

# Chronique de jurisprudence de droit de l'arbitrage GPL434y9

Par  
Lilian LARRIBÈRE  
Maître de conférences  
à l'école de droit de la  
Sorbonne (Paris 1)

## L'essentiel

La période couverte s'étend de septembre 2021 à avril 2022. La jurisprudence européenne, déjà largement commentée à cette date, n'a pas été intégrée.

### PLAN

I. LE CONTENTIEUX PRÉ-ARBITRAL ..... p. 1	C. La constitution du tribunal arbitral..... p. 9
A. Généralités ..... p. 1	D. La mission du tribunal arbitral ..... (néant)
B. L'effet négatif du principe de compétence-compétence..... p. 2	E. Le respect du principe du contradictoire ..... (néant)
C. Le juge d'appui ..... (néant)	F. L'ordre public international..... p. 11
II. LE CONTENTIEUX POST-ARBITRAL ..... p. 4	III. LE CONTENTIEUX PARA-ARBITRAL . (néant)
A. Généralités ..... p. 4	IV. L'ARBITRAGE D'INVESTISSEMENT ..... p. 16
B. La compétence du tribunal arbitral ..... p. 5	

## I. LE CONTENTIEUX PRÉ-ARBITRAL

### A. Généralités

#### Le respect du principe de loyauté procédurale par les parties à une convention d'arbitrage GPL435e8

**L'essentiel** En vertu du principe de loyauté procédurale régissant les parties à une convention d'arbitrage, est irrecevable à présenter une demande tendant à faire échec à la compétence des tribunaux étatiques la partie qui a elle-même provoqué le retrait de la demande d'arbitrage en ne s'acquittant pas de la part de provision qui lui incombait.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 9 févr. 2022, n° 21-11253, M. B. et a. c/ Sté Amrest Holdings SE et a., FS-B (cassation CA Pau, 5 nov. 2020), M. Chauvin, prés. ; SCP Bénabent, SCP Didier et Pinet, av. : Dalloz actualité, 16 mars 2022, obs. J. Jourdan-Marques ; GPL 5 avr. 2022, n° GPL434e5, note J. Clavel-Thoraval ; LEDC mars 2022, n° DCO200r4, obs. N. Leblond

#### Note

Si l'article 1464 du CPC consacre la loyauté dans le cadre de l'instance arbitrale, la règle paraît bornée aux seules opérations arbitrales. Quant à la règle fixée à l'article 1466, que l'on rattache souvent à la loyauté voire à l'estoppel<sup>(1)</sup>, elle concerne les seules voies de recours étatiques exercées une fois la sentence rendue, en tenant compte du comportement des parties lors de l'instance arbitrale. Il n'en va cependant pas de même du nouveau principe de loyauté procédurale consacré par la Cour de cassation qui régit les parties à une convention d'arbitrage,

non seulement lors de l'instance arbitrale proprement dite, mais également lors des instances parallèles pouvant s'engager devant les tribunaux étatiques. Ce principe de loyauté rejoint « le principe de l'estoppel » que la Cour de cassation avait déjà visé, dans une affaire très similaire jugée en 2018, pour faire échec à une exception d'arbitrage opposée par une partie dont le comportement était déloyal<sup>(2)</sup> : la distinction des deux apparaît peu claire. Le principe de loyauté est, en effet, précisément visé pour faire échec à une partie opposant, dans le cadre d'une instance étatique, une clause compromissoire alors même qu'elle avait refusé de payer sa part de la provision sur frais lorsqu'un tribunal arbitral avait été saisi par l'autre partie. Autrement dit, après avoir refusé de participer aux opérations arbitrales, elle se prévalait de la clause compromissoire pour faire échec à la demande portée par son adversaire saisissant un tribunal étatique, après que ce dernier avait été contraint de retirer sa demande d'arbitrage. Elle avait ainsi commis une déloyauté procédurale, que ni l'article 1464 ni l'article 1466 ne pouvaient sanctionner. Si en 2018, lorsque la Cour avait évoqué « le principe de l'estoppel », la qualification procédurale du moyen de défense était douteuse, la Cour de cassation précise ici que l'exception d'arbitrage n'est plus recevable : c'est donc une fin de non-recevoir qui sanctionne cette déloyauté procédurale. Cette qualification explique que l'effet négatif du principe de compétence-compétence ne

(1) L. Cadiet, « La renonciation à se prévaloir des irrégularités de la procédure arbitrale », Rev. arb. 1996, spéc. p. 24 et s., qui se montre dubitatif sur l'accueil de l'estoppel en droit français de l'arbitrage.

(2) Cass. 1<sup>re</sup> civ., 28 févr. 2018, n° 16-27823 : D. 2018, p. 2448, obs. T. Clay ; RTD civ. 2018, p. 462, obs. N. Cayrol ; JDI 2018, p. 1191, note J. Jourdan-Marques ; GPL 24 juill. 2018, n° GPL329g1, obs. D. Bensaude.

soit pas ici abordé. Il aurait pour conséquence d'interdire à la juridiction étatique de se prononcer, dans la mesure où le litige est, à première vue, couvert par une convention d'arbitrage<sup>(3)</sup>. La qualification de fin de non-recevoir<sup>(4)</sup> permet d'écarter cet écueil, car la fin de non-recevoir est logiquement antérieure au jeu de l'effet négatif du principe de compétence-compétence. Il s'agit, précisément, de déterminer si l'exception d'arbitrage, fondée sur l'effet négatif, est recevable ou non. Son irrecevabilité empêche les juges d'aller plus avant : la question est résolue avant même que l'effet négatif du principe ait pu entrer en jeu. Il ne s'agit donc pas techniquement d'une exception au principe, mais d'une irrecevabilité de l'exception<sup>(5)</sup>.

User d'un tel principe, gros de soubassements théoriques importants, n'apparaît-il pas un peu disproportionné dès lors qu'il n'était peut-être pas impossible de voir dans la situation d'espèce une simple renonciation à la convention d'arbitrage ? La jurisprudence semble relativement restrictive quant à une telle renonciation, dont la possibilité est cependant reconnue. Elle doit être certaine et non équivoque, mais peut être tacite<sup>(6)</sup>. Et si elle doit être mutuelle, puisqu'il s'agit classiquement de défaire ce que deux parties ont fait, « elle peut découler de l'addition de deux démarches unilatérales »<sup>(7)</sup>. Quant au demandeur, après l'échec de la mise en place du tribunal arbitral, celui-ci a saisi les juridictions étatiques pour voir trancher le fond : la jurisprudence y voit une renonciation tacite<sup>(8)</sup>. Quant au défendeur, celui-ci a refusé de payer la provision, en raison, prétendument, de son montant trop élevé au regard de sa trésorerie. Si, dans une décision désormais ancienne de 1991, la cour d'appel de Paris avait refusé de juger qu'une partie qui ne participe pas à la nomination du tribunal arbitral renonce à la convention d'arbitrage, la portée de la décision apparaît peu claire. Dans cette affaire, le défendeur s'était, en effet, opposé au délai qui

lui avait été unilatéralement imparti par l'autre partie pour nommer son co-arbitre, affirmant qu'il le désignerait dans un délai raisonnable. Il était difficile d'y voir une renonciation à la convention d'arbitrage elle-même. Dans l'affaire commentée, le défendeur a refusé, d'une manière *a priori* définitive, de payer la provision, sans laquelle l'arbitrage ne peut débiter. Le caractère définitif et insoluble d'un tel comportement n'est pas insusceptible de caractériser une renonciation implicite à la clause. L'article 36 du règlement 2012 de la chambre de commerce internationale (CCI), derrière lequel s'était réfugiée la cour d'appel, ne semble pas l'empêcher, qui précise que les demandes retirées faute de versement par provision peuvent être réintroduites par la partie concernée. Or, la partie concernée est bien ici la seule partie demanderesse qui a saisi le tribunal arbitral, dont la renonciation est acquise par la saisine postérieure du juge étatique pour qu'il soit statué sur le fond.

Exciper d'une renonciation n'a cependant pas les mêmes conséquences que la solution ici consacrée : la renonciation à la convention entre dans le cadre de l'effet négatif du principe de compétence-compétence, car il s'agit de juger du bien-fondé de la compétence arbitrale. Si la jurisprudence voit dans la renonciation une inapplicabilité manifeste de la convention<sup>(9)</sup>, encore faut-il que le tribunal arbitral ne soit pas encore saisi pour que le juge étatique puisse retenir sa compétence. Ainsi qu'on l'a dit, l'irrecevabilité passe radicalement outre ce principe. D'autant que la loyauté pourrait, en raison de ses atours substantiels, emporter bien plus qu'une simple renonciation : si elle vaut entre les parties, est-elle une *obligation* pesant sur les parties, susceptible, en cas de violation, de donner lieu au versement de dommages-intérêts ? Ce principe se borne-t-il à empêcher de tels comportements ou aura-t-il une dynamique qui l'entraînera bien plus loin ?

(3) Sur ce point, v. déjà J. Jourdan-Marques, JDI 2018, p. 1191, ss Cass. 1<sup>er</sup> civ., 28 févr. 2018, n° 16-27823.

(4) Lorsqu'il est évoqué en procédure civile, le principe de loyauté ou d'estoppel (très rarement visé) est sanctionné par une fin de non-recevoir. La qualification n'était donc ici guère douteuse. Dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt de 2018, la cour d'appel de renvoi s'était également appuyée sur elle : CA Paris, 5-5, 10 janv. 2019, n° 18/06344 : GPL 2 juill. 2019, n° GPL354y5, obs. D. Bensaude.

(5) Dans le même sens, J. Jourdan-Marques, JDI 2018, p. 1191.

(6) CA Paris, 7 avr. 2015, n° 15/00512 : Rev. arb. 2015, p. 1216.

(7) C. Seraglini et J. Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, 2<sup>e</sup> éd., 2019, LGDJ, p. 679, n° 696.

(8) CA Paris, 7 avr. 2015, n° 15/00512 ; CA Paris, 15 oct. 2013 : Rev. arb. 2013, p. 1077.

(9) Cass. 1<sup>er</sup> civ., 20 avr. 2017, n° 16-11413 : AJCA 2017, p. 343, obs. M. de Fontmichel ; Procédures 2017, comm. 163, obs. L. Weiller ; JCP G 2017, 694, note D. Mouralis.

## B. L'effet négatif du principe de compétence-compétence

### Renonciation à l'effet négatif du principe de compétence-compétence et volonté des parties GPL435g7

**L'essentiel** Si les parties peuvent, en arbitrage international, renoncer à l'effet négatif du principe de compétence-compétence, c'est à la condition qu'elles le fassent d'une manière expresse et non équivoque. Tel n'est pas le cas d'une stipulation désignant une loi étran-

gère comme applicable à la procédure arbitrale et fixant le siège de l'arbitrage en Angleterre.

Cass. 1<sup>er</sup> civ., 9 mars 2022, n° 20-21572, Société Allianz Global Corporate & Speciality SE et a. c/ Société Marioff Corporation

et a., FS-B (cassation partielle sans renvoi CA Nouméa, 10 sept. 2020), M. Chauvin, prés. ; SARL Boré, Salve de Bruneton et Mégret, SCP Thouin-Palat et Boucard, SCP Foussard et Froger, SARL Ortscheidt, av. : Dalloz actualité, 25 mars 2022, obs. J. Billemont

## Note

L'effet négatif du principe de compétence-compétence est un principe structurant du droit français de l'arbitrage international. Par cet effet, extérieur à la convention d'arbitrage à proprement parler, les juridictions françaises sont contraintes de se déclarer incompétentes lorsque le litige est couvert par une convention d'arbitrage sauf si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi et si la convention d'arbitrage est manifestement nulle ou inapplicable. Consacré à l'article 1448, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code de procédure civile (CPC), cet effet est étendu à la sphère internationale par le renvoi général de l'article 1506 du CPC. Or, cet article 1506, s'il étend certaines dispositions régissant d'abord l'arbitrage interne à l'arbitrage international, les rend toutes supplétives, *a priori*. C'est ce que vient confirmer l'arrêt du 9 mars 2022 à propos de cet effet.

Dans cette affaire, un contrat de construction maritime, comportant une première clause d'arbitrage, avait été conclu entre une société française et une société italienne. La société italienne, par un second contrat comportant une seconde clause compromissoire, avait confié la classification du navire à la société Bureau Veritas. Afin de réaliser la construction, deux contrats supplémentaires avaient été conclus avec deux sociétés finlandaises. Après un incendie, les assureurs, subrogés dans les droits du propriétaire du paquebot, assignent l'ensemble des divers intervenants devant un tribunal de commerce. L'une des sociétés finlandaises et la société Bureau Veritas excipent des clauses compromissoires afin de contraindre le tribunal à se déclarer incompétent sur le fondement de l'effet négatif du principe de compétence-compétence. Devant la Cour de cassation, les débats se nouent autour de ce que les clauses compromissoires prévoyaient un arbitrage à Londres et l'application de la loi anglaise à la procédure arbitrale : fallait-il y voir une renonciation à l'effet négatif ? Si la Cour de cassation juge cette renonciation possible en raison du caractère supplétif des dispositions de l'article 1448, elle doit être expresse et non équivoque, ce qui n'était pas le cas en l'espèce.

Techniquement, le caractère supplétif de l'effet négatif en matière internationale paraît littéralement incontestable. Il est d'ailleurs doublé d'une interdiction faite au juge de soulever d'office l'effet négatif, règle, elle aussi, étendue à la sphère internationale (un arrêt récent a fait douter de cette impossibilité pour le juge de le soulever d'office : Cass. 1<sup>re</sup> civ., 17 mars 2021, n° 20-14360 : Dalloz actualité, 30 avr. 2021, obs. J. Jourdan-Marques ; D. 2021, p. 2272, obs. T. Clay). En refusant d'invoquer l'effet négatif du principe de compétence-compétence ou alors en stipulant une renonciation à celui-ci, les parties peuvent contraindre le juge étatique à se prononcer directement sur la validité et l'applicabilité de la convention d'arbitrage. La renonciation doit cependant être expresse et non équivoque. Ces exigences sont conformes à la cardinalité du principe. Et lorsque le droit de l'arbitrage international laisse

aux parties la possibilité, plus largement comprise qu'en matière interne, de manipuler la « juridiction » même des juges français, comme lorsqu'il leur ouvre la possibilité de renoncer au recours en annulation, c'est à la condition que la renonciation remplisse également ces critères. Leur emploi n'étonne donc pas, même s'il s'agit là d'étendre la « juridiction » française, au contraire de la renonciation au recours en annulation qui a pour effet, à certains égards, de la restreindre. On peut, alors, raisonnablement suivre la Cour de cassation quand elle affirme que la stipulation d'un siège à Londres avec application de la loi anglaise à la procédure arbitrale ne suffit pas à les remplir. Pour le comprendre, il faut probablement en venir aux soubassements théoriques de ce principe. Le pourvoi sous-entendait que puisque le siège était à Londres et la loi anglaise applicable à la procédure arbitrale, dès lors que cette loi ne reconnaît pas l'effet négatif du principe de compétence-compétence, les parties y avaient renoncé par cette double désignation. C'est sous-entendre que l'effet négatif du principe de compétence-compétence est lié soit à la procédure arbitrale, c'est-à-dire au déroulement de l'instance arbitrale, soit à la loi du siège. En termes internationalistes, c'était tenter de faire dépendre le jeu de l'effet négatif d'une loi étrangère. Or, ainsi qu'on l'a dit, l'effet négatif du principe de compétence-compétence n'est pas un effet de la convention d'arbitrage ; il est extérieur à celle-ci et ordonne aux juridictions françaises de déclarer leur incompétence, même s'il existe un doute sur la validité et l'applicabilité de la convention d'arbitrage. C'est pourquoi il s'agit d'une règle de compétence juridictionnelle entièrement légale : seule la loi française est donc applicable pour déterminer son jeu ou non. Si tel était véritablement l'argument, ces éléments apparaissent non pertinents aux fins de détermination de la renonciation à l'effet négatif. D'autant que la jurisprudence en a fait une règle matérielle, imperméable donc au raisonnement conflictualiste.

On pourrait dire plus modestement que les parties n'ont pas tenté d'appliquer une loi étrangère, mais seulement de tirer argument de ce que le droit anglais ne prévoit pas cet effet, à l'adresse des juges anglais, pour démontrer l'existence d'une renonciation à l'effet négatif adressé aux juridictions françaises. La renonciation serait alors équivoque.

Sur le plan théorique, cette possible renonciation, prévue par les textes, peut cependant surprendre. D'autant plus que par une décision remarquable, la cour d'appel de Paris a pu ériger le principe de compétence-compétence en principe d'ordre public international, empêchant toute reconnaissance d'une décision étrangère ne l'ayant pas respecté (CA Paris, 8 oct. 2013, n° 12/18722, Panatlantic : Rev. arb. 2015, 1215 ; International Journal of Arab Arbitration 2014, n° 3, p. 59 et s., note P. Mayer. Rapp. CA Paris, 15 juin 2006, n° 05/05404, Fincantieri : Rev. arb. 2007, 87, note S. Bollée ; D. 2006, p. 3035, obs. T. Clay). Voici donc un principe supplétif d'ordre public international : pour n'être pas théoriquement impossible, la figure n'en est pas moins originale.

La renonciation ajoute une difficulté supplémentaire à cet effet négatif : elle ajoute un élément contractuel à un principe extérieur à la volonté des parties. Par leur renonciation, les parties s'accordent mutuellement à refuser le jeu de cet effet juridictionnel. Or, à la lecture de la décision

de la Cour de cassation, il apparaît que les juridictions du fond ont bien compétence pour statuer sur cette possible renonciation. Autrement dit, il n'y a pas d'effet négatif à propos de la renonciation et l'on voit d'ailleurs mal comment il en irait autrement sauf à nier le principe même de cette renonciation. La solution permet donc d'ouvrir un contentieux parallèle, étatique, à propos de cette renonciation. Et si renonciation il y a, les juridictions étatiques

(...)

## II. LE CONTENTIEUX POST-ARBITRAL

### A. Généralités

#### Le juge de l'annulation est-il juge du retrait litigieux ? GPL435e9

**L'essentiel** Le retrait litigieux n'est pas recevable devant le juge chargé du contrôle de la sentence arbitrale.

CA Paris, 5-16, 7 déc. 2021, n° 18/10220, République démocratique du Congo c/ Hemisphere, M. Ancel, prés., M<sup>mes</sup> Schaller et Aldebert, cons. ; M<sup>es</sup> Boccon Gibod, Cheviller et Caupert, av. : Dalloz actualité, 21 janv. 2022, obs. J. Jourdan-Marques

#### Note

Saisie sur renvoi après une première cassation largement débattue <sup>(1)</sup>, la cour d'appel de Paris devait de nouveau s'interroger sur la recevabilité du retrait litigieux, exercé par le débiteur cédé d'une créance ayant fait l'objet d'une procédure arbitrale, devant le juge du contrôle. Et s'en remettant aux analyses de la première cour d'appel saisie, et contre la décision de cassation, la cour d'appel de Paris affirme que le caractère limitatif des griefs visés par l'article 1520 du Code de procédure civile (CPC) oblige à rejeter la demande de retrait litigieux. D'après elle, le retrait litigieux ne saurait avoir « pour effet de modifier et d'étendre les pouvoirs [du juge du contrôle] au-delà des cas prévus par la loi », alors même qu'il est « susceptible d'affecter indirectement l'exécution de la sentence ». C'est pourquoi un « débat (...) pourrait naître à l'occasion de l'exécution forcée de cette sentence devant le juge compétent » quant à l'exercice du retrait litigieux. Ce n'est pas le principe de non-révision au fond, écarté par la cour d'appel en ce que le retrait litigieux ne conduit pas le juge à remettre en cause le fond du litige, qui justifie la solution. C'est bien le caractère exhaustif des griefs évoqués à l'article 1520.

recouvreront une très large compétence leur permettant de juger de la validité et de l'applicabilité *ratione personae*, c'est-à-dire comme en l'espèce à l'égard des tiers « non-signataires », et *ratione materiae* de la convention d'arbitrage. On comprend qu'au vu de l'importance de l'effet négatif en droit français, cette renonciation soit strictement bornée.

Remarquons que, dans les trois arrêts évoqués, le débat paraît entièrement placé autour de la recevabilité. À ce stade, il ne s'agit donc pas de juger du bien-fondé de la demande de retrait litigieux, qui obligerait à prouver notamment le caractère litigieux de la créance au regard de la loi applicable <sup>(2)</sup>, mais seulement de la possibilité procédurale de soumettre une telle demande au juge du contrôle. Il est vrai que la distinction entre conditions de recevabilité et conditions relatives au bien-fondé du retrait n'apparaît pas d'une parfaite clarté en droit civil. Mais aucun doute n'était permis : il s'agit ici d'une condition spéciale de recevabilité, fondée sur la nature particulière du contrôle exercé par le juge d'une sentence arbitrale. En somme, ce que semble nous dire la cour d'appel, c'est que son *pouvoir de juridiction* est strictement borné par le cadre dessiné par l'article 1520, qui ne vise pas l'exercice du retrait litigieux. Dépourvue d'un tel pouvoir, c'est l'irrecevabilité qui vient frapper une telle demande, dont le bien-fondé n'est pas même examiné. On peut n'être que moyennement convaincu par le caractère limitatif de cette liste puisqu'un arrêt récent <sup>(3)</sup> et un second plus ancien, rendu dans l'affaire *Hilmarton* <sup>(4)</sup>, montrent que l'argument n'est pas toujours admis.

La demande serait-elle recevable devant le juge de l'exécution, comme semble l'affirmer la cour d'appel ? La Cour de cassation a déjà reconnu que le retrait pouvait être exercé devant ce juge, et que le contentieux s'ouvrant devant lui rendait, sur le plan du bien-fondé de la demande, son caractère litigieux à la créance. Ne pourrait-on pas opposer à une telle demande, recevable donc, l'effet négatif du principe de compétence-compétence ? Si l'on estime que le retrait litigieux touche à la substance même de la créance sous-jacente, certes constatée par une sentence arbitrale, alors on peut raisonnablement penser que le droit au retrait litigieux est couvert par la convention

(1) Cass. 1<sup>re</sup> civ., 28 févr. 2018, n° 16-22112 : Dalloz actualité, 20 mars 2018, obs. J.-D. Pellier ; D. 2018, p. 1934, obs. S. Bollée ; D. 2018, p. 2448, obs. T. Clay ; AJ Contrat 2018, p. 187, obs. J. Jourdan-Marques ; RTD civ. 2018, p. 411, obs. H. Barbier ; RTD civ. 2018, p. 431, obs. P.-Y. Gautier ; Rev. arb. 2018, p. 389, note M. Laazouzi ; Procédures 2018, n° 5, obs. L. Weiller ; JCP G 2018, 1111, note P. Casson ; RDC sept. 2018, n° RDC115k7, note R. Libchaber ; JDI 2018, p. 1202, note P. Pinsolle.

(2) Sur la distinction entre recevabilité et bien-fondé, M. Laazouzi, Rev. arb. 2018, p. 389.

(3) CA Paris, 23 nov. 2021, n° 19/19007, HD Holding : Dalloz actualité, 21 janv. 2022, obs. J. Jourdan-Marques, l'annotateur le remarquant déjà.

(4) Cass. 1<sup>re</sup> civ., 10 juin 1997, n° 95-18402 et 95-18403 : JDI 1997, p. 1033, note E. Gaillard ; Rev. arb. 1997, p. 376, note P. Fouchard.

d'arbitrage au sens de l'article 1448 du CPC. D'autant qu'en application des mécanismes translatifs, la convention d'arbitrage aura été transférée au cessionnaire, qui pourra donc être *a priori* partie à l'instance arbitrale, car le litige concernera bien une créance dont il est titulaire, le retrait n'ayant pour effet que de le priver rétroactivement de cette qualité. Pour ne pas faire jouer l'effet négatif du principe de compétence-compétence, il faudrait prétendre que ce qui est attaqué par le retrait litigieux n'est pas la créance sous-jacente elle-même, mais une créance née du prononcé de la sentence arbitrale : le contentieux serait alors post-arbitral, portant sur la seule sentence, non couverte par la convention d'arbitrage. En tout état de cause, le caractère manifeste de l'inapplicabilité de la convention d'arbitrage sera difficile à établir. Quant à la compétence à proprement parler, elle dépendra des faits de l'espèce, mais le retrait litigieux paraît bien couvert par la convention d'arbitrage incluse dans le contrat. La voie qui pourrait être utilisée par les parties pourrait être une nouvelle saisine du tribunal arbitral, par la voie classique (ou celle du recours en révision à la supposer ouverte), l'autorité de chose jugée de la première sentence ne pouvant, à notre avis, y faire obstacle si des faits nouveaux, tels que la notification de la cession de créance, sont apparus après son prononcé. Si la cession de créance a lieu après le prononcé de la sentence, il n'est pas non plus certain que la compétence arbitrale soit totalement hors de propos. La demande de retrait litigieux porte bien de nouveau, si l'on souscrit à cette analyse, sur la substance même de la créance couverte par la convention d'arbitrage. On ne voit pas ce qui empêcherait le tribunal arbitral d'être saisi de cette demande <sup>(5)</sup>.

(5) Dans une telle situation, M. Laazouzi conteste le bien-fondé de la demande, v. Rev. arb. 2018, p. 389.

Le demandeur au retrait estimait également qu'un cas de fraude devait ici être constaté en raison du caractère tardif de la notification de la cession, postérieure à la sentence, alors que la cession avait eu lieu pendant l'instance arbitrale. Il est vrai qu'une telle situation serait susceptible d'empêcher un retrait litigieux légitime d'être exercé devant les organes compétents : la fraude pourrait être caractérisée si ses conditions étaient réunies. Mais parmi elles, il s'agirait de prouver l'applicabilité de la loi française au retrait litigieux : il n'y a pas de fraude à un retrait litigieux si celui-ci n'est pas ouvert en contemplation de la loi applicable. Or, en l'espèce, le contrat litigieux était soumis au droit suisse, qui ne connaît pas ce mécanisme. La cour d'appel affirme alors que la cession de créance n'était pas soumise à la loi française et, partant, qu'aucune fraude à celle-ci ne pouvait être caractérisée. Plus précisément, le droit au retrait litigieux est soumis à la loi applicable, non au contrat de cession, mais à la créance sous-jacente. La créance sous-jacente, issue d'un contrat soumis au droit suisse, était donc soumise à ce droit, tout comme le retrait litigieux s'y rapportant. N'est-ce pas déjà statuer sur le bien-fondé de la demande, pourtant irrecevable ? Pas exactement sur le plan technique, mais les chances de la République du Congo sont désormais faibles devant le juge de l'exécution, le cas échéant.

Cette brève analyse <sup>(6)</sup> est suspendue aux prochains développements de cette affaire.

(6) V., bien plus développée, celle de M. Laazouzi, « Réflexions sur le retrait litigieux des créances en situation internationale », in *Le droit à l'épreuve des siècles et des frontières – Mélanges en l'honneur du Professeur Bertrand Ancel*, 2018, LGDJ-Iprolex, p. 1019 et s.

## B. La compétence du tribunal arbitral

### Devoir d'information préalable, déni de justice et contrôle de l'ordre public international GPL435f0

**L'essentiel** La cour d'appel crée une nouvelle règle matérielle portant sur le devoir d'information préalable sur les modalités de l'arbitrage.

CA Paris, 19 oct. 2021, n° 18/01254, SARL Sainte Claire c/ Sté Monster Energy Company, M. Ancel, prés., M. Melin, cons. ; M<sup>es</sup> Guizard, Beulque, Ingold et Lopin, av. : Dalloz actualité, 19 nov. 2021, obs. J. Jourdan-Marques ; LEDICO janv. 2022, n° DDC200n3, obs. R. Amaro

#### Note

Si l'arrêt *Dalico* a cru pouvoir créer une règle matérielle unique gouvernant la convention d'arbitrage, c'est aujourd'hui une pluralité de règles matérielles qui la régissent, applicables à telle ou telle question de droit qu'elle est susceptible de faire naître. Malgré tout, il est relativement rare que les juges français en créent une nouvelle : c'est, cependant, ce que semble avoir fait la cour d'appel de Paris dans l'arrêt *Monster Energy*.

Voici un problème qui, à notre connaissance, n'avait jamais été posé aux juridictions françaises : existe-t-il un devoir d'information pesant sur les parties quant aux modalités de l'arbitrage ? Le cas échéant, une violation de ce devoir entraîne-t-elle la nullité de la convention d'arbitrage et, partant, l'incompétence du tribunal arbitral ? La formule fondatrice de l'arrêt *Dalico* paraît impropre à répondre à une telle question : si l'existence et l'efficacité



de la convention s'apprécie d'après la commune volonté des parties, il s'agit de déterminer s'il existe un devoir préalable à l'échange des consentements<sup>(1)</sup>, au stade précontractuel. C'est pourquoi est dégagée une nouvelle règle matérielle. Après avoir visé l'article 1112-1 du Code civil, la cour d'appel rappelle que « l'annulation du contrat suppose en tout état de cause de rechercher si le non-respect de ce devoir a eu pour effet de vicier le consentement du cocontractant de celui qui ignore légitimement cette information. » Puis, elle semble corriger cette règle pour l'adapter à l'arbitrage international : « En matière d'arbitrage international cependant ce devoir repose sur chacune des parties à qui il incombe de s'informer sur les modalités de l'arbitrage étant en outre observé que le consentement à une convention d'arbitrage emporte nécessairement renonciation à soumettre un litige à une justice étatique ». Deux interprétations de la règle sont possibles : soit aucun devoir d'information ne pèse jamais sur les parties dans l'arbitrage international<sup>(2)</sup>, soit il existe des cas dans lesquels l'ignorance légitime d'une partie doit conduire l'autre à lui divulguer telle information déterminante. Son application au cas d'espèce paraît très informative : « Lorsque la convention d'arbitrage renvoie à un règlement existant, ses modalités sont aisément accessibles par chacune des parties et exclusives de toute ignorance légitime ». Si le renvoi à un règlement existant est exclusif de toute ignorance légitime en raison de son accessibilité aisée, *a contrario* il existe des cas dans lesquels l'ignorance des modalités de l'arbitrage serait légitime et la nullité de la convention d'arbitrage serait encourue. Ainsi, la règle matérielle semble bien accepter la nullité de la convention si l'ignorance de l'information apparaît déterminante et légitime, ce qui ne sera pas le cas d'une information contenue dans un règlement d'arbitrage accessible.

Alors même que la Cour de cassation a fait foi de se passer de toute loi étatique afin de gouverner la convention d'arbitrage, la cour d'appel vise précisément un article du Code civil, avant de l'adapter à l'arbitrage international. Et l'adaptation n'est, à l'analyse, qu'un simple décalque de cette règle. Car il paraît difficile de distinguer cette règle de celle du Code civil : ses conditions sont reprises (caractère déterminant de l'information ; ignorance légitime), tout comme sa sanction (nullité de la convention<sup>(3)</sup>). Cette règle matérielle s'ajoute à celles, peu appliquées, relatives aux vices du consentement : l'arrêt *Consorts Ury* est le plus souvent cité, mais des arrêts proches ont pu être plus récemment rendus.

Le contentieux relatif au déni de justice apparaît quant à lui désormais bien plus fréquemment : la cour d'appel précise ici qu'une convention d'arbitrage qui ferait obstacle au droit d'accès à la justice serait nulle, comme contraire à l'ordre public international. Mais l'arbitrage ne porte pas lui-même atteinte à ce droit ; seules les modalités de la convention d'arbitrage pourraient y porter atteinte, ce dont la cour d'appel doit s'assurer concrètement, y compris au

regard des moyens financiers des parties en litige. On ne saurait être surpris par une telle analyse : dès lors que le droit français considère l'arbitrage comme une justice à part entière, le recours à l'arbitre est une manière de mettre en œuvre le droit d'accès à la justice. C'est son caractère pécuniaire qui est susceptible, à l'occasion, d'empêcher son exercice concret par une partie.

Au surplus, l'ordre public international vient s'enrichir de la règle tirée de l'article L. 420-2-1 du Code de commerce interdisant d'accorder des droits exclusifs d'importation dans les DROM-COM, expressément qualifiée de loi de police française. La cour d'appel ne prend cependant pas le soin de déterminer le champ d'application *ratione loci* de la loi de police, « applicable en la cause » qui concernait un contrat de distribution de boissons énergisantes en Guyane. On peut raisonnablement penser que la loi de police devra être appliquée dès lors que l'importation a lieu dans le territoire français concerné, puisque tel est l'objet même de la disposition visée. Toujours est-il que l'arbitre avait appliqué le seul droit californien, désigné par les parties comme régissant le contrat, à l'exclusion donc de la loi de police française. Sa sentence est annulée pour la seule raison qu'il ne l'avait pas « mise en œuvre ». On peut s'en étonner dans la mesure où le contrôle de la cour d'appel porte sur la violation concrète de l'ordre public international. Or, l'absence de mise en œuvre d'une loi de police, serait-elle applicable au litige, n'équivaut pas à une telle violation : il se peut très bien que, par d'autres moyens, l'arbitre soit parvenu à une solution conforme à l'ordre public international. Et ici, tel aurait pu être le cas, car l'arbitre avait dit justifiée la résiliation du contrat. Certes, l'article L. 420-3 du Code de commerce dispose qu'un tel contrat est nul, privé ainsi d'effets, y compris rétroactivement. C'est peut-être ce qui a convaincu la cour d'appel que la violation de l'ordre public international était ici concrète, mais c'est bien la seule absence de mise en œuvre de la loi de police qui est par deux fois visée. Quant à l'étendue du contrôle, dont on sait qu'il a fait l'objet d'évolutions récentes d'importance, la cour utilise la formule employée pour signer jusqu'à récemment son contrôle « maximaliste » : la violation doit être « manifeste, effective et concrète »<sup>(4)</sup>. Or, on avait pu croire que cette conception était limitée à « l'ordre public réellement international » dès lors que la formule était apparue pour sanctionner des pratiques contraires à des traités internationaux ou des résolutions onusiennes<sup>(5)</sup>. La règle ici visée constitue, à l'inverse, une règle purement française, protégeant le seul ordre économique français, sans avoir aucune ascendance internationale. À cet égard, le contrôle maximaliste semble étendu à l'ensemble des normes qui composent l'ordre public international, « réellement international » ou « étatique international »<sup>(6)</sup>.

(1) M. Fabre-Magnan, « Le devoir d'information dans les contrats : essai de tableau général après la réforme », JCP G 2016, 706.

(2) C'est l'interprétation retenue par J. Jourdan-Marques, Dalloz actualité, 19 nov. 2021.

(3) En droit des contrats, des dommages-intérêts peuvent aussi être alloués.

(4) CA Paris, 16 janv. 2018, n° 15/21703, MK Group : JDI 2018, p. 883, note S. Bollée ; JDI 2018, p. 898, note E. Gaillard ; Rev. arb. 2018, p. 389, note S. Lemaire ; D. 2018, p. 966, obs. S. Clavel ; D. 2018, p. 1635, note M. Audit ; D. 2018, p. 1934, obs. L. d'Avout.

(5) Même si la formule est apparue peu claire pour certains auteurs, v. par ex. la discussion menée par C. Seraglini, « Le contrôle par le juge de l'absence de contrariété de la sentence à l'ordre public international : le passé, le présent, le futur », Rev. arb. 2020, p. 347, spéc. n° 25 et s.

(6) Ce terme est déjà chez P. Lalive, « Ordre public transnational (ou réellement international) et arbitrage international », Rev. arb. 1986, p. 329.

## La place de la volonté des parties dans la transmission et l'extension de la convention d'arbitrage international GPL435g8

**L'essentiel** La détermination de la volonté des parties dans la transmission de la convention d'arbitrage international paraît bénéficier d'une priorité sur la règle de l'arrêt *ABS* (Cass. 1<sup>re</sup> civ., 27 mars 2007, n° 04-20842).

CA Paris, 25 janv. 2022, n° 20/12332, Privinvest, Société AMT Cameroun et a. c/ M<sup>me</sup> T., épouse N. et a., M. Ancel, prés., M<sup>s</sup> Schaller et Aldebert, cons. ; M<sup>e</sup> Duclercq, av. : Dalloz actualité, 16 mars 2022, obs. J. Jourdan-Marques

### Note

La cour d'appel de Paris était interrogée sur la portée d'une convention d'arbitrage incluse dans les statuts d'une société camerounaise. La pluralité d'acteurs intéressés par l'opération en cause rendait le raisonnement difficile, mais celui finalement retenu apparaît susceptible de remettre en cause des solutions que l'on pensait bien établies.

Une société camerounaise, dont les statuts comportent une clause d'arbitrage, est détenue par une personne privée à hauteur de 10 % du capital, une société suisse à hauteur de 90 % et une société française, actionnaire à 100 % de la société suisse et détenant une action sociale de la société camerounaise. Cette holding fait l'objet d'un plan de cession de ses actifs, après une procédure collective ouverte en France. L'action sociale détenue dans la société camerounaise devait, aux termes du plan de cession, être cédée à une société libanaise tierce, Privinvest. En accord avec le tribunal de commerce français, la société Privinvest a cependant été substituée par la société suisse, laquelle substitution est intervenue postérieurement au jugement ayant arrêté le plan de cession, mais antérieurement à la signature des actes de cession. Le litige survient lorsque la personne privée détentrice d'une fraction du capital de la société camerounaise fait valoir que son droit de préemption a été violé et assigne l'ensemble des sociétés en question devant un tribunal arbitral, sur le fondement de la convention d'arbitrage stipulée dans les statuts sociaux camerounais. Une difficulté supplémentaire survenait, car la procédure était financée par un tiers financeur, l'accord de tiers financement prévoyant qu'en cas de succès, l'ensemble des titres que la personne privée parviendrait à acquérir serait cédé au tiers financeur. Il s'agissait ainsi de déterminer, d'une part, si la société Privinvest était tenue par la clause d'arbitrage incluse dans les statuts avant, d'autre part, d'en faire de même à l'égard du tiers financeur.

Privinvest résistait en affirmant n'être jamais devenue cessionnaire du titre social : par l'effet de la substitution, et en raison de ce que le jugement du tribunal de commerce arrêtant le plan n'a pas d'effet translatif et que le transfert de propriété intervient lors de la seule réalisation de la cession, Privinvest n'aurait jamais été cessionnaire et donc propriétaire du titre. Elle ne pouvait être qualifiée d'actionnaire soumise aux statuts.

Le cas relevait, *a priori*, classiquement de la « circulation » d'une convention d'arbitrage à l'égard d'un tiers qui n'est pas originellement tenu par celle-ci. On s'attendait

ainsi à ce que, conformément à la règle selon laquelle la clause est « transmise de façon automatique en tant qu'accessoire du droit d'action, lui-même accessoire du droit substantiel transmis », le débat se cristallise sur l'existence de cette transmission du droit substantiel, c'est-à-dire sur la cession de l'action litigieuse. Telle n'est pourtant pas la règle mise en œuvre. Rappelant celle issue de l'arrêt *Dalico* (Cass. 1<sup>re</sup> civ., 20 déc. 1993, n° 91-16828), la Cour affirme que « l'appréciation de la portée de la clause compromissive sur la qualité de cessionnaire ou d'actionnaire au sens des Statuts doit se faire au regard de la volonté des parties, sans que la loi française ait vocation à s'appliquer ». Autrement dit, si la loi française, dont la teneur était discutée quant au moment de l'effet translatif du plan de cession, est écartée conformément à la méthode des règles matérielles, c'est pour rechercher la volonté des parties telle qu'elle ressort des statuts sociaux. Et constatant que la définition donnée par les statuts aux termes « actionnaire », « cessionnaire » et « ceux qui pourront le devenir ultérieurement » est suffisamment large pour affirmer que Privinvest avait cette qualité par l'effet du jugement du Tribunal le lendemain de son prononcé, la Cour déclare que Privinvest était tenue par la convention d'arbitrage. Autrement dit, c'est la qualité au sens des statuts sociaux qui suffit à entraîner l'application de la convention d'arbitrage y incluse. L'enchevêtrement des liens sociaux et contractuels rend complexe l'interprétation de la solution. Mais se fonder sur la volonté des parties à la convention d'arbitrage pour trancher une question de transmission entraîne dans un cercle vicieux : ce qu'il s'agit de déterminer, c'est précisément si le tiers est devenu ou non partie à la convention d'arbitrage. Tenir compte des stipulations de la convention d'arbitrage ou du contrat dans lequel elle est incluse pour statuer sur la qualité de partie à celle-là, c'est considérer comme admis ce qui doit être démontré. On estime ici Privinvest comme tenue par le pacte social, pour déterminer si elle l'est véritablement. Juridiquement, c'est ne pas tenir compte de l'effet relatif des statuts sociaux, appliqués de manière *erga omnes* pour définir ceux qui y sont parties. Tel est bien la difficulté de tout rabattre sur la volonté des parties : il existe de nombreux problèmes juridiques posés par la convention d'arbitrage qui ne peuvent être résolus par celle-ci lorsqu'il s'agit précisément de définir la teneur de cette volonté, qui ne peut être ni autoréférentielle ni autosuffisante. Certes, on a pu parfois estimer qu'une clause statutaire pourrait s'appliquer directement à une cession de droits sociaux, même si les parties ne sont pas nécessairement toutes associées au moment de la cession, notamment lorsqu'il s'agit de faire jouer une clause d'agrément ou de préemption statutaire (D. Cohen, « L'arbitrage et les cessions de droits sociaux », GPL 20 mai 2010, n° 11504, p. 87 et s.). Il est cependant difficile de considérer que tel devrait être le cas si la validité de la cession est elle-même contestée, et ce malgré le principe de séparabilité.

Une seconde interprétation serait que la cour d'appel se fonde sur la volonté de la société de se porter cessionnaire lors du plan de cession, ce qui suffirait à établir

l'applicabilité de la convention à son égard indépendamment de la réalité du transfert de propriété. Une telle interprétation ne saurait, à notre avis, être retenue si l'on en vient au problème du tiers financeur. De même, la question portait sur la transmission ou l'extension. Et c'est le même rappel de la règle *Dalico* qui ouvre le raisonnement. C'est encore une interprétation des statuts qui est faite : au sens des statuts, la qualité de cessionnaire exclut tout aléa sur la réalité de la cession future. Après cette interprétation, la Cour en vient enfin à la règle de la transmission pour la dire « inapplicable compte tenu de la règle matérielle [de l'arrêt *Dalico*] ». C'est confirmer qu'en matière de transmission, c'est la volonté des parties originaires tenue par la clause qui détermine si celle-ci a ou non été transmise à un tiers. C'est de nouveau ne pas tenir grand compte de l'effet relatif. C'est aussi dire qu'il existe une hiérarchie entre ces deux règles qui répondent pourtant à des questions de droit différentes.

On notera enfin que pour exclure la règle de l'arrêt *ABS* (Cass. 1<sup>re</sup> civ., 27 mars 2007, n° 04-20842), la Cour affirme que cette « jurisprudence française [est] fondée sur le droit français », ce qui ne paraît guère avoir de sens dans le cadre de la méthode des règles matérielles. Il s'agit d'une règle matérielle, créée certes par la jurisprudence française, mais prétendument détachée du droit substantiel français (on se permet de renvoyer à L. Larribère, *La réglementation de la convention d'arbitrage international. Étude critique et comparative en droits français et américain*, préf. S. Bollée, LGDJ, à paraître). S'agit-il d'une remise en cause de la méthode des règles matérielles (v. obs. J. Jourdan-Marques, Dalloz actualité, 16 mars 2022) ? Il paraît difficile de le croire dans la mesure où elle est rappelée par deux fois, en mettant au pinacle la volonté des parties dessinée par l'arrêt *Dalico*, qui en est l'arrêt fondateur.

## Transmission du contrat, transmission de la convention d'arbitrage et applicabilité de la convention au cédant GPL435f1

**L'essentiel** La convention d'arbitrage se transmet par accessoire du droit d'action, accessoire du droit substantiel. Tel est le cas dans la cession d'un contrat non résilié.

CA Paris, 9 nov. 2021, n° 20/05583, Sté Unilever c/ Usine Pingouin, M. Ancel, prés., M<sup>mes</sup> Schaller et Aldebert, cons. : Dalloz actualité, 21 janv. 2022, obs. J. Jourdan-Marques ; consultable sur <https://lex.so/mo3Iy4>

### Note

Si la teneur de la règle de transmission de la convention d'arbitrage est fréquemment rappelée, son application donne parfois à voir qu'elle pourrait être différemment justifiée. Autrement dit, il existe aujourd'hui un décalage entre l'application faite par la cour de cette règle et la justification qu'elle lui apporte.

Après la conclusion d'un contrat de distribution, le fournisseur avait cessé de s'approvisionner auprès de son cocontractant pour se tourner vers deux autres sociétés, qui s'étaient succédé. Les trois distributeurs appartenant au même groupe, ils étaient attirés à l'arbitrage par le fournisseur à la suite de la rupture du contrat. Le débat se nouait autour de la compétence de l'arbitre, qui la retenait pour juger de l'entier litige à l'égard des quatre protagonistes. Contestant la sentence, les trois distributeurs plaidaient que le contrat avait été résilié lorsque le fournisseur avait cessé de s'approvisionner auprès de son cocontractant originel, de sorte que ce contrat n'avait pas été transféré, mais qu'un nouveau contrat avait remplacé le premier, qui seul contenait une clause compromissoire. La cour commence par rappeler que le contrôle de la compétence est plein, portant sur les éléments de fait et de droit et précise alors qu'elle est susceptible de porter son appréciation sur toutes « les circonstances du litige en fait et en droit » qui lui permettraient de résoudre la question de la validité et de l'applicabilité de la convention d'arbitrage. La précision n'est pas que cosmétique au regard des arguments développés par les parties.

Quant à la résiliation du contrat, il ne s'agissait pas tant de dire, en méconnaissance du principe de séparabilité, que la résiliation du contrat emportait celle de la clause compromissoire. Il s'agissait plutôt d'affirmer que ce contrat ayant été résilié, il ne pouvait pas avoir été transféré. Faute de transfert du contrat, la convention d'arbitrage ne pouvait avoir été elle-même transférée, puisque sa transmission est conditionnée, à la lecture de la règle appliquée, à la transmission du droit substantiel sous-jacent : elle est « accessoire du droit d'action, lui-même accessoire du droit substantiel »<sup>(1)</sup>. C'est pourquoi la cour vient précisément vérifier si le contrat a ou non été résilié. S'appuyant sur la sentence arbitrale et sur la lecture du contrat, les juges du contrôle concluent par la négative. On remarquera incidemment qu'aucune loi nationale n'est consultée pour juger de cette résiliation – ni d'ailleurs du transfert du contrat. La lecture des faits nous apprend que le contrat était soumis au droit français, mais le droit français substantiel n'est pas évoqué en tant que tel dans le raisonnement de la cour. L'impression laissée est que la méthode des règles matérielles s'étend jusqu'à ce genre de questions, pourtant régies par le règlement *Rome 1*<sup>(2)</sup>. Ce n'est que dans un second temps qu'il convient, pour la cour, de juger de la transmission de la convention. Deux étapes sont donc bien circonscrites, qui conduisent la cour à entrer dans un contrôle très approfondi : d'abord, le contrat a-t-il pu valablement faire l'objet d'une transmission ? Ensuite et, le cas échéant, la

(1) Formule utilisée dans l'arrêt *ABS* : Cass. 1<sup>re</sup> civ., 27 mars 2007, n° 04-20842, Alcatel Business Systems (ABS) : D. 2008, p. 180, obs. T. Clay ; D. 2007, p. 2077, note S. Bollée ; JCP G 2007, II 10118, note C. Golhen ; JCP G 2007, I 168, n° 11, obs. C. Seraglini ; Rev. crit. DIP 2007, p. 798, note F. Jault-Seske ; Rev. arb. 2007, p. 785, note J. El Ahdab ; JDI 2007, p. 968, note C. Legros ; RTD com. 2007, p. 677, obs. É. Loquin ; Gaz. Pal. 22 nov. 2007, n° H0297, p. 6 et s., chron. F.-X. Train ; RTD civ. 2008, p. 541, obs. P. Théry, et reprise dans cet arrêt, sur laquelle, v. *infra* et aussi dans la présente chronique, les obs. ss CA Paris, 25 janv. 2022, n° 20/12332, Privinvest.

(2) Le juge n'a cependant pas l'obligation de soulever d'office la règle de conflit *a priori* en ce genre de matières. C'est donc peut-être ce qui explique la solution.



clause d'arbitrage a-t-elle été transmise ? On peut raisonnablement penser qu'à suivre la Cour, une réponse négative à la première question aurait conduit à ne pas reconnaître la compétence arbitrale à l'égard des deux prétendus cessionnaires. Certes, la clause aurait été applicable dans les relations entre les parties originaires, en vertu du principe de séparabilité, mais faute de transfert des droits substantiels, elle n'aurait pu être applicable dans les relations entre le cédé et les prétendus cessionnaires. Cette distinction de deux étapes avait pourtant pu être contestée dans un arrêt relativement isolé où la Cour de cassation avait affirmé que la clause était transférée « quelle que soit la validité de la transmission des droits substantiels »<sup>(3)</sup>. La transmission de la convention semble ici conditionnée à la transmission des droits substantiels. Après l'avoir caractérisée, la cour fait, à première vue, une application classique de la règle issue de l'arrêt *ABS* (Cass. 1<sup>re</sup> civ., 27 mars 2007, n° 04-20842) : le contrat avait été transféré en sorte que la convention l'était aussi. Mais si la convention est transférée, comment se fait-il qu'elle s'applique également à l'égard du cédant, aussi valablement attiré à l'arbitrage ? C'est que cette règle n'est pas, à proprement parler, une règle de transmission. En s'appuyant sur des travaux civilistes<sup>(4)</sup> et arbitragistes<sup>(5)</sup>, on peut dire que les mécanismes dits « de transmission », en droit de l'arbitrage, opèrent, en réalité, effet attributif limité

à l'égard du cessionnaire<sup>(6)</sup>. Le cessionnaire se trouve tenu par la convention d'arbitrage ainsi qu'elle a été configurée<sup>(7)</sup> dans les rapports obligationnels originaires, mais le cédant n'en est pas pour autant délivré : vient se surajouter un lien entre le cédé et le cessionnaire par lequel la convention d'arbitrage devient applicable dans leurs rapports. C'est ce qui explique que techniquement, la convention d'arbitrage se trouve comme « démultipliée », car sa « circulation » n'efface pas son application dans les rapports originaires. La justification de l'accessoire au second degré, utilisée ici encore par la cour, paraît pédagogique, mais ne traduit pas tout à fait le fonctionnement actuel de la règle<sup>(8)</sup>.

On notera enfin, de manière sûrement un peu accessoire, que la cour affirme ici que la règle matérielle est applicable lorsque le siège est situé en France, alors même que la méthode des règles matérielles se joue, en droit positif, de toute règle de conflit de lois.

(3) Cass. 1<sup>re</sup> civ., 28 mai 2002, n° 00-12144 ; Rev. crit. DIP 2002, p. 758, note N. Coipel-Cordonnier ; Gaz. Pal. 20 févr. 2003, n° F0500, p. 28, note M.-L. Niboyet-Hoegy.  
 (4) M. Bacache-Gibeili, *La relativité des conventions et les groupes de contrats*, 1996, LGDJ, préf. Y. Lequette.  
 (5) D. 2007, p. 2077, note S. Bollée.

(6) Nous avons antérieurement développé cette idée : *La réglementation de la convention d'arbitrage international. Étude critique et comparative en droits français et américain*, LGDJ, à paraître, préf. S. Bollée, n° 368.  
 (7) Sur cette idée, v. P. Mayer, « La "circulation" des conventions d'arbitrage », *JDI* 2005, p. 241.  
 (8) Pour une application de la convention à l'égard du cédant, v. aussi, CA Paris, 9 mars 2021, n° 18/21326, *Ukravtodor* : *Daloz actualité*, 30 avr. 2021, obs. J. Jourdan-Marques.

## C. La constitution du tribunal arbitral

### L'appréciation du doute raisonnable sur l'indépendance et l'impartialité de l'arbitre

GPL435f3

**L'essentiel** Si le doute sur l'indépendance et l'impartialité de l'arbitre s'apprécie par rapport à une personne raisonnable, le comportement des parties n'est pas insusceptible de modifier le standard utilisé.

CA Paris, 5-16, 11 janv. 2022, n° 19/19201, *Rio Tinto c/ Alteo Gardanne*, M. Ancel, prés., M<sup>mes</sup> Schaller et Aldebert, cons. ; M<sup>es</sup> de Maria, Weber, Divoy et Clay, av. : *Daloz actualité*, 21 janv. 2022, obs. J. Jourdan-Marques

#### Note

L'appréciation du défaut d'indépendance ou d'impartialité d'un arbitre, en plus de poser de difficiles problèmes d'articulation avec l'obligation de révélation, se fait aujourd'hui par recours à des critères objectifs et subjectifs. Car si c'est l'existence d'un doute raisonnable, appréciée par référence à une personne raisonnable placée dans une situation similaire, qui est au cœur du contrôle du juge de l'annulation, ce doute doit naître dans l'esprit des parties au litige. C'est en tout cas ainsi que

l'on peut résumer les enseignements apportés par l'arrêt *Rio Tinto*.

Dans cette affaire, un arbitre, avocat associé d'une *law firm* internationale, n'avait pas révélé, faute de connaître même cette information, que le bureau londonien de son cabinet avait accepté d'assister, quelques jours après le dépôt de sa déclaration d'indépendance, une société détenue par le groupe international auquel une des parties en litige appartenait dans une procédure judiciaire anglaise. Après réalisation des procédures de *conflict check*, seuls d'anciens dossiers liant le cabinet au groupe étaient ressortis et avaient été déclarés par l'arbitre, ce qui n'avait pas empêché sa nomination. Au surplus, les deux parties en litige appartenant à des groupes tentaculaires, elles avaient pris le soin de conclure un « accord procédural » aux termes duquel, sous réserve de l'examen des déclarations d'indépendance et du règlement *CCI*, le fait que l'un des arbitres ou l'un des membres de leur cabinet puisse avoir une relation avec l'une des parties ou l'une des sociétés appartenant au même groupe en dehors du

contexte du litige n'était pas un obstacle à leur nomination et confirmation par la CCI. Malgré cet accord, l'annulation de la sentence était demandée pour défaut d'indépendance et d'impartialité.

On sait qu'il y a quelques années, la jurisprudence a pu voir, dans une situation similaire, une violation de ces exigences <sup>(1)</sup>. Les principes de solution se sont depuis affermis. Après avoir écarté les arguments tendant à juger irrecevable la demande, la cour vient rappeler une distinction appliquée avec constance : la violation de l'obligation de révélation n'entraîne pas *ipso facto* l'annulation de la sentence <sup>(2)</sup>. Les éléments non révélés doivent être « de nature à provoquer dans l'esprit des parties un doute raisonnable quant à l'impartialité et à l'indépendance de l'arbitre ». La cour définit alors le standard utilisé : il s'agit de s'interroger sur le doute qui « peut naître chez une personne placée dans la même situation et ayant accès aux mêmes éléments d'information raisonnablement accessibles ».

Malgré cette distinction, la violation de l'obligation de révélation paraît être un élément pertinent aux fins de déterminer si un défaut d'indépendance peut être caractérisé dans la mesure où, après l'avoir rappelée, c'est l'obligation de révélation elle-même qui fait l'objet des premiers développements de la cour. Cela semble difficilement contestable dans la mesure où ne doivent être révélées que les « circonstance[s] susceptible[s] d'affecter [l']indépendance ou [l']impartialité » de l'arbitre aux termes de l'article 1456 du Code de procédure civile (CPC). Écartant de nouveau l'exception de notoriété lorsque ladite circonstance survient postérieurement au début de l'instance arbitrale <sup>(3)</sup>, la cour affirme que l'arbitre aurait dû révéler ce lien d'affaires, en visant la note aux parties de la CCI. Et alors même qu'une procédure de *conflict check* avait été menée, la cour juge que son caractère lacunaire ne pourrait être opposé aux parties à l'arbitrage. Autrement dit, la réalisation d'un *conflict check* n'a pas pour effet d'empêcher une violation de l'obligation de révélation si ce *conflict check* ne décèle pas une circonstance devant être révélée aux termes de l'article 1456. Cette procédure permet à l'arbitre de tenter de respecter au mieux son obligation de révélation, mais elle ne saurait équivaloir à une exécution de cette obligation. Sa violation n'entraînant

pas nécessairement un défaut d'indépendance, l'existence d'un doute raisonnable dans l'esprit des parties doit alors être démontrée.

En raison de la configuration un peu particulière de cette affaire, le raisonnement se porte alors sur l'accord procédural conclu par les parties, ainsi que sur le comportement qu'elles ont adopté tout au long de l'arbitrage. Le standard objectif du raisonnable est ici couplé avec l'attitude subjective des parties au litige. Or, lorsqu'un arbitre avait été pressenti pour occuper les fonctions de président, les demandeurs avaient estimé que le fait que son cabinet conseille à ce moment-là certaines sociétés du groupe international en question ne devait pas faire obstacle à sa nomination : telle semblait être également leur lecture de l'accord procédural. Voilà qui convainc la cour d'appel que, plus généralement, les liens d'affaires entre le cabinet d'un arbitre et certaines sociétés des groupes en litige n'étaient pas de nature à faire naître un doute raisonnable sur l'indépendance de l'arbitre. Autrement dit, ce qui valait pour l'un devait valoir pour les autres. C'est donc que le standard objectif de la personne raisonnable est, en réalité, adapté très précisément au regard du comportement adopté par la partie en litige, ce que la cour affirme clairement. Si la partie a été, au cours de l'arbitrage, placée « dans une situation comparable d'avoir à faire face à un arbitre membre d'un cabinet ayant plusieurs affaires en cours avec des sociétés affiliées à l'une ou l'autre des parties », la position qu'elle aura adoptée servira à adapter le standard de la personne raisonnable. Il apparaît rester peu de choses à son caractère objectif, excepté la référence au raisonnable. La solution ne semble ainsi qu'assez circonstancielle, même si les principes formulés sont d'une plus large portée. L'arrêt n'indique cependant pas que, dans tous les cas, de tels liens ne seront pas susceptibles de constituer un défaut d'indépendance et d'impartialité.

La solution revient ainsi à admettre que les parties modifient la mesure de l'indépendance requise. On ne saurait probablement y redire dès lors que l'indépendance n'est pas imperméable à la volonté des parties, ce que la CEDH a reconnu <sup>(4)</sup>, et qu'une lecture littérale <sup>(5)</sup> de l'article 1506 du CPC permettrait même de renoncer à l'obligation de révélation. C'est bien une contractualisation de l'indépendance qui semble ouverte par la cour de Paris.

(1) CA Reims, 2 nov. 2011, n° 10/02888, Tecnimont : JCP G 2011, I 1432, n° 5, obs. J. Béguin ; Rev. arb. 2012, p. 112, note M. Henry ; CAPJIA 2011, p. 1109, note T. Clay.

(2) V. déjà Cass. 1<sup>re</sup> civ., 10 oct. 2012, n° 11-20299 : Rev. arb. 2013, p. 129, note C. Jarrosson ; JCP G 2012, 1127, obs. M. Henry ; D. 2012, p. 2991, obs. T. Clay ; RTD com. 2013, p. 481, obs. É. Loquin – Cass. 1<sup>re</sup> civ., 16 déc. 2015, n° 14-26279 : Rev. arb. 2016, p. 536, note M. Henry.

(3) Ce qui permet également dans l'arrêt de considérer qu'il n'y avait pas, en l'espèce, renonciation au sens de l'article 1466 du CPC.

(4) CEDH, 2 oct. 2018, n° 40575/10 et 67474/10, Mutu et Pechstein ; CEDH, 20 mai 2021, n° 5312/11, Beg c/ Italie.

(5) Mais contestée : C. Seraglini et J. Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, 2<sup>e</sup> éd., 2019, LGDJ, p. 734, n° 744 ; v. aussi K. El Chazli, *L'impartialité de l'arbitre – Étude de la mise en œuvre de l'exigence d'impartialité de l'arbitre*, 2020, LGDJ, préf. P. Mayer, p. 314 et s., n° 398 et s.

[...]

## F. L'ordre public international

### La conception « maximaliste » du contrôle de l'ordre public international devant la Cour de cassation GPL435f4

**L'essentiel** Si la Cour de cassation semble adopter la conception maximaliste du contrôle de l'ordre public international, la violation de celui-ci doit être « caractérisée ».

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 23 mars 2022, n° 17-17981, M. B. K. c/ République du Kirghizistan, FS-PB (rejet pourvoi c/ CA Paris, 21 févr. 2017), M. Chauvin, prés. ; SARL Ortscheidt, SCP Pivnica et Molinié, av.

#### Note

Alors même que, depuis 2014, l'intensité du contrôle de la compatibilité d'une sentence arbitrale avec l'ordre public international s'est fortement accrue devant la cour d'appel de Paris<sup>(1)</sup>, la Cour de cassation n'avait pas encore eu l'heur de se prononcer sur cette évolution. Et si elle paraissait bien ancrée depuis 2018<sup>(2)</sup>, le dernier arrêt *Schneider* rendu par la Cour de cassation en 2014 restait sur la ligne ancienne, appelée « conception minimaliste »<sup>(3)</sup>. Cette conception se bornait à un contrôle de la violation « flagrante, effective et concrète » de l'ordre public international, à tel point que, reprenant les mots d'un des plaideurs, la cour d'appel avait pu, à cette époque, déclarer ne sanctionner que les violations « crevant les yeux ».

À la faveur de sentences touchant des valeurs vues comme particulièrement importantes, telles que la lutte contre la corruption ou le blanchiment d'argent, la cour d'appel avait fait évoluer sa doctrine pour adopter une « conception maximaliste » ne s'interdisant plus de vérifier, en détail, que l'ordre public international ne souffrirait pas de la reconnaissance de la sentence arbitrale. Dans l'affaire *B.* notamment, donnant lieu au présent arrêt, la cour d'appel avait accepté que de nouvelles pièces soient produites devant elle<sup>(4)</sup>. L'analyse de cette décision montrait parfaitement que le juge du contrôle opérait désormais un contrôle *de novo*, plein, qui confinait à rejuger l'affaire soumise au tribunal arbitral sur le point de droit litigieux. Pour rappel, dans cette affaire, un tribunal arbitral avait accordé 15 millions de dommages-intérêts à un investisseur ayant acquis une banque au Kirghizistan après en avoir été exproprié. Le Kirghizistan contestait la sentence,

car la banque était, d'après cet État, chargée de réaliser des opérations de blanchiment. Après avoir étudié les nouvelles pièces soumises par les parties, les documents d'audience, etc., la cour d'appel de Paris annulait la sentence en raison de ce que sa reconnaissance aurait pour effet de faire profiter l'une des parties de pratiques de blanchiment d'argent, contraires à l'ordre public international. Le pourvoi était essentiellement articulé autour de ce qui constitue le point de discorde essentiel entre les deux conceptions rappelées : le principe de non-révision au fond fait-il obstacle à un contrôle plein de l'ordre public international ? Le pourvoi estimait, en effet, que le juge d'appel s'était adonné à une nouvelle instruction au fond de l'affaire, alors qu'il n'est pas juge de l'affaire, mais juge de l'insertion de la sentence dans l'ordre juridique français. La troisième branche du premier moyen soutenait que le juge du contrôle aurait dû constater que le montant des dommages-intérêts accordés par le tribunal arbitral avait été fixé en tenant compte des opérations de blanchiment contestées, faute de quoi la reconnaissance de la sentence n'était pas contraire à l'ordre public international. Sans se prononcer directement sur l'inclusion du blanchiment d'argent dans l'ordre public international – car le pourvoi n'y invitait pas –, la Cour de cassation juge que la recherche de la conformité de la sentence à l'ordre public international n'est pas limitée aux éléments de preuve produits devant les arbitres. Au surplus, le juge du contrôle n'est pas lié par les constatations, appréciations et qualifications opérées par les arbitres. La Cour réserve cependant ici le respect du principe du contradictoire et de l'égalité des armes : s'il décide d'utiliser de nouvelles preuves, le juge du contrôle doit les soumettre au contradictoire, ce qui n'a rien de spécifique au recours en annulation. Dès lors que, depuis l'arrêt *Société Indagro*<sup>(5)</sup>, la violation de l'ordre public international peut être, pour la première fois, soulevée devant le juge du contrôle, la solution n'était guère douteuse.

La Cour de cassation affirme ensuite que la cour d'appel a pu souverainement juger que les preuves constituaient des indices graves, précis et concordants de l'existence des pratiques incriminées. Surtout, la Cour décide que le juge du contrôle « n'a pas procédé à une nouvelle instruction ou à une révision au fond de la sentence, mais a porté une appréciation différente sur les faits au regard de la seule compatibilité de la reconnaissance ou de l'exécution de la sentence avec l'ordre public international ». La Cour n'exclut pas expressément le principe de non-révision au fond du champ du contrôle de l'ordre public international, mais c'est, en réalité, tout comme<sup>(6)</sup>. Dans la mesure où le juge du contrôle n'est pas tenu par les pièces soumises au tribunal arbitral ni par ses constatations, et qu'il peut substituer son appréciation des faits à celle faite par

(1) CA Paris, 1-1, 4 mars 2014, n° 12/17681, *Gulf Leaders* : D. 2014, p. 1967, obs. S. Bollée ; D. 2014, p. 2541, obs. T. Clay ; Rev. arb. 2014, p. 955, note L.-C. Delanoy.

(2) CA Paris, 16 janv. 2018, n° 15/21703, *MK Group* : JDI 2018, p. 883, note S. Bollée ; JDI 2018, p. 898, note E. Gaillard ; Rev. arb. 2018, p. 389, note S. Lemaire ; D. 2018, p. 1635, note M. Audit ; D. 2018, p. 1941 ; obs. L. d'Avout.

(3) Cass. 1<sup>re</sup> civ., 12 févr. 2014, n° 10-17076 : Procédures 2014, comm. 107, note L. Weiller ; Rev. arb. 2014, p. 389, note D. Vidal ; JCP G 2014, 474, avis P. Chevalier ; JCP G 2014, 475, note D. Mouralis ; D. 2014, p. 1967, obs. S. Bollée ; D. 2014, p. 2541, obs. T. Clay ; CAPJIA 2014, p. 585, note L.-C. Delanoy ; JDI 2015, comm. 5, note P. de Vareilles-Sommières.

(4) CA Paris, 21 févr. 2017, n° 15/01650, *B.* : Rev. arb. 2017, p. 915, note M. Audit et S. Bollée ; JDI 2017, p. 1361, note E. Gaillard.

(5) Cass. 1<sup>re</sup> civ., 13 sept. 2017, n° 16-25657 et 16-26445.

(6) V. déjà M. Audit et S. Bollée, Rev. arb. 2017, p. 915.

les arbitres, le juge du contrôle opère une révision non prohibée de la sentence sur le point litigieux. C'est donc la conception maximaliste qui est consacrée par la Cour de cassation. Cela dit, la Cour ne reprend pas certaines des formules parfaitement claires ayant fleuri à la cour d'appel. Pas plus ne reprend-elle la formule ternaire de la violation « manifeste, effective et concrète » utilisée à bien des reprises depuis 2014. Elle affirme plutôt, pour répondre au second moyen portant essentiellement sur les mêmes points, que la cour d'appel a jugé que la sentence violait de manière caractérisée l'ordre public international, et qu'elle avait ainsi légalement justifié sa décision. Le terme « caractérisé » paraît nouveau. Au vu de la teneur de la décision d'appel, il ne saurait être soutenu qu'il s'agit d'une restriction du contrôle du point de vue de son étendue. Peut-être la Cour reprend-elle là certaines analyses sur le sens à donner à l'adjectif « manifeste » désormais utilisé. Il s'agirait alors de se prononcer sur « l'intensité de

la violation de la valeur protégée »<sup>(7)</sup>. On peut, enfin, voir dans l'arrêt une confirmation de ce que la réunion d'un faisceau d'indices, graves, précis et concordants, suffit à emporter l'annulation de la sentence<sup>(8)</sup> : la méthode est employée notamment pour les faits de corruption et de blanchiment d'argent, qu'il est autrement difficile de prouver, à charge pour la cour d'appel de ne pas dénaturer les éléments de preuve. Ces indices graves, précis, et concordants ne sont pas ici mis en relation avec les qualifications pénales que les faits reprochés peuvent encourir dans les différents pays concernés : ces indices sont utilisés dans le seul but de se convaincre d'une violation concrète, par la sentence elle-même, de l'ordre public international. Les fonctions du juge du contrôle, qui ne peut se transformer en juge pénal, le justifient.

(7) E. Gaillard, JDI 2018, p. 898, obs. ss CA Paris, 16 janv. 2018, n° 15/21703.

(8) Sur quoi, v. E. Gaillard, « La corruption saisie par les arbitres du commerce international », Rev. arb. 2017, p. 805.

## Ordre public international et contrôle de la dénaturation des éléments de preuve GPL435g9

**L'essentiel Encourt le grief de dénaturation un arrêt qui s'appuie, pour annuler une sentence arbitrale pour violation de l'ordre public international, sur la transcription de l'audience arbitrale tout en travestissant ses termes clairs et précis.**

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 29 sept. 2021, n° 19-19769, Sté Alexandre Brothers Ltd c/ Alstom, F-D (cassation CA Paris, 28 mai 2019), M<sup>me</sup> Auroy, cons. doyen f. f. de prés. ; SARL Ortscheidt, SCP Alain Bénabent, av. : Rev. arb. 2021.687, note C. Jarrosson ; Dalloz actualité, 19 nov. 2021, obs. J. Jourdan-Marques

### Note

Ayant élaboré le faisceau d'indices nécessaires à la démonstration d'une pratique corruptrice contraire à l'ordre public international français, l'arrêt de la cour d'appel de Paris rendu dans l'affaire *Alstom* est cassé pour motif disciplinaire : il aurait dénaturé des éléments de preuve sur lesquels la Cour s'était appuyée pour se convaincre de l'existence d'un pacte corruptif.

Dans cette affaire, la Cour s'en était remise aux énonciations portées dans la transcription de l'audience arbitrale, dont elle avait elle-même ordonné la production, afin de retenir, d'une part, que l'intermédiaire n'avait pas répondu aux questions du tribunal relatives à l'obtention de certains documents confidentiels émanant d'autorités publiques chinoises, d'autre part, que le comptable de l'intermédiaire n'alléguait pas que les dépenses de l'intermédiaire étaient justifiées par des factures, et non par de simples reçus de cartes de crédit. Or, de la transcription de l'audience, il apparaissait au demandeur au pourvoi, convainquant la Cour de cassation, que l'intermédiaire avait bien fourni les réponses demandées, et que le comptable avait bien plutôt affirmé que l'essentiel des dépenses étaient justifiées par des reçus, et non par de simples tickets de carte de crédit. Visant une « obligation pour le juge de ne pas dénaturer l'écrit qui lui est soumis », la

cassation intervient : la cour d'appel a dénaturé les termes clairs et précis de la transcription de l'audience.

Le contrôle de la dénaturation ne saurait étonner : tous les éléments de preuve, s'ils ont été utilisés par les juges du fond, sont susceptibles d'être dénaturés et de donner lieu à cassation. Dès lors que le juge du fond s'appuie sur un écrit soumis à sa libre appréciation et qu'il affirme un fait incompatible avec celui-ci, sa constatation est susceptible de dénaturation dès lors qu'il la rattache faussement à l'écrit (J. Boré et L. Boré, Rép. pr. civ. Dalloz, V° Pourvoi en cassation, n° 537). Tel était le cas ici : la transcription de l'audience faisait état des réponses données par l'intermédiaire et de ce que le comptable avait affirmé autre chose que ce que la cour d'appel avait tiré de cet élément de preuve.

On peut, cela dit, n'être que relativement convaincu par l'orthodoxie de la décision. Quant au comptable, en principe, la dénaturation ne vaut, pour les éléments de preuve, que lorsque le juge du fond a expressément visé la pièce, prétendument dénaturée (une distinction est, en effet, établie entre les actes dotés d'une force obligatoire pour le juge et les actes dits de « libre appréciation », tels que les éléments de preuve ici en cause). Or, en l'espèce, la transcription n'est pas précisément visée dans l'arrêt d'appel sur ce point. Au surplus, il ne semble pas y avoir une franche contradiction entre l'affirmation des juges du fond selon laquelle le comptable n'allègue pas que les dépenses étaient justifiées par des factures et non par de simples reçus de cartes bancaires et la transcription de l'audience selon laquelle le comptable a déclaré inexacte l'affirmation selon laquelle l'essentiel des dépenses était justifié par des tickets de carte de crédit. On peut ainsi dire que le comptable n'a pas allégué que des factures (détaillées) pouvaient être produites même s'il a affirmé que l'essentiel des dépenses était justifié autrement que par des tickets de carte de crédit. Quant aux allégations de l'intermédiaire, faute de posséder la transcription exacte de l'audience, seules des conjectures peuvent être faites.

À l'audience, il semblait apparaître que l'intermédiaire avait affirmé avoir obtenu certains documents confidentiels de la part d'un officiel chinois, M. L. La cour d'appel avait retenu que l'intermédiaire avait refusé à l'audience de répondre aux questions relatives « aux conditions dans lesquelles elle s'était procuré ce document ». La contradiction paraît frontale. Cependant, le terme « conditions » est ici ambivalent : il peut tout autant s'agir des conditions matérielles (la remise par l'officiel chinois), auquel cas la dénaturation apparaît justifiée, que des conditions financières, auquel cas rien n'indique que l'intermédiaire ait répondu. Des éléments contradictoires prêchent, dans l'arrêt d'appel, pour les deux hypothèses. La cour d'appel affirme que « l'origine » des documents « n'est pas établie », avant de dire que le compte rendu en question « provient du bureau de [l'officiel chinois] ». Il était ainsi possible de considérer que les termes de la transcription n'étaient pas si clairs et précis qu'il apparaissait à première vue.

Ainsi que les premiers commentateurs de l'arrêt l'ont noté, le contrôle de la dénaturation risque, à propos de l'arbitrage international et du contrôle de l'ordre public, aujourd'hui « maximaliste », au moins dans certains domaines à suivre la jurisprudence, de prendre des proportions assez importantes. En effet, les juges français se proposent désormais de revoir en fait et en droit la question de l'ordre public international, ce qui donne lieu à la production d'une masse considérable de documents (dans cette chronique, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 23 mars 2022, n° 17-17981, *M. B.* : GPL 3 mai 2022, n° GPL435f4). Le risque de dénaturation est décuplé par la nature des normes d'ordre public international le plus souvent évoquées dans ce contentieux : la corruption, le blanchiment d'argent, etc. Or, ainsi que la cour d'appel l'avait reconnu dans cette affaire, c'est

par la méthode du faisceau d'indices, c'est-à-dire par l'accumulation de preuves circonstanciées et limitées, mais regroupées, que la conviction des juges du fond sur la violation potentielle de l'ordre public international se forme. Et tel était d'ailleurs l'utilité des preuves dénaturées ici invoquées : l'absence de réponses aux questions du tribunal tout comme l'absence de factures établies pour les dépenses engagées étaient deux indices susceptibles de prouver la pratique corruptrice. La méthode du faisceau d'indices risque d'accroître le danger que l'un des éléments de preuve soit dénaturé, car il s'agit pour la cour d'appel d'en évoquer un assez grand nombre. Ce risque sera, cependant, tempéré par les conditions strictes de la dénaturation précédemment rappelées.

La méthode du faisceau d'indices pourrait-elle à l'inverse sauver une décision ayant dénaturé un seul des éléments de preuve ? Après tout, la dénaturation n'affecte qu'une seule des pièces soumises au juge et la décision attaquée ne se fonde pas uniquement sur cet élément de preuve. Un indice ayant été dénaturé, le faisceau d'indices pourrait malgré tout être suffisant : la dénaturation ne serait pas une « erreur causale » et la décision des juges du fond pourrait être maintenue. Ce raisonnement achoppera sur la pratique de la Cour de cassation en la matière : « [elle] considère en général que le juge du fond s'étant livré à une appréciation *globale* des preuves qui lui étaient proposées, la dénaturation d'un de ces éléments vicie cette appréciation et justifie un nouveau débat devant la juridiction de renvoi » (J. Boré, « Un centenaire : le contrôle par la Cour de cassation de la dénaturation des actes », *RTD civ.* 1972, p. 249 et 289, n° 88. V. aussi J. Boré et L. Boré, *La cassation en matière civile*, 5<sup>e</sup> éd., 2015, Dalloz, coll. Dalloz action, n° 83.56).

## Inconciliabilité des décisions et reconnaissance des décisions en vertu du système

*Bruxelles* GPL435f5

**L'essentiel** Si l'inconciliabilité des décisions peut être sanctionnée au titre de la violation de l'ordre public international, encore faut-il que les deux décisions soient susceptibles d'être exécutoires sur le territoire français.

CA Paris, 5-16, 1<sup>er</sup> févr. 2022, n° 19/22977, Armamenti c/ Gouvernement de la République d'Irak, M. Ancel, prés., M<sup>mes</sup> Aldebert et Gaffinel, cons. ; M<sup>es</sup> de Maria, Willaume et Grappotte-Benetreau, av. : Dalloz actualité, 16 mars 2022, obs. J. Jourdan-Marques

### Note

L'inconciliabilité des décisions présente, en droit judiciaire international, les traits d'un problème embrouillé. Si l'on ajoute que l'une des décisions est arbitrale<sup>(1)</sup>, tandis que l'autre est susceptible de relever du système de reconnaissance mis en place par les règlements européens, le problème apparaît presque inextricable.

Pour résumer l'essentiel, alors qu'un contrat était susceptible de relever de mesures d'embargo adoptées à la suite de l'invasion du Koweït, les juridictions du fond italiennes rendaient une décision reconnaissant l'inarbitrabilité du litige, et prononçant la résiliation du contrat aux torts de l'Irak, partie à celui-ci. Postérieurement à son prononcé, l'Irak saisit un tribunal arbitral. Avant même qu'une quelconque sentence ne soit rendue, la Cour de cassation italienne confirme la décision italienne. Le tribunal arbitral en prend le contrepied : à son avis, le litige est arbitral, et la résolution onusienne adoptée pour faire face à cette invasion n'empêche pas la demande formée par l'Irak de remboursement du montant des avancées payées. En bref, les décisions s'opposaient quant à l'arbitrabilité du litige, et quant aux effets des mesures d'embargo. Alors que la reconnaissance de la sentence de compétence était demandée, c'est l'inconciliabilité des décisions, adossée à l'ordre public international de l'article 1520, 5<sup>o</sup>, du Code de procédure civile (CPC), qui était invoquée pour y faire échec. L'hypothèse soulevait une pluralité de difficultés : d'abord, quant à la définition de l'inconciliabilité des décisions, ensuite quant à la possible reconnaissance d'une décision rendue par le juge d'un État membre écartant

(1) Sur ce problème, C. Debourg, *Les contrariétés de décisions dans l'arbitrage international*, 2012, LGDJ, préf. F-X. Train.



une convention d'arbitrage avant de trancher le fond du litige, et enfin quant à la solution technique à apporter, le cas échéant, à cette inconciliabilité avérée.

La cour d'appel confirme que l'inconciliabilité des décisions entre dans le contrôle de l'ordre public international. Plus encore, elle affirme que l'article 1466 du CPC ne saurait empêcher une partie de l'évoquer pour la première fois devant le juge du contrôle. Ce qui justifie la solution est, d'après la cour, que le juge du contrôle doit juger de la contrariété à l'ordre public international de fond, même si le moyen n'a pas été invoqué devant les arbitres. On peut être convaincu par l'inclusion de l'inconciliabilité des décisions dans l'ordre public de fond si l'on considère qu'il s'agit de sauvegarder la cohérence de l'ordre juridique du *for*, et que donner la force exécutoire à deux décisions inconciliables conduit les organes d'exécution français à se contredire eux-mêmes.

C'est d'ailleurs précisément la définition donnée par la cour de l'inconciliabilité : les décisions doivent entraîner « des conséquences juridiques qui s'excluent mutuellement rendant impossible une exécution simultanée dans l'ordre juridique interne ». C'est l'exécution des décisions, plus précisément la force exécutoire, et non la simple autorité de chose jugée, qui constitue l'élément essentiel, ainsi que le confirme un arrêt *SGS* rendu récemment <sup>(2)</sup>. L'inconciliabilité apparaît donc lorsque deux décisions ont ou risquent d'avoir, ensemble, force exécutoire.

La difficulté essentielle était ici qu'un jugement européen avait été rendu, susceptible de bénéficier des mécanismes de reconnaissance facilitée des décisions du système de Bruxelles. On pouvait estimer que si la décision bénéficiait du régime du règlement *Bruxelles 1 bis*, elle bénéficiait immédiatement, en France, de la force exécutoire : elle faisait obstacle à l'accueil de la sentence arbitrale. Mais, *ratione temporis*, c'est seulement le règlement *Bruxelles 1* qui était susceptible d'être applicable : ce règlement crée un régime de reconnaissance facilitée, mais la force exécutoire n'est accordée qu'après une action positive de la part des plaideurs, à la différence du règlement postérieur. Or, la décision italienne n'avait pas fait l'objet d'une procédure d'exequatur. La cour aurait certainement pu s'en arrêter là : dans la mesure où la décision italienne n'a pas force exécutoire en France, qu'il n'en est pas demandé l'exequatur en France par les plaideurs ni à titre principal ni à titre incident <sup>(3)</sup>, et que l'inconciliabilité ne peut être prononcée que si deux décisions risquent d'avoir toutes deux force exécutoire, nous ne sommes pas dans un cas d'inconciliabilité telle que définie <sup>(4)</sup>. Ce n'est pourtant pas la voie empruntée : la cour ajoute que la décision

italienne ne pouvait relever *ratione materiae* du système de Bruxelles en raison de l'exclusion de l'arbitrage prévu à l'article 1<sup>er</sup> du règlement <sup>(5)</sup>.

Pour en juger, et contrairement aux prudences de la Cour de justice dans l'arrêt *Gazprom* <sup>(6)</sup>, la cour se repose sur le considérant 12 du règlement *Bruxelles 1 bis* <sup>(7)</sup>, non applicable *ratione temporis*. Or, le considérant 12, paragraphe 2, prévoit qu'une décision concernant la validité et l'applicabilité d'une convention n'est pas soumise aux règles de reconnaissance des jugements créées par le règlement. Autrement dit, la décision se rapportant à une convention d'arbitrage n'entre pas dans le champ d'application *ratione materiae* du règlement. Mais la difficulté se rapportait ici à ce que les juges italiens ne s'étaient pas seulement prononcés sur la convention d'arbitrage, mais également sur le fond du litige. Le considérant 12, paragraphe 3, prévoit, quant à lui, que cette partie de la décision bénéficie, pour sa part, du régime de reconnaissance des décisions. Refuser le bénéfice de ce régime à la décision italienne en cause peut ici se justifier, car la seule partie de la décision qui semble intéresser la résolution du cas – qui portait uniquement sur la compétence arbitrale – est celle qui concerne la convention d'arbitrage. La cour semble pourtant admettre plus largement l'exclusion, puisque dans le considérant conclusif elle affirme « que l'arrêt (...) s'étant prononcé, *avant de statuer au fond*, sur l'arbitrabilité du litige, sa décision rentre bien dans le champ de l'exclusion prévue ». C'est ainsi la totalité de la décision qui semble visée, ce que l'on peut contester.

En réalité, ce qu'établit ce seul raisonnement, c'est qu'il n'y a pas de décision exécutoire en France qui empêche l'accueil de la sentence partielle ; le conflit n'en est pas pour autant résolu. Les deux décisions sont encore susceptibles de reconnaissance et il s'agit de faire un choix : la cour ne s'en explique pas, car les données de l'espèce ne le nécessitaient pas en raison de ce que la reconnaissance de la décision italienne n'était pas même demandée à titre incident. Si elle l'avait été, il aurait fallu utiliser un critère de départage : le critère chronologique est privilégié <sup>(8)</sup>. Sauf à considérer que la décision italienne viole l'ordre public international : le principe de compétence-compétence y a été violé, semble-t-il.

(2) CA Paris, 11 janv. 2022, n° 20/17923, République du Bénin *c/* SGS : Dalloz actualité, 21 janv. 2022, obs. J. Jourdan-Marques ; sur quoi, v. obs. J. Jourdan-Marques, Dalloz actualité, 16 mars 2022.  
 (3) Sur quoi, v. obs. J. Jourdan-Marques, Dalloz actualité, 16 mars 2022.  
 (4) CA Paris, 11 janv. 2022, n° 20/17923.

(5) Il en irait de même du règlement *Bruxelles 1 bis*.

(6) CJUE, 13 mai 2015, n° C-536/13, *Gazprom*.

(7) S. Bollée et É. Farnoux, « Arbitration and the twists of Recital 12 of the Brussels Ibis Regulation », in P. Mankowski (dir.), *Research Handbook on the Brussels Ibis Regulation*, 2020, Edward Elgar, p. 40 et s.

(8) C. Debourg, *Les contrariétés de décisions dans l'arbitrage international*, 2012, LGDJ, p. 376-377, n° 452 ; adde M.-L. Niboyet et G. de Geouffre de la Pradelle, *Droit international privé*, 7<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2020, p. 560-561, n° 819.

## L'article 1466 du CPC s'applique à l'ordre public de protection, non à l'ordre public de direction GPL435h0

s'applique à l'ordre public de protection, y compris l'égalité des armes, mais non à l'ordre public de direction dont la violation peut être évoquée pour la première fois devant le juge du contrôle.

CA Paris, P. 5, ch. 16, 19 oct. 2021, n° 19/23071, Magpower c/ Heliotrop, M. Ancel, prés., M<sup>me</sup> Aldebert, cons. ; M<sup>es</sup> Etevenard et Fromantin, av. : Dalloz actualité, 19 nov. 2021, obs. J. Jourdan-Marques

#### Note

Si dans cet arrêt, le demandeur à l'annulation faisait feu de tout bois pour contester la sentence et si peu de nouveautés en ressortent, on notera cependant le rappel par la cour d'appel de Paris que l'article 1466 du Code de procédure civile (CPC) vise l'ensemble des cas d'ouverture du recours en annulation, y compris les dispositions qui relèveraient de l'ordre public de protection. Autrement dit, si la partie n'a pas fait valoir devant l'arbitre le jeu de la disposition d'ordre public de protection dont elle se prévaut devant le juge du contrôle dans le cadre de l'article 1520, 5°, du CPC, elle sera réputée avoir renoncé à s'en prévaloir et sa demande sera frappée d'irrecevabilité. Dans l'ordre public de protection, la cour d'appel range le principe d'égalité des armes (v. aussi, sur le principe du contradictoire et l'égalité des armes, CA Paris, 12 oct. 2021, n° 20/02301, Tasyapi). La seule exception au jeu de l'article 1466 est l'ordre public de direction : cor-

ruption, blanchiment, etc., ce que l'arrêt *Société Indagro* (Cass. 1<sup>re</sup> civ., 13 sept. 2017, n°s 16-25657 et 16-26445) avait déjà affirmé. L'arrêt *Monster Energy* (CA Paris, 19 oct. 2021, n° 18/01254 : GPL 3 mai 2022, n° GPL435f0) rappelle également ce principe : l'ordre public de direction, constitué des mesures organisant le marché économique dans les DROM-COM, ne saurait faire l'objet d'une renonciation des parties à l'arbitrage et la mauvaise foi du demandeur serait insusceptible de priver la cour d'appel de son contrôle. Une telle exception apparaît parfaitement conforme aux objectifs de ce contrôle, qui sont d'éviter l'insertion d'une sentence arbitrale contraire aux valeurs et principes fondamentaux du for dans l'ordre juridique français. Au surplus, l'exequatur oblige les organes d'exécution français à se mettre en branle afin de faire exécuter la sentence alors reconnue. Qu'une partie n'invoque pas l'existence d'un pacte corruptif lors de l'instance arbitrale pour ne s'en prévaloir qu'une fois la sentence rendue ne saurait empêcher la cour d'appel d'exercer un contrôle total : l'en priver sur le fondement de l'article 1466, ce serait tolérer que les organes d'exécution français prêtent main-forte à une sentence donnant effet à un pacte corruptif du seul fait que les parties n'en ont pas évoqué l'existence durant le déroulement des opérations arbitrales. Ce serait, autrement dit, contrevenir à la définition même de l'ordre public de direction, qui n'est pas à la simple disposition des parties au litige, mais qui prend en charge des objectifs qui, de loin, les dépassent.

## Lois de protection des agents commerciaux et ordre public international français GPL435f6

**L'essentiel** La non-application par l'arbitre de la loi française de transposition de la directive sur les agents commerciaux, même applicable au litige, n'emporte pas violation de l'ordre public international français.

CA Paris, 5-16, 23 nov. 2021, n° 19/15670, Accessoires company c/ Sté Guess, M. Ancel, prés., M<sup>mes</sup> Schaller et Aldebert, cons. ; M<sup>es</sup> Vignes et Ferchichi, av. : Dalloz actualité, 21 janv. 2022, obs. J. Jourdan-Marques ; LEDICO janv. 2022, n° DDC200n4, obs. H. Meur

#### Note

Après avoir découvert, dans l'arrêt *Monster Energy*, une nouvelle loi de police française intégrant l'ordre public international<sup>(1)</sup>, la cour d'appel de Paris refuse d'ériger la protection des agents commerciaux à un tel niveau. L'affaire très classique mettait aux prises un agent commercial français et une société suisse après la rupture de leur contrat d'agence commerciale, soumis au droit suisse. Parce que la prestation de l'agent commercial devait se réaliser sur le territoire français, il excipait des articles L. 134-1 et suivants du Code de commerce, issus de la transposition de la directive n° 86/653 du 18 décembre 1986, que l'arbitre avait refusé d'appliquer, au titre d'une violation de l'ordre public international français. C'était particulièrement l'article L. 134-12, qui

prévoit une indemnité compensatrice au profit de l'agent commercial, transposant les articles 17 et 18 de ladite directive, qui cristallisait les débats. Deux questions sont abordées, dans un sens que l'on pourrait logiquement contester : la cour s'interroge d'abord sur l'applicabilité d'une telle disposition, avant d'examiner si cette disposition doit être qualifiée de loi de police incluse dans l'ordre public international français. Si ces deux étapes sont nécessaires avant de faire jouer la loi de police, le champ d'application spatiale d'une telle norme se détermine, en principe, en fonction des objectifs qu'elle poursuit, car l'application d'une telle loi apparaît cruciale pour leur sauvegarde. Classiquement, c'est donc la qualification qui doit précéder la détermination du champ d'application de la loi, celui-ci étant dans la dépendance de celle-là. Tenant pour satisfaite la condition d'applicabilité spatiale des articles en cause, en raison de l'exercice en France de l'activité de l'agent commercial, la cour d'appel s'interroge sur l'inclusion de cette norme dans l'ordre public international français. On pouvait s'attendre à ce que tel soit le cas à la relecture de l'arrêt *Ingmar*<sup>(2)</sup> de la Cour de justice européenne, évoqué par les parties, qui avait jugé essentiel « qu'un commettant (...) ne puisse éluder [les dispositions protectrices des articles 17 et 18 relatifs au mécanisme de dédommagement de l'agent après rupture du contrat] par le simple jeu d'une clause de choix de loi ».

(1) CA Paris, 19 oct. 2021, n° 18/01254 : GPL 3 mai 2022, n° GPL435f0.

(2) CJCE, 9 nov. 2000, n° C-381/98 : JDI 2001, p. 512 (2<sup>e</sup> esp.), note J.-M. Jacquet ; Rev. crit. DIP 2001, p. 107, note L. Idot.

Or, après avoir évoqué en ouverture de leur raisonnement la notion de « loi de police interne », les juges affirment qu'il s'agit non pas de déterminer « si les dispositions des articles L. 134-1 et suivants constituent des lois de police du *for*, mais plus précisément, si ces articles, fussent-ils qualifiés de loi de police, relèvent au surplus de la conception française de l'ordre public international ». À suivre la cour, ces dispositions ne poursuivent pas toutes des objectifs visant à garantir des principes ou valeurs essentiels inclus dans l'ordre public. À ce stade, l'impression qui ressort est qu'il existe des lois de police qui sont susceptibles de faire échec à la méthode conflictualiste dans l'instance directe, mais qui n'intègrent pas l'ordre public international au stade de l'instance indirecte<sup>(3)</sup>. Cette proposition a déjà pu être faite en doctrine, y compris à l'égard des dispositions protectrices de l'agent commercial<sup>(4)</sup>. Autrement dit, si l'arrêt *Ingmar* a pu créer « une loi de police européenne » au stade de l'instance directe, il n'est pas certain que cette loi de police intègre l'ordre public au stade de l'instance indirecte<sup>(5)</sup>. La suite de la lecture semble démentir une telle interprétation de l'arrêt. Les juges se reposent, en effet, directement sur deux arrêts de la Cour de cassation<sup>(6)</sup> qui avaient, suivant un arrêt rendu seulement quelques jours après l'arrêt *Ingmar*<sup>(7)</sup>, affirmé que les articles L. 134-1 et suivants du Code de commerce étaient d'ordre public interne, mais ne constituaient pas des lois de police applicables dans l'ordre international. Si l'un de ces arrêts se prononce à propos de la reconnaissance d'une sentence arbitrale, les deux autres se prononcent à propos de l'instance directe, brouillant ainsi la distinction avancée entre instances directe et indirecte. Enfin, pour justifier la non-inclusion de la norme dans l'ordre public international, la cour d'appel se propose de juger l'objectif de la directive européenne. Elle affirme que cette directive protège uniquement les intérêts privés des agents commerciaux sans qu'il en ressorte que ces dispositions sont nécessaires à « la mise en œuvre d'une politique impérieuse de défense de la liberté d'établissement ou d'une concurrence non faussée ». La cour répond

ainsi directement aux arguments avancés par la Cour de justice qui s'en était remise à la protection de la liberté d'établissement et d'une concurrence non faussée pour justifier l'impérativité de ces normes. Alors même que la distinction entre les instances directe et indirecte apparaît justifier la première partie de la décision, la seconde partie entre directement, et volontairement, en contradiction avec l'arrêt européen. Il est difficile d'y voir autre chose qu'une résistance des juges français contre l'arrêt *Ingmar*, qui avait fait, en son temps, l'objet de discussions nourries. Certes, on pourrait estimer que la rédaction de l'arrêt *Unamar*<sup>(8)</sup> rendu dans une affaire similaire, mais intra-européenne, était plus « ouverte »<sup>(9)</sup> et que la Cour de justice se reposait sur la sagesse des juges des États membres pour qualifier de loi de police ou non leur loi de transposition de la directive. Mais, ce qui était en cause dans ce dernier arrêt n'était pas la transposition de la directive, mais sa surtransposition belge, qui accordait une protection plus étendue aux agents commerciaux que celle créée par la directive. Dans cet arrêt, la question était de savoir si à une impérativité européenne établie par l'arrêt *Ingmar* pouvait se surajouter une impérativité nationale, touchant les normes de surtransposition. L'arrêt *Unamar* ne semblait pas ainsi ouvrir la voie à la possibilité de refuser aux normes nationales de transposition des articles 17 et 18 de la directive la qualification de loi de police. Seule la qualification des normes de surtransposition est laissée aux États membres. La solution de la cour d'appel apparaît ainsi en contradiction avec l'ordre juridique européen, sauf à retenir que cette distinction entre instances directe et indirecte justifie l'arrêt chroniqué et est conforme à l'arrêt *Ingmar*, ce qui nous semble difficilement défendable.

La cour conclut, logiquement au regard du raisonnement qu'elle a tenu, « qu'aucune contrariété à l'ordre public international [ne peut] être tirée du choix de la loi suisse ». Si la norme avait été qualifiée de loi de police, sa simple non-application au litige aurait emporté contrariété à l'ordre public international. Le contrôle concret de l'ordre public paraît un peu lointain.

(3) Rapp. J. Jourdan-Marques, Dalloz actualité, 21 janv. 2022.

(4) S. Bollée, note ss CA Paris, 24 nov. 2005, n° 04/19144 : Rev. arb. 2006, p. 717, spéc. n° 9. L'auteur estime cependant que les dispositions visées par l'arrêt *Ingmar* relèvent de l'ordre public international dans l'instance indirecte.

(5) Sur cette discussion, S. Bollée, note ss CA Paris, 24 nov. 2005, n° 04/19144.

(6) Cass. 1<sup>re</sup> civ., 21 oct. 2015, n° 14-20924 ; Cass. com., 5 janv. 2016, n° 14-10628.

(7) Cass. com., 28 nov. 2000, n° 98-11335, *Allium* : D. 2001, p. 305, obs. E. Chevrier ; RTD com. 2001, p. 502, obs. B. Bouloc ; RTD com. 2001, p. 1067, obs. J.-M. Jacquet.

(8) CJUE, 17 oct. 2013, n° C-184/12 : D. 2014, p. 60, note L. d'Avout ; 1969, obs. S. Bollée ; AJCE 2016, p. 162, obs. C. Nourissat ; JDI 2014, p. 625, note J.-M. Jacquet.

(9) C. Nourissat, AJCE 2016, p. 162.

(...)

## IV. L'ARBITRAGE D'INVESTISSEMENT

### Date d'appréciation de la nationalité de l'investisseur dans l'arbitrage d'investissement

GPL435f7

L'essentiel Doit être cassé pour violation de la loi l'arrêt qui ajoute à un traité bilatéral d'investissement (TBI)

une condition relative à la compétence arbitrale qu'il ne contient pas. Tel est le cas de l'arrêt qui juge que le tri-

**tribunal arbitral aurait dû vérifier, sur le fondement du TBI Espagne-Venezuela, que la condition de nationalité des investisseurs était remplie au jour de réalisation des investissements.**

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 1<sup>er</sup> déc. 2021, n° 20-16714, M. P. et M<sup>me</sup> L. c/ République bolivarienne du Venezuela, F-D (cassation partielle CA Paris, 3 juin 2020), M. Chauvin, prés. ; SARL Ortscheidt, SCP Foussard et Froger, av. : Dalloz actualité, 21 janv. 2022, obs. J. Jourdan-Marques

## Note

Alors même que la cour d'appel de Paris s'était conformée, dans l'affaire G., à la décision de cassation, voilà son arrêt de nouveau cassé par la Cour régulatrice sur un fondement distinct. Pour rappel, les consorts G. avaient réalisé des investissements au Venezuela, pays dont ils ont la nationalité. Après qu'un premier investissement avait été réalisé, les consorts G. avaient respectivement obtenu et récupéré la nationalité espagnole. Sur le fondement du TBI Espagne-Venezuela, ils avaient saisi un tribunal arbitral qui avait retenu sa compétence, alors même que la binationalité des investisseurs aurait pu en faire douter. C'est cette sentence de compétence qui occupe depuis plus de cinq ans les juridictions françaises. Depuis le premier arrêt d'appel <sup>(1)</sup>, est au cœur des débats l'acquisition par les investisseurs de la nationalité espagnole postérieurement à la date de leur premier investissement au Venezuela. La cour d'appel de Paris avait décidé de traiter d'une manière quelque peu originale la question de l'aptitude des binationaux à tenter un arbitrage d'investissement contre un des pays de l'une de leurs nationalités. Alors que le traité bilatéral d'investissement (TBI) ne donnait aucune indication, la cour d'appel affirmait qu'aucune condition de nationalité n'était prévue dans le traité, et que l'on ne pouvait ajouter une condition non prévue à la compétence *ratione personæ* du tribunal. Mais la question de la binationalité redoublait sur le terrain de la compétence *ratione materiæ* : la cour d'appel intégrait la nationalité dans la définition de l'investissement par rapprochement de diverses dispositions du traité <sup>(2)</sup>. Parce que le terme « investissement » est défini comme « tout type d'actifs, investis par des investisseurs d'une partie contractante sur le territoire de l'autre (...) », la cour d'appel avait cru pouvoir juger qu'un investissement devait être réalisé par un investisseur détenant la nationalité de l'autre partie contractante à la date à laquelle il réalise cet investissement. Dans la mesure où les investisseurs n'avaient acquis la nationalité espagnole qu'après la réalisation de leur premier investissement, le tribunal arbitral n'était que partiellement compétent – pour l'investissement réalisé après cette acquisition – et la sentence de compétence devait être annulée. En conséquence, le premier arrêt d'appel avait annulé partiellement la sentence en jugeant que seule la partie de la sentence portant sur

la compétence *ratione materiæ* devait être purgée. La Cour de cassation le cassait en affirmant qu'on ne pouvait ainsi découper les conditions requises par le TBI pour établir la compétence du tribunal. La cour d'appel de renvoi se rangeait à l'analyse en annulant, plus radicalement encore, la totalité de la sentence de compétence, indépendamment de la date des deux investissements. La cour d'appel de renvoi reprenait le raisonnement du premier arrêt à propos de la notion d'investissement : il n'y avait pas d'investissement faute d'investisseur national au moment de l'investissement. C'est à ce propos qu'intervient la deuxième cassation : l'exigence, *ratione temporis*, que l'investisseur ait la nationalité requise au moment de l'investissement n'était pas prévue par le TBI. La cour d'appel a ajouté une condition que le texte ne prévoit pas et a violé l'article 1520, 1<sup>o</sup>, du Code de procédure civile. Le cheminement paraît assez long, essentiellement en raison de considérations procédurales, pour un problème qui se pose depuis l'introduction du recours en annulation en France. Il est, cela dit, vrai que la combinaison à laquelle les deux cours d'appel avaient recouru paraissait quelque peu ajouter au texte. Pour en résumer l'économie, la cour d'appel voyait dans la référence faite à l'investisseur dans la définition de l'investissement l'inclusion dans celle-ci de l'exigence de nationalité, évoquée dans la définition de l'investisseur. D'après elle, pour être investisseur, il fallait avoir la nationalité de l'un des États contractants. Or, puisqu'un investissement est *fait* par un investisseur, *qui a la nationalité d'un État contractant*, la cour d'appel en concluait que la date à laquelle cette nationalité devait être appréciée était la date à laquelle l'investissement *avait été fait* <sup>(3)</sup>.

Si l'on peut être convaincu par la solution de la Cour de cassation <sup>(4)</sup>, reste que la nationalité doit probablement bien être appréciée à une certaine date sauf à tolérer un *nationality/treaty shopping* à tout crin <sup>(5)</sup>, permettant à une personne de faire allégeance à n'importe quel État susceptible de lui permettre de se placer sous le bénéfice d'un TBI. De ce point de vue, la Cour de cassation ne donne aucune indication. La difficulté vient de ce que, en droit des investissements, la nationalité importe sur deux plans : un plan substantiel et un plan contentieux. Sur le plan substantiel, l'investisseur doit, en principe, prouver qu'au moment du fait litigieux, il bénéficiait de la protection accordée par la norme invoquée. Sur le plan contentieux, il doit également prouver qu'il bénéficiait de la nationalité pour recourir aux tribunaux arbitraux. Du point de vue étatique, la question est de savoir ce que l'article 1520, 1<sup>o</sup>, permet de contrôler : *a priori*, la première question porte sur la substance, dès lors qu'il s'agit de déterminer si l'investisseur a ou non droit à protection et donc droit à réparation <sup>(6)</sup>, ou peut-être plus finement

(1) CA Paris, 25 avr. 2017, n° 15/01040, Venezuela c/ Serafin G. A. et Karina G. G. : Rev. arb., 2017, p. 648, obs. M. Laazouzi.

(2) I. Fadlallah, obs. ss CA Paris, 3 juin 2020, n° 19/03588 : Rev. arb. 2020, p. 1167, n° 6.

(3) Il est vrai que la distinction investisseur/investissement est réputée peu claire en doctrine : v. A. de Nanteuil, *Droit international de l'investissement*, 3<sup>e</sup> éd., 2020, Pedone, p. 219 et s., n° 5.095 et s.

(4) Sur la critique de la lecture de la première décision d'appel, M. Laazouzi, obs. ss CA Paris, 25 avr. 2017, n° 15/01040 : Rev. arb. 2017, p. 645, spéc. p. 662 et s.

(5) Le tribunal arbitral avait d'ailleurs retenu que les dates pertinentes étaient celles de la mesure contestée et de l'introduction de l'action.

(6) M. Forteau, « Nationalité des investisseurs personnes physiques et nationalité des investisseurs personnes morales, actionnaires (minoritaires) », in C. Leben (dir.), *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, 2015, Pedone, p. 161 et s., spéc. p. 194-195, en particulier la note n° 144.



encore sur la recevabilité <sup>(7)</sup>. Seule la seconde serait comprise dans le contrôle de l'article 1520, 1°. Et sur ce second plan, si, dans l'arbitrage *CIRDI*, la convention de Washington indique à son article 25, 2, a, que la nationalité s'apprécie à la date où les parties consentent à soumettre le différend à l'arbitrage, lorsque l'arbitrage ne l'est pas et que le TBI n'est guère plus prolixe, c'est sûrement sous

l'empire du droit international général qu'il faut se placer. Il semble alors que la nationalité doit être possédée de manière continue « de la date du préjudice allégué jusqu'à la date d'introduction de l'instance ». Où l'on voit que selon la règle appliquée, la solution sera ici différente. La cour d'appel de renvoi devra prendre position, au risque d'une troisième cassation.

(7) I. Fadlallah, *Rev. arb.* 2020, p. 1167, n° 6 et v. récemment, en droit de l'arbitrage d'investissement, *Cass. 1<sup>re</sup> civ.*, 31 mars 2021, n° 19-11551. Il pourrait s'agir, en réalité, d'une question de qualité à agir, ou de *standing*.

## Le contrôle limité du juge français d'une sentence arbitrale rendue sur le fondement d'un traité bilatéral d'investissement GPL435h1

**L'essentiel** La cour d'appel, de plus en plus saisie de ce type de recours, précise le contrôle effectué contre une sentence rendue sur le fondement d'un traité bilatéral d'investissement, en adaptant certaines règles issues de l'arbitrage commercial international à l'arbitrage d'investissement.

CA Paris, P. 5, ch. 16, 12 oct. 2021, n° 19/21625, République du Sénégal c/ M. A., M. Ancel, prés., M<sup>mes</sup> Schaller et Aldebert, cons. : Dalloz actualité, 19 nov. 2021, obs. J. Jourdan-Marques

### Note

Les questions susceptibles d'être soulevées à l'occasion d'un traité bilatéral d'investissement peuvent se couler dans les moules dessinés par l'article 1520 du Code de procédure civile (CPC), mais sont souvent frappées du coin de l'originalité. Comme par contagion, les réponses apportées en sont également affectées.

Après une sentence rendue au profit d'un investisseur bénéficiant d'une triple nationalité dont celle de l'État hôte, la République du Sénégal en demandait l'annulation sur le fondement de l'incompétence du tribunal arbitral, d'une partialité de son président, d'une violation de la mission et de l'ordre public international.

Quant à la compétence, le contentieux portait essentiellement sur la possibilité pour un bi-(ou tri-)national de se prévaloir de l'offre d'arbitrage faite par l'État, sur la notion d'investissement protégé au sens du traité bilatéral d'investissement (TBI) et sur l'illégalité de l'investissement. Le tribunal arbitral avait également imputé des agissements d'un cabinet d'expertise comptable à la République du Sénégal, qui en tirait argument pour dire que le tribunal arbitral avait retenu à tort sa compétence.

Pour répondre à ces feux multiples, la cour d'appel de Paris dans l'arbitrage d'investissement des éléments bien connus de l'arbitrage commercial : quant à l'étendue du contrôle, il est plein conformément à l'arrêt *Plateau des Pyramides* (et de l'arrêt *Schooner*, *Cass. 1<sup>re</sup> civ.*, 2 déc. 2020, n° 19-15396, quant à l'article 1466 du CPC) ; quant à la notion de compétence en elle-même, elle s'analyse au regard de la volonté des parties, ainsi que l'arrêt *Dalico* (*Cass. 1<sup>re</sup> civ.*, 20 déc. 1993, n° 91-16828) l'avait mise au fronton de ce contrôle (v. aussi CA Paris, 14 déc. 2021, n° 19/12417, République d'Équateur : GPL 3 mai 2022,

n° GPL435h2) ; quant à la possible illégalité de l'investissement, le principe de séparabilité de l'arrêt *Gosset* oblige à la distinguer de la validité de la convention d'arbitrage elle-même.

Sur la notion de compétence, la volonté des parties est la clé de voûte : en arbitrage d'investissement, ce sont les dispositions du traité bilatéral, et son champ d'application, qui permettent de l'apprécier. La réponse à la question de la binationalité est ainsi donnée par une interprétation des termes du TBI. Le TBI n'apparaît pas totalement autosuffisant dans la mesure où la cour recourt aux règles d'interprétation de la Convention de Vienne sur le droit des traités pour affermir sa définition. La cour ne prétend donc pas se passer de toute règle d'interprétation, mais, bien au contraire, recourt au droit international général. La définition dépendra ainsi du TBI en cause, ainsi que de l'applicabilité de la Convention de Washington dans la mesure où elle exclut les binationaux du champ de sa protection.

Sur l'illégalité de l'investissement, le principe de séparabilité permet à la Cour de juger que cette question relève du fond, non de la compétence arbitrale.

Ce qu'il s'agit de distinguer, selon la cour, c'est ce qui relève, d'une part, de la compétence, contrôlée par le juge, d'autre part, de la recevabilité et de la protection substantielle offerte par le TBI, non contrôlées par le juge. Ces distinctions, que l'on retrouve en arbitrage commercial, sont dessinées bien plus finement en arbitrage d'investissement en raison des particularités du contentieux et de la rédaction des TBI. Ainsi, la notion d'investissement est à la fois une condition de compétence, et une condition de protection substantielle. Il s'agit donc de faire le départ entre ce qui relève de l'investissement-compétence de ce qui relève de l'investissement-protection substantielle. La cour affirme ici que l'illégalité relève de la protection substantielle non contrôlée (rappr. de E. Gaillard, « La corruption saisie par les arbitres du commerce international », *Rev. arb.* 2017, 805. Et récemment, critique, S. Manciaux, note sous CA Paris, 25 mai 2021, n° 18/27648 : JDI 2022, 165). Il en va d'ailleurs de même de la nécessité d'un flux entre différents pays pour que la protection puisse jouer : cette notion d'investissement protégé relève du fond, non de la compétence. C'est encore cette distinction qui justifie que l'imputation des agissements d'une tierce personne à un État hôte ne soit



pas contrôlée par le juge français : il ne s'agit pas de dire le tiers tenu par la convention d'arbitrage – ce qui relèverait de la compétence. Il s'agit de savoir si les agissements du tiers, imputés à l'État, sont constitutifs d'une violation du traité de protection, sur le seul plan substantiel.

Ce qui paraît déterminant à la Cour, c'est surtout de ne pas ajouter de condition de compétence qui ne soit pas prévue par le TBI : par-là, est retrouvée la cardinalité de la volonté des parties, point de départ du raisonnement (ces éléments doivent être mis en rapport avec les solutions rendues dans l'affaire *G.* : Cass. 1<sup>re</sup> civ., 1<sup>er</sup> déc. 2021, n° 20-16714 : GPL 3 mai 2022, n° GPL435f7).

Quant à la mission du tribunal, la cour juge qu'une référence à la CEDH, alors même qu'elle n'aurait pas été visée dans le TBI ni même ratifiée par l'État hôte, est possible. Mieux, elle s'inscrit dans le cadre des « principes de droit international » visés par le TBI. On sait qu'en principe, le juge du contrôle ne s'interroge pas sur les règles de droit appliquées par le tribunal arbitral en vertu du principe de non-révision au fond. Cette solution semble s'inscrire dans cette perspective, mais plus encore, elle semble admettre que dès lors que le TBI évoque ces principes, la

CEDH et la jurisprudence qui l'accompagne peuvent être utilisées comme droit applicable.

Quant à l'ordre public international, c'est le contrôle classique qui est mené. On remarquera qu'un tribunal arbitral ne méconnaît pas l'ordre public international même s'il affirme qu'une décision étatique prise par un tribunal d'un État hôte constitue un déni de justice justifiant que soient versés des dommages-intérêts à hauteur du montant de l'amende prononcée par le juge étatique contre l'investisseur. L'argument de la souveraineté de l'État était ingénieux, mais peine à convaincre : il ne s'agit pas de remettre en cause cette décision, qui bénéficiera dans son ordre juridique d'édiction des effets qui lui sont attribués. Il s'agit de décider s'il s'agit ou non d'une violation du TBI. Au surplus, cette souveraineté semble quelque peu impropre à faire échec à une décision d'un tribunal arbitral dans la mesure où le but de l'arbitrage d'investissement est précisément d'éviter qu'un investisseur ait à se plaindre d'une violation de ses droits substantiels devant un tribunal de l'État hôte. Cela semble conduire à ne pas distinguer selon que cette violation est le fait d'un organe exécutif, d'un organe législatif ou d'un organe juridictionnel de l'État en question.

## Notification de l'arbitrage et compétence arbitrale GPL435h2

**L'essentiel** Dans l'arbitrage d'investissement, la compétence arbitrale se forge par étapes. La cour d'appel se trouve ainsi contrainte de déterminer l'acte par lequel l'investisseur donne son accord à l'arbitrage, ce qui est susceptible de soulever de difficiles questions de qualification. Tel est le cas lorsque les deux investisseurs ont émis deux « notifications d'arbitrage » distinctes.

CA Paris, P. 5, ch. 16, 14 déc. 2021, n° 19/12417, République de l'Équateur c/ Société Mantenimientos et a., M. Ancel, prés., M<sup>mes</sup> Schaller et Aldebert, cons. ; M<sup>es</sup> Boccon Gibod et de Maria, av. : Dalloz actualité, 21 janv. 2022, obs. J. Jourdan-Marques

### Note

Dans l'arbitrage d'investissement, la construction, par étapes, du consentement à la convention d'arbitrage pose des difficultés singulières : le consentement de l'État se cristallise lors de la conclusion du traité bilatéral d'investissement alors que le consentement de l'investisseur n'est donné que postérieurement, une fois le litige né. Ce n'est qu'une fois les deux consentements ainsi manifestés que la compétence arbitrale est acquise.

Dans cette affaire, sur le fondement d'un traité bilatéral, deux notifications avaient été effectuées, partiellement par des parties différentes et articulées autour de prétentions différentes, mais portant sur un litige unique. Entre les deux notifications, une partie du tribunal arbitral avait été constituée. La question portait sur la nature des deux notifications et la détermination de celle qui méritait d'être qualifiée de notification d'arbitrage au sens du traité bilatéral. Le tribunal arbitral retenait sa compétence en estimant que seule la seconde notification était une notification d'arbitrage, et que les parties au litige étaient celles visées par celle-ci. La République d'Équateur souhaitait tirer parti de ces difficultés pour faire annuler la sentence

sur le fondement de l'article 1520, 1<sup>o</sup>, du Code de procédure civile. Elle affirmait ainsi que la première notification devait être qualifiée de notification d'arbitrage, en sorte que le tribunal arbitral ayant retenu que seule la seconde devait l'être, la sentence devait être annulée. La cour d'appel mène une analyse fouillée pour juger que la première notification était une notification « de différend », non d'arbitrage. L'analyse est assise sur un « principe d'efficacité qui doit guider tout État ayant consenti une offre permanente d'arbitrage ». Elle affirme, de plus, qu'il n'existait qu'un seul différend et non des différends distincts dès lors que les « mêmes faits sont à l'origine du litige ». La sentence de compétence est ainsi reconnue en France.

Toute la difficulté vient de ce que le consentement de l'investisseur à l'arbitrage se manifeste par la requête d'arbitrage, ce que rappelle la cour (menant une analyse distincte, obs. J. Jourdan-Marques, Dalloz actualité, 21 janv. 2022). C'est pourquoi la désignation de la notification méritant d'être ainsi qualifiée paraît déterminante. On pourrait, cependant, penser qu'ici aucune question de compétence contrôlée par le juge français ne se posait véritablement (Dalloz actualité, 21 janv. 2022, obs. J. Jourdan-Marques). L'État donne, en effet, son consentement permanent à l'arbitrage par le traité bilatéral : l'Équateur pouvait difficilement plaider que le tribunal arbitral n'avait pas compétence à son égard. Quant aux investisseurs, ils avaient eux aussi donné leur consentement, soit par la première notification, soit par la seconde. La difficulté pouvait, cependant, porter sur l'étendue du litige que les parties avaient accepté d'arbitrer. Mais même à considérer que la première notification était une notification d'arbitrage par laquelle le litige en question était identifié, l'objet du litige n'est pas cristallisé au moment de la requête : il pourrait très bien évoluer au gré des divers actes procéduraux pris par les parties au

cours de la procédure d'arbitrage. C'était donc peut-être une simple question de recevabilité et de détermination de l'étendue du litige qui était ici en cause, mais le caractère embrouillé des faits laisse l'interprétation imprécise, d'autant plus que les notifications n'émanaient pas des mêmes personnes juridiques. Au surplus, considérer que la première notification n'est pas une notification d'arbitrage oblige à considérer, en l'espèce, qu'une partie du tribunal a été constituée antérieurement à la conclusion d'une convention d'arbitrage entre les parties. Ce grief était d'ailleurs soulevé, mais faute de l'avoir été devant le tribunal arbitral, il est rendu irrecevable par l'article 1466.

On remarquera la consécration d'un « principe d'efficacité qui doit guider tout État ayant consenti une offre permanente d'arbitrage ». En l'espèce, le principe permet à la cour de considérer que la première notification devait être considérée par l'Équateur comme s'inscrivant dans un processus de négociation préalable rendu obligatoire par le traité bilatéral d'investissement. On peut douter de l'utilité de consacrer un tel principe pour justifier une telle solution : d'après la cour, la première notification n'était juridiquement pas une notification d'arbitrage, ce qui suffisait à emporter la conclusion que la

convention d'arbitrage n'avait été formée que postérieurement. C'est donc la qualification juridique qui suffisait à résoudre les termes de la question telle qu'elle avait été posée par la cour. La consécration d'un tel principe est cependant susceptible de porter des conséquences techniques inattendues, qu'il est, en l'état, difficile de mesurer. Le principe est peut-être à mettre en rapport avec le principe d'efficacité de la convention d'arbitrage en arbitrage commercial ou celui de loyauté, récemment consacré par la Cour de cassation. Mais ici l'efficacité ne touche pas la convention, mais se rapporte, semble-t-il, au comportement de l'État, et il n'est pas facile de comprendre ce que serait, dans l'arbitrage d'investissement, un comportement efficace, ni quelle serait la sanction de sa violation. Dans l'arbitrage commercial, l'efficacité permet de considérer que la convention d'arbitrage s'étend à des litiges non précisément visés dans la convention, voire à des « non-signataires ». Mais en arbitrage d'investissement, la jurisprudence se fonde justement sur les traités bilatéraux d'investissement pour juger du consentement à l'arbitrage et aucun principe d'efficacité n'y figure. Peut-être n'était-ce ici que pour justifier une décision dans une affaire originale.