

Chronique de jurisprudence de droit de l'arbitrage GPL441q5

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

L'essentiel

La présente chronique couvre la période allant d'avril 2022 à la fin septembre 2022. Au cours de ces six derniers mois, de nombreuses décisions marquantes ont été rendues tant par les juridictions nationales qu'européennes. Au plan national, la Cour de cassation confirme l'emprise des règles matérielles sur la réglementation de la convention d'arbitrage et cherche à apporter des remèdes aux difficultés, désormais récurrentes, relatives à l'impécuniosité des parties. La cour d'appel de Paris continue de tracer la distinction entre recevabilité et compétence, dont l'importance semble croître tant en arbitrage commercial qu'en arbitrage d'investissement. La contractualisation de l'indépendance des arbitres trouve un nouveau terrain avec l'obligation de révélation, dont deux arrêts récents semblent permettre une certaine conventionnalisation. Au plan européen, l'arrêt *London Steam-Ship* (CJUE, gde ch., 20 juin 2022, n° C-700/20), déjà largement commenté, ouvre la voie à une profonde modification du droit français de l'arbitrage international. La Cour de justice de l'Union européenne semble, en effet, imposer l'application des « règles fondamentales » du système de Bruxelles à l'arbitrage international par le truchement de la reconnaissance des décisions étrangères. Ses possibles conséquences devront être scrutées avec attention.

PLAN

I. LE CONTENTIEUX PRÉ-ARBITRAL p. 1	D. La mission du tribunal arbitral (néant)
A. Généralités (néant)	E. Le respect du principe du contradictoire (néant)
B. L'effet négatif du principe de compétence-compétence..... p. 1	F. L'ordre public international..... p. 11
C. Le juge d'appui (néant)	III. LE CONTENTIEUX PARA-ARBITRAL p. 14
II. LE CONTENTIEUX POST-ARBITRAL p. 4	A. Généralités (néant)
A. Généralités p. 4	B. La responsabilité des acteurs de l'arbitrage..... (néant)
B. La compétence du tribunal arbitral..... p. 5	C. L'exécution de la sentence arbitrale.... p. 14
C. La constitution du tribunal arbitral..... p. 8	IV. L'ARBITRAGE D'INVESTISSEMENT p. 15

I. LE CONTENTIEUX PRÉ-ARBITRAL

(...)

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

L'effet négatif du principe de compétence-compétence ne saurait être mis en échec en raison de la seule impécuniosité d'une des parties au litige GPL441z0

L'essentiel La seule impécuniosité du demandeur n'est pas de nature à faire échec à l'effet négatif du principe de compétence-compétence.

Cass. 1^{re} civ., 28 sept. 2022, n° 21-21738, M. B. et a. / Sté Selima et a., FS-D (rejet pourvoi / CA Paris, 30 juin 2021), M. Chauvin, prés. ; M^e Soltner, SARL Delvolvé et Trichet, av. : Dalloz actualité, obs. J. Jourdan-Marques, à paraître

Note

Alors que l'arrêt *Taglia'pau* ⁽¹⁾ avait suscité certaines craintes à l'égard de la pérennité de l'effet négatif du principe de compétence-compétence, la Cour de cassation réaffirme nettement que l'impécuniosité du demandeur ne saurait, à elle seule, entraîner l'inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage. Partant, cette impécuniosité ne saurait empêcher l'effet négatif de ce principe de jouer à plein.

La difficulté en la matière est bien connue. Si la partie impécunieuse est demanderesse, elle risque de ne simplement pas pouvoir accéder à la justice. Elle risque, par hypothèse, d'être insusceptible de payer la provision d'arbitrage, et donc de saisir un tribunal arbitral, et est empêchée d'accéder à la justice étatique en raison de l'effet négatif du principe de compétence-compétence. Si elle est défenderesse, elle risque de ne pas pouvoir payer sa part de provision et de ne pouvoir présenter devant le tribunal arbitral de demandes reconventionnelles ⁽²⁾. Lorsque la partie est impécunieuse, le déni de justice guette, ainsi que la cour d'appel de Paris l'a affirmé à de multiples reprises.

En maintenant le jeu de l'effet négatif en la matière, la Cour ne fait que confirmer la solution déjà posée dans l'arrêt *Lola Fleurs* ⁽³⁾ qu'elle avait explicitement reprise dans une affaire *Airbus Helicopters* ⁽⁴⁾. Ce maintien oblige cependant à trouver des palliatifs afin d'éviter qu'un déni de justice ne soit consommé. Sur ce point, la Cour de cassation semble évoluer.

Pour rappel, des remèdes ont déjà été mis en place en jurisprudence : après avoir affirmé que le tribunal arbitral devait faire en sorte qu'un tel déni de justice ne se réalise, la cour d'appel de Paris a récemment étendu cette solution à l'ensemble des « acteurs de l'arbitrage » ⁽⁵⁾, tribunal arbitral, institutions et peut-être conseils des parties. Au surplus, si la convention d'arbitrage est, à première vue, insusceptible d'un contrôle *ex ante* en raison de cet effet négatif, le contrôle *ex post* de la sentence est permis. Dans l'arrêt *Monster Energy*, la cour d'appel de Paris a ainsi affirmé que le droit d'accès à la justice était d'ordre public

international en sorte que les modalités de la convention d'arbitrage doivent être étudiées afin de déterminer si, dans sa mise en œuvre, elle ne prive pas, *in concreto*, la partie impécunieuse de ce droit. Autrement dit, la conclusion d'une convention d'arbitrage ne saurait, en elle-même, porter atteinte à ce droit ; les modalités prévues concrètement dans la convention pourraient y porter atteinte. Passant de l'inapplicabilité à la nullité, la cour affirme ainsi la nullité potentielle d'une telle convention sur le fondement de ce droit : mais *a priori*, cet examen ne pourra avoir lieu que postérieurement au prononcé de la sentence, ce qui en restreint grandement l'utilité.

C'est donc à la recherche de ce type de remèdes que la Cour de cassation est partie. Or, si elle ne reprend pas la formule selon laquelle pèse sur les acteurs de l'arbitrage la charge d'éviter la commission d'un déni de justice, la Cour affirme que l'impécuniosité des demandeurs ne pouvait entraîner l'inapplicabilité manifeste de la convention « dès lors qu'il n'était pas soutenu qu'une tentative préalable d'engagement d'une procédure arbitrale avait échoué, faute de remède apporté aux difficultés financières » alléguées par les parties. Quoique nouvelle, la formule nous semble renvoyer à ces « palliatifs » ici évoqués. Mais leur portée paraît précisée. Alors que dans l'affaire *Garoubé* ⁽⁶⁾, il avait semblé que l'institution d'arbitrage était susceptible d'engager sa responsabilité contractuelle si elle écartait, faute de paiement de la provision, des demandes que le tribunal arbitral aurait dû entendre, le manquement à cette charge paraît être ici susceptible de remettre en cause l'effet négatif du principe de compétence-compétence. Autrement dit, si la partie impécunieuse démontre qu'une tentative d'engager une procédure arbitrale a échoué en raison de l'absence de remède apporté par les acteurs de l'arbitrage à ses difficultés financières, la convention d'arbitrage serait manifestement inapplicable et la justice française, à la supposer internationalement compétente, pourrait se prononcer sur le litige. Par cette incise, la Cour de cassation semble ménager un difficile équilibre entre cet effet négatif et le risque de déni de justice qu'il crée en la matière. Cet équilibre se situe ici sur un seul plan processuel : il ne s'agit pas de sanctionner sur le plan substantiel les acteurs de l'arbitrage – comme dans l'arrêt *Garoubé* – mais de jouer sur les seuls effets processuels liés à la présence d'une convention d'arbitrage dans le litige ⁽⁷⁾. Et il ne faudrait pas confondre la solution de l'affaire *Taglia'pau*, également rendue sur ce terrain processuel, avec celle ici proposée : il ne s'agit pas véritablement de sanctionner une partie qui aurait manqué de loyauté, mais précisément de protéger une partie qui aurait tenté de recourir à l'arbitrage, mais n'aurait pu y parvenir faute de remèdes proposés par ceux qui doivent les présenter. L'effet négatif ne jouera ainsi pas en cas de déloyauté – sans que la solution ne soit limitée aux parties impécunieuses – ainsi

(1) Cass. 1^{re} civ., 9 févr. 2022, n° 21-11253 : Dalloz actualité, 16 mars 2022, obs. J. Jourdan-Marques ; JCP G 2022, 553, note M. de Fontmichel ; Rev. arb. 2022, p. 309, note C. Jarrosson ; GPL 5 avr. 2022, n° GPL434e5, note J. Clavel-Thoraval ; GPL 3 mai 2022, n° GPL435e8, obs. L. Larrivière.

(2) S'agissant des défenses au fond, elles doivent être entendues par le tribunal arbitral s'il souhaite respecter le principe du contradictoire. S'agissant des demandes reconventionnelles, l'arrêt *Pirelli* a dessiné une distinction entre celles qui doivent être entendues par le tribunal pour la même raison et celles qui peuvent ne pas l'être.

(3) CA Paris, 26 févr. 2013, n° 12/12953, *Lola Fleurs* : Rev. arb. 2013, p. 746, note F.-X. Train ; CAPJIA 2013, p. 479, note A. Pinna ; D. 2013, p. 2936, obs. T. Clay ; Bull. ASA 2013, p. 900, note C. Dupeyron et F. Poloni ; LPA 27 janv. 2014, p. 9, obs. M. de Fontmichel. V. aussi, Cass. 1^{re} civ., 28 mars 2013, n° 11-27770 : Rev. arb. 2013, p. 746, note F.-X. Train ; CAPJIA 2013, p. 479, note A. Pinna ; CAPJIA 2013, p. 585, note P. Chevalier et C. Kaplan ; D. 2013, p. 2936, obs. T. Clay ; LPA 27 janv. 2014, p. 9, obs. M. de Fontmichel ; Procédures 2013, comm. 189, obs. L. Weiller.

(4) Cass. 1^{re} civ., 13 juill. 2016, n° 15-19389, *Airbus Helicopters* : Rev. arb. 2016, p. 859, note M. Boucaron Nardetto ; RTD com. 2017, p. 847, obs. É. Loquin ; Procédures 2016, comm. 289, obs. L. Weiller ; D. 2016, p. 2589, obs. T. Clay ; JCP G 2016, 1002, note M. de Fontmichel.

(5) CA Paris, 30 juin 2021, n° 21/02568, *Carrefour Proximité France* : Dalloz actualité, 4 févr. 2022, obs. J. Jourdan-Marques.

(6) Cass. 1^{re} civ., 13 déc. 2017, n° 16-22131 : D. 2018, p. 18 ; CAPJIA 2017, p. 701, note H. Barbier ; CAPJIA 2018, p. 299, obs. M. de Fontmichel ; Procédures 2018, p. 50, obs. L. Weiller ; Rev. arb. 2018, p. 370, note V. Chantebout ; D. 2018, p. 2448, obs. T. Clay.

(7) À notre avis, l'effet négatif du principe de compétence-compétence ne peut être qualifié, à proprement parler, d'« effet » de la convention d'arbitrage, car il est extérieur à elle. C'est pourquoi, nous n'utilisons pas ici l'expression « effets processuels de la convention d'arbitrage ».

que lorsque la partie impécunieuse n'aura finalement pas pu engager une procédure arbitrale. Mais dans ce dernier cas, ce préalable est indispensable : l'effet négatif du principe de compétence-compétence joue en son absence, sauf peut-être à prouver que les modalités de la clause compromissoire la rendent manifestement nulle ou qu'elle réalise un déséquilibre significatif. On sait, en effet, que, sur un front parallèle mais lié à l'impécuniosité, dans l'affaire *Subway*, le tribunal de commerce de Paris a affirmé que les clauses prévoyant des arbitrages à New York, en langue anglaise, avec application au fond du droit

néerlandais, étaient déséquilibrées et partant nulles⁽⁸⁾. À suivre certains auteurs, cette nullité pourrait ici être manifeste, mettant ainsi en échec l'effet négatif du principe de compétence-compétence⁽⁹⁾.

Ces voies pour remettre en cause l'effet négatif du principe de compétence-compétence paraissent tout de même très minces.

(8) T. com. Paris, 13 oct. 2020, n° 2017005123 : D. 2020, p. 2484, obs. T. Clay.

(9) C. Jarrosson et J.-B. Racine, « Arbitrage et distribution », in *Concurrence et Europe – Liber Amicorum Laurence Idot*, vol. 1, 2022, Concurrences, p. 387 et s., spéc. p. 399.

Le juge de l'annulation de la sentence de révision n'est pas le juge de l'annulation de la sentence sur le fond GPL441w1

L'essentiel Le juge du contrôle, saisi d'une demande d'annulation d'une sentence rendue après l'exercice d'un recours en révision, ne peut s'appuyer sur les moyens des parties critiquant la sentence rendue sur le fond.

CA Paris, 5-16, 31 mai 2022, n° 20/06119, Société Hydro S.R.L. c/ La République d'Albanie, M. Ancel, prés., M^{me} Aldebert et M. Melin, cons. ; M^{es} de Maria, Chessa, Lallement et Rousseau, av. : Dalloz actualité, 13 juill. 2022, obs. J. Jourdan-Marques

Note

Après une sentence rendue sur le fond, l'une des parties avait de nouveau saisi le tribunal arbitral sur le fondement d'un recours en révision, ouvert par l'article 1502 du Code de procédure civile (dont les alinéas 1 et 2 sont applicables par renvoi de l'article 1506 du CPC). Le demandeur à la révision estimait que « depuis le jugement, il [avait] été recouvert des pièces décisives qui avaient été retenues par le fait [de l'autre] partie », visant l'article 595, 2°, du CPC. Ce recours en révision avait été rejeté et la sentence rendue faisait l'objet d'un recours en annulation. La cour d'appel était ainsi interrogée sur l'articulation d'un recours en révision porté devant le tribunal arbitral et le recours en annulation qui lui faisait chronologiquement suite.

Si le recours est admis, la sentence sur ce recours en révision étant une sentence comme les autres, aucune spécificité ne lui est reconnue : seuls les griefs énoncés à l'article 1520 du CPC sont pertinents dans ce cadre, et le principe de non-révision au fond doit être appliqué. Mais plus encore, dans la mesure où c'est la sentence de révision qui est attaquée, la cour indique que les griefs qui seraient adressés à la sentence sur le fond sont insusceptibles d'emporter l'annulation de la sentence de révision poursuivie. Ainsi, les parties ne peuvent s'appuyer sur l'acte de mission dressé à l'occasion de la procédure au fond pour démontrer une violation de la mission lors du

recours en révision. De la même manière, des violations potentielles du contradictoire lors de l'instance au fond ne peuvent emporter l'annulation de la sentence de révision. Ainsi, les vices qui seraient susceptibles d'affecter la sentence sur le fond n'affectent pas *par capillarité* la sentence de révision. Les griefs contre la sentence de fond doivent donc être soulevés lors du recours en annulation contre la sentence de fond, le recours en annulation contre la sentence de révision ne constituant pas une voie de rattrapage.

Parmi les griefs qui seraient susceptibles de naître à l'occasion du recours en révision, la cour vient préciser les contours de la mission du tribunal arbitral saisi de celui-ci. Le recours en révision n'est, en effet, ouvert que dans des cas limitativement énumérés à l'article 595 du CPC. Le tribunal arbitral doit-il vérifier d'office qu'aucun de ces cas ne se vérifie dans l'espèce dont il est saisi si le demandeur ne vise que certains d'entre eux ? La cour ne répond pas tout à fait précisément, affirmant notamment que le demandeur ne démontre pas en quoi le tribunal aurait dû se saisir d'office des moyens non soulevés par lui. Ce faisant, elle semble malgré tout affirmer que le tribunal arbitral n'a pas l'obligation de soulever d'office un moyen susceptible d'entraîner la rétractation de la sentence.

On peut, cela dit, s'interroger sur une spécificité qui pourrait exister quant au recours en annulation d'une sentence de révision. Certes, le principe de non-révision au fond s'appliquera. Mais la fraude procédurale, que les quatre griefs listés à l'article 595 du CPC ramifient, est au nombre des principes d'ordre public international. Devant le tribunal arbitral, le débat se nouera donc autour de l'existence de cette fraude procédurale. Or, celle-ci fera donc l'objet d'un contrôle au titre de l'ordre public international qui réalisera, à mots couverts, une révision de la sentence sur ce point. Mais l'hypothèse ne s'est pas posée en l'espèce et cette analyse reste suspendue à de nouvelles précisions jurisprudentielles.

(...)

II. LE CONTENTIEUX POST-ARBITRAL

A. Généralités

Les difficiles relations entre la convention d'arbitrage, la sentence arbitrale et le système de Bruxelles GPL441z1

L'essentiel Un jugement d'un État membre reprenant les termes d'une sentence arbitrale ne peut être considéré comme une décision au titre du règlement *Bruxelles I* si la sentence arbitrale a violé les objectifs fondamentaux poursuivis par ce dernier.

CJUE, 20 juin 2022, n° C-700/20, London Steam-Ship Owners' Mutual Insurance Association Limited c/ Royaume d'Espagne, M. K. Lenaerts, prés., M. L. Bay Larsen, vice-prés., M^{me} K. Jürimäe, MM. C. Lycourgos, E. Regan, I. Jarukaitis et N. Jääskinen, prés. de ch., MM. M. Ilešič, J.-C. Bonichot, M. Safjan, rapp., M. A. M. Collins, av. gén. : D. 2022, p. 1173, obs. É. Farnoux ; Dalloz actualité, 13 juill. 2022, obs. J. Jourdan-Marques ; Dalloz actualité, 23 sept. 2022, obs. F. Mélin ; JCP G 2022, 972, note J. Heymann ; GPL 20 sept. 2022, n° GPL440f8, note J. Clavel-Thoraval ; consultable sur <https://lex.so/60E9I->

Note

Alors même que le système de Bruxelles exclut l'arbitrage de son champ d'application et qu'un considérant 12 a été ajouté au règlement *Bruxelles I bis* pour préciser la portée de cette exclusion⁽¹⁾, la Cour de justice de l'Union européenne semble venir imposer certaines de ses « règles fondamentales » à l'arbitrage. L'interprétation de la décision est cependant rendue difficile tant par la singularité des faits de l'espèce⁽²⁾ que par les contradictions que le raisonnement suivi semble receler.

À la suite d'une marée noire, l'Espagne décide de poursuivre devant ses propres juridictions divers acteurs du naufrage dont l'assureur du navire en se prévalant d'une action directe de la victime ouverte par le droit espagnol. L'assureur oppose à l'Espagne la clause compromissaire contenue dans le contrat d'assurance, et saisit postérieurement un tribunal arbitral siégeant à Londres. Avant qu'une décision espagnole ne soit rendue, le tribunal arbitral juge que l'Espagne, tiers au contrat d'assurance, est bien tenue par la convention d'arbitrage et, sur le fond, que certaines stipulations de ce contrat empêchent l'action directe de prospérer. En vertu de l'article 66 de l'*Arbitration Act* anglais, la sentence reçoit l'*exequatur* en Angleterre et ses termes se voient repris par un arrêt des juridictions anglaises. Une fois le jugement espagnol

rendu, l'Espagne s'en prévaut en Angleterre au titre du règlement *Bruxelles I*. Les tribunaux anglais interrogent alors la Cour de justice sur un possible conflit de décisions irréconciliables entre la décision anglaise ayant retranscrit la sentence arbitrale et la décision espagnole. La question essentielle est celle de savoir si l'arrêt anglais peut être qualifié de « décision » au sens de l'article 34 de ce règlement.

La Cour affirme que si l'arrêt anglais, même s'il a été rendu dans une matière exclue du champ d'application matériel du règlement, pourrait être qualifié de décision au sens du règlement⁽³⁾, tel ne peut être le cas lorsque l'arrêt « a été adopté dans des circonstances qui n'auraient pas permis l'adoption (...) d'une décision judiciaire relevant du champ d'application de celui-ci » (n° 54). Autrement dit, l'arrêt retranscrivant la sentence, et partant la sentence elle-même, doit avoir respecté les règles prévues par le règlement européen pour être qualifié de décision, alors même que la matière concernée n'entre pas dans son champ d'application matériel.

La singularité des faits réside donc dans l'existence de cette décision anglaise qui ne se contente pas d'« exequaturer » la sentence arbitrale, mais d'en reprendre les termes pour les faire siens⁽⁴⁾. Cette solution est, en effet, susceptible de s'expliquer par cette procédure anglaise de retranscription des sentences arbitrales. Dans la mesure où la décision anglaise vient reprendre le contenu même de la sentence, sans se borner à l'introduire dans l'ordre juridique anglais via l'*exequatur*, cette décision d'un État membre doit respecter les règlements auxquels ce dernier est tenu.

Mais même à considérer cette interprétation restrictive, l'arrêt européen dénote. À titre liminaire, il faudrait expliquer pourquoi une décision contredisant des règles européennes ne mériterait pas d'être qualifiée de « décision », autrement dit, pourquoi le mal-jugé empêche la qualification de décision. S'agissant de la reconnaissance des décisions, dans l'arrêt *Diageo Brands*, la Cour de justice avait pourtant estimé que seules les violations manifestes des règles de droit considérées comme essentielles par le droit de l'Union pouvaient justifier un refus de reconnaissance d'un jugement européen au titre de la violation de l'ordre public international⁽⁵⁾. Et il ne s'agissait pas de

(1) Sur cette exclusion, S. Bollée et É. Farnoux, « Arbitration and the twists of Recital 12 of the *Brussels I bis* Regulation », in P. Mankowski (dir.), *Research Handbook on the Brussels Ibis Regulation*, 2020, Edward Elgar, p. 40 et s. V. aussi, CJCE, 10 févr. 2009, n° C-185/07, *West Tankers* – CJUE, 13 mai 2015, n° C-536/13, *Gazprom*.

(2) Ce que les commentateurs ont déjà relevé.

(3) La Cour précise que cette décision ne saurait, en revanche, bénéficier du mécanisme de reconnaissance facilitée des décisions établie par le système de Bruxelles.

(4) V. déjà J. Jourdan-Marques, in Dalloz actualité, 13 juill. 2022, et É. Farnoux, in D. 2022, p. 1173.

(5) V. pourtant, CJUE, 16 juill. 2015, n° C-681/13, *Diageo Brands*.

refuser qu'une décision rendue par un État membre ne puisse être qualifiée de décision, mais plus simplement de refuser sa circulation intra-européenne. Or, on ne voit pas pourquoi ce qui ne compte pas au stade de la reconnaissance des décisions devrait compter au stade de la qualification de décision. Peut-être est-ce cependant pour concilier l'arrêt *Diageo Brands* avec la solution d'espèce que la Cour vient consacrer « deux règles fondamentales » du droit de l'Union dont la violation empêcherait cette qualification de « décision ». Ces deux règles fondamentales, dont la violation empêche de qualifier l'arrêt anglais de décision, sont la litispendance et la compétence de protection en matière d'assurances. La fondamentale de ces règles ne saurait convaincre.

S'agissant de la litispendance, outre qu'un tribunal arbitral n'était, jusque-là, pas tenu de tenir compte de règles destinées, en premier lieu, aux juridictions des États membres, la violation des règles de litispendance par un juge d'un État membre n'empêche pas sa décision de circuler grâce au mécanisme européen⁽⁶⁾ : elle ne semble donc pas si essentielle que cela. Que le tribunal arbitral se soit prononcé alors qu'il était saisi en second ne devrait pouvoir, en tant que tel, lui être reproché – par le truchement de la décision de retranscription anglaise.

La Cour de justice en vient ensuite à la compétence en matière assurantielle, dont la violation est bien susceptible d'empêcher toute reconnaissance de la décision rendue en contradiction avec elle. Sur ce plan, la « règle fondamentale du règlement *Bruxelles I* » (n° 59) violée est celle de « l'effet relatif d'une clause compromissoire insérée dans un contrat d'assurance ». Comment peut-il exister, dans un règlement qui exclut de son champ d'application matériel l'arbitrage, et au premier chef la réglementation de la convention d'arbitrage – c'est-à-dire qui s'interdit de poser des règles en cette matière –, une règle fondamentale sur son effet relatif ? Outre que la règle peut apparaître contraire à la jurisprudence française⁽⁷⁾, elle est évidemment introuvable dans le règlement. La Cour s'appuie alors, par un raisonnement analogique, sur la jurisprudence relative à la clause attributive de juridiction. Est-ce à dire qu'une convention d'arbitrage doit respecter l'ensemble des règles relatives à la clause attributive de juridiction qui protègent les parties faibles ? Est-ce à dire que, comme une clause attributive de juridiction, une convention d'arbitrage ne peut être conclue

lorsque la compétence des tribunaux des États membres est exclusive ? La jurisprudence française est, là aussi, contraire à cette position. Enfin, quant à cette assimilation, cela signifie-t-il que si le règlement *Bruxelles I bis* avait été applicable *ratione temporis*, la clause compromissoire aurait bénéficié de la forme d'effet négatif de compétence-compétence prévue dans ce texte au bénéfice de la clause attributive ? Cela aurait pour conséquence de désactiver la première critique faite à la décision anglaise.

De manière générale, il faudrait expliquer pourquoi la décision se trouve hors champ matériel du règlement, mais est, tout de même, contrainte d'en respecter les règles précises – et non seulement les objectifs ainsi que la Cour de justice l'affirme – pour qu'elle permette d'empêcher l'introduction dans le for d'une autre décision européenne irréconciliable avec elle⁽⁸⁾.

La question essentielle paraît celle de savoir si la décision est cantonnée à cette procédure anglaise particulière ou s'étendra également aux simples décisions d'*exequatur* des sentences arbitrales. Il faudrait alors expliquer pourquoi les inconciliables entre une décision d'*exequatur* rendue en premier au for et une décision d'un État membre rendue postérieurement seraient régies par le système de Bruxelles. Il semble que le conflit entre un jugement déjà reconnu en France et une sentence arbitrale dont la reconnaissance y serait demandée relève du droit commun, c'est-à-dire de l'article 1520 du Code de procédure civile⁽⁹⁾. Mais le conflit entre une sentence arbitrale reconnue en France et un jugement postérieur rendu dans un État membre pourrait relever du système de Bruxelles. La décision ici commentée aurait dès lors une portée considérable : la convention d'arbitrage devrait respecter les règles applicables à la clause attributive de juridiction – dans une lecture extensive de l'arrêt – et le tribunal arbitral celles que les juridictions des États membres doivent suivre en présence d'une telle clause.

(6) CJUE, 16 janv. 2019, n° C-386/17, Stefano Liberato.

(7) Cass. 1^{re} civ., 19 déc. 2018, n° 17-28951 : D. 2019, p. 2435, obs. T. Clay ; RDC déc. 2019, n° RDC116j8, note M. Laazouzi ; RGDA févr. 2019, n° RGA116g0, obs. R. Schulz ; DMF 2019, p. 114, note P. Delebecq : l'arrêt a été rendu en application du principe de compétence-compétence, ce qui rend son interprétation sujette à caution.

(8) Une perspective unilatéraliste ainsi que certains arrêts de la Cour de justice pourraient l'expliquer (sur quoi, v. J. Heymann, *in* JCP G 2022, 972), mais il n'est pas certain que leur extension à l'arbitrage soit parfaitement justifiée. Ces arrêts portaient, en effet, sur des matières régies tant par des règlements européens que par des conventions internationales. Ils reconnaissent que, dans l'Union, les objectifs du règlement *Bruxelles I* ne sauraient être méconnus dans l'application des conventions internationales. Mais contrairement à ces matières, l'arbitrage est précisément exclu du champ de la réglementation européenne.

(9) Sur ce genre de situations, CA Paris, 1^{er} févr. 2022, n° 19/22977, *Armamenti c/ Gouvernement de la République d'Irak* : Dalloz actualité, 16 mars 2022, obs. J. Jourdan-Marques ; D. 2022, p. 1773, obs. É. Farnoux ; GPL 3 mai 2022, n° GPL435f5, obs. L. Larribère.

B. La compétence du tribunal arbitral

Seule une clause expresse soumettant la convention d'arbitrage à une loi étatique est susceptible d'empêcher l'application des règles matérielles GPL441z2

L'essentiel Dès lors que les règles matérielles s'ap-

pliquent à moins que les parties aient expressément soumis la validité et les effets de la convention d'arbitrage elle-même à une loi étatique, la désignation du droit anglais comme droit régissant les contrats litigieux ne suffit pas à y faire échec.

Cass. 1^{re} civ., 28 sept. 2022, n° 20-20260, Sté Kout Food Group c/ Sté Kabab-Ji Sal, FS-B (rejet pourvoi c/ CA Paris, 23 juin 2020), M. Chauvin, prés. ; SARL Ortscheidt, SCP Foussard et Froger, av. : Dalloz actualité, obs. J. Jourdan-Marques, à paraître

Note

Alors que la jurisprudence *Uni-Kod* avait ouvert une fissure relativement modeste dans l'application sans partage des règles matérielles à la convention d'arbitrage⁽¹⁾, la Cour de cassation confirme qu'elle ne s'est guère élargie ces vingt dernières années. En 2004, la Cour de cassation avait affirmé, à mots couverts, que si les parties avaient soumis leur contrat au droit russe, ce choix de loi n'avait pas été étendu à la convention d'arbitrage, en sorte que les juges du fond n'avaient pas à rechercher les conséquences de sa possible application. Implicitement, et *a contrario*, on pouvait en comprendre que si les parties avaient explicitement désigné comme applicable à la convention d'arbitrage une loi étatique déterminée⁽²⁾, cette dernière devait être appliquée par les juges du fond, par préférence aux règles matérielles du programme *Dalico*⁽³⁾. C'est désormais explicitement que la Cour de cassation confirme la place résiduelle de cette dérogation. Après avoir rappelé la formule canonique issue de l'arrêt *Dalico*⁽⁴⁾, la Cour précise que si les parties veulent échapper à l'application des règles matérielles françaises, elles doivent avoir *expressément* soumis la convention d'arbitrage à une loi étatique par une clause *d'electio juris* spécifique, peut-on comprendre. Plus encore, la Cour fait de cette volonté expresse de soumettre la convention à une loi étatique une question de pur fait qu'elle ne contrôle que via la dénaturation. Si, en l'espèce, les parties avaient soumis leur contrat à la loi anglaise, la cour d'appel n'y avait pas vu une volonté suffisante pour faire échec à l'application des règles matérielles, ce que la Cour de cassation confirme donc. Partant, la voie pour qu'une loi étatique quelconque soit appliquée à la validité et à l'étendue de la convention d'arbitrage est très étroite. Malgré tout, cette solution confirme que l'application des règles matérielles françaises ne découle pas du rattachement de la matière aux conflits de juridictions. Il a,

en effet, pu être dit en doctrine que l'application de la *lex fori* et de ses règles matérielles s'expliquait parce que la convention d'arbitrage avait pour effets singuliers de jouer sur la compétence juridictionnelle. Mais, en admettant, même à titre exceptionnel, qu'une loi étrangère peut être désignée par les parties pour régir la convention d'arbitrage, la Cour de cassation confirme que telle n'est pas la justification qui, à son avis, sous-tend cette méthode des règles matérielles. L'application de la *lex fori* paraît, certes, incontestable s'agissant du principe même de « la possibilité qu'une convention d'arbitrage fasse obstacle à la saisine »⁽⁵⁾ des juridictions françaises. Rien n'empêche cependant que les conditions de validité et d'efficacité de la convention d'arbitrage soient soumises à une loi étrangère, ce que la Cour de cassation confirme ici.

La question est dès lors celle de savoir ce qui justifie l'application quasi sans partage des règles matérielles françaises. C'est venir au chapitre des critiques⁽⁶⁾ que cette solution porte : l'arrêt ici commenté paraît à cet égard exemplaire. Ne bornant nullement dans l'espace l'application de ces règles, contrairement à ce qu'une référence faite au siège de l'arbitrage par la cour d'appel aurait pu laisser penser⁽⁷⁾, le droit français rompt l'harmonie des solutions censée être recherchée en perspective internationale⁽⁸⁾. Et en ne tenant pas compte de la loi généralement applicable du contrat, cette disharmonie paraît décuplée. Car dans cette affaire, deux cours suprêmes se sont, en réalité, opposées⁽⁹⁾ : la Cour suprême d'Angleterre⁽¹⁰⁾ qui a retenu l'application de la loi anglaise en vertu de la règle de conflit applicable et issue de l'arrêt *Enka*⁽¹¹⁾ ; la Cour de cassation donc qui maintient sa doctrine. La Cour suprême d'Angleterre soumet, en effet, par principe la convention d'arbitrage à la loi choisie par les parties⁽¹²⁾, conformément à l'article V de la convention de New York dont on sait qu'il n'est tenu aucun compte en droit français. Or, on peut penser que cette loi est choisie par les parties pour gouverner l'ensemble du contrat : la *lex contractus* s'applique donc à toutes les clauses, y compris à la clause compromissoire. La Cour suprême anglaise considère, en effet, que les parties n'ont pas, en général, en vue de distinguer la loi applicable selon les différentes clauses du contrat, qui forment un tout, y compris quant au droit

(1) Cass. 1^{re} civ., 30 mars 2004, n° 01-14311, *Uni-Kod* : Rev. arb. 2005, p. 961, note C. Seraglini ; JDI 2006, p. 127, chron. S. Bollée ; RTD com. 2004, p. 443, obs. É. Loquin.
 (2) Cette loi pouvant être celle applicable plus généralement au contrat, ou être une loi étatique différente.
 (3) Sur ce terme, L. Larrivière, *La réglementation de la convention d'arbitrage international. Étude critique et comparative en droits français et américain*, LGDJ, à paraître, préf. S. Bollée, n° 230 et s.
 (4) Cass. 1^{re} civ., 20 déc. 1993, n° 91-16828, *Dalico* : Rev. crit. DIP 1994, p. 663, note P. Mayer ; JDI 1994, p. 432, note E. Gaillard ; JDI 1994, p. 690, note É. Loquin ; Rev. arb. 1994, p. 116, note H. Gaudemet-Tallon ; RTD com. 1994, p. 254, obs. J.-C. Dubarry et É. Loquin ; I. Fadlallah et D. Hascher, *Les grandes décisions du droit de l'arbitrage commercial*, 2019, Dalloz, n° 4. Sur quoi, v. récemment J. Jourdan-Marques, « Faut-il consolider *Dalico* ? Réflexion sur les règles matérielles relatives à la compétence arbitrale », Rev. arb. 2021, p. 1049.

(5) S. Bollée, note sous Cass. 1^{re} civ., 30 mars 2004, n° 01-14311 : JDI 2006, p. 127, note n° 30.
 (6) Sur bien plus de détails, v. S. Bollée, *Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des sentences arbitrales*, Economica, 2004, préf. P. Mayer ; JDI 2006, p. 127, chron. S. Bollée. V. aussi, L. Larrivière, *La réglementation de la convention d'arbitrage international. Étude critique et comparative en droits français et américain*, LGDJ, à paraître, préf. S. Bollée.
 (7) Mais cette référence n'est pas reprise par la Cour de cassation elle-même : les mots de la cour d'appel sont simplement retranscrits avant que la Cour régulatrice ne reprenne la parole pour valider la solution des juges du fond. On ne saurait donc voir dans cette référence au siège une quelconque limitation spatiale des règles matérielles.
 (8) Parmi les diverses critiques que cette méthode appelle.
 (9) Et avant cela, les juridictions inférieures : v. E. Gaillard, « Les vertus de la méthode des règles matérielles appliquées à la convention d'arbitrage (les enseignements de l'affaire *Kout Food*) », Rev. arb. 2020, p. 701.
 (10) *Kabab-Ji SAL c/ Koot Foud Group*, [2021] UKSC 48.
 (11) *Enka Insaat Ve Sanayi A.S. c/ OOO Insurance Company Chubb*, [2020] UKSC 38.
 (12) Comme, du reste, une bonne partie des États du monde : v. M. Scherer et O. Jensen, « Towards a Harmonization Theory of the Law Governing the Arbitration Agreement », 10 *Indian J. Arb. L.* 1 (2021).

applicable. En l'espèce, scrutant la volonté des parties, la Cour anglaise ajoute que la clause 1 du contrat prévoyait que « le présent accord se compose des modalités énoncées ci-après », ce qui signifiait que parmi les modalités de l'accord, se trouvait la clause compromissoire. Elle en conclut qu'il n'y a aucune raison de déduire que les parties avaient l'intention d'exclure cette clause de leur choix de loi régissant « tous les termes de leur contrat ». Ce sont donc deux divergences qui expliquent la disharmonie d'espèce : d'une part, quant à la méthode privilégiée (méthode des règles matérielles en France/méthode conflictuelle en Angleterre), d'autre part, quant à l'analyse de la volonté des parties. Mais, en réalité, les divergences se ramènent essentiellement à la première opposition, d'ordre méthodologique : la méthode des règles matérielles mérite de s'imposer, sauf à titre exceptionnel. Cette divergence jurisprudentielle internationale montre également qu'à notre avis fonder la méthode des règles matérielles sur la prétendue volonté des parties ne saurait être défendable. Il s'agit d'imposer *urbi et orbi* ces règles qui paraissent particulièrement adéquates à la réglementation de la

convention d'arbitrage international indépendamment de la volonté des parties. En réalité, les règles matérielles jouent à titre supplétif, mais la volonté des parties n'aura voix au chapitre qu'exceptionnellement, si les parties ont expressément soumis la convention d'arbitrage à une loi étatique déterminée soit dans la clause compromissoire elle-même soit, peut-être, dans la clause de choix de loi si elles prennent le soin de préciser qu'elle a également vocation à s'appliquer à celle-là⁽¹³⁾. Cela au prix, donc, de l'harmonie internationale des solutions et de la volonté, à tout le moins implicite, des parties.

(13) Rappr. CA Paris, 15 juin 2021, n° 20/07999, Pharaon : Dalloz actualité, 17 sept. 2021, obs. J. Jourdan-Marques, ayant jugé qu'une clause prévoyant que la procédure arbitrale serait gouvernée par le droit algérien ne suffit pas à faire échec à la méthode des règles matérielles.

La cour d'appel de Paris s'emploie à distinguer la compétence de la recevabilité GPL441z3

L'essentiel Les délais de prescription prévus par les traités bilatéraux d'investissement ainsi que la nécessité de soumettre, préalablement à l'arbitrage, une demande à un comité amiable relèvent de la recevabilité des demandes, qui ne saurait être contrôlée par le juge français.

CA Paris, 5-16, 31 mai 2022, n° 20/17978, Administration routière Albanaise c/ Aktor SA, M. Ancel, prés., M^{mes} Schaller et Aldebert, cons. ; M^{es} Boccon Gibod, Danis, Valentini, Bucki, de Maria, Duprey, Audit et Maric, av. – CA Paris, 5-16, 7 juin 2022, n° 21/10427, République Bolivarienne du Venezuela c/ Sté [G] Mining Limited, M. Ancel, prés., M^{mes} Schaller et Aldebert, cons. ; M^{es} de Maria, Boccon Gibod et Seraglini, av. : Dalloz actualité, 13 juill. 2022, obs. J. Jourdan-Marques

Note

Depuis plusieurs années, la cour d'appel de Paris et la Cour de cassation s'emploient à définir les contours des notions de compétence et de recevabilité. Devant le juge du contrôle, la qualification de la défense apparaît déterminante : la compétence fait l'objet d'une révision en fait et en droit quand la recevabilité est laissée à la libre appréciation du tribunal arbitral⁽¹⁾. Deux arrêts de la période récente, l'un dans l'affaire *Rusario* rendu sur renvoi après cassation⁽²⁾, l'autre dans une affaire d'arbitrage commercial⁽³⁾, viennent préciser les choses à cet égard.

Dans le premier arrêt, un délai prévu par le traité bilatéral d'investissement (TBI) prévoyait que l'investisseur ne pouvait soumettre à l'arbitrage un différend que si trois ans

au maximum s'étaient écoulés depuis la date à laquelle il avait pris ou aurait dû prendre connaissance de la violation du TBI et de la perte ou du préjudice qu'il estimait avoir subi. L'hésitation était permise : s'agissait-il d'un critère de compétence *ratione temporis* ou d'un critère d'irrecevabilité de la demande ? Si la première cour d'appel avait jugé qu'il s'agissait d'un critère de compétence⁽⁴⁾, la Cour de cassation l'avait détournée en le qualifiant de délai de prescription, insusceptible de contrôle⁽⁵⁾. La cour d'appel de renvoi se range à cette qualification.

Dans le second arrêt, pour se borner à l'essentiel, la clause d'arbitrage issue d'un contrat FIDIC (Fédération internationale des ingénieurs conseils) prévoyait que les parties devaient saisir de toute difficulté d'abord un comité de règlement amiable puis, en cas de désaccord sur la solution alors donnée, un tribunal arbitral. Ce dernier devait également être saisi de tout défaut d'exécution de la « décision » du comité amiable. Or, si le comité amiable avait ordonné le paiement de certaines sommes supplémentaires à celles initialement prévues par le contrat, il ne s'était pas prononcé sur le paiement de la TVA sur celles-ci. Sur le fondement d'un non-versement de ces sommes, un tribunal arbitral était saisi et se prononçait tant sur le montant supplémentaire auquel l'entrepreneur prétendait que sur le versement de la TVA. Le demandeur à l'annulation estimait que le tribunal arbitral avait dépassé la compétence que la convention d'arbitrage lui attribuait puisque cette question fiscale n'avait pas été soumise au comité amiable. La cour d'appel lui répond

(1) Et n'est contrôlée donc qu'au regard de la violation de la mission du tribunal et de celle de l'ordre public international, dont on sait qu'elles sont difficiles à emporter l'annulation ou la non-reconnaissance d'une sentence arbitrale.

(2) CA Paris, 5-16, 7 juin 2022, n° 21/10427.

(3) CA Paris, 5-16, 31 mai 2022, n° 20/17978.

(4) CA Paris, 29 janv. 2019, n° 16/20822 : Rev. arb. 2019, p. 250, note M. Audit ; Rev. arb. 2019, p. 584, obs. M. Laazouzi ; JDI 2020, p. 199, note H. Ascensio ; CAPJIA 2019, p. 87, note T. Portwood et R. Dethomas ; GPL 2 juill. 2019, n° GPL354y8, obs. D. Bensaude ; D. 2019, p. 2435, obs. T. Clay.

(5) Cass. 1^{re} civ., 31 mars 2021, n° 19-11551 : Dalloz actualité, 30 avr. 2021, obs. J. Jourdan-Marques ; D. 2021, p. 2272, obs. T. Clay ; JCP G 2021, 1214, obs. P. Giraud ; Rev. arb. 2021, p. 709, note M. Audit.

qu'il s'agit d'une question de recevabilité, insusceptible de contrôle.

Sur ce point, la cour d'appel ne se sent pas tenue par les qualifications qui auraient été données par les parties ou le tribunal arbitral conformément à l'article 12 du Code de procédure civile. D'abord, si le contrôle de la compétence est plein, il est nécessaire que ce qui a été tenu pour de la recevabilité puisse être tenu pour relevant de la compétence par le juge du contrôle. Ensuite, ainsi qu'on l'a déjà affirmé⁽⁶⁾, les enjeux de la qualification devant le tribunal arbitral sont bien différents, et bien moindres que devant le juge du contrôle pour qui la qualification conditionne un examen approfondi de la difficulté.

Quant à la distinction en elle-même, on sait que ses contours sont poreux, notamment en arbitrage d'investissement où les critères de compétence *ratione temporis* peuvent aisément être confondus avec des critères de recevabilité. Plus généralement, il est parfois difficile de distinguer ce qui relève de la compétence de ce qui relève des conditions d'existence ou d'exercice du droit d'action. Un critère pertinent a été proposé en doctrine : si le grief vise à permettre de porter le litige devant un autre tribunal, il relève de la compétence arbitrale ; si le grief vise à empêcher que la demande soit entendue par n'importe quel tribunal, il relève de la recevabilité⁽⁷⁾. Si l'on prend l'exemple du traité bilatéral, il apparaît alors que le délai semble bien relever de la recevabilité : si l'investisseur n'a pas porté sa demande dans le délai de trois ans, aucun tribunal ne pourra entendre sa demande. La décision du tribunal arbitral sur ce point est donc insusceptible de contrôle. Mais si l'on applique ce critère au contrat de construction, il apparaît qu'il doit être complété si l'on veut maintenir le caractère contractuel de la compétence arbitrale⁽⁸⁾. On peut, en effet, tout à fait lire cette clause dite « échelonnée » comme prévoyant que les parties ne s'accordent à soumettre à l'arbitrage que les litiges soumis au *dispute board*, les autres pouvant être soumis au

juge étatique⁽⁹⁾. Et, à l'analyse, il en va de même du TBI. La cour le remarque d'ailleurs dans l'arrêt du 7 juin, affirmant que c'est sauf stipulation expresse contraire que la compétence du tribunal ne dépend pas de la recevabilité des demandes portées devant lui⁽¹⁰⁾. C'est pourquoi, ce critère pertinent doit être complété par une recherche de la volonté des parties : ont-elles voulu éparpiller le contentieux, conférant compétence tantôt aux tribunaux arbitraux tantôt aux juridictions étatiques ou ont-elles prévu que si une certaine condition n'est pas respectée, la demande ne pourra être soumise à un quelconque tribunal ? La réponse donnée par la cour d'appel de Paris dans les deux affaires apparaît alors convaincante. Dans l'affaire d'investissement, les parties – ou plutôt l'État hôte dans son offre publique d'arbitrage – n'ont pas souhaité éparpiller le contentieux en conférant compétence aux tribunaux étatiques pour les demandes portées sur des différends nés plus de trois ans auparavant. Elles ont souhaité empêcher qu'elles puissent être soumises à un tribunal. Dans l'affaire commerciale, les parties n'ont pas souhaité dire que les demandes non soumises au *dispute board* pouvaient être directement portées devant la justice étatique. Le *dispute board* est seulement un passage obligé avant qu'un tribunal arbitral ne puisse être saisi⁽¹¹⁾. Si la compétence se rapporte au choix de la juridiction, et la recevabilité à la possibilité d'être entendue sur le fond, ce critère nous paraît devoir être complété, en raison de la nature conventionnelle de la compétence arbitrale, par une recherche de la commune volonté des parties. Comme le dit la cour, le tribunal arbitral doit être « régulièrement investi », c'est-à-dire par la volonté des parties⁽¹²⁾, pour trancher les irrecevabilités. Le premier critère sera le plus souvent suffisant, car le second sera implicite, mais les deux fonctionnent de conserve.

(6) V. par ex., M. Audit, note sous Cass. 1^{re} civ., 31 mars 2021, n° 19-11551 : Rev. arb. 2021, p. 709 – M. Laazouzi, obs. sous CA Paris, 29 janv. 2019, n° 16/20822 : Rev. arb. 2019, p. 584.

(7) J. Paulsson, « Jurisdiction and Admissibility », in *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution – Liber Amicorum in honour of Robert Briner*, 2005, ICC Publishing, p. 601 et s. ; S. Bollée, note sous Cass. 1^{re} civ., 18 mars 2015, n° 14-13336, Marriotti : CAPJIA 2015, p. 803.

(8) Les auteurs précités l'avaient également remarqué.

(9) Pour un tel exemple, et un raisonnement similaire à celui suivi dans ces observations, v. G. Scheffer da Silveira, *Les modes de règlement des différends dans les contrats internationaux de construction*, 2019, Bruylant, préf. C. Jarrosson, p. 392 et s., n° 362 et s., spéc. n° 368.

(10) Il est vrai que cette réserve est sujette à interprétation.

(11) G. Scheffer da Silveira, *Les modes de règlement des différends dans les contrats internationaux de construction*, 2019, Bruylant, p. 398, n° 368 : « Généralement, la partie qui présente l'objection ne souhaite (...) pas que le juge étatique soit compétent pour trancher le litige. Elle veut simplement que l'arbitre ne puisse pas trancher le litige tant que les étapes prévues ne sont pas accomplies ».

(12) Nous contesterions cependant l'utilisation du terme « d'investiture ».

C. La constitution du tribunal arbitral

Vers une contractualisation de l'obligation de révélation ? GPL442a5

L'essentiel Dans le cadre d'un arbitrage de la Cour internationale d'arbitrage de la chambre de commerce internationale (CCI), ne viole pas son obligation de révélation l'arbitre qui ne révèle pas l'existence de liens non étroits avec l'une des parties ou l'un de ses conseils.

CA Paris, 5-16, 17 mai 2022, n° 20/18020, Société Billionnaire international AG c/ SARL Sivendome, M. Ancel, prés. ; M^{es} Régnier et Schlesinger, av. – CA Paris, 5-16, 17 mai 2022, n° 20/15162, Société Saudi tumpane company LTD c/ Société Pizzarotti rizzani de eccher saudi LTD, M. Ancel, prés. ; M^{es} de Maria, Heitzmann et Boccon Gibod, av. : Dalloz actualité, 13 juill. 2022, obs. J. Jourdan-Marques

Note

Après avoir semblé ouvrir la voie à une certaine contractualisation de l'indépendance et de l'impartialité des arbitres dans l'arrêt *Rio Tinto*, en acceptant de tenir compte d'un « accord procédural » conclu par les parties aux termes duquel certains liens entre les arbitres et les groupes de sociétés concernés par le litige n'empêchaient pas leur nomination⁽¹⁾, c'est désormais l'étendue de l'obligation de révélation qui apparaît touchée par ce phénomène. Dans ces deux affaires d'arbitrage CCI, l'une des parties estimait que certains liens entre le conseil de la partie adverse et un arbitre auraient dû être révélés, car ils étaient susceptibles d'affecter son indépendance et son impartialité aux termes de l'article 1456, alinéa 2, du Code de procédure civile (CPC). Dans ces deux arrêts, la cour d'appel de Paris vise la note CCI sur la conduite de l'arbitrage, ce qui est désormais relativement classique⁽²⁾, pour reprendre directement le critère qu'elle adopte pour fixer l'étendue de l'obligation de révélation, ce qui l'est moins. Ne doit, en effet, être révélée que « l'existence de relations professionnelles ou personnelles "étroites" ». Or, après analyse de la situation, la cour juge que les relations entre l'arbitre et le conseil de la partie n'étaient pas « étroites » au sens de cette note, et qu'en conséquence l'arbitre n'était pas tenu de révéler les éléments en cause. C'est donc bien qu'en raison de l'adoption du règlement CCI par les parties, celles-ci ont, en un sens, contractualisé l'obligation de révélation en sorte que l'arbitre n'est tenu de divulguer que les informations tombant sous le coup des critères fixés par l'institution. En termes contractuels, cela semble signifier qu'en acceptant le principe de sa nomination, l'arbitre accepte par-là les règles de la CCI quant à cette obligation de révélation, également acceptées par les parties. Les parties et l'arbitre se trouvent alors conjointement tenus par cette contractualisation de l'obligation.

Au regard de l'arrêt *Rio Tinto*, la question qui mérite désormais d'être posée est celle de l'articulation entre cette contractualisation de l'obligation de révélation et celle du « doute raisonnable » susceptible d'entraîner un refus de nomination voire une non-reconnaissance de la sentence. Ce qui nous semble clair, c'est que si l'obligation de révélation est contractualisée en prévoyant des critères restrictifs, on ne peut ensuite reprocher à l'arbitre son manque d'indépendance en raison d'une information non divulguée qu'il n'aurait pas eu à révéler : on ne voit pas comment elle serait susceptible de faire « naître un doute raisonnable sur l'indépendance et l'impartialité de l'arbitre dans l'esprit des parties ». Autrement dit, dès lors que l'obligation de révélation est contractualisée, « un accord procédural » – pour reprendre les termes de l'arrêt *Rio Tinto* que l'on pourrait contester – se trouve également conclu quant à la définition de ce qu'il faut entendre par « doute raisonnable ». L'inverse vaut-il ? Dans l'arrêt *Rio Tinto*, alors même qu'un accord procédural avait été conclu pour permettre la nomination d'arbitres ayant des

liens avec les groupes de sociétés concernés par le litige, la cour d'appel de Paris avait jugé que l'arbitre avait violé son obligation de révélation en omettant d'informer les parties de l'existence de liens entre son cabinet d'avocats et ces mêmes groupes. Autrement dit, alors même que la définition du « doute raisonnable » avait été contractualisée par les parties, l'obligation de révélation « classique » pesait sur les arbitres. On peut, pourtant, nourrir désormais quelques doutes sur cette position : dans la mesure où en vertu d'un accord procédural, les parties estiment que tel type de liens n'est pas susceptible de faire naître, chez elles, un doute raisonnable sur l'indépendance et l'impartialité des arbitres, on ne voit pas vraiment comment l'existence de ce même type de liens serait « une circonstance susceptible d'affecter l'indépendance et l'impartialité des arbitres », critère légal pertinent aux fins de déterminer quelles informations doivent être révélées au sens de l'article 1456 du CPC. Cette solution peut néanmoins s'expliquer. Lorsque les parties concluent un accord procédural aux seules fins de définir le « doute raisonnable », l'arbitre n'est pas partie à ce type d'accord. Les parties se sont simplement accordées pour ne pas remettre en cause la nomination des arbitres si ceux-ci présentent certains liens qui pourraient, en principe, être tenus pour pertinents. Mais l'arbitre n'étant pas partie à cet accord, ses obligations ne peuvent être modifiées par lui : il est donc tenu de révéler y compris les liens qui ne constitueront finalement pas, dans l'esprit des parties, un doute raisonnable sur son indépendance et son impartialité. Quoi qu'il en soit, même dans ce type de cas, la violation de l'obligation de révélation n'entraînera pas l'annulation ou la non-reconnaissance de la sentence. À suivre une certaine doctrine⁽³⁾, l'arbitre pourrait tout au plus engager sa responsabilité délictuelle ou contractuelle selon que la révélation incombant à l'arbitre porte sur une information antérieure ou postérieure à l'acceptation de sa mission.

Toujours au titre de la contractualisation, rappelons également que le délai dans lequel la récusation de l'arbitre doit être demandée peut aussi faire l'objet d'un accord des parties. Ainsi dans l'arrêt *Tecnimont*⁽⁴⁾, la Cour de cassation a-t-elle tenu le délai fixé par le règlement CCI comme contraignant : s'il n'est pas respecté, le grief tenant à un manquement dans la constitution du tribunal arbitral sera jugé irrecevable dans le cadre d'un recours contre la sentence. C'est dire que désormais, à suivre cette lecture des arrêts récents, c'est l'ensemble de la question de l'indépendance et de l'impartialité des arbitres qui peut faire l'objet d'un accord des parties. La question demeure celle de savoir si cette contractualisation pourra aller jusqu'à remettre en cause frontalement l'exigence

(1) CA Paris, 11 janv. 2022, n° 19/19201, *Rio Tinto* : Dalloz actualité, 21 janv. 2022, obs. J. Jourdan-Marques ; GPL 3 mai 2022, n° GPL435f3, obs. L. Larrière.

(2) V. en particulier CA Paris, 26 janv. 2021, n° 19/10666, *Vidatel* et les observations de J. Jourdan-Marques, Dalloz actualité, 22 févr. 2021.

(3) J.-B. Racine, *Droit de l'arbitrage*, 2016, PUF, p. 370-371, n° 554. *Contra* pour des propositions visant à établir un régime de responsabilité plus strict, L. Jandard, *La relation entre l'arbitre et les parties - Critique du contrat d'arbitrage*, 2021, LGDJ, préf. F.-X. Train, p. 284, n° 361 puis p. 292 et s., n° 369 et s. Sur cette question, v. P. Stoffel-Munck, « La responsabilité de l'arbitre », *Rev. arb.* 2017, p. 1123.

(4) Cass. 1^{re} civ., 25 juin 2014, n° 11-26529, *Tecnimont* : D. 2004, p. 1967, obs. L. d'Avout et S. Bollée ; D. 2004, p. 1981, avis P. Chevalier ; D. 2004, p. 1986, note B. Le Bars ; D. 2004, p. 2541, obs. T. Clay ; JCP G 2014, doct. 857, § 4, obs. C. Seraglini ; JCP G 2014, doct. 977, § 9, obs. C. Nourissat ; LPA 28 oct. 2014, p. 5, obs. M. Henry ; CAPJIA 2014, p. 547, note T. Clay ; *Rev. arb.* 2015, p. 85, note J.-J. Arnaldez et A. Mezghani.

d'indépendance et d'impartialité des arbitres, si tel est le souhait des parties.

Si nous nourrissons quelques doutes à cet égard, cette contractualisation est, malgré tout, remarquable, car

ces exigences sont, le plus souvent, liées à la fonction juridictionnelle exercée par l'arbitre. L'arbitre doit être indépendant et impartial pour pouvoir être proprement qualifié de juge.

La définition ambiguë de la circonstance nouvelle dans l'obligation de révélation de l'arbitre GPL441w3

L'essentiel L'appréciation des juges du fond sur le caractère nouveau d'une information susceptible de devoir être révélée par l'arbitre au titre de son obligation de révélation est souveraine.

Cass. 1^{re} civ., 25 mai 2022, n° 20-23148, Société Soletanche Bachy France c/ Société Aqaba Container Terminal PVT.Co, FS-B (rejet pourvoi c/ CA Paris, 15 déc. 2020), M. Chauvin, prés. ; SARL Ortscheidt, SCP Foussard et Froger, av. : Dalloz actualité, 13 juill. 2022, obs. J. Jourdan-Marques

Note

Les contours de l'obligation de révélation restent peu clairement dessinés en jurisprudence. Si cette obligation pèse sur l'arbitre tout au long de l'arbitrage, en sorte qu'il se trouve contraint de porter à la connaissance des parties toute circonstance nouvelle, apparue en cours d'instance, susceptible d'affecter son indépendance ou son impartialité, la nature exacte des circonstances méritant d'être révélées est sujette à dispute. Une autre question est susceptible d'être posée : celle de savoir ce qu'il faut entendre par la nouveauté d'une circonstance. Voici un arbitre ayant révélé qu'en cours d'arbitrage une société non-partie à l'arbitrage, mais intéressée par ce dernier, en ce que l'une de ses filiales avait candidaté à l'appel d'offres ayant abouti à la conclusion du contrat litigieux puis avait été substituée au cocontractant original dans l'exécution de ce contrat à la suite de diverses péripéties, est venue le consulter à propos d'une joint-venture. L'arbitre révèle spontanément que ce projet n'a aucun lien avec l'arbitrage en cours, est réalisé dans une autre partie du monde et qu'il n'a rencontré aucun des dirigeants de la société, mais plutôt ses seuls avocats afin de répondre à des questions d'ordre juridique. Aucune des deux parties n'y voit matière à suspicion et l'arbitre est confirmé dans ses fonctions. Mais quelques mois plus tard, après le prononcé de la sentence finale, interrogé par l'une des parties, l'arbitre révèle qu'il a finalement été mandaté pour représenter cette joint-venture dans un arbitrage. Le contentieux se noue alors autour de la question de savoir si cette circonstance aurait dû être révélée, et si elle peut donner lieu à refus d'*exequatur* en raison de l'existence d'un doute raisonnable sur l'indépendance et l'impartialité de cet arbitre.

Ici, la question n'est pas de savoir si cette circonstance méritait d'être révélée : si l'arbitre n'avait pas été consulté sur le projet de joint-venture et avait eu pour seul mandat de la représenter dans un arbitrage, cette circonstance aurait dû fort probablement être révélée au regard de la jurisprudence (au surplus, une société du groupe en question, la filiale ayant été substituée dans l'exécution du contrat litigieux, était désignée comme « entité » pertinente par

la CCI, ce qui ne suffit pas à établir que toute information relative à celle-ci devrait être révélée par l'arbitre, mais l'information paraît malgré tout pertinente aux fins de déterminer quelles circonstances doivent être portées à la connaissance des parties). La question était de savoir si cette circonstance était nouvelle, ou avait déjà été, en droit, révélée lorsque l'arbitre avait annoncé avoir des liens professionnels et financiers avec l'une des sociétés d'un groupe indirectement intéressé par l'arbitrage. Elle était d'autant plus importante qu'après la première révélation, les parties avaient renoncé à contester tout manque d'indépendance et d'impartialité de l'arbitre à propos de l'information portée à leur connaissance. Si l'information relative au mandat de représentation n'était pas nouvelle, et était donc comprise dans la première révélation faite, les parties se trouvaient avoir renoncé à se prévaloir d'un tel grief lors des procédures de reconnaissance et d'exécution de la sentence arbitrale.

La cour d'appel avait affirmé que la nature et l'ampleur de l'intervention de l'arbitre auprès de l'entité qui l'avait mandaté n'avaient pas été modifiées et qu'il était prévisible que la mission de l'arbitre se transforme en une mission de représentation dans un arbitrage (CA Paris, 15 déc. 2020, n° 18/14864 : Dalloz actualité, 22 févr. 2021, obs. J. Jourdan-Marques ; Rev. arb. 2021, p. 1203, note M. Henry). Autrement dit, la cour d'appel semblait donner un critère négatif de la « circonstance nouvelle » : ne pourrait être qualifié de circonstance nouvelle un événement postérieur à la révélation, dont la survenue serait prévisible au regard de l'information révélée. Cet événement serait, en droit, virtuellement compris dans la circonstance révélée. C'est dire que dès lors que la circonstance révélée n'a pas paru, aux yeux des parties, susceptible de faire naître un doute raisonnable dans leur esprit, cet événement postérieur ne l'est pas plus puisqu'elles devaient savoir qu'il était susceptible de se réaliser. Lorsqu'elles ont, en effet, pris connaissance de la circonstance révélée, elles ont dû prévoir ce qui était en germe dans cette circonstance et ont fait leur choix, en conséquence, de ne pas porter querelle à l'arbitre.

On a pu contester, en doctrine, cette vue des choses, en affirmant que ce critère de la nouveauté ne correspond pas au sens commun dans la mesure où tout événement postérieur est, en ce sens-là, nouveau (M. Henry, Rev. arb. 2021, p. 1203, n° 14 et s.). Mais le critère de la nouveauté est un critère juridique, qui nous semble indépendant du sens commun : c'est pourquoi il peut inclure des éléments tenus pour virtuellement compris dans la circonstance révélée. Un parallèle avec le fait nouveau au sens du droit judiciaire privé peut ainsi être établi, qui lui aussi ne correspond pas au sens commun, mais à une définition juridique (sur quoi v. Cass. 2^e civ., 25 juin 2015, n° 14-17504 qui juge que ne peut être considéré comme

« juridiquement nouveau » un fait postérieur à la décision, constituant le respect *a posteriori* « par le demandeur d'une diligence qu'il a négligé d'accomplir en temps utile », C. Chainais, F. Ferrand, L. Mayer, S. Guinchard, *Procédure civile – Droit commun et spécial du procès civil, MARD et arbitrage*, 36^e éd., 2022, Dalloz, p. 898, n° 1211, et les références supplémentaires citées). Et on peut comprendre qu'il en soit ainsi dans la mesure où tout événement postérieur ne peut être tenu, sauf à faire peser une charge très lourde sur l'arbitre, comme une circonstance nouvelle : imaginons que l'arbitre n'ait pas été mandaté pour représenter la joint-venture à un arbitrage, mais ait seulement été consulté, de nouveau, à propos de questions juridiques nouvelles posées par le même projet de joint-venture. Il paraît possible de considérer que la circonstance ne serait pas ici nouvelle. Autrement dit, toute la question est celle de savoir quels sont les critères juridiques exacts de la nouveauté et, le cas échéant, ce qu'il faut tenir pour prévisible.

(...)

F. L'ordre public international

La révision à fin de contrôle des sentences arbitrales et l'article 1520 du Code de procédure civile GPL442a6

L'essentiel Si la mission de la cour d'appel, saisie en vertu de l'article 1520 du Code de procédure civile, est limitée à l'examen des vices que celui-ci énumère, aucune limitation n'est apportée à son pouvoir de rechercher en droit et en fait tous les éléments concernant les vices en question.

Cass. 1^{re} civ., 7 sept. 2022, n° 20-22118, Sté orléanaise d'électricité et de chauffage électrique, FS-B (rejet pourvoi c/ CA Paris, 17 nov. 2020), M. Chauvin, prés. ; SARL Ortscheidt, SARL Cabinet Rousseau et Tapie, av. : D. 2022, p. 1773, obs. S. Bollée ; Dalloz actualité, obs. J. Jourdan-Marques, à paraître

Note

Dès l'arrêt *Plateau des Pyramides* ⁽¹⁾, la Cour de cassation semblait avoir fait sienne l'idée de la « révision à fin de contrôle » ⁽²⁾. En affirmant qu'« aucune limitation n'est apportée au pouvoir de [la juridiction de contrôle] de rechercher en droit et en fait tous les éléments concernant les vices [énoncés à l'époque aux articles 1502 et 1504 du NCPC] », la haute juridiction limitait le jeu du principe de non-révision au fond à ce qui n'était pas listé comme grief aux articles précités. Dès lors que le mal-jugé n'est pas une condition d'annulation ou de non-reconnaissance d'une sentence arbitrale ⁽³⁾, le juge

C'est pourquoi, en raison de ce que ce critère nous apparaît juridique, il semble quelque peu étonnant que, dans l'affaire commentée, la Cour de cassation se retranche derrière l'appréciation souveraine des juges du fond. Les juges du fond ayant jugé que cette nouvelle mission était prévisible, et ne modifiait ni la nature ni l'ampleur de l'intervention de l'arbitre auprès de son client, la cour d'appel a pu retenir qu'il n'avait manqué à son obligation de révélation de toute circonstance nouvelle. L'arrêt laisse l'impression que le critère de la nouveauté est donc purement factuel, et partant insusceptible de contrôle de la Cour de cassation. On peut peut-être plus finement dire que la Cour de cassation accepte que le critère de la nouveauté soit lié aux critères de la nature et de l'ampleur de l'intervention postérieure de l'arbitre, mais laisse aux juges du fond le soin de décider ce qu'il en est à ces égards. Un contrôle plus poussé, à l'occasion d'affaires où la question paraîtrait plus difficile à résoudre, ne serait pas particulièrement étonnant.

du contrôle se trouve interdit de l'écartier en raison d'une erreur supposée de fait ou de droit : le principe de non-révision s'applique. Mais dès lors qu'un grief listé parmi ceux permettant la non-reconnaissance de la sentence est visé par un recours, la cour d'appel se voit dotée du pouvoir de rechercher tous les éléments le concernant. Autrement dit, à l'intérieur des griefs susceptibles de contrôle, le principe de non-révision au fond n'a pas sa place : « rien ne devrait donc s'opposer à ce que le juge revienne sur une question de fait ou de droit tranchée par l'arbitre, si ce réexamen est utile pour rechercher l'existence d'un cas d'annulation légal » ⁽⁴⁾.

Ce n'est qu'une fois adoptée la conception dite « minimaliste » de l'ordre public international que cette analyse étendue fut limitée au seul contrôle de la compétence. L'abandon de cette conception minimaliste dans l'arrêt *Belokon* ⁽⁵⁾ semble avoir fait réapparaître ce pouvoir étendu du juge du contrôle sur l'ensemble des griefs de l'article 1520 du Code de procédure civile (CPC). C'est ce que porte à croire la décision rendue par la Cour de cassation dans l'affaire *Sorelec* dans laquelle la formule de l'arrêt *Plateau des Pyramides* est expressément reprise ⁽⁶⁾ : « Si la mission de la cour d'appel, saisie en vertu de ce texte, est limitée à l'examen des vices que celui-ci énumère, aucune

(1) Cass. 1^{re} civ., 6 janv. 1987, n° 84-17274, *Plateau des Pyramides* : Rev. arb. 1987, p. 469, note P. Le Boulanger ; JDI 1987, p. 638, note B. Goldman.

(2) D. Holleaux, « Les conséquences de la prohibition de la révision », TCFDIP 1980-1981, p. 53 et s.

(3) En droit de l'arbitrage, v. S. Bollée, note ss CA Paris, 24 nov. 2005, n° 04/19144 : Rev. arb. 2006, p. 717. En droit international privé, v. L. d'Avout, note ss Cass. 1^{re} civ., 14 janv. 2009, n° 07-17194, *Sté Agrogabon* : RCDIP 2009, p. 331, spéc. p. 337-338.

(4) S. Bollée, note ss CA Paris, 24 nov. 2005, n° 04/19144 : Rev. arb. 2006, p. 717, n° 3.

(5) Cass. 1^{re} civ., 23 mars 2022, n° 17-17981 : D. 2022, p. 1773, obs. S. Bollée ; Dalloz actualité, 10 mai 2022, obs. V. Chantebout ; Dalloz actualité, 20 mai 2022, obs. J. Jourdan-Marques ; JCP G 2022, p. 676, note B. Rémy ; RDC sept. 2022, n° RDC200w3, note Y.-M. Serinet et X. Boucobza ; GPL 3 mai 2022, n° GPL435f4, obs. L. Larrière.

(6) V. déjà S. Bollée, note ss CA Paris, 24 nov. 2005, n° 04/19144 : Rev. arb. 2006, p. 717, n° 3.

limitation n'est apportée à son pouvoir de rechercher en droit et en fait tous les éléments concernant les vices en question » [n° 11].

Si après l'arrêt *Belokon*, des doutes pouvaient encore exister quant à l'étendue de l'abandon de la conception maximaliste, en raison de ce qu'on pouvait croire que le blanchiment d'argent faisait l'objet d'un traitement particulier, ces doutes ne paraissent désormais plus permis⁽⁷⁾. Même si l'affaire en question se rapporte à un cas de corruption, la solution est claire : la conception maximaliste s'applique à l'ensemble de l'ordre public international.

Plus largement, le principe de solution s'applique donc à tous les griefs listés à l'article 1520 du CPC sans aucune discrimination. Cet élargissement – qui n'est qu'apparent, une nouvelle fois, si l'on se souvient de l'arrêt *Plateau des Pyramides* – est-il de nature à entraîner des modifications du droit positif ? Sur le plan de la compétence et de l'ordre public international, sûrement pas au regard de l'arrêt *Belokon* et de la jurisprudence de la cour d'appel qui l'accompagne. Quant aux autres griefs que sont une irrégularité dans la constitution du tribunal, la violation de la mission, et une violation du principe du contradictoire, il en va certainement de même. Tentons de le montrer.

S'agissant de l'irrégularité dans la constitution du tribunal, dans la mesure où elle a été critiquée devant le tribunal arbitral, les problèmes d'indépendance et d'impartialité, comme ceux relatifs à l'égalité des parties dans la constitution du tribunal, peuvent être entièrement repris par le juge du contrôle. À cet égard, le principe de non-révision au fond ne semble avoir qu'une maigre place, car il ne s'agit pas, le plus souvent, d'attaquer la solution donnée par le tribunal. Certes, il se peut qu'une partie reproche un manque d'indépendance ou d'impartialité au tribunal en raison de la solution qu'il a donnée au litige. Mais, le principe de non-révision au fond permettra de faire le départ entre les remises en cause du bien-fondé de la solution – couvertes par le principe de non-révision au fond – et celles qui visent à démontrer un manque d'indépendance ou d'impartialité qui doivent s'appuyer sur des « éléments précis quant à la structure de la sentence ou ses termes mêmes, qui laisseraient supposer que l'attitude de l'arbitre a été partielle ou à tout le moins serait de nature à donner le sentiment qu'elle l'a été »⁽⁸⁾. Autrement dit, dès lors que le mal-jugé n'équivaut pas à un manque d'indépendance ou d'impartialité, le principe de non-révision au fond jouera ici pour empêcher la pure et simple remise en cause de la solution donnée au litige.

Par le truchement de la violation de la mission, on sait que les plaideurs tentent fréquemment de mettre en cause la solution retenue par le tribunal arbitral ou encore sa motivation. Mais le juge du contrôle fait bien le départ entre les griefs visant véritablement à établir une violation de la mission et ceux qui visent, sous couvert d'attaquer la

réalisation de la mission, à critiquer le mal-jugé⁽⁹⁾. Le principe de non-révision au fond continuera à s'appliquer à ce genre de « détournements »⁽¹⁰⁾ de ce grief⁽¹¹⁾. Cet élargissement n'est ainsi pas de nature à permettre au juge du contrôle, sous couvert de viser la violation de la mission, de remettre en question le bien-fondé de la solution du tribunal arbitral.

Il en va de même du principe du contradictoire : les éléments de fait et de droit recueillis ne permettront d'établir que sa violation, mais les juges du fond et la Cour de cassation continueront de rejeter, en application du principe de non-révision au fond, les tentatives de critique de la solution donnée au litige par le tribunal arbitral.

In fine, l'arrêt ne modifie pas l'étendue du principe de non-révision au fond. Tirant les enseignements de l'arrêt *Belokon*, il vient le remettre à la place qui lui sied autant que rappeler son sens essentiel : le mal-jugé n'est pas un grief de non-reconnaissance d'une sentence arbitrale ; le principe de non-révision ne peut empêcher le juge du contrôle d'exercer un contrôle plein sur l'intégralité des griefs listés à l'article 1520 du CPC.

Parallèlement, et alors que l'attitude de l'État libyen avait pu être stigmatisée⁽¹²⁾, qui, demandeur à l'annulation, se plaignait de la violation de l'ordre public international en raison de pratiques corruptrices non évoquées devant les arbitres, la Cour de cassation confirme la solution déjà retenue dans l'arrêt *Indagro*⁽¹³⁾ : quelle que soit l'attitude des parties devant le tribunal arbitral, la violation de l'ordre public international de fond peut être soulevée devant le juge du contrôle. Autrement dit, l'article 1466 du CPC est inapplicable à l'ordre public international de fond, tout autant qu'un quelconque principe de loyauté. Dans la mesure où cet ordre public ne vise pas uniquement, voire essentiellement, à protéger les parties, une renonciation de leur part à se prévaloir de sa violation n'est pas admissible. C'est d'ailleurs pourquoi cette solution, sauf à ce qu'elle soit ici remise en cause – ce que nous ne croyons pas –, est cantonnée à l'ordre public *de direction*, à l'exclusion donc de l'ordre public *de protection*. C'est ainsi seul l'ordre public *de direction* qui peut, pour la première fois, être soulevé devant le juge du contrôle alors qu'il n'aurait pas été évoqué devant le tribunal arbitral⁽¹⁴⁾.

(7) V. déjà S. Bollée, note ss CA Paris, 24 nov. 2005, n° 04/19144 : Rev. arb. 2006, p. 717, n° 3.

(8) V. CA Paris, 28 juin 2022, n° 21/06317 : Dalloz actualité, 13 juill. 2022, obs. J. Jourdan-Marques.

(9) Sur quoi, v. P. Giraud, *Le devoir de l'arbitre de se conformer à sa mission*, 2017, Bruylant, préf. C. Jarrosson, p. 322 et s., n° 411 et s.

(10) Sur quoi, v. P. Giraud, *Le devoir de l'arbitre de se conformer à sa mission*, 2017, Bruylant, préf. C. Jarrosson, p. 322 et s., n° 411 et s.

(11) V. ainsi, postérieurement à la décision ici commentée, CA Paris, 13 sept. 2022, n° 21/02217. *Adde* CA Paris, 6 sept. 2022, n° 21/04655.

(12) V. not. I. Fadlallah, note ss CA Paris, 17 nov. 2020, n° 18/02568 : JDI 2021, comm. 20, n° 12 et s.

(13) Cass. 1^{re} civ., 13 sept. 2017, n° 16-25657 et 16-26445.

(14) CA Paris, 19 oct. 2021, n° 19/23071, *Magpower c/ Heliotrop* : Dalloz actualité, 19 nov. 2021, obs. J. Jourdan-Marques ; GPL 3 mai 2022, n° GPL435h0, obs. L. Larribère.

La cour d'appel de Paris reprend à son compte le critère de la violation « caractérisée » de l'ordre public international GPL442a7

L'essentiel La cour d'appel de Paris estime qu'une sentence ayant donné effet à des marchés publics obtenus à la suite de pratiques corruptrices, prouvées par des indices graves, précis et concordants, viole de manière caractérisée l'ordre public international.

CA Paris, 5 avr. 2022, n° 20/03242, La République [A] représentée par l'agent judiciaire de l'État c/ Sté Groupement [B] : Dalloz actualité, 20 mai 2022, obs. J. Jourdan-Marques ; Rev. arb. 2022, p. 620, note I. Fadlallah

Note

Si dans l'arrêt *Belokon* ⁽¹⁾, la Cour de cassation avait fait sienne l'approche maximaliste du contrôle de l'ordre public international, elle avait substitué au critère de la « violation manifeste » celui de la « violation caractérisée ». Cela ne devait, semble-t-il, guère avoir d'incidence sur la teneur positive du contrôle effectué en particulier par la cour d'appel de Paris, qui s'approprie ce critère à l'occasion d'une nouvelle affaire de corruption. Le grief de corruption était soulevé à l'occasion d'un recours en annulation d'une sentence ayant donné effet à des contrats de marchés publics, qui auraient été conclus à la suite de pratiques corruptrices. L'arrêt n'est pas de nature à bouleverser le contrôle ; quelques éléments méritent néanmoins attention. Ce sont les indices graves, précis et concordants, qui, en matière de corruption, sont recherchés afin de débusquer une violation de l'ordre public international, qui forment l'intérêt principal de cette décision.

En effet, au titre des indices pouvant être pris en compte, la cour décide d'écarter, en se fondant sur l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'Homme, des transactions pénales passées entre un haut dignitaire poursuivi pour corruption et les autorités de l'État concerné. Ces transactions avaient été obtenues à la suite d'une détention équivalente à un traitement inhumain et dégradant. Or, en application de la jurisprudence européenne, de tels éléments de preuve ne peuvent être admis. Mais pour se convaincre de ce que cette détention équivalait à un traitement inhumain, la cour d'appel s'en remet essentiellement aux conclusions d'un groupe de travail du Conseil des droits de l'Homme des Nations-Unies, qui avait estimé que ses conditions et sa durée violaient différents textes internationaux parmi lesquels le Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Elle s'en remet également aux analyses d'un autre comité onusien ayant, lui, stigmatisé, d'une manière générale, les conditions de détention des prisonniers dans le pays concerné. Ces rapports ne s'imposent pourtant pas normativement, à titre d'obligations internationales, au juge français, contrairement par exemple aux décisions de la Cour de Strasbourg. Mais leur

force de persuasion réside dans leur origine onusienne et certainement dans leur qualité. Et la cour n'éprouve alors pas le besoin de contrôler elle-même, au regard pourtant de la norme européenne applicable, si, dans les faits, la détention constituait bien une torture ou un traitement inhumain ou dégradant ⁽²⁾. Doit-on rapprocher cette sorte de prise en compte de rapports internationaux de l'internationalisation de l'ordre public international opérée par la cour d'appel de Paris évoquant le « consensus international » à propos de telle ou telle norme internationale ? Peut-être, mais ces rapports ont une force d'influence bien plus large que le seul droit de l'arbitrage.

On peut, cela dit, rapprocher cette partie de la décision de sa partie finale. Afin d'établir la pratique corruptrice, parmi les indices pris en compte, la cour d'appel se rapporte à une décision suisse ayant refusé de lever le séquestre de sommes versées sur les comptes ouverts en Suisse d'un dirigeant de la société ayant obtenu les marchés publics. Cette décision suisse estime que des flux financiers entre diverses entités intéressées par ces marchés, la conclusion d'un avenant au contrat, etc., sont suffisants pour considérer que « le seuil de crédibilité requis pour permettre le maintien dudit séquestre » est « largement » atteint. Ce qui apparaît significatif, c'est que la cour n'explique pas pour quelles raisons les éléments établis dans cette décision suisse, n'ayant pas été reconnue en France *a priori* – la cour n'évoque pas même cet aspect –, devraient être pris en compte. C'est, en réalité, faire jouer l'effet de preuve des jugements étrangers ⁽³⁾, y compris en matière pénale ⁽⁴⁾, qui joue indépendamment de tout contrôle de la conformité du jugement aux conditions de reconnaissance. Mais cet effet de preuve, qui doit être distingué de l'autorité positive de la chose jugée ⁽⁵⁾, n'est pris en compte précisément que parce que le jugement suisse, et ses énonciations, constituent des *indices factuels* permettant d'établir une pratique corruptrice. Il ne s'agit pas pour le juge français de s'interdire de remettre en cause les énonciations et constatations du juge étranger, mais de les tenir pour des éléments de preuve dans l'instance française.

Il en va de même d'un dernier élément : la prise en compte de la violation par l'État de ses règles de passation des marchés publics. La violation de ces règles ne permet pas d'établir l'invalidité de la convention d'arbitrage : tout comme les règles d'inarbitrabilité des litiges, les règles étrangères, en raison de la jurisprudence *Dalico* ⁽⁶⁾ et de ses

(1) Cass. 1^{re} civ., 23 mars 2022, n° 17-17981 : D. 2022, p. 1773, obs. S. Bollée ; Dalloz actualité, 10 mai 2022, obs. V. Chantebout ; Dalloz actualité, 20 mai 2022, obs. J. Jourdan-Marques ; JCP G 2022, p. 676, note B. Rémy ; RDC sept. 2022, n° RDC200w3, note Y.-M. Serinet et X. Boucoba ; GPL 3 mai 2022, n° GPL435f4, obs. L. Larrivière.

(2) Ibrahim Fadlallah estime, de manière générale, que cet arrêt fait preuve « d'un certain laxisme dans l'appréciation » des éléments soulevés par la cour (Rev. arb. 2022, p. 620 et s., spéc. n° 11).

(3) Sur quoi v. par ex. D. Bureau et H. Muir Watt, *Droit international privé*, 5^e éd., 2021, PUF, t. 1, p. 311-312, n° 245 ; P. Mayer, V. Heuzé et B. Rémy, *Droit international privé*, 12^e éd., 2019, LGDJ, p. 319-320, n° 470.

(4) Sur quoi v. par ex. D. Bureau et H. Muir Watt, *Droit international privé*, 5^e éd., 2021, PUF, t. 1, p. 311-312, n° 245 ; P. Mayer, V. Heuzé et B. Rémy, *Droit international privé*, 12^e éd., 2019, LGDJ, p. 319-320, n° 470.

(5) Sur les liens entre ces deux concepts, S. Bollée, note ss Cass. 1^{re} civ., 14 févr. 2006, n° 03-11604 : RCDIP 2006, p. 833 et *add* D. Bureau et H. Muir Watt, *Droit international privé*, 5^e éd., 2021, PUF, t. 1, p. 320, n° 253.

(6) Cass. 1^{re} civ., 20 déc. 1993, n° 91-16828, *Dalico*.

règles matérielles, ne peuvent être *directement* appliquées pour invalider une convention d'arbitrage et le principe de séparabilité s'y opposerait. De la même manière, ces règles n'entrent pas, en tant que telles, dans l'ordre public international qui ne contient que les valeurs dont l'ordre juridique français ne saurait souffrir la méconnaissance, que des règles de passation étrangères ne traduisent pas. Mais sur le plan de l'ordre public international, la violation de ces règles a malgré tout une pertinence *factuelle*, si l'on peut dire. Leur violation est un indice de ce qu'une pratique corruptrice a permis la conclusion des marchés

litigieux. Il n'est pas interdit de voir, dans tout cela, une forme assez rudimentaire de prise en considération⁽⁷⁾.

(7) À tout le moins dans le sens large où l'entend récemment P. Deumier, « La prise en considération d'une norme par le juge : le chaînon manquant ? », D. 2022, p. 1668. V. S. Bollée, « La prise en considération des lois de police étrangères dans le règlement Rome I », in *Le droit à l'épreuve des siècles et des frontières. Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Ancel*, 2018, LGDJ-Iprolex, p. 203 et s., EAN : 9788494105579.

III. LE CONTENTIEUX PARA-ARBITRAL

(...)

C. L'exécution de la sentence arbitrale

La protection de la sentence arbitrale par l'article 1^{er} du protocole n° 1 de la Convention européenne des droits de l'Homme

GPL442a8

L'essentiel La sentence arbitrale constitue un bien susceptible d'être protégé au titre de l'article 1^{er} du protocole n° 1 de la Convention européenne des droits de l'Homme.

CEDH, 30 juin 2022, n° 55617/17, *BTS Holding, a.s. c/ Slovaquie*, Marko Bošnjak, prés. : D. 2022, p. 1773, obs. S. Bollée ; Dalloz actualité, 13 juill. 2022, obs. J. Jourdan-Marques ; consultable sur <https://lex.so/Ht1uKa>

Note

Depuis l'arrêt *Raffineries grecques Stran*, la Cour européenne des droits de l'Homme place la sentence arbitrale sous la protection de l'article 1^{er} du protocole n° 1 de la Convention européenne des droits de l'Homme⁽¹⁾. Considérée comme un « bien », la créance que constitue la sentence arbitrale est, aux yeux de l'instance européenne, protégée par l'interdiction de porter atteinte au droit de propriété. L'arrêt *BTS Holding* du 30 juin dernier le confirme dans une affaire où une sentence, rendue en France et condamnant une autorité publique slovaque au versement de certaines sommes, n'avait pu être exécutée en Slovaquie en raison de l'opposition des juridictions locales. La Slovaquie est condamnée sur le fondement de ce protocole. Reprenons les deux étapes du raisonnement.

Pour être placée sous les auspices de l'article 1^{er} du protocole n° 1, d'abord faut-il que la sentence arbitrale puisse être qualifiée de bien au sens de cette disposition. Or, cette qualification n'apparaît pas évidente : une sentence arbitrale, non revêtue de la formule exécutoire, et dont la reconnaissance est contestée par l'une des parties dans le pays considéré, ne peut être qualifiée, sans une analyse plus approfondie, de créance. La sentence arbitrale paraît

ainsi placée dans une situation un peu différente que celle d'un jugement étranger. Le jugement étranger est lui aussi considéré comme un bien au titre de l'article 1^{er} du protocole n° 1 en sorte qu'un refus d'*exequatur* serait susceptible de le violer⁽²⁾. Mais, à la différence de la sentence arbitrale, le jugement étranger est, lui, au moins toujours exécutoire dans un État, son État d'origine. Pour qualifier la sentence de bien protégé, le critère utilisé est celui de savoir si la sentence a fait naître « une créance suffisamment établie pour être exigible »⁽³⁾. Autrement dit, la sentence arbitrale n'apparaît pas toujours comme étant une créance protégée : c'est, en réalité, l'analyse du droit étatique considéré, ici le droit slovaque, qui est menée par la Cour pour déterminer si, dans ce droit-là, la créance peut apparaître suffisamment établie. Et ce n'est qu'à cette condition que la protection offerte par cet article se déclenche. Les éléments pris en compte par la Cour semblent suffire pour considérer que, dans la majorité des droits étatiques, la sentence arbitrale sera reconnue comme un bien, avant même son *exequatur*. Certes, le droit slovaque semble présenter quelques particularités notamment quant aux procédures ouvertes pour obtenir la reconnaissance et l'exécution de la sentence arbitrale, mais la Cour s'en remet essentiellement au caractère définitif de la sentence – qui en droit français est une condition de qualification de la sentence –, à ce qu'en application du droit national et de la Convention de New York, les sentences arbitrales sont par principe

(2) CEDH, 3 mai 2011, n° 56759/08, *Négrépontos-Giannis c/ Grèce* : D. 2012, p. 1228, obs. H. Gaudemet-Tallon et F. Jault-Seske ; Rev. crit. DIP 2011, p. 817, note P. Kinsch ; JDI 2012, p. 213, note A. Dionisi-Peyrusse. V. D. Sindres, « Le contrôle par le juge de l'*exequatur* des condamnations pécuniaires prononcées par un juge étranger », Rev. crit. DIP 2021, p. 533, n° 2.

(3) CEDH, 9 déc. 1994, n° 13427/87, *Raffineries grecques Stran et Stratis Andreas c/ Grèce* : AJDA 1995, p. 124, chron. J.-F. Flauss ; RTD civ. 1995, p. 652, obs. F. Zenati ; RTD civ. 1996, p. 1019, obs. J.-P. Marguénaud, § 59 et dans l'arrêt ici commenté, v. § 50.

(1) CEDH, 9 déc. 1994, n° 13427/87, *Raffineries grecques Stran et Stratis Andreas c/ Grèce* : AJDA 1995, p. 124, chron. J.-F. Flauss ; RTD civ. 1995, p. 652, obs. F. Zenati ; RTD civ. 1996, p. 1019, obs. J.-P. Marguénaud.

exécutoires, mais aussi à ce que la sentence ne peut être contestée qu'au cours de procédures visant à son exécution dans lesquelles le pouvoir de révision du juge étatique se trouve très limité. Or, ces caractéristiques du droit slovaque seront bien souvent partagées : indépendamment ou presque du droit national considéré, la sentence pourra être qualifiée de bien ⁽⁴⁾. Une circonstance peut cependant faire douter de cette analyse : la Cour s'appuie également sur l'absence de tout recours en annulation intenté au siège français de l'arbitrage international. Ceci semble pouvoir signifier que l'exercice d'un tel recours interdit de voir dans la sentence un bien protégé, mais cet élément n'est qu'un élément parmi les autres ici analysés. Il n'est pas certain que l'exercice de ce recours suffise à empêcher la qualification de la sentence comme bien avant même toute procédure d'*exequatur*. Une telle analyse paraît difficilement contestable dans le système européen des droits de l'Homme qui va jusqu'à protéger les espérances légitimes d'avoir une créance. Or ces espérances découlent d'une « base suffisante en droit interne tel qu'interprété pour que l'on puisse qualifier la créance du requérant de "valeur patrimoniale" » ⁽⁵⁾. Tel paraît être le cas d'une sentence arbitrale, même non *exequaturée*.

Une fois la sentence qualifiée de bien, la protection de l'article 1^{er} peut être appliquée. Depuis l'arrêt *Sporrong*, la Cour distingue trois normes distinctes dans l'article 1^{er} : la première concerne le droit d'user, de jouir et d'abuser de son droit de propriété, sans interférence ⁽⁶⁾ [autrement appelé perte de substance du droit de propriété ou ingérence dans le droit de propriété ⁽⁷⁾]. La deuxième concerne la privation du droit de propriété et ses conditions quand la troisième permet aux États de réglementer l'usage des biens. S'il est vrai qu'il est parfois difficile de savoir laquelle de ces trois normes paraît pertinente aux fins de protection, c'est sous la première qu'est rangée la sentence arbitrale. Il est clair que la troisième norme n'est pas pertinente. La deuxième aurait pu être mobilisée, mais

le refus d'*exequatur* ne prive pas totalement de propriété le créancier d'une sentence arbitrale dans la mesure où il pourra fort bien la faire exécuter dans un autre pays qui se montrerait plus accueillant.

Une violation de cette première norme peut alors être consommée si les mesures qui s'ingèrent dans ce droit ne sont pas fondées sur une base raisonnable et si les mesures ne constituent pas une balance raisonnable entre l'intérêt général et ce droit fondamental, en passant par le test de proportionnalité ⁽⁸⁾. Or, à l'occasion de ce contrôle, la Cour s'autorise à vérifier l'application correcte de la loi applicable faite par le juge national, en se limitant, en principe, aux erreurs manifestes. Sur ce terrain, le juge slovaque est condamné : alors que le droit slovaque connaît le principe de séparabilité, le juge slovaque l'a, en l'espèce, violé ; alors que l'ordre public international ne peut permettre à une autorité publique de ne pas payer ses dettes sur le seul fondement d'un risque pour les fonds publics, le juge slovaque a fait usage de cette exception, etc. Au surplus, lors de la procédure d'*exequatur*, le juge slovaque a observé un respect aléatoire du principe du contradictoire, ce que la Cour européenne stigmatise là aussi. La Cour ajoute enfin que le refus de reconnaissance était disproportionné.

En bref, il ne faudrait évidemment pas tirer de cet arrêt qu'un refus de reconnaissance serait *per se* contraire à ce protocole. Mais le contrôle du juge national sera soumis au regard postérieur du juge européen qui vérifiera notamment que les griefs de non-reconnaissance n'ont pas fait l'objet d'une appréciation manifestement erronée, et qui appliquera son test de proportionnalité.

La suite de l'affaire concernera désormais la réparation du dommage subi par le demandeur, sur le fondement de l'article 41 de la Convention européenne des droits de l'Homme pour laquelle la Cour a rouvert les débats.

(4) Dans ses observations sous l'arrêt *des Raffineries*, J.-P. Marguénaud affirme ainsi que le droit est suffisamment établi par une sentence arbitrale même s'il est « révoquant » pour être qualifié de bien.

(5) J.-F. Renucci, *Droit européen des droits de l'homme. Droits et libertés fondamentaux garantis par la CEDH*, 9^e éd., 2021, LGDJ, p. 379, n° 283, EAN : 9782275090795.

(6) W. Schabas, *The European Convention on Human Rights*, 2015, OUP, p. 972.

(7) A.-F. Zattara-Gros, Rép. eur. Dalloz, v° Conv. EDH, protocole 1, art. 1 : droit de propriété, n° 74.

(8) W. Schabas, *The European Convention on Human Rights*, 2015, OUP, p. 972 ; A.-F. Zattara-Gros, Rép. eur. Dalloz, v° Conv. EDH, protocole 1, art. 1 : droit de propriété, n° 81-82.

IV. L'ARBITRAGE D'INVESTISSEMENT

Les arbitres ne peuvent retenir leur compétence sur le fondement d'un traité bilatéral d'investissement intra-européen GPL442a9

L'essentiel Les sentences par lesquelles les tribunaux arbitraux se reconnaissent compétents sur le fondement d'un traité bilatéral d'investissement intra-européen doivent être annulées sur le fondement de l'article 1520, 1^o, du Code de procédure civile.

CA Paris, 5-16, 19 avr. 2022, n° 20/14581, République de Pologne c/ Société CEC Praha et a., M. Ancel, prés., M^{mes} Schaller et Aldebert, cons. ; M^{es} de Maria, Muron, Silva Romero, Guizard, Siino et Bordes, av. – CA Paris, 19 avr. 2022, n° 20/13085, République de Pologne c/ Société Strabag SE et a., M. Ancel, prés., M^{mes} Schaller et Aldebert, cons. ; M^{es} de Maria, Muron, Silva

Romero, Kong Thong, Korom et Kecsmar, av. : Dalloz actualité, 20 mai 2022, obs. J. Jourdan-Marques

Note

Pour la première fois, la cour d'appel fait application de l'arrêt *Achmea* et ses suites⁽¹⁾ : les sentences arbitrales rendues en application d'un traité bilatéral d'investissement (TBI) intra-européen doivent être annulées sur le fondement de l'article 1520, 1°, du CPC pour défaut de compétence arbitrale⁽²⁾. L'autorité de la chose interprétée des décisions de la Cour de justice de l'Union européenne ne pouvait permettre une autre solution. Encore que, ainsi que Jérémy Jourdan-Marques l'a affirmé, la cour d'appel fait une interprétation relativement extensive des solutions européennes. À dire vrai, la cour d'appel nous semble tirer les implications, certes parfois non dites, de la jurisprudence de la Cour de justice. Au regard des arrêts européens, les deux affaires présentaient, en effet, quelques spécificités : contrairement à l'arrêt *Achmea*, les traités en cause ne prévoyaient pas l'application du droit national de l'État hôte, et partant du droit européen ; une clause d'arbitrage *ad hoc* aurait été conclue par les parties et aurait été retranscrite dans une ordonnance de procédure ; l'Autriche, État de l'investisseur, n'a pas accepté, contrairement à la majorité des États membres de l'Union européenne, de mettre fin à ses traités bilatéraux intra-européens. En raison de la jurisprudence française, des arguments inédits étaient également présentés : les parties faisaient ainsi valoir que les règles matérielles permettant de vérifier la commune intention des parties sans référence à une quelconque loi étatique devaient être appliquées. Il était également affirmé qu'en raison de ce que l'État condamné par les sentences était la Pologne, et de ce qu'il viole d'une manière habituelle le droit de l'Union, il ne pouvait se prévaloir de sa potentielle violation. Enfin, il était plaidé que l'annulation de la sentence entraînerait un déni de justice ou serait disproportionnée au regard du droit d'accès au juge de l'article 6, paragraphe 1, tel qu'interprété notamment dans l'arrêt *Nioc*⁽³⁾. L'ensemble de ces arguments est rejeté par la Cour.

Notons d'abord que le contrôle est exercé via l'article 1520, 1° : c'est la compétence du tribunal arbitral, et non l'ordre public international, pourtant évoqué par les parties, qui

constitue la disposition pertinente⁽⁴⁾. Ainsi qu'il a pu être noté, dire que la convention d'arbitrage incluse dans un TBI voire un traité multilatéral doit être frappée de nullité est susceptible de contestations : ces conventions sont formées par référence à une offre publique d'arbitrage, incluse dans un traité international. Or, la nullité d'un traité n'est pas, en principe, déclarée par une juridiction nationale. Et si on pourrait comprendre que la convention d'arbitrage d'un TBI intra-européen soit annulée en vertu de la jurisprudence de la cour de justice, certains traités frappés par la jurisprudence européenne ne lient pas que des États membres, en particulier le Traité sur la charte de l'énergie. Dire que la convention d'arbitrage issue de ce traité est nulle, c'est sûrement donner un pouvoir à la juridiction nationale qu'elle n'a pas.

Sur le fondement de l'article 1520, 1°, il est étonnant de lire dans une décision de la cour d'appel de Paris que les arguments fondés sur la jurisprudence *Dalico*⁽⁵⁾ sont inopérants : c'est dire, dans un rapprochement peut-être sur ce point avec l'arrêt *PwC*⁽⁶⁾, que les logiques du droit européen, en raison de sa primauté et du principe de confiance mutuelle, priment la règle matérielle issue de cet arrêt. Mais il y a là une question de hiérarchie des normes que même les règles matérielles ne peuvent écarter.

Ensuite, l'une des parties estimait que la convention d'arbitrage n'était pas issue du traité bilatéral, mais d'une ordonnance de procédure. Cet argument rappelle celui que la CJUE a écarté dans l'arrêt *PL Holding*⁽⁷⁾ : une convention d'arbitrage *ad hoc* qui recopierait la clause incluse dans un TBI ne saurait permettre de contourner la prohibition des traités intra-européens. Mais ici, l'argument visait à démontrer que la convention d'arbitrage conclue n'était pas identique à celle incluse dans le TBI, et qu'elle échappait, en conséquence, à la prohibition de l'arrêt précité. Rejetant qu'une telle convention *ad hoc* ait ici été conclue – ce dont on pouvait se convaincre à la lecture des faits – la cour d'appel ne se limite pas à ce rejet d'espèce : elle affirme, bien plus, que l'identité de la convention *ad hoc* qui serait conclue avec celle incluse dans le TBI n'est pas un critère de la prohibition européenne⁽⁸⁾. Toute clause qui viendrait « en substitution de la clause nulle [incluse dans le TBI], tout en conservant les mêmes effets » serait couverte par la solution retenue dans l'arrêt *PL Holding*. Sur ce point, c'est la motivation de ce dernier arrêt qui paraît définitive, qui, en son point 47, affirme que la clause *ad hoc* doit avoir « les mêmes caractéristiques », quand son point 48 s'attache à ses effets. Avoir « les mêmes caractéristiques » ne signifie probablement pas « être identique » et la solution européenne vise bien à empêcher de contourner la solution de l'arrêt *Achmea*. De ce point de vue, la solution de la cour d'appel paraît bien conforme aux implications de ces décisions européennes.

Quant au TBI Autriche-Pologne, le fait que l'Autriche n'ait pas consenti – malgré une procédure de manquement – à

(1) CJUE, 6 mars 2018, n° C-284/16, République slovaque c/ Achmea BV – CJUE, 2 sept. 2021, n° C-741/19, Komstroy LLC – CJUE, 26 oct. 2021, n° C-109/20, République polonaise c/ PL Holdings Sàrl – CJUE, 25 janv. 2022, n° C-638/19, European Food SA, Starmill SRL, Multipack SRL, Scandic Distilleries SA, Ioan Micula. Pour un résumé récent, P. Coleman, « L'arbitrage d'investissement à l'épreuve de l'autonomie du droit de l'Union européenne », CAPJIA 2022, p. 581.

(2) Celles qui auraient retenu l'incompétence du tribunal arbitral, comme la récente sentence SCC Green Power K/S et Obton A/S c/ Royaume d'Espagne, n° V2016/135, devraient au contraire être validées par le juge du contrôle français, sous réserve des autres griefs prévus à l'article 1520 du CPC. Cette jurisprudence vaut aussi pour les arbitrages intentés sur le fondement du Traité sur la charte de l'énergie, comme la Cour de justice de l'Union européenne l'a précisé.

(3) Cass. 1^{re} civ., 1^{er} févr. 2005, n° 01-13742.

(4) Il n'est pas impossible que l'article 1520, 1°, et l'article 1520, 5°, aient tous deux voix au chapitre, mais l'annulation étant obtenue sur le fondement de l'article 1520, 1°, analysée chronologiquement en premier lieu, comme il se doit, la Cour se dispense alors de mener tout contrôle de l'ordre public international.

(5) Cass. 1^{re} civ., 20 déc. 1993, n° 91-16828, Dalico.

(6) Cass. 1^{re} civ., 30 sept. 2020, n° 18-19241.

(7) CJUE, 26 oct. 2021, n° C-109/20, République polonaise c/ PL Holdings Sàrl.

(8) CA Paris, 19 avr. 2022, n° 20/13085, n° 64.

mettre fin à ses TBI intra-européens n'a pas d'incidence sur l'annulation prononcée par le juge français. Si le TBI est contraire au droit européen, le juge français doit lui-même en tirer les conséquences et annuler la sentence arbitrale rendue sur son fondement, sauf à violer lui-même le droit européen.

De la même manière, le fait que les TBI ne prévoient pas l'application du droit national de l'État hôte, et partant du droit européen, n'est pas tenu pour pertinent. C'est que c'est la seule potentialité que le droit européen soit applicable et violé par les tribunaux arbitraux qui semble constituer le critère pertinent pour la jurisprudence européenne. Autrement dit, les TBI intra-européens sont tenus pour invalides, car ils sont susceptibles, par définition, de conduire à une violation du droit européen. Il semble s'agir d'une sorte d'inarbitrabilité des litiges intra-européens, indépendante de la loi applicable et appliquée par le tribunal concerné.

On finira ces brèves annotations par l'important problème du déni de justice, plus largement par celui de la conformité de ces décisions au regard des droits et libertés fondamentaux. Sur le plan du déni de justice, l'argument paraissait pertinent : l'arrêt *Nioc* n'a-t-il pas créé « un droit à l'arbitre » sur le fondement de l'article 6, paragraphe 1, de la Convention européenne des droits de l'Homme ? Certes, mais dans une configuration bien particulière où le demandeur était empêché d'accéder à la justice arbitrale. L'arrêt *Nioc* ne crée pas un droit à l'arbitre en présence d'une convention d'arbitrage considérée par le droit européen comme nulle. Il exige seulement que le juge d'appui puisse constituer un tribunal arbitral en

présence d'une telle convention. Et l'annulation n'apparaît pas alors disproportionnée sauf à considérer que les autorités polonaises sont dans un tel état que renvoyer les plaideurs devant elles contrevient à leur droit d'accès au juge. Mais tant le principe de confiance mutuelle que l'impossibilité de voir dans la défaillance généralisée d'un système globalement considéré un déni de justice en tant que tel empêchent de tenir cet argument pour pleinement convaincant.

En revanche, n'y a-t-il pas matière à y voir une violation de l'article 1^{er} du protocole n° 1 de la Convention européenne des droits de l'Homme dont la Cour vient précisément de faire une application à une sentence rendue contre une autorité publique ⁽⁹⁾ ? Avant à tout le moins que l'arrêt *Achmea* ne soit rendu, il existait probablement une espérance légitime de reconnaissance dans beaucoup d'États membres d'une sentence rendue après un arbitrage d'investissement. Certes, le contrôle de la Cour de Strasbourg paraît strict et ne semble pouvoir conduire à violation que dans des cas relativement rares, mais il n'est pas impossible qu'elle considère, après que les Communautés européennes aient poussé les États membres à conclure entre eux des traités bilatéraux, que le revirement de l'arrêt *Achmea* prive les investisseurs d'une propriété à laquelle ils avaient droit.

(9) V. déjà, Dalloz actualité, 13 juill. 2022, obs. J. Jourdan-Marques, obs. ss CEDH, 30 juin 2022, n° 55617/17, *BTS Holding, A. S. c/ Slovaquie*.