre (**Paris, 28 juin 1991**, Rev. Arb. 92, 568., note P.Bellet) , *»s'agissant de la mise en commun de locaux et de collaborateurs, sans création de liens professionnels impliquant une quelconque dépendance économique ou intellectuelle. »*

*

L'**impartialité** de l'arbitre est souvent mise en cause dans le cas d'une personne désignée à de nombreuses reprises par la même société en qualité d'arbitre dans le même type de litiges (grande distribution, notamment).

La jurisprudence exige de l'arbitre, en pareil cas, qu'il révèle cette situation aux parties dès sa désignation, tout en précisant que le juge qui entend récuser cet arbitre explique « *en quoi ces éléments (non révélés) étaient de nature à provoquer dans l'esprit des parties un doute raisonnable quant à l'impartialité de l'arbitre et à son indépendance* » (*Neoelectra*, 10 octobre 2012, Rev. Arb. 13, 129, note Ch. Jarrosson).

*

3- méconnaissance de sa mission par l'arbitre

C'est un cas d'annulation en apparence très général : l'arbitre ayant reçu mission de juger, s'il a mal jugé, il a méconnu sa mission !

Le juge français a très tôt précisé que ce grief n'avait « *pas pour objet la révision au fond de la sentence* », mais seulement de « *vérifier si les arbitres sse sont ou non, sur les points où leur sentence est critiquée, conformés à leur mission, sans avoir à apprécier le bien-fondé de leur décision.* » (*Paris*, 12 mars 1985, Rev. Arb. 85, 299, note E.Loquin).

La question est souvent posée à propos de l'**amiable composition**.

Lorsque les arbitres ont reçu le pouvoir d'amiable composition, ils doivent statuer **en équité**, c'est à dire qu'ils doivent se référer à l'équité dans leur sentence, sauf à méconnaître leur mission.

A l'inverse, l'arbitre qui a reçu mission de statuer en droit, ne peut pas se référer à l'équité, sous peine de voir sa sentence annulée.

En matière internationale, la question a été posée à propos de l'application, par un arbitre investi de la mission de statuer en droit, de règles transnationales (*lex mercatoria*).

La Cour de cassation a clairement affirmé qu'en faisant application de règles issues de la *lex mercatoria*, l'arbitre avait statué en droit :

Valenciana, 22 octobre 1991, Rev. Arb. 92, 457, note P. Lagarde :

« *En se référant à l'ensemble des règles du commerce international dégagées par la pratique et ayant reçu la sanction des jurisprudences nationales,, l'arbitre a statué en droit ainsi qu'il en avait l'obligation conformément à l'acte de mission(...) dès lors, il n'appartenait pas à la cour d'appel, saisie du recours en annulation, de contrôler les conditions de détermination et de mise en œuvre par l'arbitre de la règle de droit retenue.* »

(noter le terme de « *règle de droit* » préféré à « *loi* » quant à la détermination des normes

applicables au fond en matière d'arbitrage international. C'est la terminologie des textes : **Art.1511** : «*Le tribunal arbitral tranche le litige conformément aux règles de droit que les parties ont choisies ou, à défaut, conformément à celles qu'il estime appropriées.* »)

*

4- **violation du principe de la contradiction**

Il faut entendre ce moyen d'annulation comme recouvrant le principe général de *respect des droits de la défense* – qui, on le sait n'est pas énoncé dans les textes de droit interne français.

Le décret du 13 janvier 2011 mentionne, lui, la garantie de **l'égalité des parties** et du **principe de la contradiction** (**Art.1510**).

Le juge devra contrôler la sentence au regard du respect du principe de la contradiction (chaque partie a été en mesure de faire valoir ses droits) et de la stricte égalité des parties (dans la fourniture des preuves et dans le débat).

*

5- **reconnaissance ou exécution de la sentence contraire à l'ordre public internationale**

L'ordre public international est une notion beaucoup plus étroite que l'ordre public de droit interne. Cet ordre public international concerne l'ensemble des principes fondamentaux dont le juge français exige le respect universel (les droits de la défense, la prohibition de l'esclavage, l'égalité homme-femme).

Un vif débat anime la doctrine en France, à propos de l'étendue des pouvoirs de contrôle du juge quant au respect de l'ordre public international.

La jurisprudence française, voulant éviter toute révision au fond de la sentence par le biais du contrôle de l'ordre public, a limité le contrôle du juge au caractère « *flagrant, effectif et concret de la violation alléguée* » (**Paris, 18 novembre 2004**, cité par E.Gaillard in « La jurisprudence de la Cour de cassation en matière d'arbitrage international », Rev. Arb. 2007, 715, note 71).

La Cour de cassation a entériné cette jurisprudence (**SNF, 4 juin 2008**, Rev. Arb. 2008, 473, note I.Fadlallah).

Une partie de la doctrine s'est alarmée de cette restriction des pouvoirs du juge, et le débat a porté essentiellement sur le caractère « *flagrant* » de la violation de l'ordre public.

Sur ce point, une évolution de la jurisprudence était souhaitée.

Elle est intervenue – et n'est sans doute pas terminée- : désormais, la Cour de cassation exige que la violation de l'ordre public international soit

« caractérisée » - terme parfaitement adapté, vu les articles 1520, 5°, et 1525, alinéa 4, du code de procédure civile,

Il résulte de la combinaison de ces textes que l'exequatur n'est refusé qu'une violation « non-caractérisée » n'est pas une violation.

Deux arrêts récents doivent être cités :

23 mars 2022 (pourvoi n° 17-17.981) :

« (la cour d'appel) en a exactement déduit que la reconnaissance ou l'exécution de la sentence, qui aurait pour effet de faire bénéficier M. Belokon du produit d'activités délictueuses, violait de manière caractérisée l'ordre public international, de sorte qu'il y avait lieu d'en prononcer l'annulation. »

Formulation reprise dans un arrêt du 17 mai 2023 -Monnster Energy Company (pourvoi n°21-24.106) :

« Vu les articles 1520, 5°, et 1525, alinéa 4, du code de procédure civile,

Il résulte de la combinaison de ces textes que l'exequatur n'est refusé sur le fondement du premier que lorsque la solution donnée au litige, et non le raisonnement suivi par les arbitres, heurte concrètement et de manière caractérisée l'ordre public international »

*

Nous venons de voir que le juge peut être admis à intervenir dans l'arbitrage, mais avec des pouvoirs limités, car il lui demeure interdit de s'immiscer dans l'arbitrage, qui est une forme de justice à part entière.

Cette conception de l'arbitrage comme constituant un *ordre juridique autonome* est confirmée par le statut de la sentence arbitrale internationale dans le droit français.

**

3- 3ème principe directeur du droit français de l'arbitrage international un statut juridique de la sentence internationale (un ordre juridictionnel international autonome)

La sentence arbitrale internationale a, en droit français, un statut juridique spécifique. C'est une décision de justice internationale ; elle ne s'incorpore dans aucun système juridique étatique

puisqu'elle émane d'une juridiction qui n'est elle-même, intégrée dans aucun ordre juridique étatique. Elle a cependant vocation à être reconnue, accueillie et exécutée dans tous les pays, soit par l'effet de la **Convention de New York** de 1958, soit en vertu de dispositions locales plus favorables que cette Convention.

C'est ainsi qu'en droit français de l'arbitrage international – plus tolérant que la Convention de New York – une sentence internationale annulée dans son pays d'origine peut, dans certaines conditions, être reconnue et exécutée en France.

Plusieurs arrêts ont statué en ce sens. Citons les principaux.

- l'arrêt *Hilmarton*, **23 mars 1994**, Bull.n°104

Cet arrêt applique l'**article VII** de la Convention de New York, qui prévoit que la personne qui demande l'exécution d'une sentence arbitrale peut invoquer le droit du lieu d'exécution, s'il est plus favorable que les règles de la Convention.

C'était le cas en l'espèce : la sentence avait été annulée en Suisse – son pays d'origine- ce qui, selon la Convention de New York, devait interdire sa reconnaissance. Mais le droit français de l'arbitrage international est plus favorable que la Convention, puisque l'annulation dans le pays d'origine n'est pas un cas de refus de reconnaissance de la sentence internationale. Le juge français avait donc la possibilité de reconnaître la sentence annulée en Suisse, si elle était régulière au regard du droit français de l'arbitrage international.

La sentence a donc été reconnue en France, le motif d'annulation en Suisse (révision du jugement des arbitres) n'étant pas recevable en droit international français.

- La question est celle de la *portée internationale* de l'annulation prononcée à l'étranger. La solution de la jurisprudence Hilmarton signifie que la sentence annulée à l'étranger ne sera considérée comme nulle en France que si le motif d'annulation « local » a un caractère international (par exemple, la violation des droits de la défense). Un motif d'annulation tiré du droit local, ne sera pas admis en France(par exemple, la nullité de l'arbitrage *ad hoc*, édictée en général par le droit de la République populaire de Chine).

- L'arrêt *Putrabali*, **29 juin 2007**, Rev. Arb. 2007, 507, note E.Gaillard

Ici, c'est une sentence rendue à Londres par un collège arbitral de cinq membres, en appel d'une sentence d'un arbitre unique selon la procédure de l'International general Produce Association, qui est déclarée exécutoire en France. Il s'agissait d'un contrat de vente de poivre, acheté par une société française à la société indonésienne Putrabali. Le poivre, transporté par voie maritime, ayant été perdu dans un naufrage, l'acheteur a refusé de payer le prix. L'arbitre unique a condamné l'acheteur à payer, mais le collège arbitral d'appel a jugé, au contraire, que le prix n'était pas dû.

Le contrat prévoyait une possibilité de recours contre cette seconde décision, devant la *High Court* de Londres, en vertu de l'*Arbitration Act* de 1996 « sur un point de droit ». Et la juridiction de Londres, estimant que les arbitres avaient mal appliqué le droit, a annulé la sentence.

L'acheteur a cependant obtenu à Paris l'exequatur de la sentence annulée. La cour d'appel de Paris a confirmé l'exequatur et la Cour de cassation a approuvé la solution en ces termes :

« la sentence arbitrale (internationale), qui n'est rattachée à aucun ordre juridique étatique, est une décision de justice internationale dont la régularité est examinée au regard des règles applicables dans le pays où sa reconnaissance et son exécution sont demandées.

« En application de l'article VII de la Convention de New York du 10 janvier 1958 (l'acheteur) était recevable à présenter en France la sentence rendue à Londres (la sentence au second degré) conformément à la convention d'arbitrage et au règlement de l'IGPA, et fondé à se prévaloir des dispositions du droit français de l'arbitrage international, qui ne prévoient pas l'annulation de la sentence dans son pays d'origine comme cause de refus de reconnaissance et d'exécution de la sentence rendue à l'étranger. »

Il faut retenir de cet arrêt :

- la définition « universaliste » de la sentence arbitrale internationale, assimilée à une décision de justice internationale, sans rattachement à un système étatique. La sentence internationale n'a pas de nationalité, elle peut être exécutée partout où le droit de l'arbitrage le permet.
- L'affirmation de l'arbitrage comme un ordre juridictionnel autonome
- le rappel de la doctrine « Hilmarton » dans l'articulation de la Convention de New York et d'un droit national plus favorables

Cette jurisprudence va dans le sens de la reconnaissance d'un véritable ordre juridique arbitral, international et autonome.

C'est la doctrine consacrée par la dernière réforme de l'arbitrage (décret du 13 janvier 2011).

Les auteurs de la réforme le confirment dans leur Rapport au Premier ministre, publié avec le décret, lorsqu'ils font état de « l'existence d'un ordre juridique autonome en matière d'arbitrage international ».

Nous nous sommes efforcés de définir de quoi cet ordre juridique est constitué :

- une **convention d'arbitrage** à la **validité renforcée** grâce à un régime juridique spécifique
 - une **instance arbitrale** assurant le **procès équitable**, avec l'assistance du juge et son contrôle de la sentence, garanties de la **qualité de la justice arbitrales**
 - une **sentence** au statut juridique véritablement **international**, autorisant sa circulation à travers les frontières
- le tout sous le contrôle de l'arbitre en priorité, du juge, ensuite, au regard de l'ordre public international et de causes d'annulation ou de refus de reconnaissance strictement limitées dans leur définition et leur mise en œuvre.

C'est ainsi que, selon le droit français, l'arbitrage international fonctionne.
Et cela fonctionne !

**