

Chronique de jurisprudence de droit de l'arbitrage GPL449d8

Par

Lilian LARRIBÈRE
Maître de conférences
en droit privé et sciences
criminelles à l'école de
droit de la Sorbonne
(Paris 1)

L'essentiel

La présente chronique couvre la période allant d'octobre 2022 à la fin mars 2023. On remarquera, dans la période récente, le nombre de décisions se rapportant aux liens entre arbitrage et procédures collectives. Elles sont d'ailleurs susceptibles de donner lieu à des formules doctrinales parlantes telle celle selon laquelle « la convention d'arbitrage a pour objet le droit d'action attaché aux obligations découlant du contrat et non la création, la modification, la transmission ou l'extinction de ces obligations ». Autrement dit, la convention d'arbitrage n'est pas un contrat, mais une simple convention, ce qui appelle quelques remarques que l'on retrouvera dans la présente chronique.

Les six derniers mois ont également permis à la jurisprudence d'affiner le contrôle des sentences arbitrales rendues en matière d'investissements : les critères *ratione materiae*, *personae* et *temporis* ne semblent pas encore faire l'objet d'une jurisprudence totalement stabilisée mais sûrement est-elle en voie de l'être.

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. 14
C. Le juge d'appui (néant)	III. LE CONTENTIEUX PARA-ARBITRAL p. 17
II. LE CONTENTIEUX POST-ARBITRAL p. 4	A. Généralités p. 17
A. Généralités p. 4	B. La responsabilité des acteurs de l'arbitrage..... p. 18
B. La compétence du tribunal arbitral..... p. 8	C. L'exécution de la sentence arbitrale (néant)
C. La constitution du tribunal arbitral..... p. 11	IV. L'ARBITRAGE D'INVESTISSEMENT p. 20

I. LE CONTENTIEUX PRÉ-ARBITRAL

(...)

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

La convention d'arbitrage n'est pas un contrat en cours au sens du droit des procédures collectives GPL449f9

L'essentiel La convention d'arbitrage ne peut pas être résiliée par l'administrateur sur le fondement du mécanisme de la continuation des contrats en cours.

Cass. com., 23 nov. 2022, n° 21-10614, Société Vacama c/ Société Pastificio Service SL et a., FS-B (rejet pourvoi c/ CA Montpellier, 27 oct. 2020), M. Vigneau, prés. ; SCP Piwnica et Molinié, SCP Didier et Pinet, av. : Act. proc. coll. 2023, repère 15, F.-X. Lucas ; BJE janv. 2023, n° BJE200w9, note S. Benlisi ; Dalloz actualité, 7 déc. 2022, obs. C. Lebel ; Dalloz actualité, 9 janv. 2023, obs. J. Jourdan-Marques ; JCP G 2023, doct. 221, obs. L. Jandard ; RTD civ. 2023, p. 87, obs. H. Barbier ; RTD civ. 2023, p. 177, obs. P. Théry.

Note

Après la réforme du 10 février 2016, élargissant la notion de contrat pour le définir comme l'acte juridique ayant pour objet de créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations, peut-on ranger la convention d'arbitrage dans une telle catégorie ? Plus encore, peut-on estimer, cette fois en droit des entreprises en difficulté, que la convention d'arbitrage relève de la catégorie des contrats en cours au sens de l'article L. 622-13 du Code de commerce ? Ce sont ces questions, théorique et pratique, que suscitait l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 23 novembre 2022. Mis en demeure par le franchiseur de se prononcer sur la continuation du contrat de franchise en cours, l'administrateur prétendait pouvoir le distinguer de la convention d'arbitrage, en raison de son indépendance ou de sa séparabilité, pour ne résilier positivement que

cette dernière. L'administrateur judiciaire comptait ainsi résilier la seule convention d'arbitrage, non le contrat de franchise, dont la validité était par ailleurs contestée par ce même administrateur en raison de ce qu'il avait, d'après lui, envoyé le franchisé à la ruine.

La cour d'appel jugeait, sur le fondement du droit des procédures collectives, que la résiliation de la convention d'arbitrage était sans effet, faute d'avoir été faite dans le respect des procédures mises en place par le Code de commerce. En effet, l'administrateur ne peut résilier un contrat que s'il a été mis en demeure à propos de sa possible continuation ou en saisissant le juge-commissaire à cet effet, conformément à la double voie prévue par l'article L. 622-13 du Code de commerce. Or, s'agissant de la convention d'arbitrage, l'administrateur n'avait pas été mis en demeure de se prononcer – il avait été mis en demeure s'agissant du seul contrat de franchise –, et n'avait pas saisi le juge-commissaire. C'est sur ce terrain que le pourvoi se plaçait. C'est pourtant sur le terrain plus fondamental du concept de « contrat en cours » que répond la Cour de cassation.

D'après la Cour de cassation, la convention d'arbitrage n'est pas un contrat au sens de l'article 1101 puisqu'elle n'a aucun contenu obligationnel et ne se rapporte à aucune obligation : elle a « pour objet le droit d'action attaché aux obligations découlant du contrat, et non la création, la modification, la transmission ou l'extinction de ces obligations »⁽¹⁾. Autrement dit, son objet n'est pas obligationnel mais processuel et ses effets positif⁽²⁾ et négatif – tout comme ceux du principe de compétence-compétence – ne se traduisent pas en termes d'obligation de faire et de ne pas faire mais se placent sur un terrain uniquement processuel. Elle n'est donc pas un contrat, mais une simple convention⁽³⁾ et le mécanisme des contrats en cours ne permet pas à l'administrateur de résilier les simples conventions. La convention d'arbitrage est donc hors champ de ce mécanisme du droit des procédures collectives. Et ce n'est pas parce que la convention d'arbitrage n'est pas « en cours »⁽⁴⁾ ; c'est bien parce qu'elle n'est pas un « contrat ». La question est ainsi résolue par la Cour de cassation. On peut sûrement s'en satisfaire sur le terrain des procédures collectives.

Sur ce plan, ce mécanisme des contrats en cours a pour objectif de « faire le tri entre ces contrats selon qu'ils sont utiles ou, au contraire, devenus une charge pour l'entreprise »⁽⁵⁾. Or si l'on accepte l'idée que la convention d'arbitrage ne touche que le droit d'action, on semble pouvoir en déduire qu'elle ne crée aucune charge pour le débiteur en faillite. La charge s'entend ici d'une obligation grevant le patrimoine du débiteur, déjà suffisamment affaibli pour que l'administrateur puisse se délester des charges inutiles. Mais précisément, la convention

d'arbitrage n'est pas une charge pesant sur l'entreprise. L'idée n'est pas ici propre à la convention d'arbitrage : il en irait de même d'une convention sur la preuve, ou encore d'une convention de choix de loi, et plus généralement des conventions relatives au litige.

Il semble bien, en conséquence, que tout le contentieux relatif à ce contrat de franchise relève de la convention d'arbitrage, y compris si celui-ci se trouve valablement résilié par l'administrateur usant de ses pouvoirs. Dès lors, la résiliation permise par ce mécanisme des contrats en cours ne porterait que sur les obligations prévues par le contrat, mais n'aurait aucun effet sur les conventions qui lui sont indépendantes et qui aménagent le droit d'action des parties. Le débiteur en faillite doit donc recourir à l'arbitrage, et ce même s'il est dans l'impossibilité de payer la provision demandée, ce qui était le cas en l'espèce : la jurisprudence aménage depuis quelques mois un régime nouveau de l'impécuniosité⁽⁶⁾ dont l'administrateur ne saurait extraire le débiteur failli par les mécanismes faillitistes. D'où l'on voit que l'analyse de la convention d'arbitrage comme une simple convention portant sur le droit d'action n'est pas si simple : *in fine*, le contrat d'organisation de l'arbitrage et le contrat d'arbitre, si l'on souscrit à cette analyse, entraîneront des obligations pécuniaires à la charge des parties, grevant encore le patrimoine du débiteur en faillite. Tant qu'un arbitrage n'a pas débuté, ils ne sont cependant pas des contrats « en cours », car leur exécution n'a en aucune manière débuté et ne semblent pouvoir être résiliés de ce chef.

Sur le plan pratique, on peut noter que la Cour ne se borne pas à énoncer que l'effet négatif du principe de compétence-compétence doit être respecté et que seul le tribunal arbitral peut décider si la convention d'arbitrage a été valablement résiliée. Alors même que sa solution y fait une référence voilée, la Cour adopte bien une solution définitive : la convention ne peut être résiliée par ce mécanisme, et sauf à prouver le contraire par la voie des règles matérielles classiques, cette convention donne compétence au tribunal arbitral pour qu'il statue sur le fond. Mais *quid* de la nature de cette règle ? Passée sous silence en raison probablement de l'ouverture en France de la procédure collective, s'agit-il d'une règle matérielle ? Un mécanisme prévu par une loi étrangère proche donnant aux organes de la procédure le pouvoir de résilier une convention d'arbitrage serait-il déconnecté par la jurisprudence française ? On peut le croire, alors même que la question relève probablement du règlement *Insolvabilité bis*.

Sur le plan plus théorique, il nous semble que l'arrêt s'inscrit dans la droite ligne de la conception processuelle française de la convention d'arbitrage, qui est l'outil juridique technique de ce que l'on appelle la *favor arbitrandum*⁽⁷⁾. En plaçant la convention d'arbitrage sur le terrain processuel, distinct donc du terrain des contrats,

(1) V. notre thèse, *La réglementation de la convention d'arbitrage international. Étude critique et comparative en droits français et américain*, 2023, LGDJ, préf. S. Bolle, n°s 515 et s., EAN : 9782275108568.

(2) Sur cet arrêt, v. déjà L. Jandard, JCP G 2023, doctr. 221.

(3) En ce sens, après la réforme du droit des contrats, P. Ancel, « La force obligatoire du contrat dans le nouveau droit français des obligations », in *Mélanges offerts à Geneviève Pignarre*, 2018, LGDJ, p. 15 et s., p. 18, n° 5, EAN : 9782275060651.

(4) Cette voie a été explorée par F.-X. Lucas, Act. proc. coll. 2023, repère 15.

(5) F.-X. Lucas, *Manuel de droit de la faillite*, 4^e éd., 2022, PUF, p. 287, n° 271.

(6) Cass. 1^{er} civ., 28 sept. 2022, n° 21-21738 : Dalloz actualité, 28 oct. 2022 obs. J. Jourdan-Marques ; D. 2022, p. 2022, note N. Dissaux ; D. 2022, p. 2330, obs. T. Clay ; Rev. arb. 2023, p. 157, note P. Giraud ; GPL 8 nov. 2022, n° GPL441q5, obs. L. Larribère. Sur ces liens, v. déjà J. Jourdan-Marques, Dalloz actualité, 9 janv. 2023 et L. Jandard, JCP G 2023, doctr. 221.

(7) C'est l'idée que nous avons défendue ailleurs : « La distinction entre l'accès aux tribunaux arbitraux et le droit d'action. Réflexions sur la conception processuelle de la convention d'arbitrage », Rev. arb. 2023/2, à paraître.

la jurisprudence s'est ainsi créée la possibilité d'inventer des règles favorables à la convention d'arbitrage. Et nous ne voyons, pour notre part, aucune contradiction entre l'indépendance proclamée de la convention d'arbitrage vis-à-vis du contrat principal et son objet processuel se rapportant à un droit d'action lié aux obligations découlant d'une relation substantielle nouée entre les parties. Tout comme, en droit processuel, l'article 30 du Code de procédure civile professe l'indépendance du droit d'action vis-à-vis du droit substantiel, la convention d'arbitrage se

trouve indépendante du droit substantiel car elle porte sur le droit d'action. Mais les parties choisissent de configurer ainsi seulement des actions liées à une relation substantielle sous-jacente, d'où un lien entre relation substantielle et convention d'arbitrage. L'arrêt ici rapporté en est donc une preuve supplémentaire : « l'efficacité » de la convention d'arbitrage, et les solutions « finalistes » retenues à propos de celles-ci, nous semblent précisément s'ordonner autour de cette conception processuelle de la convention d'arbitrage.

Tiers victime, contrat d'assurance et opposabilité de la clause compromissoire GPL449g0

L'essentiel La clause compromissoire stipulée dans un contrat d'assurance dont la victime, non-signataire, souhaité bénéficiaire n'est pas manifestement inapplicable à ce litige, en sorte que l'effet négatif du principe de compétence-compétence doit la contraindre à saisir un tribunal arbitral.

Cass. 1^{re} civ., 22 mars 2023, n° 21-24432, M^{me} [T] [P], veuve [I] c/ Société XL Insurance Company SE et a., F-D (rejet pourvoi c/ CA Paris, 21 sept. 2021), M^{me} Guihal, prés. ; SCP Alain Bénabent, SCP Thomas-Raquin, Le Guerier, Bouniol-Brochier, av.

Note

Parmi de multiples questions relevant essentiellement du droit international privé, l'arrêt du 22 mars 2023 de la première chambre civile pose la question désormais récurrente, et récemment renouvelée par le droit de l'Union européenne ⁽¹⁾, de « l'opposabilité » à une victime de la clause compromissoire incluse dans un contrat d'assurance dont elle n'est pas « signataire » mais dont elle veut tirer profit.

Cette victime avait conclu un premier contrat de prêt avec une société allemande, contenant une clause attributive de juridiction en faveur des juridictions allemandes. Cette société allemande avait elle-même conclu un contrat d'assurance contenant lui une clause compromissoire. La victime souhaitait assigner la société allemande et son assureur devant un tribunal français, les deux excipant de son incompétence. La victime estimait que la clause compromissoire lui était manifestement inapplicable car, d'après elle, le contrat d'assurance comportait une clause attributive et une clause compromissoire, ce qui montrait que la volonté des parties quant au recours à l'arbitrage ne pouvait être établie. Au regard de la jurisprudence pertinente, et de la configuration litigieuse d'espèce, l'argument semblait vouer à l'échec. Quant à la configuration litigieuse d'espèce, d'une part, la clause attributive de juridiction semblait devoir valoir dans les rapports entre la « victime » et la société allemande, et, d'autre part, l'effet négatif du principe de compétence-compétence devait

conduire à renvoyer le litige relatif au contrat d'assurance (entre la victime et l'assureur, et peut-être l'assuré également) devant un tribunal arbitral.

S'agissant de la jurisprudence nationale pertinente, on se souvient, en effet, que dans un arrêt du 19 décembre 2018, la première chambre civile de la Cour de cassation avait affirmé que l'effet négatif du principe de compétence-compétence devait conduire la victime se prévalant d'une action directe contre l'assureur à saisir un tribunal arbitral lorsque le contrat d'assurance comportait une clause compromissoire ⁽²⁾. Dans cette affaire, la cour d'appel, dont l'arrêt avait été validé par la Cour de cassation, s'était appuyée sur le caractère accessoire au droit d'action de la convention d'arbitrage ⁽³⁾.

Ce n'est pas exactement cette justification que l'on retrouve dans l'arrêt du 22 mars 2023, qui affirme que « [le tiers], bien que non-signataire de ce contrat, en revendiquait le bénéfice en qualité d'assuré, de sorte que, dans ses relations avec l'assureur, cette clause de règlement des litiges lui était opposable à l'exclusion de la clause d'élection de for du contrat de prêt ». C'est ce raisonnement, tenu par la cour d'appel et non par la Cour de cassation directement, qui justifie l'absence du caractère manifestement inapplicable de la clause. Bien qu'à première vue, il ressemble à celui fondé sur la notion d'accessoire, il s'en écarte à bien y réfléchir : la victime ici revendiquait, à suivre la cour d'appel, au moins le bénéfice du contrat, c'est-à-dire le versement de l'indemnité due à l'assuré en cas d'accident. Or, c'est cette seule revendication qui justifie l'opposabilité de la clause compromissoire au tiers – au moins l'absence de caractère inapplicable de la clause mais le raisonnement tenu par la cour d'appel ne s'y limite pas en fait. Revendiquer le bénéfice d'un contrat comportant une clause compromissoire pourrait ainsi devenir motif d'extension d'une convention d'arbitrage à un tiers. Pourquoi ? Car le tiers ne peut à la fois revendiquer un bénéfice tiré du contrat – ici une indemnité – et refuser de se voir appliquer les clauses de ce même contrat – la

(1) CJUE, 20 juin 2022, n° C-700/20, London Steam-Ship Owners' Mutual Insurance Association Limited c/ Royaume d'Espagne : 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 ; Rev. arb. 2022, p. 1525, note S. Bollée ; JDI 2023, comm. 6, note D. Hascher ; GPL 20 sept. 2022, n° GPL440f8, note J. Clavel-Thoraval ; GPL 8 nov. 2022, n° GPL441q5, obs. L. Larribère.

(2) 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. Delebecque.

(3) Cass. 1^{re} civ., 27 mars 2007, n° 04-20842, Alcatel Business Systems (ABS) : D. 2008, p. 180, obs. T. Clay ; D. 2007, p. 2077, note S. Bollée ; JCP G 2007, II 10118, note C. Golhen ; JCP G 2007, I 168, n° 11, obs. C. Seraglini ; RCDIP 2007, p. 798, note F. Jault-Seseke ; Rev. arb. 2007, p. 785, note J. El Ahdab ; JDI 2007, p. 968, note C. Legros ; RTD com. 2007, p. 677, obs. E. Loquin ; Gaz. Pal. 22 nov. 2007, n° H0297, p. 6 et s., chron. F.-X. Train ; RTD civ. 2008, p. 541, obs. P. Théry.

clause compromissoire. Ce mécanisme est notamment connu du droit américain sous l'expression d'*equitable estoppel*. Mais ce mécanisme n'entre pas exactement dans ceux connus du droit français.

D'abord, il n'est pas fondé sur le consentement du tiers à la clause compromissoire : il empêche de ne revendiquer que partiellement le bénéfice d'un contrat. Rien ne dit cependant que le tiers a bien ici « qualité d'assuré » : le tribunal arbitral le dira. L'extension se réalise donc pour la seule raison que le tiers fonde son action sur un contrat comportant une convention d'arbitrage ⁽⁴⁾.

Ensuite, parce qu'il n'est pas non plus totalement un mécanisme classique de « transmission » ou « circulation » de la convention d'arbitrage fondé sur le caractère accessoire au droit d'action de la convention. Ce n'est pas ici que le droit d'action a été transmis par l'assuré qui a « signé » le contrat d'assurance. La notion d'« action directe », susceptible de justifier la solution ⁽⁵⁾, n'est pas plus évoquée. C'est simplement qu'un tiers se prévaut d'un contrat comportant une clause compromissoire : or on ne peut se prévaloir d'un contrat tout en refusant les clauses

y incluses. Et le tribunal arbitral sera compétent y compris pour dire que finalement le tiers n'a pas qualité d'assuré et ne peut obtenir d'indemnité. Il sera bien pourtant compétent pour le faire. C'est en tout cas ce que semblait nous dire la cour d'appel, dont l'arrêt est ici confirmé par la Cour de cassation, plus simplement en rappelant l'absence de caractère inapplicable de la convention dans un tel cas.

La question désormais posée est celle de la compatibilité de cette règle avec l'arrêt *London-Steamship* de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) ⁽⁶⁾. Dans cet arrêt, la CJUE a affirmé que l'effet relatif des clauses d'arbitrage stipulées dans un contrat d'assurance était une « règle fondamentale » du règlement *Bruxelles I bis*. Ainsi, « si un assureur a engagé une procédure arbitrale en violation de cette règle, dans le but de “contrer” ou devancer une action directe de la victime (...), il sera attendu des arbitres, semble-t-il, qu'ils se déclarent incompétents » ⁽⁷⁾. N'y aurait-il pas là une inapplicabilité manifeste pour violation d'une règle fondamentale du règlement *Bruxelles I bis* ? La question n'était pas posée à la Cour de cassation, qui aura probablement bientôt à y répondre.

(4) Rappr. L. Larrivière, « La distinction entre l'accès aux tribunaux arbitraux et le droit d'action. Réflexions sur la conception processuelle de la convention d'arbitrage », *Rev. arb.* 2023/2, à paraître, n° 38.

(5) *La réglementation de la convention d'arbitrage international. Étude critique et comparative en droits français et américain*, 2023, LGDJ, préf. S. Bollée, n° 379, EAN : 9782275108568.

(6) CJUE, 20 juin 2022, n° C-700/20.

(7) S. Bollée, *D.* 2007, p. 2077.

[...]

II. LE CONTENTIEUX POST-ARBITRAL

A. Généralités

Arbitrage à double degré et « exequatur » de la sentence rendue « en première instance » GPL449g2

L'essentiel La cour d'appel de Paris semble affirmer que même si les parties ont prévu un arbitrage à double degré, la décision rendue par le tribunal arbitral « de première instance » peut être exequaturée, même si elle a été remise en cause par le tribunal arbitral « d'appel ».

CA Paris, 5-16, 15 nov. 2022, n° 21/22335, SAS LBMS c/ Société Africa sourcing Cameroun limited et a., M. Barlow, prés., M^{mes} Schaller et Aldebert, cons. ; M^{es} Jarry, Padonou et Cabeli, av. : Dalloz actualité, 9 janv. 2023, obs. J. Jourdan-Marques ; consultable sur <https://lext.so/xaMsH->

Note

Une sentence est rendue par un tribunal arbitral siégeant à Londres. L'*exequatur* lui est accordé en France par le président du tribunal judiciaire alors qu'elle a été, entre-temps, frappée d'appel, conformément au règlement d'arbitrage désigné par les parties, devant un tribunal arbitral d'appel. Ce dernier rend une sentence contraire à la première décision rendue alors même qu'en France, l'appel est pendant contre l'ordonnance d'*exequatur*. L'*exequatur* de la première sentence peut-il être remis en cause par la cour d'appel ?

La question pose celle de la qualification, comme sentence, de la décision du premier tribunal arbitral ⁽¹⁾ : cette décision est-elle une sentence arbitrale, alors même que

(1) Sur cette question, v. dernièrement P. Merabti, *La notion de sentence arbitrale. Étude de droit de l'arbitrage commercial*, S. Bollée (dir.), thèse, 2022, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne.

les parties se sont ménagé une voie de recours qu'elles ont décidé d'exercer ? La réponse est étonnamment positive.

Voici le raisonnement : la sentence a, dès son prononcé, l'autorité de la chose jugée et peut être assortie de l'exécution provisoire. L'*exequatur* d'une sentence rendue à l'étranger peut donc « être prononcé indépendamment du sort qui pourrait lui être réservé du fait de l'exercice des voies de recours ouvertes contre celle-ci, et indépendamment de son caractère exécutoire ». Le réexamen par un « tribunal arbitral d'appel » ne constitue donc pas en soi un cas de refus d'*exequatur* ni une violation de l'ordre public international.

Réponse étonnante : dans un arrêt du 5 mars 2014, la première chambre civile avait pris la position inverse⁽²⁾. Après qu'une ordonnance d'*exequatur* avait été rendue, la cour d'appel avait jugé que l'acte émis par « le tribunal arbitral de première instance » était « dépourvu des caractéristiques d'une sentence arbitrale » et qu'en conséquence il ne pouvait être exécuté. La Cour de cassation avait confirmé cette analyse en affirmant « que la demande de réexamen [portée devant le tribunal arbitral d'appel] anéantissait la décision originaire ». C'est qu'en effet, pour qu'un acte puisse être qualifié de sentence, celui-ci doit être obligatoire pour les parties. Or, dans l'hypothèse d'un arbitrage à double degré, l'analyse classique veut que « la décision du premier tribunal ne [puisse] être qualifiée de sentence qu'à partir du moment où elle n'a pas été soumise, dans les conditions prévues par le règlement ou la convention des parties, à l'examen d'un second tribunal »⁽³⁾. Comme le dit Éric Loquin, « l'absence de demande de réexamen dans le délai convenu [est vue comme] une condition d'existence de la première sentence »⁽⁴⁾. Autrement dit, la décision ne devient sentence qu'après l'expiration du délai de réexamen car c'est à ce moment-là qu'elle acquiert son caractère définitif. Et si un appel est exercé, la décision du premier tribunal ne saurait alors être qualifiée de sentence. C'est pourquoi, la Cour de cassation avait conclu dans cet arrêt de 2014, suivant cette analyse classique, qu'un refus d'*exequatur* de la première sentence était justifié.

C'est cette analyse qui est battue en brèche, nous semble-t-il, par la cour d'appel de Paris : la sentence « de première instance » est une sentence comme les autres, et en tant que telle susceptible d'*exequatur*. Il faut donc reconnaître que le tribunal arbitral « de première instance » exerce un véritable pouvoir juridictionnel, condition de qualification de l'acte comme sentence arbitrale⁽⁵⁾. Mais cette première analyse ne suffit pas pour aboutir à la solution retenue par la cour d'appel puisque, dans notre affaire, la sentence d'appel était revenue sur la sentence de première

instance. Et pourtant, la première sentence n'est pas remise en cause.

Le raisonnement semble très proche de celui tenu pour les sentences annulées au siège⁽⁶⁾. La sentence annulée au siège, comme la sentence remise en cause par un tribunal arbitral d'appel, est une œuvre juridictionnelle, demeurant existante, et méritant possiblement *exequatur*. Les problèmes pratiques posés sont similaires : dans notre affaire, la première sentence sera reconnue quand la deuxième ne pourra pas l'être en raison de l'autorité de chose jugée de la première⁽⁷⁾. La première sentence sera donc exécutée en France, quand la seconde, en tous points contraires, ne pourra l'être en France mais pourrait l'être en Angleterre⁽⁸⁾. Et celui dont les demandes ont prospéré en première instance a deux cartes à jouer : soit attendre le prononcé de la sentence d'appel, qui pourrait confirmer la première sentence, soit faire exequaturer cette dernière pour s'assurer, au moins, que des biens pourront être saisis en France. C'est exactement ce raisonnement qui avait été tenu dans l'affaire *Hilmarton*⁽⁹⁾. Comme l'a montré Jérémy Jourdan-Marques, cette analogie n'est cependant que limitée : les sentences annulées au siège sont reconnues en France car l'on ne souhaite reconnaître aucune hiérarchie entre le juge du siège et le juge de l'*exequatur* tout en rattachant cette solution à une vision délocalisatrice de l'arbitrage. Mais ces justifications théoriques ne peuvent, par analogie, s'appliquer à notre problème de la sentence de première instance. L'hypothèse paraît beaucoup plus proche du jugement étranger reconnu en France – comme émanant d'une autorité dotée d'un pouvoir juridictionnel⁽¹⁰⁾ – ensuite remis en cause par un organe de l'État d'origine. Or, lorsque le jugement étranger reconnu en France perd sa force exécutoire dans son État d'origine, le jugement d'*exequatur* se trouve être caduc⁽¹¹⁾.

L'hypothèse n'est pas exactement similaire ici puisque c'est dans l'intervalle entre la demande en *exequatur* et le prononcé du jugement d'*exequatur* que la première sentence a été remise en cause⁽¹²⁾. Mais dans une telle situation, le jugement étranger aurait perdu dans son État d'origine sa force exécutoire et ne pourrait être exequaturé en France, et ce, quand bien même l'arrêt *Cornelissen*⁽¹³⁾ n'évoque pas formellement, comme condition de régularité du jugement étranger, son caractère exécutoire dans son État d'origine. On ne voit pas pourquoi ce

(2) Cass. 1^{re} civ., 5 mars 2014, n° 12-29112 : JCP G 2014, 520, obs. B. Le Bars ; JCP G 2014, 857, n° 6, obs. J. Ortscheidt ; Procédures 2014, comm. 47, note L. Weiller ; RTD com. 2014, p. 323, obs. E. Loquin.

(3) J. Ortscheidt, JCP G 2014, 857, n° 6.

(4) E. Loquin, RTD com. 2014, p. 323. De cet auteur, v. déjà, « L'examen du projet de sentence par l'institution et la sentence au deuxième degré. Réflexion sur la nature et la validité de l'intervention de l'institution arbitrale sur la sentence », Rev. arb. 1990, p. 427.

(5) Sur cette proposition, v. P. Merabti, *La notion de sentence arbitrale. Étude de droit de l'arbitrage commercial*, S. Bollée (dir.), thèse, 2022, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, n° 1397 et s.

(6) Sur quoi, v. J. Jourdan-Marques, Dalloz actualité, 9 janv. 2023.

(7) Cass. 1^{re} civ., 10 juin 1997, n° 95-18402 et 95-18403 : JDI 1997, p. 1033, note E. Gaillard ; Rev. arb. 1997, p. 376, note P. Fouchard.

(8) Si l'Angleterre est prête à reconnaître cette seconde sentence.

(9) Cass. 1^{re} civ., 23 mars 1994, n° 92-15137.

(10) Nous ne voulons pas là nous prononcer sur la justification de l'emploi de la méthode de la reconnaissance des jugements étrangers, mais employons ces termes pour montrer la pertinence de l'analogie.

(11) P. Callé, Rép. pr. civ. Dalloz, v° Caducité – Actes atteints de caducité, n° 91. V. aussi, H. Péroz, *La réception des jugements étrangers dans l'ordre juridique français*, 2005, LGDJ, préf. H. Gaudemet-Tallon, n° 428 et s., puis n° 492 et s., EAN : 9782275025766.

(12) S'agissant de la reconnaissance d'un jugement étranger, v. Cass. 1^{re} civ., 21 mai 1997, n° 95-17200 : RCDIP 1998, p. 306, note H. Muir Watt.

(13) Cass. 1^{re} civ., 20 févr. 2007, n° 05-14082 : D. 2007, p. 1115, note L. d'Avout et S. Bollée ; D. 2007, p. 891, chron. P. Chauvin ; D. 2007, p. 1751, obs. P. Courbe et F. Jault-Seseke ; RCDIP 2007, p. 420, note B. Ancel et H. Muir Watt.

raisonnement ne pourrait pas être ici tenu : la sentence de première instance ne peut être exequaturée car, en raison de la voie d'appel ménagée contractuellement devant un autre tribunal arbitral, elle n'a plus de force exécutoire, et ce malgré le caractère limitatif des griefs de l'article 1520 du Code de procédure civile ⁽¹⁴⁾. Juridiquement, c'est la voie de l'irrecevabilité qui paraît la plus fertile, les critères

de recevabilité n'étant pas visés par l'article 1520 ⁽¹⁵⁾ : la demande en *exequatur* est irrecevable ⁽¹⁶⁾ dès lors que la sentence n'a plus force exécutoire, et n'est, en réalité, plus même un acte juridictionnel dont la régularité pourrait être scrutée. La cour d'appel semble avoir choisi une autre voie : l'assimilation avec les sentences annulées au siège paraît totale, problèmes pratiques compris.

(14) C'est l'explication proposée par J. Jourdan-Marques pour expliquer la solution retenue par la cour d'appel de Paris, v. Dalloz actualité, 9 janv. 2023.

(15) Très récemment, v. Cass. 1^{re} civ., 13 avr. 2023, n° 21-50053.

(16) Sur quoi, v. H. Muir Watt, note ss Cass. 1^{re} civ., 21 mai 1997, n° 95-17200 : RCDIP 1998, p. 306.

Tierce opposition contre la décision d'« exequatur » et intérêt à agir ^{GPL449g3}

L'essentiel Si la tierce opposition contre la décision d'*exequatur* est ouverte, encore faut-il que le tiers opposant ait intérêt à agir. La cour d'appel de Paris semble en avoir une appréciation relativement restrictive.

CA Paris, 5-16, 3 janv. 2023, n° 21/14388, Central Bank of Libya c/ Société [K] [J] [V] [N] et fils et a., M. Barlow, prés., M^{me} Aldebert et M. Melin, cons. ; Mes Jarry, Sportes Leibovici, Barousse, Hinou, Poindessault, Herman et Bazille, av. : Dalloz actualité, 14 mars 2023, obs. J. Jourdan-Marques

Note

On se souvient qu'après avoir ouvert la voie de la tierce opposition contre une sentence arbitrale interne à une caution, la Cour de cassation avait jugé que cette voie de recours extraordinaire pouvait aussi être exercée, en matière internationale, contre la décision d'*exequatur* ⁽¹⁾. Pour que cette voie de recours puisse prospérer, encore faut-il que ces conditions de recevabilité soient remplies : le tiers opposant doit être un véritable tiers, n'ayant été ni partie ni représentée à la décision attaquée, et encore doit-il prouver son intérêt et sa qualité à agir ⁽²⁾. Or, c'est sur ces conditions que vient d'achopper la tierce opposition entreprise par la banque centrale libyenne contre l'arrêt ayant exequaturé une sentence condamnant l'État libyen, deux ministères du pays ainsi que le Conseil général de la promotion de l'investissement de Libye au paiement d'une indemnité conséquente. Alors même qu'une saisie-attribution, finalement infructueuse, avait été intentée contre certains comptes bancaires de la banque centrale, la cour d'appel de Paris juge qu'elle n'avait pas intérêt à agir, et que la tierce opposition était,

partant, irrecevable. La solution étonne ⁽³⁾, mais peut se réclamer de quelques justifications ⁽⁴⁾.

Deux conditions étaient ici susceptibles de faire défaut : d'abord, on pouvait croire que la banque centrale avait été représentée à l'instance par l'État libyen dont elle serait une émanation ne bénéficiant pas de l'autonomie nécessaire à la faire échapper à cette représentation. Ensuite, à admettre que la banque centrale n'avait pas été représentée, son intérêt à agir en tierce opposition contre la décision d'*exequatur* était douteux. Il pouvait sembler que les deux critères ne pouvaient, au cas d'espèce, être réunis conjointement ⁽⁵⁾. Rappelons que si la représentation est difficile à définir, elle est plus large que la définition civiliste classique de cette notion. Ainsi l'absence d'indépendance organique permet de retenir qu'une entité – dotée ou non de la personnalité morale – est une émanation de l'État, comme telle représentée à l'arbitrage. « Plus généralement, l'absence d'indépendance juridique, organique et décisionnelle, et une confusion de patrimoine permettent de conclure à la qualification d'émanation d'un organisme afin d'étendre le gage des créanciers de l'État condamné sur les biens de cette entité » ⁽⁶⁾. Si la banque centrale est placée dans une telle situation de dépendance, elle est une émanation de l'État : elle n'est pas un tiers, n'est donc pas susceptible d'exercer la tierce opposition, et ses biens sont susceptibles d'être saisis sur le fondement de la décision d'*exequatur* de la sentence arbitrale.

Quant à l'intérêt à agir, « le texte de l'article 583 n'exige pas expressément qu'un préjudice soit éprouvé, mais l'intérêt consiste à obtenir la rétractation d'un jugement qui cause un préjudice à celui qui exerce la tierce opposition » ⁽⁷⁾. Or, à admettre que la banque centrale n'est pas une émanation de l'État, qu'elle est donc bien un tiers,

(3) V. en particulier, J. Jourdan-Marques, Dalloz actualité, 9 janv. 2023.

(4) Sur lesquelles, v. not., à propos de l'arrêt rendu dans cette affaire par la Cour de cassation, S. Bollée, JDI 2022, comm. 15. V., du même auteur, « Les recours et les tiers en matière d'arbitrage », Rev. arb. 2018, p. 139 et v. aussi, S. Lemaire, « L'opposabilité de la sentence arbitrale aux tiers. Approche critique du droit français », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Mayer*, 2015, LGDJ, p. 465 et s, EAN : 9782275047034.

(5) V. déjà S. Bollée, JDI 2022, comm. 15.

(6) S. Akouad-Barriga, Rev. arb. 2021, p. 486.

(7) C. Chainais, F. Ferrand, L. Mayer et S. Guinchard, *Procédure civile. Droit commun et spécial du procès civil, MARD et arbitrage*, 36^e éd., 2022, Dalloz, n° 1394. V. aussi L. Cadiet et E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, 11^e éd., 2020, LexisNexis, n° 861 puis n° 864.

(1) Cass. 1^{re} civ., 26 mai 2021, n° 19-23996 : Dalloz actualité, 18 juin 2021, obs. J. Jourdan-Marques ; JDI 2022, comm. 15, note S. Bollée ; Rev. arb. 2021, p. 476, note S. Akhouad-Barriga ; JCP G 2021, 1280, obs. C. Seraglini ; GPL 22 juin 2021, n° GPL423e6, obs. C. Berlaud ; GPL 31 août 2021, n° GPL425e3, obs. P. Casson ; RDC sept. 2021, n° RDC200e0, obs. Y.-M. Serinet et X. Boucoba ; JCP E 2022, 1081, note D. Mainguy ; Procédures 2021, comm. 225, note L. Weiller.

(2) CPC, art. 583.

alors la preuve d'un préjudice éprouvé par la banque est difficile à rapporter. La décision dont est demandée la rétractation est, en effet, une décision d'*exequatur* d'une sentence arbitrale condamnant l'État libyen : elle se borne donc à accorder force exécutoire à une sentence arbitrale qui ne peut être exécutée sur les biens de la banque centrale puisque, dans cette hypothèse, la banque centrale est un tiers. Or, on ne saurait faire exécuter sur les biens d'un tiers une condamnation qui ne pèse pas sur lui. Le tiers ne souffre donc d'aucun préjudice du fait de la décision qu'il tente d'attaquer par la voie de la tierce opposition. On rétorquera qu'au cas d'espèce, une saisie-attribution a été tentée contre les biens de la banque centrale, ce qui montre bien le préjudice par elle éprouvé. Mais, le tiers est alors suffisamment protégé par la relativité de la chose jugée. Que la décision d'*exequatur*

soit rétractée à son égard, c'est-à-dire qu'une partie ne puisse se prévaloir contre elle de la sentence arbitrale pour la faire exécuter contre ses biens, ne lui serait donc d'aucune utilité. Dans cette hypothèse, l'utilité de la tierce opposition ne se fait en effet pas sentir, car pour pouvoir saisir des biens de la banque centrale, il ne faudrait pas seulement faire jouer l'opposabilité à tous du jugement mais prouver que la décision l'a bien condamnée, ce qui démontrerait qu'elle n'était pas tiers à l'instance... D'où l'on voit que soit la banque centrale était une émanation de l'État libyen, et donc n'était pas un tiers, soit qu'elle n'était pas une émanation mais bien un tiers, et que son intérêt à agir manquait peut-être. C'est cette deuxième voie qu'a suivie la cour d'appel de Paris, qui retient une conception défendable quoique restrictive de l'intérêt à agir en tierce opposition de la décision d'*exequatur*.

Le conseiller de la mise en état est compétent pour juger des irrecevabilités fondées sur l'article 1466 du Code de procédure civile GPL449g7

L'essentiel Les irrecevabilités de l'article 1466 du Code de procédure civile relèvent du conseiller de la mise en état, non de la formation de jugement.

CA Paris, 5-16, 24 janv. 2023, n° 22/00733, État du Cameroun c/ Société SOGEA-SATOM, M^{me} Schaller, prés., M^{mes} Aldebert et Gaffinel, cons. ; M^{es} Ribaut et El Ahdab, av. : Dalloz actualité, 14 mars 2023, obs. J. Jourdan-Marques

Note

La modification encore récente des compétences du conseiller de la mise en état ne pouvait rester sans résonance en arbitrage. Depuis le décret n° 2019-1333 du 11 décembre 2019, l'article 789 du Code de procédure civile (CPC) donne compétence au juge de la mise en état pour statuer sur les fins de non-recevoir, et en cause d'appel, au conseiller de la mise en état par renvoi de l'article 907 à l'article 789. Or, en arbitrage, de nombreuses règles semblent sanctionner par l'irrecevabilité : pour se limiter à deux exemples, tel est le cas de l'article 1466 du CPC qui vise à empêcher un plaideur de se prévaloir pour la première fois devant le juge du contrôle d'une irrégularité qu'il aurait dû porter à la connaissance du tribunal arbitral, et tel est également le cas de la sanction d'une déloyauté procédurale au sens de l'arrêt *Tagli'apau* ⁽¹⁾. Deux questions sont suscitées par ces irrecevabilités : d'abord, peuvent-elles être qualifiées, au sens de la pro-

cedure civile, de fins de non-recevoir ⁽²⁾ ? Ensuite, et le cas échéant, le conseiller de la mise en état a-t-il compétence pour les trancher ?

Quant à la première question, la difficulté porte sur l'adéquation entre la définition donnée par le Code de procédure civile à la notion de fin de non-recevoir et ces irrecevabilités. Selon l'article 122 du CPC, la fin de non-recevoir touche au droit d'action des parties, et oblige à déclarer l'adversaire irrecevable en sa demande, sans examen au fond. Or, s'agit-il vraiment de cela lorsque l'article 1466 du CPC est mis en œuvre : l'irrecevabilité porte-t-elle directement sur le droit d'action ? On peut le soutenir et la cour d'appel semble souscrire à cette analyse, retenant la qualification de fin de non-recevoir. S'agit-il également vraiment de cela lorsque l'irrecevabilité issue de l'arrêt *Tagli'apau* frappe un plaideur ? On se rappelle que dans cet arrêt, la partie qui avait refusé de payer la provision d'arbitrage pour ensuite tenter de faire jouer devant les tribunaux étatiques une exception d'incompétence est sanctionnée par l'irrecevabilité de son exception. Le lien avec le droit d'action paraît moins net. Elle sera néanmoins probablement rangée dans la catégorie des fins de non-recevoir qui n'accueille plus uniquement celles qui ont un lien clair avec le droit d'action.

Une fois la qualification de fin de non-recevoir acquise, la compétence du conseiller de la mise en état paraît établie. Pourtant, on sait désormais que certaines d'entre elles ne relèvent pas de sa compétence ⁽³⁾, le conseiller de la mise

(2) Sur la question, v. généralement C. Chainais, « Les sanctions en procédure civile. À la recherche d'un clavier bien tempéré », in *La sanction, entre technique et politique*, C. Chainais et D. Fenouillet (dir.), 2012, Dalloz, p. 357 et s., spéc. p. 363 et s., n° 14 et s. V. aussi E. Jeuland, *Droit processuel général*, 5^e éd., 2022, LGDJ, p. 617, n° 435, EAN : 9782275090382. Et sur une tentative de reconstruction des sanctions en procédure civile, G. Sansone, *Les sanctions en procédure civile*, 2023, LGDJ, préf. E. Putman.

(3) Cass. 2^e civ., avis, 11 oct. 2022, n° 22-70010 : Dalloz actualité, 18 oct. 2022, obs. R. Laffly ; D. 2022, p. 2015, note M. Barba et T. Le Bars ; Rev. prat. rec. 2022, p. 5, chron. O. Cousin et O. Salati ; JCP G 2022, 1185, note P. Gerbay. Et Cass. 2^e civ., avis, 3 juin 2021, n° 21-70006 : Dalloz actualité, 18 juin 2021, obs. J. Jourdan-Marques ; Dalloz actualité, 17 juin 2021, obs. R. Laffly ; D. 2021, p. 2272, obs. T. Clay ; D. 2022, p. 625, obs. N. Fricero.

(1) Cass. 1^{re} civ., 9 févr. 2022, n° 21-11253, Sté Tagli'apau : D. 2022, p. 2330, obs. T. Clay ; RTD com. 2022, p. 487, obs. E. Loquin ; JCP G 2022, 553, note M. de Fontmichel ; JCP G 2022, 724, § 2, obs. L. Jandard ; Rev. arb. 2022, p. 309, note C. Jarrosson ; CAPJIA 2022, p. 889, obs. M.-G. Tintignac ; Dalloz actualité, 16 mars 2022, obs. J. Jourdan-Marques ; Procédures 2022, p. 100, obs. L. Weiller ; GPL 5 avr. 2022, n° GPL434e5, note J. Clavel-Thoraval ; GPL 3 mai 2022, n° GPL435f0, obs. L. Larrivière.

en état n'étant pas, à strictement parler, un juge d'appel pouvant remettre en cause la décision du tribunal de première instance, mais le juge de la procédure d'appel. Dans son avis du 11 octobre 2022, la deuxième chambre civile a ainsi semblé affirmer que le conseiller de la mise en état était compétent quant aux fins de non-recevoir relevant de la procédure d'appel quand la formation de jugement était compétente quant aux fins de non-recevoir relevant de l'appel lui-même⁽⁴⁾. Sans guère s'interroger sur ces distinctions, la cour d'appel de Paris affirme que les fins de non-recevoir relevant de l'article 1466 du CPC ressortissent de la compétence du conseiller de la mise en état. Or, les conséquences de cet avis ne sont pas parfaitement

claires, et il pourrait, à notre avis, être soutenu que les fins de non-recevoir tirées de l'article 1466 relèvent plus du contrôle de la sentence que de la procédure à respecter devant le juge du contrôle. Elles obligent le conseiller de la mise en état à s'interroger sur les arguments présentés par les plaideurs devant le tribunal arbitral. Plus précisément, il s'agit de se prononcer sur la possibilité pour le plaideur d'invoquer un moyen au soutien de son argumentation. N'est-ce pas toucher au fond, en ce sens ? La compétence de la formation de jugement n'était ainsi pas tout à fait hors de propos, mais la cour d'appel a cru bon de donner compétence au conseiller de la mise en état, sans interroger la Cour de cassation à cet égard.

(4) Contestant cette distinction, M. Barba et T. Le Bars, D. 2022, p. 2015, n° 25.

B. La compétence du tribunal arbitral

L'extension de la clause compromissoire aux dirigeants sociaux de la société signataire

GPL449g4

L'essentiel Si la clause compromissoire peut être étendue à un tiers non-signataire, encore faut-il que celui-ci ait adopté un comportement duquel peut s'inférer son consentement à la convention d'arbitrage.

CA Paris, 5-16, 6 déc. 2022, n° 21/11615, Eckes-Granini group GMBH et a. c/ M. [C] [W], M. Barlow, prés., M^{mes} Schaller et Aldebert, cons. ; M^{es} de Maria, D'Alès, Savoie et Boes, av. : Dalloz actualité, 14 mars 2023, obs. J. Jourdan-Marques

Note

L'extension de la clause compromissoire aux dirigeants sociaux de la société signataire risque bien de porter atteinte tant à l'autonomie de la personne morale qu'au consentement réel des dirigeants sociaux, qui, dans la très grande majorité des cas, ne souhaitent pas s'engager contractuellement. La personne morale est ainsi dressée comme une protection, tant à l'égard de ses représentants sociaux, qu'à l'égard des associés qui la détiennent. Sur ce second point, on sait que la jurisprudence française est très lâche, qui tend à considérer que l'implication de la société mère – ou d'une société sœur – dans la conclusion, l'exécution ou la rupture du contrat conclu par la filiale permet l'extension de la convention d'arbitrage à la partie non-signataire. On sait le risque que cela peut représenter dans les groupes de sociétés⁽¹⁾ ; il ne faudrait pas que ce risque s'étende désormais aux dirigeants sociaux, qui ne font que représenter la société et ne s'engagent pas, en principe, conjointement à elle. C'est ce que rappelle la cour d'appel de Paris dans un arrêt du 6 décembre 2022 où la pauvreté des éléments probants apportés par le demandeur en faveur de l'extension de la clause semblait l'empêcher. Les dirigeants

sociaux s'étaient, semble-t-il, contenté d'apposer leur nom sur la convention contenant la convention d'arbitrage mais au nom et pour le compte des sociétés qu'ils géraient. Ils n'avaient eu aucune volonté de s'engager personnellement, ni quant aux obligations contractuelles substantiellement prévues par le contrat, ni quant à la clause compromissoire.

Quelques éléments de la motivation retiennent l'attention. D'abord, la cour affirme que pour déterminer si la clause peut être « étendue », il y a lieu de rechercher le « consentement de cette partie à l'arbitrage ». Il s'agit de déterminer si l'implication du tiers « dans l'exécution du contrat et dans les litiges qui peuvent en résulter est telle que leur consentement peut s'inférer de leur comportement ». La cour remet donc au cœur le consentement des parties, que l'on avait pu croire un peu en retrait à la lecture de certains arrêts⁽²⁾. Le juge français est autorisé à établir ce consentement lorsque l'implication du tiers est telle que l'on peut l'inférer de son comportement. L'implication, qui semble objective, permet de dire que le tiers a consenti et doit être tenu par la clause. Il nous semble retrouver ici l'idée d'un consentement présumé au regard du comportement du tiers⁽³⁾. Cette preuve « ne peut [cependant] résulter que des actes qu[e] [les non-signataires] auraient pu commettre en toute connaissance de cause, de fraudes destinées à dissimuler leur qualité de contractant véritable ou de leur volonté clairement établie de consentir à la convention d'arbitrage ».

La troisième hypothèse ne pose pas de difficulté sinon qu'il faudra prouver une volonté commune des signataires et des non-signataires, non des seuls signataires. Les deux

(1) Même si naturellement, le simple fait qu'une société du groupe ait conclu une convention d'arbitrage implique que l'ensemble des sociétés du groupe soit tenu par la convention.

(2) En particulier des arrêts relatifs à l'extension de la clause au sous-traitant. Sur cette jurisprudence, on consultera F-X. Train, « L'extension de la clause compromissoire. Chronique des années 2012-2017 », Rev. arb. 2017, p. 389.

(3) Pour une autre interprétation, v. J. Jourdan-Marques, obs. ss cet arrêt, Dalloz actualité, 14 mars 2023.

premières se situent sur un plan différent : l'hypothèse de la fraude vise à sanctionner un non-signataire pour le tenir comme partie à la convention d'arbitrage. La première se place sur le terrain du consentement : les actes commis prouvent que les tiers ont consenti à la clause. Mais le consentement suppose la connaissance : il faut donc commettre l'acte en toute connaissance de cause, pour qu'une volonté présumée puisse être décelée. Il nous semble que ces précisions, qui ne devraient guère modifier la jurisprudence dans la mesure où l'implication du tiers dans l'exécution du contrat suffit pour en inférer un consentement (cons. 75), visent tout de même à rétablir le lien entre extension et volonté des parties.

Ensuite, parce que le tribunal arbitral s'était appuyé sur une autre clause que la convention d'arbitrage pour affirmer que le tiers y avait consenti, la cour affirme que la portée de la convention d'arbitrage ne peut être recherchée par l'analyse d'une autre clause du contrat : l'autonomie de la clause l'interdirait en sorte que « le consentement du tiers au contrat ne saurait (...) résulter de [cette autre clause] ».

De deux choses l'une. Soit la cour veut affirmer que le consentement du tiers ne saurait être recherché dans une clause du contrat contenant la convention d'arbitrage que l'on veut « étendre » au tiers, et le raisonnement paraît indiscutable. C'est, en effet, ce que commande l'effet relatif des conventions : sauf à entrer dans un cercle vicieux, on ne peut répondre à la question de savoir si une

personne est partie à un contrat en scrutant ce contrat lui-même ⁽⁴⁾. Soit la cour affirme plus largement que la portée d'une convention d'arbitrage ne saurait résulter d'autres clauses du contrat, et ce serait commettre, à notre avis, une double confusion. D'une part, ce serait entrer dans le cercle vicieux précédemment dénoncé. D'autre part, ce serait faire jouer un rôle au principe de séparabilité qu'il ne jouait pas antérieurement. Parce que la clause serait « autonome », sa validité et sa portée devraient résulter de sa seule lecture. Cette idée ne saurait, à notre avis, être défendue : il n'y a qu'à imaginer un problème d'interprétation de la clause pour s'en apercevoir. Si la clause vise « les litiges résultant du présent contrat », il faudra bien rechercher dans « le présent contrat » ce que recouvre la clause exactement, et c'est la lecture de la totalité du contrat qui sera nécessaire. En raison des faits de l'espèce et de la motivation du tribunal arbitral, l'arrêt ici commenté n'est pas parfaitement clair à cet égard, mais conférer un tel rôle au principe de séparabilité l'étendrait encore un peu plus ⁽⁵⁾, sans raisons convaincantes.

(4) Sur quoi, v. CA Paris, 25 janv. 2022, n° 20/12332 et nos obs., *in* GPL 3 mai 2022, n° GPL434y9.

(5) C'est cette idée que certains auteurs, en particulier J. Jourdan-Marques, ont cru voir défendu dans Cass. 1^{re} civ., 7 déc. 2022, n° 21-15390 : Dalloz actualité, 9 janv. 2023, obs. J. Jourdan-Marques ; Procédures 2023, comm. 44, obs. L. Weiller, et nos obs. dans cette chronique, rendu en matière d'investissement un jour après l'arrêt ici commenté.

Arbitrabilité des litiges et plan de redressement GPL449g5

L'essentiel Même si un litige naît à la suite de l'ouverture d'une procédure collective, ce litige est arbitral s'il est entièrement contractuel. Tel est le cas d'un litige relatif au droit de préemption d'un tiers relatif à une part sociale détenue par le débiteur en faillite.

CA Paris, 5-16, 31 janv. 2023, n° 21/07383, AMT Cameroun et a. c/ M^{me} [O] [W] [Y] épouse [S], M. Barlow, prés., M^{me} Schaller et Aldebert, cons. ; M^{es} de Maria, Dupeyron, Papadopoulos, Guizard, Duclercq et Morier, av. : Dalloz actualité, 14 mars 2023, obs. J. Jourdan-Marques

Note

La confrontation entre le droit des procédures collectives et le droit de l'arbitrage n'est pas chose nouvelle ⁽¹⁾. Cette confrontation fait naître deux séries de problèmes, qui doivent être convenablement distinguées ⁽²⁾ : d'abord, la discipline collective imposée par les procédures collectives oblige le tribunal arbitral à respecter le principe de suspension des poursuites individuelles et d'interdiction des paiements. Bien connu, ce premier aspect n'en donne pas moins lieu à une jurisprudence fréquente et à des discussions doctrinales se rapportant notamment à l'influence de l'ouverture d'une faillite à l'étranger ⁽³⁾. Ensuite, le droit des procédures collectives

(1) V. déjà P. Ancel, « Arbitrage et procédures collectives », *Rev. arb.* 1983, p. 255 ; P. Ancel, « Arbitrage et procédures collectives après la loi du 25 janvier 1985 », *Rev. arb.* 1987, p. 127 ; P. Fouchard, « Arbitrage et faillite », *Rev. arb.* 1988, p. 471. Plus récemment, v. C. Jalicot, « Arbitrage et procédures collectives : de la confrontation à la conciliation des intérêts antagonistes », *RLDA* 2022, n° 183.

(2) V. déjà P. Ancel, « Arbitrage et procédures collectives », *Rev. arb.* 1983, p. 255 ; P. Ancel, « Arbitrage et procédures collectives après la loi du 25 janvier 1985 », *Rev. arb.* 1987, p. 127. V. aussi, C. Seraglini et J. Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, 2^e éd., 2019, LGDJ, pp. 631-633, n° 665, EAN : 9782275042459.

(3) Sur quoi, v. not., M. Audit, S. Bollée et P. Callé, *Droit du commerce international et des investissements étrangers*, 3^e éd., 2019, LGDJ, pp. 710-712, n° 882, EAN : 9782275054728 ; en jurisprudence, CA Paris, 7 avr. 2011, n° 10/02270 et la note de S. Bollée et B. Hafel, *Rev. arb.* 2011, p. 747.

ne s'arrête pas là : ayant pour objectif de concentrer le contentieux faillitiste devant un seul juge, chargé d'apurer le passif, il impose que les litiges se rapportant à « l'organisation de la faillite »⁽⁴⁾ soient inarbitrables. Le critère utilisé tant en jurisprudence qu'en doctrine pour distinguer les litiges arbitrables des litiges inarbitrables lorsqu'un débiteur en faillite est partie à l'arbitrage paraît rien moins qu'imprécis : le litige est arbitrable s'il est un litige contractuel ordinaire, portant sur des faits qui se seraient présentés de la même manière sans la procédure collective⁽⁵⁾. Pour pallier cette imprécision, on tente de se raccrocher aux chefs de compétence exclusive du tribunal de commerce, prévus à l'article R. 663-2 du Code de commerce, à la recherche de quelques certitudes, alors même que l'équivalence entre compétence étatique exclusive et inarbitrabilité est contestée de longue date, et pour de bonnes raisons⁽⁶⁾. Mais lorsque le litige n'est pas explicitement visé par cet article, l'imprécision du critère se révèle, ce que donne à voir l'arrêt du 31 janvier 2023 dans l'affaire *Prinvest* ayant donné lieu à une précédente décision déjà commentée dans ses colonnes⁽⁷⁾. Une société holding, détenant une part sociale dans une société dont les statuts comportaient une clause compromissaire ainsi qu'une clause stipulant un droit de préemption en cas de cession au profit des actionnaires, était mise en redressement judiciaire. Le jugement ordonne la cession de l'action contestée à un tiers, tout en affirmant qu'il ferait « son affaire des conséquences d'un refus d'agrément ou de l'exercice d'un droit de préemption ». Un actionnaire mécontent, souhaitant exercer son droit de préemption pour acquérir cette action, entame une procédure d'arbitrage : le litige est-il arbitrable⁽⁸⁾ ? L'intérêt de la situation est que le litige porte non pas sur la discipline collective, non pas plus sur l'organisation de la procédure collective, mais sur la mise en œuvre du plan de cession retenu par le tribunal de commerce, organe de la procédure. Au surplus, le litige paraît bien, à première vue, « ordinairement contractuel » puisqu'il concerne la mise en œuvre des statuts sociaux. Enfin, il met aux prises, essentiellement mais non exclusivement, le repreneur et un actionnaire tiers, le débiteur en faillite n'étant pas immédiatement concerné. Et pourtant, le litige semble bien né de la procédure collective : sans procédure collective, la cession n'aurait eu lieu, et le litige ne se serait pas noué de cette manière-là autour du droit de préemption. Le critère précédemment rappelé fait ici montre de ses failles : il ne permet pas de

répondre à l'ensemble des questions suscitées par la rencontre entre l'arbitrage et les procédures collectives. La cour le reprend pourtant pour affirmer que le litige était « purement contractuel » sans être « soumis aux règles propres à la procédure collective », tout en reconnaissant qu'il avait pour origine la décision du tribunal qui avait arrêté le plan de cession. La cour s'appuie aussi sur l'affirmation du tribunal de commerce qui avait déclaré que le repreneur « ferait son affaire » du droit de préemption, « ce qui renvoie le litige dans le champ contractuel, les parties en ayant la libre disposition ». Elle justifie la solution en affirmant également que la nullité invoquée ne portait pas sur la décision ayant arrêté le plan « mais sur ses effets, à savoir sur l'acte translatif de propriété fait en violation du droit de préemption ».

L'affirmation paraît un peu trop abrupte et peut-être approximative : pour dire le litige « purement contractuel » et « non soumis aux règles propres à la procédure collective », il faut, en réalité, affirmer que le droit de préemption n'est pas affecté par la procédure, et plus précisément par le plan de cession. La question est pourtant très discutée⁽⁹⁾. Il s'agit de déterminer si la clause conventionnelle de préemption (ou d'agrément) doit ou non être respectée lorsque la cession de droits sociaux est comprise dans le plan de cession arrêté par le tribunal. Si la rare jurisprudence considère valables ces clauses d'origine conventionnelle⁽¹⁰⁾, certains auteurs plaident pour leur déconnexion dans la mesure où les biens concernés peuvent être indispensables à la poursuite de l'activité du cessionnaire⁽¹¹⁾. Or, à considérer cette solution, on ne voit pas comment le litige serait arbitrable : le tribunal arbitral serait susceptible de remettre en cause le plan de cession arrêté par le tribunal. Il ne porterait pas atteinte à « l'organisation de la procédure collective » elle-même ; il porterait directement atteinte à la résolution judiciaire de la faillite et mettrait en péril la continuation de l'entreprise par le repreneur. D'un autre côté, si l'on se rapporte à l'espèce, le repreneur avait déclaré « faire son affaire » du droit de préemption : autrement dit, dans le plan de cession, était introduit un aléa quant à l'exercice du droit de préemption. On peut donc estimer que le tribunal n'avait pas entendu attribuer définitivement la part sociale litigieuse, en déconnectant le droit de préemption. C'est ce qui semble expliquer que le litige soit « entièrement contractuel » : le tribunal n'avait probablement pas considéré ce bien essentiel à la poursuite de l'activité et n'avait pas voulu définitivement régler la difficulté en laissant le litige contractuel se nouer ultérieurement. Le bien pouvait donc être soustrait de la cession. Mais on ne peut dire que « les parties [avaient] déclaré faire leur affaire de l'exercice de [ce] droit (...) ce qui renvoie ce litige dans le champ contractuel » : seuls le tribunal et le repreneur,

(4) P. Fouchard, « Arbitrage et faillite », *Rev. arb.* 1988, p. 478, n° 17.

(5) Nous reprenons l'expression de C. Seraglini et J. Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, 2^e éd., 2019, LGDJ, p. 194, n° 147, EAN : 9782275042459, qui synthétise la jurisprudence et la doctrine sur la question. Les deux auteurs ajoutent le critère de la date du contrat (le contrat antérieur à la procédure étant arbitrable), mais nous rejoignons sur ce point Pascal Ancel, dans son article « Arbitrage et procédures collectives », *Rev. arb.* 1983, qui estime, p. 278, n° 28, que la date n'est pas un critère pertinent en la matière.

(6) C. Jarrosson, « Arbitrabilité : présentation méthodologique », *RJ com.* 1996, p. 1 et spéc. pour les procédures collectives, P. Ancel, « Arbitrage et procédures collectives », *Rev. arb.* 1983, p. 255 ; P. Ancel, « Arbitrage et procédures collectives après la loi du 25 janvier 1985 », *Rev. arb.* 1987, p. 272, n° 23.

(7) CA Paris, 25 janv. 2022, n° 20/12332 : Dalloz actualité, 16 mars 2022, obs. J. Jourdan-Marques ; D. 2022, p. 2330, obs. T. Clay ; GPL 3 mai 2022, n° GPL434y9, obs. L. Larrivière.

(8) Sur la question de savoir si le tribunal est compétent à l'égard du tiers cessionnaire, qui s'était ici fait substituer une autre société, ce que le tribunal de commerce avait accepté, v. CA Paris, 25 janv. 2022, n° 20/12332.

(9) Sur laquelle, v. J. Théron, *L'intervention du juge dans les transmissions de biens*, 2008, LGDJ, préf. C. Saint-Alary-Houin, p. 313 et s., n° 346 et s., EAN : 9782275033389 ; P.-M. Le Corre, *Droit et pratique des procédures collectives 2023-2024*, 12^e éd., 2022, Dalloz, n° 571.231.

(10) L'arrêt, toujours cité, porte sur une clause d'agrément : Cass. com., 31 janv. 1995, n° 91-20735 : JCP G 1995, II 22460, note Y. Guyon ; D. 1995, Jur., p. 426, note G. Parléani ; *Rev. sociétés* 1995, p. 320, note H. Le Nabasque ; *Defrénois* 1995, art. 36091, note H. Hovasse ; *BJS av.* 1995, n° 110, p. 342, note A. Couret.

(11) Rapp. J. Théron, *L'intervention du juge dans les transmissions de biens*, 2008, LGDJ, préf. C. Saint-Alary-Houin, p. 317, n° 351, EAN : 9782275033389.

dans son offre, l'ont dit. Par ailleurs, la première partie du considérant semble affirmer que le litige est, par nature, entièrement contractuel quand la seconde justifie cette nature par les considérations propres à l'espèce. La motivation paraît donc défectueuse : c'est parce que le tribunal avait affirmé que le repreneur pouvait faire son affaire de ce droit, considérant sûrement le bien non essentiel à la poursuite de l'activité, que le litige était arbitral comme ne portant pas atteinte à la solution judiciaire des difficultés du débiteur en question. D'où l'on voit, d'une part, que l'arbitrabilité de ce type de litige dépend des circonstances de l'espèce et des dires du tribunal, d'autre part, que le critère de l'influence de la procédure est insuffisant. Si le litige est arbitral, ce n'est pas parce qu'il n'est pas influencé par la procédure : c'est parce que les impératifs de centralisation du règlement judiciaire de la

faillite du débiteur et de la liquidation potentielle de ses biens ne sont pas atteints par l'arbitrage. Lorsque le tribunal de commerce n'a pas décidé, utilisant une sorte de « pouvoir hiérarchique »⁽¹²⁾, de considérer comme essentiels à la continuation de l'entreprise certains biens, tels que des parts sociales, l'arbitrage peut se dérouler ; s'il avait décidé l'inverse, le litige aurait porté atteinte à la centralisation du règlement judiciaire (et non seulement à l'organisation de la procédure) : l'inarbitrabilité aurait probablement été reconnue.

(12) L'idée de hiérarchie est évoquée par P. Fouchard dans son article « Arbitrage et faillite », Rev. arb. 1988.

C. La constitution du tribunal arbitral

L'égalité des parties dans la constitution du tribunal arbitral peut passer par la nomination intégrale du tribunal par l'institution d'arbitrage GPL449e7

L'essentiel Dès lors qu'il existe une convergence d'intérêts entre les codéfendeurs, le demandeur est susceptible de refuser l'application d'une clause prévoyant les modalités de constitution du tribunal arbitral, si ces dernières conduisent à rompre l'égalité entre les parties qui doit exister entre elles lors de la nomination du tribunal. En l'absence d'accord trouvé entre les parties après la naissance du litige, l'institution d'arbitrage peut alors nommer l'intégralité du tribunal arbitral, en application de son règlement d'arbitrage.

Cass. 1^{re} civ., 9 nov. 2022, n° 21-17203, Sté Vidatel Ltd c/ Sté PT Ventures SGPS et a., FS-B (rejet pourvoi c/ CA Paris, 26 janv. 2021), M. Chauvin, prés. ; SARL Ortscheidt, SCP Foussard et Froger, av. : Dalloz actualité, 9 janv. 2023, obs. J. Jourdan-Marques ; D. 2022, p. 2330, obs. T. Clay

Note

Consacrée avec éclat dans l'arrêt *Dutco*⁽¹⁾, l'égalité des parties dans la constitution du tribunal arbitral était restée longtemps en sommeil avant de ressurgir à l'occasion d'un contentieux où les parties avaient pourtant pris soin de préciser les modalités de constitution du tribunal en ayant en vue le cas, où l'égalité peut être mise à l'épreuve, d'un arbitrage multipartite. Dans le cadre d'un pacte d'actionnaires à quatre, où chacun détenait 25 % des parts de la société concernée, les parties avaient inclus une convention d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale (CCI) prévoyant un tribunal arbitral à cinq membres, chacune des parties désignant un co-arbitre, et les quatre ainsi désignés nommant un président. Était ainsi en vue un arbitrage multipartite où chacun des actionnaires serait partie à l'instance arbitrale.

Le pacte d'actionnaires était, en effet, susceptible de donner lieu à deux types de litiges au moins : un litige entre tous les actionnaires, chacun défendant son propre intérêt. Dans ce premier type de litige, aucune difficulté tenant à l'égalité entre les parties ne serait survenue, et la convention d'arbitrage aurait dû être mise en œuvre sans correction.

Le deuxième type de litige était plus problématique : un litige pouvait survenir entre, d'une part, un actionnaire et, d'autre part, les trois autres actionnaires défendant un intérêt commun. Dans ce cas, un actionnaire défendant son propre intérêt se trouvait contraint de nommer un co-arbitre, et les trois autres, défendant un intérêt commun, pouvaient nommer trois co-arbitres. L'égalité entre les parties se trouvait potentiellement rompue. Si la clause avait été parfaitement rédigée en cas de litige du premier type, elle était susceptible de poser une difficulté en cas de litige du second type au regard de l'arrêt *Dutco* qui avait affirmé que le principe d'égalité était d'ordre public, de sorte qu'on ne pouvait y renoncer qu'après la naissance du litige. Le respect de l'égalité des parties par la clause semblait bien dépendre de la configuration litigieuse – et du moment auquel cette égalité doit être appréciée.

Un litige du deuxième type naissait : l'un des co-actionnaires, estimant avoir été évincé par les trois autres, saisissait un tribunal arbitral en nommant un arbitre et précisant qu'au vu des conditions du litige, les trois codéfendeurs se trouvaient contraints de nommer un seul co-arbitre pour que l'égalité soit respectée. Autrement dit, alors que le tribunal arbitral devait contractuellement être composé de cinq arbitres, l'égalité obligeait à ce que ce tribunal soit à trois. Les trois codéfendeurs nommaient chacun un arbitre, et la CCI invitait les parties à s'accorder sur un mode de désignation. Faute d'un tel accord, la CCI décidait de nommer d'office les quatre arbitres, écartant donc les noms de ceux désignés par les parties au litige, ainsi que le président. La constitution du tribunal arbitral

(1) Cass. 1^{re} civ., 7 janv. 1992, n° 89-18708 et 89-18726 : Rev. arb. 1992, p. 470, note P. Bellet.

était-elle à l'abri de toute critique par le truchement de l'article 1520, 3°, du Code de procédure civile ? La cour d'appel avait jugé que l'égalité devait s'apprécier à la date de naissance du litige, qu'il convenait d'écarter au cas d'espèce le mode de désignation contractuellement prévu et de laisser l'institution d'arbitrage appliquer son règlement qui lui permettait, si on souhaitait l'interpréter utilement, de désigner les cinq membres du tribunal ⁽²⁾. Au visa de l'article 1453 du Code de procédure civile, la Cour de cassation juge qu'il existait bien un désaccord sur les modalités de constitution du tribunal qui justifiait que l'institution nomme les membres du tribunal arbitral. L'égalité entre les parties était ainsi préservée, car toutes les parties se trouvaient privées « du droit de choisir leur arbitre ».

Pour comprendre la solution peut-être un peu elliptique de la Cour, le raisonnement tenu doit être décomposé. L'une des spécificités de l'affaire est que, contrairement à l'arrêt *Dutco*, les parties avaient fait le nécessaire pour éviter qu'une telle situation ne survienne, en choisissant qu'en cas d'arbitrage multipartite, toutes les parties pouvaient nommer un co-arbitre. Et l'on pouvait penser, à première vue, qu'une telle clause respectait le principe d'égalité. Dans l'arrêt *Dutco*, en effet, alors que les codéfendeurs étaient invités à désigner un seul co-arbitre pour eux deux, ces derniers avaient refusé de se plier à cette demande et contestaient la sentence finalement rendue. La Cour de cassation y avait vu une violation du principe d'égalité. La solution trouvée avait été une modification du règlement CCI permettant à l'institution de proposer aux parties de s'entendre sur des modalités de constitution, en cas de difficultés, avant, en l'absence d'accord, de nommer l'intégralité du tribunal. Les parties avaient ici pris les devants : à une partie au litige devait correspondre un co-arbitre nommé. C'était ne tirer que partiellement les conséquences de l'arrêt *Dutco* : l'arrêt *Dutco* invitait à considérer des « convergences d'intérêts ». À un « intérêt » défendu devait correspondre un co-arbitre. Or, en raison de la convergence d'intérêts de plusieurs co-actionnaires, résultait, en application de la clause, la nomination de plusieurs co-arbitres, quand le demandeur esseulé et défendant seul son propre intérêt se trouvait contraint de ne nommer qu'un seul co-arbitre. Un co-arbitre, nommé par le codemandeur défendant son propre intérêt, faisait face à trois co-arbitres, nommés par les codéfendeurs défendant un intérêt commun. La rupture d'égalité était consommée. Cependant, ce principe d'égalité est d'ordre public et n'est susceptible de renonciation qu'après la naissance du litige : la mise en œuvre concrète de la convention le violant, elle devait être *sur ce point* écartée. Restait la possibilité que postérieurement à la naissance

du litige, les parties – et le demandeur en particulier ici – renoncent à l'égalité. Or, en affirmant vouloir qu'un tribunal à trois soit désormais composé, le demandeur faisait savoir qu'il n'entendait rien d'une possible dérogation à l'égalité. C'est pourquoi, il existait un désaccord sur les modalités de constitution. Faute de solution, les parties étaient invitées à s'entendre dans la mesure où la convention d'arbitrage *ne prévoyait plus rien quant aux modalités de constitution du tribunal arbitral* : le principe d'égalité avait d'ores et déjà purgé la partie litigieuse de la clause, relative à la constitution du tribunal. Et, faute d'accord, l'institution était alors bien fondée à faire application de son règlement et à nommer l'ensemble du tribunal arbitral, de cinq membres, conformément à ce que la clause avait prévu. Autrement dit, la partie purgée par le principe d'égalité portait simplement sur le mode de nomination, non pas sur le nombre d'arbitres.

Deux remarques méritent d'être faites à ce stade : d'abord, est retrouvé ici ce mécanisme proche du réputé non écrit qui vise à purger partiellement la convention de ses vices, mais qui permet de maintenir la volonté d'arbitrer des parties ⁽³⁾. La convention est purgée de sa partie litigieuse mais la volonté d'arbitrer demeure sans que la question de savoir si ces modalités de constitution étaient déterminantes du consentement des parties à l'arbitrage ne soit jamais posée ⁽⁴⁾. Ensuite, à titre plus théorique, le caractère d'ordre public du principe d'égalité est doublement remarquable. À un premier titre, il conduit le juge étatique à corriger la convention des parties afin qu'un principe institutionnel d'égalité soit respecté. Et l'on préfère priver toutes les parties du droit de choisir un co-arbitre plutôt que d'admettre une dérogation conventionnelle à l'égalité. L'égalité vaut donc plus que « ce droit de choisir son arbitre ». À un second titre, alors même qu'une contractualisation de l'indépendance semble en voie d'être consacrée ⁽⁵⁾, l'égalité reste un principe d'ordre public auquel les parties ne sauraient déroger avant la naissance du litige. Or cette possibilité de déroger postérieurement à l'égalité semble signifier que l'on veut protéger les parties contre elles-mêmes et surtout contre la puissance de l'une d'elles. Le « libéralisme » du droit français de l'arbitrage international semble bien parfois laisser place à un « institutionnalisme » que la jurisprudence française se chargerait de bâtir.

(2) CA Paris, 26 janv. 2021, n° 19/10666, Vidatel : Dalloz actualité, 22 févr. 2021, obs. J. Jourdan-Marques ; JCP G 2021, doct. 696, obs. P. Giraud.

(3) Rappr. Cass. 1^{re} civ., 13 mars 2007, n° 04-10970 : Rev. arb. 2007, p. 499, note L. Jaeger ; Rev. crit. DIP 2007, p. 455, note D. Bureau.

(4) Rappr. C. civ., art. 1184.

(5) V. not., CA Paris, 11 janv. 2022, n° 19/19201, Rio Tinto : Dalloz actualité, 21 janv. 2022, obs. J. Jourdan-Marques ; JCP G 2022, doct. 724, obs. P. Giraud ; Rev. arb. 2022, p. 1036, note D. Mainguy ; GPL 3 mai 2022, n° GPL435f0, obs. L. Larrivière.

Indépendance de l'arbitre et liens d'amitié GPL449e8

L'essentiel Si les liens académiques n'ont pas à être révélés, les liens d'amitié d'une certaine intensité noués entre l'arbitre et les conseils des parties doivent l'être. Un tel

lien d'amitié est également susceptible de faire naître chez les parties un doute raisonnable sur l'indépendance d'un arbitre.

CA Paris, 5-16, 10 janv. 2023, n° 20/18330, Port autonome de [Localité 2] (PAD) c/ Sté [Localité 2] international terminal, M. Barlow, prés., M^{mes} Schaller et Aldebert, cons. ; M^{es} Etevenard, Tang, Dingomé, Ondoua, Kouotou, Tang Mitjake, De Maria, Siino et Vega, av. : Dalloz actualité, 14 mars 2023, obs. J. Jourdan-Marques ; JCP G 2023, doct. 221, obs. P. Giraud ; JCP G 2023, act. 507, note D. Mouralis ; JCP E 2023, 1061, note D. Mainguy ; LPA 30 avr. 2023, n° LPA2023g5, note P.-C. Kamgaing

Note

L'arbitrage est souvent décrit comme un « petit milieu », composé de quelques centaines de personnes réparties de par le monde. C'est à cette occasion que des relations d'amitié peuvent se nouer, entre des personnes possiblement appelées ensuite à connaître d'une même affaire. Ces relations prennent, au surplus, des formes différentes : académiques, dans la mesure où ce milieu est composé d'universitaires ou d'avocats ayant colonnes ouvertes dans les revues, professionnelles et parfois plus personnelles. La jurisprudence les a souvent tenues pour négligeables, ou à tout le moins ne les a pas considérées comme remettant en cause l'indépendance et l'impartialité d'un arbitre⁽¹⁾. D'autant plus que certaines d'entre elles, ainsi les relations académiques, sont consubstantielles à l'arbitrage, matière née de l'énergie commune de professeurs, de magistrats et d'avocats, ce qui fait sa force, mais ce qui peut aussi faire sa faiblesse, notamment dans des cas d'impartialité objective. La structure même de ce champ professionnel est donc propice au développement de ces liens personnels, ses acteurs ayant l'occasion de se rencontrer à de nombreuses reprises, et dans divers rôles. Ce mélange est susceptible de faire fréquemment naître des situations où les parties décident de s'en saisir pour accuser de partialité l'arbitre ayant des liens avec l'un des acteurs de l'arbitrage⁽²⁾.

Ce sont ces liens amicaux qui se retrouvent au cœur de l'arrêt du 10 janvier 2023 où le président du tribunal arbitral, professeur de droit⁽³⁾, avait rendu hommage au conseil de l'une des parties à son décès, lui aussi professeur de droit mondialement connu, dans une revue juridique. Dans cette affaire, une première sentence avait déjà été rendue et une seconde était sur le point de l'être. La partie ayant succombé dans la première sentence excipe alors de cet éloge funèbre pour affirmer qu'il avait fait naître chez elle un doute raisonnable sur l'indépendance et l'impartialité de l'arbitre, qui justifiait l'annulation de la sentence.

La cour d'appel se laisse convaincre par le raisonnement, non sans attirer l'attention sur la spécificité des relations académiques et du genre de documents dont la partie se prévalait.

La cour d'appel rappelle d'abord les principes de la révélation, pour se prononcer sur la question de savoir si ces liens d'amitié auraient dû être révélés par l'arbitre, avant de s'interroger sur celle relative au doute raisonnable quant à l'indépendance et l'impartialité des arbitres.

S'agissant de l'obligation de révélation, la cour se fonde de nouveau sur la note de la Chambre de commerce internationale (CCI) qui indique à l'arbitre que des liens personnels étroits doivent être révélés, et que tout doute doit se résoudre par la révélation. Or, en l'espèce, l'arbitre avait rédigé une déclaration d'indépendance, mentionnant certains éléments mais non ses liens avec le conseil d'une des parties. Parmi ces liens, certains devaient être déclarés à suivre la cour d'appel. Ceux purement académiques n'ont pas à l'être : ainsi les liens liés à des colloques, à des publications ou encore à des soutenances de thèse n'ont pas à être révélés. À suivre la jurisprudence constante de la cour, ces liens ne sont pas de nature à faire douter de l'impartialité de l'arbitre, et partant un arbitre ne peut être partial pour cela seul qu'il a connu l'un des conseils [ou l'un des co-arbitres] à l'occasion de telles rencontres. Cependant, la cour d'appel s'attache aux termes issus de l'hommage écrit par l'arbitre : il déclarait le consulter avant tout choix important et que le défunt s'était livré à lui. Si la cour d'appel rappelle que ces termes ont été utilisés à l'occasion d'un éloge, qui comporte nécessairement « une part d'emphase et d'exagération », ces déclarations font « état de liens d'amitié » qu'il convenait ainsi de révéler. Ce sont donc uniquement des liens d'amitié d'une certaine intensité qui doivent être divulgués.

Deux éléments sont ici à relever.

D'abord, on notera, après d'autres⁽⁴⁾, que la question de la notoriété est passée sous silence. Ce caractère notoire est pourtant exclusif d'une révélation. Au surplus, la ligne d'argumentation de la partie demandant l'annulation paraissait contestable : elle affirmait avoir eu des « doutes » sur l'indépendance et l'impartialité de l'arbitre avant la publication de l'hommage. Or si de tels doutes existaient, ces doutes auraient dû contraindre la partie à réagir et à interroger immédiatement l'arbitre, quitte à en demander la récusation. Notons d'ailleurs que la récusation avait par ailleurs été demandée au début de l'arbitrage, probablement pour d'autres motifs, et que la CCI avait confirmé le président⁽⁵⁾. Et, si la récusation n'avait pas été demandée dans les délais prévus, ces informations n'auraient pas dû entraîner l'annulation de la sentence⁽⁶⁾.

Ensuite, la preuve de ces liens d'amitié d'une certaine intensité est rapportée uniquement par l'hommage publié. Or, en rappelant que l'éloge comporte « une part d'emphase et d'exagération », peut-on se fonder uniquement sur lui pour prouver des liens d'amitié si intenses qu'ils doivent entraîner la révélation ? D'autant qu'une bonne partie de ces liens évoqués avec emphase se rapporte à des liens académiques, seuls quelques mots employés étant, à suivre la cour, susceptibles de caractériser des liens d'amitié plus étroits devant être, en conséquence, révélés. Ces quelques mots suffisent, alors même que certains termes forts ne sont pas tenus comme révélant une relation d'amitié. On peut avoir l'impression que « l'exception d'emphase » est ici un peu à géométrie variable.

La seule violation de l'obligation de révélation n'emporte pas, cependant, annulation de la sentence : encore faut-il

(1) C. Seraglini et J. Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, 2^e éd., 2019, LGDJ, p. 729-730, n° 741, EAN : 9782275042459.

(2) Auxquelles la cour d'appel n'est guère sensible, spécialement dans le cas de relations académiques.

(3) Avec lequel l'auteur de la présente chronique entretient des liens académiques.

(4) Not. Dalloz actualité, 14 mars 2023, obs. J. Jourdan-Marques ; JCP E 2023, 1061, note D. Mainguy.

(5) Sur quoi, v. Dalloz actualité, 14 mars 2023, obs. J. Jourdan-Marques.

(6) Sur quoi, v. Dalloz actualité, 14 mars 2023, obs. J. Jourdan-Marques.

prouver que les éléments non révélés sont susceptibles de faire naître un doute raisonnable dans l'esprit des parties sur l'indépendance et l'impartialité de l'arbitre. La cour précise que cette appréciation doit être faite de manière objective, se fondant sur le standard de la personne raisonnable. Or, de nouveau, les juges du fond rappellent cette part d'emphase qui caractérise l'éloge funèbre pour affirmer que le doute naît « du fait d'établir un lien entre l'existence des liens personnels étroits précités et une procédure d'arbitrage en cours ». Ils affirment, au surplus, de nouveau, que le président consultait le conseil « avant tout choix important ». Ces circonstances font naître ce doute raisonnable dans l'esprit des parties « sans remettre en cause l'intégrité intellectuelle et professionnelle [de l'arbitre] ». Outre que le lien entre l'existence de relations personnelles et la procédure d'arbitrage est plutôt fait par la cour d'appel que par l'hommage lui-même, on a finalement l'impression que c'est le caractère emphatique lui-même du papier qui crée ce doute dans l'esprit des parties, ou l'emphase avec laquelle cette amitié était décrite. Plus précisément, la cour semble estimer que « tout choix important » se rapporte à la prise de position de l'arbitre, et que les liens faits entre les plaidoiries du conseil et la procédure en cours font naître ce doute raisonnable. Il semble falloir comprendre qu'en réalité l'arbitre pouvait être tenu pour impartial, sinon on ne voit pas ce qui peut

permettre d'affirmer que ce doute ne remet pas en cause son intégrité intellectuelle et professionnelle. La solution ne semble pouvoir s'expliquer que si l'on estime que, d'après la cour d'appel, l'hommage mettait à mal l'impartialité objective, c'est-à-dire la manière dont la justice se donne à voir elle-même⁽⁷⁾. Cette notion n'est pourtant pas explicitement mobilisée. Pourquoi ? Peut-être parce que si elle expliquait la solution, elle aurait obligé la cour d'appel à un surcroît de motivation vis-à-vis du caractère « nécessairement emphatique » de ce genre d'hommage pour concilier les deux et s'expliquer sur l'utilisation de ce seul document pour la caractérisation d'un doute raisonnable sur l'indépendance et l'impartialité de l'arbitre⁽⁸⁾.

La question de l'amitié dans l'arbitrage mérite assurément d'être posée, en raison de la structure même de ce champ professionnel. Mais la ligne d'argumentation pour la sanctionner devrait être affirmée pour apparaître convaincante.

(7) En ce sens, JCP G 2023, doct. 221, obs. P. Giraud.

(8) Rapp. JCP E 2023, 1061, note D. Mainguy.

(...)

F. L'ordre public international

Mise en cause dans une procédure pénale étrangère et révocation de l'ordonnance de clôture GPL449d9

L'essentiel La communication au demandeur par une autorité pénale étrangère d'une décision mettant en cause l'une des parties à l'arbitrage dans une affaire de corruption justifie la révocation de l'ordonnance de clôture.

CA Paris, P. 5, ch. 16, 13 déc. 2022, n° 20/13086, Municipalité Métropolitaine de [Localité 4] c/ Société Línea Amarilla SA, M. Barlow, prés., M^{mes} Schaller et Aldebert, cons. ; M^{es} Boccon Gibod, Paraguacuto-Maheo, Dory, Méry, De Maria et Bizard, av.

Note

Au jour de l'ordonnance de clôture, les autorités d'un État étranger transmettent au demandeur à l'annulation d'une sentence une décision pénale mettant en cause le défendeur dans une affaire de corruption. Le demandeur peut-il demander la révocation de l'ordonnance de clôture afin de produire cette pièce nouvelle dans la procédure pendante devant le juge français afin de tenter de le convaincre d'annuler la sentence pour violation de l'ordre public international ? La cour d'appel de Paris y répond positivement, sur le fondement de l'article 803 du Code de procédure civile qui permet la révocation en cas de « cause grave » révélée depuis que l'ordonnance de clôture a été rendue. Constitue, en effet, une cause grave une nouvelle pièce reçue postérieurement à la clôture et susceptible d'influencer la solution du litige (rapp. de

Cass. 1^{re} civ., 27 févr. 2013, n° 12-11517 et F. Mélin, *Droit et pratique de la procédure civile – Droit interne et européen, 2021-2022*, S. Guinchard (dir.), 10^e éd., 2021, Dalloz, p. 1304, n° 441.412, procédure devant le tribunal judiciaire, mais les développements sur l'article 803 peuvent être étendus à la procédure ici en cause). Or, si la question de savoir si la nouvelle pièce a été reçue postérieurement ou non à la clôture dépendra des circonstances d'espèce, celle de savoir si une décision pénale mettant en cause pour des faits de corruption une partie à l'arbitrage peut influencer la solution du litige semble faire l'objet ici d'une réponse de principe. Une décision pénale qui met en cause une partie à l'arbitrage dans une procédure pénale ouverte à l'étranger pour des faits allégués de corruption ayant permis la conclusion du contrat litigieux est susceptible d'influencer le juge français quant à l'annulation possible de la sentence. Autrement dit, cette décision étrangère peut être prise en considération dans le faisceau d'indices précis, graves et concordants utilisé par le juge français pour annuler une sentence avalisant une pratique de corruption.

Cette question procédurale n'en est donc pas moins intéressante sur le fond. Et de ce chef, elle n'est pas à l'abri de toute critique, bien que celle-ci doive être mesurée dans l'attente des développements subséquents de cette affaire. L'arrêt ici commenté ne permet que la production dans la procédure française de la décision étrangère, sans

que le juge du contrôle n'indique dans quelle mesure elle pèsera dans sa conclusion. On peut remarquer, cela dit, que la cour semble se satisfaire de preuves relativement peu significatives. Comme elle le dit, l'objet de la décision étrangère est de joindre l'une des parties à l'arbitrage à une procédure pénale en cours engagée contre l'ancienne maire de la ville cocontractante et visant à établir des pratiques corruptrices. La décision se rapporte « directement à la *prétendue* participation de la société Limex dans les *prétendus* actes de corruption qui fondent le recours » (cons. 41, nous soulignons). Or, comme l'affirmait le défendeur, cette décision étrangère ne semble être qu'une simple mise en cause dans une enquête en cours, qui ne dit rien, à ce stade, du fond. On peut penser que cette décision a été prise sur le fondement d'indices permettant de faire croire qu'un acte de corruption a pu être réalisé par la société mise en cause. On est donc sûrement autorisé à croire que cette simple mise en cause justifie un approfondissement de l'instruction civile. Mais aucune décision sur le fond ne s'est prononcée et l'acte de corruption n'a pas même, à ce stade, été confirmé par la juridiction étrangère. La décision semble se rapprocher d'une simple mise en examen de la société pour des actes de corruption. Mais l'on ne sait pas qu'une telle mise en examen prouve, quoi que ce soit, quant à la réalité de la corruption, et, à s'en tenir aux droits français et européen, la présomption d'innocence s'y opposerait. Tenir compte de cette simple décision comme pouvant « influencer sur la solution » du recours en annulation, alors que l'annulation ne saurait être prononcée que si des faits avérés

de corruption peuvent être prouvés – le fussent-ils par la réunion d'indices graves, précis, et concordants –, peut étonner. C'est d'ailleurs pourquoi le demandeur ne demandait pas simplement la révocation de la clôture mais aussi un sursis à statuer, dans l'attente du jugement étranger se prononçant, au pénal, sur le fond. Et pourtant, ce sursis à statuer lui a été refusé : c'est donc bien le seul jugement qui met en cause une partie dans une enquête pénale en cours qui est susceptible d'influer sur la solution d'un recours en annulation pour actes de corruption. Sur le fondement de cette décision étrangère, le juge français est donc autorisé à rouvrir l'instruction pour mener de nouveau une quasi-enquête pénale, sans les pouvoirs des juges pénaux. Ce qui apparaît dans la jurisprudence de la cour d'appel de Paris, ce n'est donc pas seulement une évolution, désormais relativement ancienne, de l'intensité du contrôle. Ce n'est pas seulement non plus le réexamen plus large du juge du contrôle, qui peut s'appuyer sur des pièces non produites devant le tribunal arbitral. C'est aussi une sorte de « relativisation » de la force probante des pièces produites. Sans passer par aucun mécanisme de reconnaissance des jugements étrangers (civils ou pénaux), sans non plus s'assurer de la réalité des faits rapportés, la simple mise en cause du défendeur paraît être un élément pertinent à prendre en compte dans le faisceau d'indices de la pratique corruptrice. Et si l'on peut être convaincu que la lutte contre la corruption justifie de telles solutions, on peut cependant remarquer qu'elle se traduit par la prise en considération d'éléments dont la force probante n'est rien moins qu'incertaine.

Arrêt des poursuites individuelles, vérification de créances et date de saisine d'un tribunal arbitral GPL449e9

L'essentiel La Cour de cassation s'emploie dans deux décisions à préciser ce qu'il faut entendre par « date de saisine d'un tribunal arbitral ».

Cass. com., 8 févr. 2023, n° 21-15771, Société Mirato SpA c/ Société Sharmel France et a., F-B (rejet pourvoi c/ CA Paris, 15 sept. 2020), M. Vigneau, prés. ; SCP Thouin-Palat et Boucard, SCP Gaschignard, Loiseau et Massignon, av. : Dalloz actualité, 14 mars 2023, obs. J. Jourdan-Marques – **Cass. com.**, 5 oct. 2022, n° 20-22409, Société Vergnet et a. c/ Société Hydro Construction & Eng Co Ltd, FS-B (rejet pourvoi c/ CA Orléans, 5 nov. 2020), M^{me} Mouillard, prés. ; SCP Richard, SCP Célice, Texidor, Périer, av. : Dalloz actualité, 13 oct. 2022, obs. J.-L. Vallens ; Dalloz actualité, 28 oct. 2022, obs. J. Jourdan-Marques ; Procédures 2023, comm. 14, obs. L. Weiller ; BJE janv. 2023, n° BJE200x3, note R. Sharma-Fokeer ; BJE nov. 2022, n° BJE200v3, note L. C. Henry

Note

Deux arrêts de la période récente se prononcent sur la date à laquelle il convient de se placer pour déterminer la « date de saisine d'un tribunal arbitral » et semble y apporter deux réponses distinctes. Dans l'arrêt du 5 octobre 2022, après l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire, un créancier déclare au passif une créance contestée : le juge-commissaire renvoie le créancier à saisir la juridiction compétente, en l'occur-

rence un tribunal arbitral, dans le délai d'un mois suivant la notification de l'ordonnance, en application de l'article R. 624-5 du Code de commerce. S'appuyant sur le règlement de la Chambre de commerce internationale (CCI), la Cour de cassation estime que la date de saisine du tribunal arbitral s'entend de la date à laquelle le secrétariat de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI a réceptionné la demande. Le délai d'un mois est donc respecté si le secrétariat l'a réceptionnée dans cet intervalle.

Dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 8 février 2023, le demandeur adresse à la CCI une demande d'arbitrage, quelques mois avant d'être placé en redressement judiciaire. Un acte de mission est signé deux jours avant que le défendeur ne déclare une créance au passif du demandeur en faillite. Deux mois après, le défendeur forme une demande reconventionnelle en condamnation du débiteur à lui payer la créance déclarée à son passif. L'arbitre est convaincu et ordonne le paiement de cette créance. Il y a là violation du principe d'ordre public d'interdiction des paiements. Cependant, le pourvoi se plaçait judicieusement sur le terrain de l'*exequatur* partiel : rien n'empêche de reconnaître la sentence au seul effet de permettre au créancier de faire inscrire sa créance au passif du débiteur. Il s'agirait ici de purger la difficulté en évitant d'accorder un *exequatur* permettant la mise en œuvre de mesures d'exécution pour le limiter à la seule reconnaissance

aux fins de déclaration de la créance ⁽¹⁾. Mais même à admettre ce raisonnement, une deuxième difficulté s'élevait : n'y avait-il pas eu violation de l'arrêt des poursuites individuelles ? Autre principe d'ordre public international, il oblige le créancier à déclarer sa créance, avant que le juge-commissaire ne constate l'existence d'une contestation sérieuse et renvoie les parties à mieux se pourvoir. Pour que ce principe soit respecté, un tribunal arbitral déjà saisi doit seulement surseoir à statuer, attendant que le créancier déclare sa créance avant de reprendre l'instance. En revanche, un tribunal arbitral ne saurait être saisi par un créancier postérieurement au jugement d'ouverture si ce créancier ne s'est pas soumis à la procédure de vérification des créances et si le juge-commissaire ne l'a pas renvoyé devant la juridiction compétente pour qu'il soit statué sur cette créance contestée. D'où l'on voit que la date de saisine du tribunal joue là aussi un rôle : saisi avant le jugement d'ouverture, le tribunal arbitral doit surseoir à statuer ; saisi après le jugement, il ne peut rendre de sentence (sauf à violer l'ordre public international), à moins que la procédure faillitiste ait été respectée. Or, dans cette affaire, pour déterminer la « date de saisine du tribunal », la Cour de cassation retient la date à laquelle la demande reconventionnelle a été formée. On voit donc que la date dépend de la configuration litigieuse. Quelles en sont les raisons ? Elles sont tirées de l'articulation entre droit des procédures collectives et droit de l'arbitrage ⁽²⁾.

Dans le premier arrêt, le droit des procédures collectives impose le délai d'un mois afin que le créancier ne fasse pas durer inutilement une procédure qui doit être rapide. Mais il faut composer avec les spécificités de l'arbitrage. Si l'article 1456 du Code de procédure civile (CPC) affirme que le tribunal est saisi du litige une fois que les arbitres ont accepté leur mission, le renvoi de l'article 1506 du CPC le rend supplétif (en matière interne : v. CPC, art. 1461) ⁽³⁾. En choisissant le règlement CCI, les parties peuvent donc modifier cette date pour considérer que le tribunal est saisi dès réception du dossier par le secrétariat de la Cour de la CCI. C'est le raisonnement tenu par la Cour de cassation dans l'arrêt d'octobre. Et ce qui compte pour le droit des faillites, c'est bien que le créancier ne tarde pas à engager son action. C'est ce que fait le créancier en adressant sa demande à la CCI. Au surplus, retenir cette solution a pour avantage de ne pas créer trop d'embûches pratiques : retenir, dans tous les cas, que la date de saisine du tribunal s'entend de la date de signature de l'acte de mission aurait pour conséquence que, dans bien des cas, le délai d'un mois soit dépassé, au vu des délais pratiques dans lesquels les arbitres signent cet acte. Cette solution ne se justifierait pas, en droit des procédures collectives, dès

lors que le créancier a bien pris toutes ses dispositions pour ne pas laisser le temps courir inutilement.

Dans l'arrêt du 8 février 2023, on pourrait avoir l'impression d'une contradiction avec l'arrêt d'octobre. Mais il faut, là aussi, revenir à l'articulation du droit des procédures collectives et du droit de l'arbitrage. Si le droit des procédures collectives interdit les poursuites engagées après le jugement d'ouverture et les paiements individuels, c'est pour éviter qu'un créancier ne se soustraie à la discipline collective. Pour l'éviter, c'est bien la date à laquelle la demande en paiement a été formée qui doit être considérée ⁽⁴⁾. C'est bien à cette date que le créancier a tenté de se soustraire à la discipline collective en formulant pour la première fois judiciairement une demande en paiement. Autrement dit, c'est à ce moment-là qu'il a engagé une poursuite contre le débiteur failli. Le cas d'espèce est révélateur : considérer que la « date de saisine » devrait être la date à laquelle l'acte de mission a été signé (sous réserve de la volonté des parties), ce serait permettre au créancier, défendeur initial, de former, après le jugement d'ouverture, une demande reconventionnelle en paiement contre le débiteur. Ce serait donc bien lui permettre d'engager des poursuites après le jugement d'ouverture. Ici le droit de l'arbitrage doit se plier aux exigences du droit des procédures collectives, qui retient cette date comme pertinente. Et l'article 1456 du CPC n'est pas pertinent car le principe d'interdiction des poursuites (et la date à laquelle il convient de se placer) est d'ordre public international au titre de l'article 1520, 5°, du CPC. C'est cette différence de logique interne au droit des procédures collectives qui justifie que la date de saisine du tribunal arbitral ne soit pas appréciée de la même manière selon la configuration litigieuse.

On ajoutera, s'agissant de l'arrêt du 8 février 2023, que c'est bien l'interdiction des poursuites qui est mobilisée pour justifier le refus d'*exequatur* et non l'interdiction des paiements, alors même que le tribunal arbitral avait condamné le débiteur à payer. C'est peut-être le signe que si le tribunal avait été saisi antérieurement au jugement d'ouverture, et avait condamné, en violation de ce dernier principe, le débiteur à payer, sa sentence n'aurait pas été lettre morte : un *exequatur* partiel, comme le soutenait le pourvoi, limité à la reconnaissance de la sentence, aurait permis au créancier de faire valoir sa créance devant les organes de la procédure, sans que la partie de la sentence relative au paiement ne soit reconnue. Cet *exequatur* partiel n'était ici pas même possible : c'est le principe d'interdiction des poursuites qui avait été violé.

(1) Sur cette figure, v. Cass. com., 12 nov. 2020, n° 19-18849 : D. 2020, p. 2484, obs. T. Clay ; D. 2021, p. 1736, obs. F.-X. Lucas et P. Cagnol ; D. 2021, p. 1832, obs. L. d'Avout ; RTD civ. 2021, p. 486, obs. N. Cayrol ; RTD com. 2021, p. 192, obs. A. Martin-Serf ; RTD com. 2021, p. 555, obs. É. Loquin ; Rev. arb. 2021, p. 241, note D. Bureau ; Rev. crit. DIP 2022, p. 63, note É. Farnoux. Rapp. P. Fouchard, « Arbitrage et faillite », Rev. arb. 1988, p. 471, n° 46 (relatif à l'annulation seulement partielle de la sentence condamnant un débiteur en faillite).

(2) Sur laquelle, v. M. Audit, S. Bollée et P. Callé, *Droit du commerce international et des investissements étrangers*, 3^e éd., 2019, LGDJ, p. 710-712, n° 882, EAN : 9782275054728.

(3) Sur ce caractère supplétif, v. déjà Dalloz actualité, 28 oct. 2022, obs. J. Jourdan-Marques ; Procédures 2023, comm. 14, obs. L. Weiller.

(4) P.-M. Le Corre, *Droit et pratique des procédures collectives 2023-2024*, 12^e éd., 2022, Dalloz, n° 623.221 et l'arrêt cité, Cass. com., 29 juin 2022, n° 21-10504.

III. LE CONTENTIEUX PARA-ARBITRAL

A. Généralités

L'articulation du droit de l'Union européenne et du référé-provision GPL449f0

L'essentiel Le versement d'une provision ne peut être ordonné, dans le cadre d'un référé-provision, que si l'urgence le commande et si l'obligation concernée n'est pas sérieusement contestable. L'urgence doit être appréciée au jour où le juge statue ; le droit de l'Union européenne oblige peut-être à ajouter deux conditions supplémentaires à l'octroi d'une telle provision par le juge français.

Cass. 1^{re} civ., 1^{er} mars 2023, n° 22-15445, Sté Doosan Infracore Europe SRO c/ Sté Acierinox materiel et a., FS-B (cassation partielle CA Rouen, 3 févr. 2022), M. Chauvin, prés. ; SCP Bénabent, SARL Ortscheidt, av. : Dalloz actualité, 20 mars 2023, obs. F. Mélin – Cass. 1^{re} civ., 11 janv. 2023, n° 21-21215, Sté Airbus Helicopters c/ Sté Alelk Company For General Trading Ltd, F-D (cassation CA Aix-en-Provence, 17 juin 2021), M. Chauvin, prés. ; SARL Ortscheidt, av. : Dalloz actualité, 14 mars 2023, obs. J. Jourdan-Marques

Note

Le référé-provision est susceptible, en matière internationale, de primer, en pratique, de compétence le juge du fond. Octroyant une provision d'un montant équivalent à la demande susceptible d'être portée au fond, le juge du provisoire porte une appréciation sur le fond du droit et prend une « décision analogue à celle qu'adopterait, s'il était saisi, le juge du fond »^[1]. Ce dernier n'ayant plus d'utilité pratique, les parties décident de ne jamais le saisir : le juge du provisoire prive alors concrètement de compétence le juge du fond. Or, lorsque le juge du fond a été contractuellement désigné par les parties, et plus encore que ce juge du fond est un arbitre^[2], le juge du provisoire risque concrètement de porter atteinte à l'effet négatif de la convention d'arbitrage. Par la convention d'arbitrage, les parties ont conjointement décidé de donner seule compétence à l'arbitre pour qu'il se prononce sur le fond. Et s'il devait se trouver un juge étatique susceptible d'octroyer immédiatement une provision au demandeur, par sa stratégie procédurale, ce dernier déjouerait la compétence du tribunal arbitral, et l'effet négatif de la convention d'arbitrage.

Ce que l'on appelle désormais la protection juridictionnelle au provisoire^[3] doit cependant être ménagée, même en matière d'arbitrage : le référé-provision ne saurait être totalement exclu en la matière. C'est pourquoi le juge étatique reste compétent pour ordonner une mesure provisoire et conservatoire, y compris une provision, tant que le tribunal arbitral n'a pas été saisi, mais les conditions pour qu'il puisse se prononcer se trouvent rehaussées

par rapport au droit commun par l'article 1449 du Code de procédure civile (CPC)^[4]. Ainsi en matière d'arbitrage, pour qu'une provision soit ordonnée, le demandeur doit prouver, en plus de l'absence de saisine du tribunal arbitral, que l'obligation n'est pas sérieusement contestable mais aussi que l'urgence le commande. Cette condition de l'urgence est une addition vis-à-vis du droit commun pour précisément ménager l'effet négatif de la convention d'arbitrage, tout en préservant, dans les cas qui l'exigent, cette protection juridictionnelle provisoire^[5].

Mais à quelle date le juge doit-il se placer pour apprécier cette condition de l'urgence ? La réponse se trouve dans l'économie de l'article 1449 du CPC : c'est pour éviter un péril qu'une provision peut être exceptionnellement ordonnée. Il faut donc se placer au moment le plus proche de celui où le juge se prononce. Si l'urgence n'existe plus à cette date, l'effet négatif de la convention d'arbitrage doit être respecté. La première chambre civile de la Cour de cassation vient de l'affirmer clairement dans un arrêt du 1^{er} mars 2023.

Il laisse en suspens, pour des raisons essentiellement procédurales, l'intéressante question des liens entre l'article 35 du règlement *Bruxelles I bis* et l'article 1449 du CPC. L'article 35 fixe la compétence des juridictions des États membres pour ordonner des mesures provisoires et conservatoires. Or, dans l'arrêt *Van Uden*^[6], la Cour de justice a jugé que cet article doit être mis en œuvre même dans le cas où la compétence au fond revient à un arbitre. Autrement dit, cet article vient délimiter la compétence des juges des États membres y compris s'agissant des mesures provisoires et conservatoires dans l'arbitrage international. Il ne pose, cependant, que des difficultés limitées en notre matière dans la mesure où il se contente, pour l'essentiel, de renvoyer au droit national de chaque État membre, soit à l'article 1449 du CPC pour ce qui nous concerne^[7]. Mais l'arrêt *Van Uden* avait également proposé une définition des « mesures provisoires et conservatoires », affinant celle proposée dans l'arrêt *Reichert II*^[8]. Il avait affirmé que le référé-provision ne pouvait être qualifié de mesure provisoire ou conservatoire sauf si le remboursement de la provision était garanti dans le cas où le demandeur n'obtenait pas gain de cause au fond, et si la provision portait sur des avoirs déterminés

(1) J. Normand, note ss CJCE, 17 nov. 1998, n° C-391/95, *Van Uden*, Rev. crit. DIP 1999, p. 340.

(2) C. Seraglini et J. Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, 2^e éd., 2019, LGDJ, p. 686-687, n° 702, EAN : 9782275042459.

(3) Sur quoi, v. C. Chainais, *La protection juridictionnelle provisoire dans le procès civil en droits français et italien*, 2007, Dalloz, préf. S. Guinchard.

(4) Sur quoi, v. C. Chainais, *La protection juridictionnelle provisoire dans le procès civil en droits français et italien*, 2007, Dalloz, préf. S. Guinchard.

(5) C. Chainais, « Les mesures provisoires dans le nouveau droit français de l'arbitrage : à la recherche d'une complémentarité vertueuse entre arbitre et juge étatique », in J. van Compernelle, J.-F. van Drooghenbroeck et A. Saletti (dir.), *L'arbitre et le juge étatique*, 2014, Bruylant, p. 282-328.

(6) CJCE, 17 nov. 1998, n° C-391/95, *Van Uden* : Rev. crit. DIP 1999, p. 340, note J. Normand ; Rev. arb. 1999, p. 152, note H. Gaudemet-Tallon.

(7) C. Nourissat, « Les questions liées à la procédure arbitrale et à l'efficacité de la sentence », in P. Mayer (dir.), *Arbitrage et droit de l'Union européenne*, 2012, LexisNexis, p. 29 et s., spéc. p. 34-35.

(8) CJCE, 26 mars 1992, n° C-261/90.

du défendeur se situant sur le territoire du juge saisi. Or, l'article 1449 ne prévoit pas de telles conditions. Le juge français se trouve donc dans la possibilité d'octroyer une provision sur le fondement de l'article 1449, applicable par renvoi de l'article 35 si l'on suit l'arrêt *Van Uden*, qui ne permet pourtant l'octroi d'une telle provision que dans des conditions très limitatives. Ne faudrait-il pas soumettre le référé-provision en matière d'arbitrage aux conditions de l'arrêt *Van Uden* ? Le raisonnement est astucieux, et inédit à notre connaissance. Si l'on veut se conformer à la jurisprudence européenne, il nous semble difficilement parable, tout en révélant sûrement de nouveau le raisonnement un peu contestable de l'arrêt *Van Uden*⁽⁹⁾. Ce pour quoi l'article 35 a été introduit, c'est pour limiter les atteintes à la compétence sur le fond du juge d'un autre État membre. Or, lorsque le contrat comporte une convention d'arbitrage, la question de la compétence internationale du juge étatique pour prononcer des mesures provisoires et conservatoires ainsi que celle de savoir quelles mesures peuvent être prononcées relève du seul droit de l'arbitrage international, et non du droit international privé européen. Mais l'arrêt *Van Uden* a admis une emprise plus large du règlement *Bruxelles I* (applicable *ratione temporis*) sur l'arbitrage dont il faut bien tenir compte juridiquement. Dans ces conditions, le versement d'une provision dans l'arbitrage ne pourrait être ordonné

qu'en cas d'urgence si l'obligation n'est pas sérieusement contestable – conditions de l'article 1449 du CPC – et uniquement si la provision porte sur des avoirs déterminés du défendeur se situant sur le territoire du juge saisi et si le remboursement de la provision est garanti dans le cas où le demandeur n'obtient pas gain de cause au fond – conditions de l'arrêt *Van Uden*.

Comme en droit commun, la provision ne peut être versée que si l'obligation en cause n'est pas sérieusement contestable, ainsi qu'on l'a dit. Juge de l'évidence, le juge des référés ne peut dès lors ordonner le versement à titre de provision d'une contre-prestation contractuelle si le demandeur n'a pas respecté ses propres obligations contractuelles, qui conditionnaient le paiement. Or, dans un arrêt du 11 janvier 2023, à l'occasion d'un contrat d'intermédiaire, le défendeur affirmait que le demandeur n'avait pas établi les rapports d'activités écrits auxquels les contrats subordonnaient le paiement. Autrement dit, les obligations de *compliance* n'avaient pas été respectées alors que les contrats d'intermédiaire ont été le terreau de pratiques corruptrices. L'obligation est ici bien contestable et la voie du référé-provision fermée. Elle ne saura empêcher le tribunal arbitral de se pencher sur le respect de ces obligations pour éviter de donner effet à un pacte corrupteur.

(9) Sur lequel, v. not. Rev. arb. 1999, p. 152, note H. Gaudemet-Tallon. *Adde* C. Nourissat, « Les questions liées à la procédure arbitrale et à l'efficacité de la sentence », in P. Mayer (dir.), *Arbitrage et droit de l'Union européenne*, 2012, LexisNexis, p. 29 et s., spéc. p. 34-35.

B. La responsabilité des acteurs de l'arbitrage

La responsabilité contractuelle d'un centre d'arbitrage peut être engagée, même pour la méconnaissance des principes du procès équitable GPL449e0

L'essentiel Si un centre d'arbitrage peut engager sa responsabilité contractuelle à l'égard des parties à l'arbitrage, y compris en cas de méconnaissance des principes du procès équitable, sa responsabilité ne peut être engagée que pour les fautes qu'il a personnellement commises dans l'exécution de sa mission d'organisation de l'arbitrage. Les fautes prétendues de l'arbitre ne sauraient ainsi permettre de l'engager.

Cass. 1^{re} civ., 22 mars 2023, n° 21-16238, Société Kraydon Ltd c/ Chambre de commerce internationale de Paris (CCI), F-D (rejet pourvoi c/ CA Paris, 10 nov. 2020), M. Guihal, cons. doyen f. f. de prés. ; SARL Delvolvé et Trichet, SCP Spinosi, av.

Note

La mise en jeu de la responsabilité de l'institution d'arbitrage sera-t-elle la planche de salut du plaideur déçu ? Celle de l'arbitre ne pouvant être engagée qu'à des conditions très restrictives (sur quoi, v. P. Stoffel-Munck, « La responsabilité de l'arbitre », Rev. arb. 2017, p. 1123. V. aussi, M. Moreau-Cucchi, *La responsabilité civile de l'arbitre*, C. Seraglini (dir.), thèse dacty, 2021, Paris-Saclay),

la Cour de cassation n'exclut pas que la responsabilité contractuelle du centre puisse être mise en jeu mais la voie ouverte semble relativement étroite. Débouté de ses demandes, le plaideur faisait valoir contre la Chambre de commerce internationale (CCI) diverses violations des principes directeurs du procès, en particulier du principe du contradictoire, que le règlement d'arbitrage CCI garantissait pourtant.

Deux difficultés préliminaires méritent d'être relevées, alors même que l'arrêt ne les évoque pas, la Cour n'étant pas interrogée à leur sujet. Identiques à celles qui affectent la responsabilité de l'arbitre (CA Paris, 22 juin 2021, n° 21/07623 : Dalloz actualité, 17 sept. 2021, obs. J. Jourdan-Marques ; Rev. arb. 2022, p. 744), elles portent sur la compétence juridictionnelle du juge français pour connaître de ce type de demandes, et sur la loi applicable à l'action ainsi engagée. Or, à ces deux égards, l'exclusion des règlements *Bruxelles I bis* et *Rome I* n'est rien moins qu'incertaine. Si l'arbitrage est exclu « en tant que matière » (CJCE, 25 juill. 1991, n° C-190/89, Marc Rich) des règlements européens, le contrat d'organisation de l'arbitrage paraît être un banal contrat de prestation de services. La Cour de cassation juge, à cet égard, que le

contrat d'organisation de l'arbitrage se borne à une simple mission administrative, « la fonction juridictionnelle [étant] réservée aux arbitres ». Si le contrat d'organisation de l'arbitrage vise simplement à permettre qu'administrativement une sentence arbitrale puisse être rendue, et s'il n'a rien à voir avec la mission juridictionnelle qui s'exerce en cette matière, on peut estimer qu'il n'y a guère de raisons à ce qu'il échappe à l'emprise des instruments européens. Se poserait alors la question de savoir où se trouverait le lieu où les services ont été fournis sur le fondement de l'article 7 du règlement *Bruxelles I bis* et celle de savoir, à défaut de choix de loi par les parties, si la loi française peut toujours être appliquée en cas d'arbitrage CCI, la CCI, débitrice de la prestation caractéristique, ayant son siège à Paris (en ce sens, B. Audit et L. d'Avout, *Droit international privé*, 2^e éd., 2022, LGDJ, n° 1414).

Ces questions ne sont pas abordées, et l'on peut cependant se demander si l'emprise des règles matérielles s'étendra jusqu'au contrat d'organisation de l'arbitrage. On remarquera que la Cour évoque l'article 1147 ancien du Code civil pour justifier sa solution : c'est donc bien le droit français interne qui est appliqué, ce qui semble exclure l'utilisation de la méthode des règles matérielles, qui fait fi de toute référence à une quelconque loi étatique dans l'arbitrage international. Cela laisse sûrement place à un raisonnement conflictualiste, probablement mené sur le fondement des instruments européens.

Sur le plan substantiel, c'est bien la responsabilité contractuelle, engagée donc à raison de la conclusion de ce contrat particulier qu'est le contrat d'organisation de l'arbitrage, qui est susceptible d'être mise en jeu. Or, pour déterminer les conditions dans lesquelles cette responsabilité peut être engagée, il faut déterminer les obligations qui pèsent sur le centre d'arbitrage. La Cour affirme, à cet égard, que ce contrat ne confie au centre qu'une « fonction d'organisation de l'arbitrage », et non une fonction juridictionnelle, exclusivement assurée par le tribunal arbitral. Cette partition « résulterait de la nature juridictionnelle de la fonction des arbitres » : si les arbitres ont une mission juridictionnelle, alors le centre d'arbitrage ne peut l'avoir. On peut contester cette formulation dans la mesure où il nous semble que cette partition résulte essentiellement de la fonction même du centre d'arbitrage, chargé seulement d'administrer l'arbitrage. Cette partition résulte surtout de la nature administrative de la fonction des centres d'arbitrage, non de la nature juridictionnelle de la fonction des arbitres. Mais le raisonnement de la Cour est informatif en ce sens qu'il apparaît que les différentes fonctions des « organes » susceptibles d'intervenir dans un arbitrage s'organisent, et découlent, de la nature juridictionnelle de la mission arbitrale. Les conséquences que la Cour en tire sont sûrement plus importantes que cette formulation un peu critiquable : si le centre n'a qu'une

fonction d'administration, et n'a donc pour obligation que d'administrer l'arbitrage, aucun grief résultant de l'exercice de la mission juridictionnelle des arbitres ne saurait lui être imputé. En termes civilistes, on dira en effet que la mise en jeu de la responsabilité contractuelle suppose la preuve d'une inexécution d'une obligation contractuelle. Or aucune obligation liée à la fonction juridictionnelle de l'arbitre ne pèse sur le centre. Une quelconque inexécution ne saurait donc lui être reprochée à cet égard précisément, car le centre ne s'est obligé à rien en la matière. C'est pourquoi, là aussi peut-être un peu maladroitement, la Cour affirme que « [le centre] ne répond que des fautes qu'il a personnellement commises dans l'exécution de sa mission d'organisation de l'arbitrage ». En effet, la responsabilité contractuelle « du fait d'autrui » est désormais bien acceptée, ce pour quoi le caractère personnel de l'inexécution n'apparaît pas exactement pertinent. Ce que semble vouloir dire la Cour ici, c'est que la responsabilité contractuelle du centre ne peut être engagée qu'en cas d'inexécution de la mission administrative d'organisation de l'arbitrage, et non à raison des fautes qu'aurait commis l'arbitre dans l'exercice de sa fonction juridictionnelle. En effet, cette dernière mission relève, non du contrat d'organisation de l'arbitrage, mais du contrat d'arbitre, si l'on suit cette théorie, et son seul débiteur est l'arbitre, à l'exclusion, donc, du centre d'arbitrage. Seule la responsabilité de l'arbitre pourrait donc être engagée pour l'inexécution des obligations liées à sa mission juridictionnelle dans les conditions restrictives que l'on sait.

Mais à quoi, au juste, s'engage un centre d'arbitrage comme la CCI ? La question paraît très embrouillée, d'autant plus que la Cour ajoute qu'un centre d'arbitrage est bien susceptible d'engager sa responsabilité, même « en cas de méconnaissance des principes du procès équitable ». Or, ces principes ressortissent *a priori* essentiellement de la mission juridictionnelle de l'arbitre, qui ne pèse, on l'a dit, que sur lui. Le centre d'arbitrage serait donc bien débiteur d'une obligation relative à la bonne application des principes du procès équitable, sans quoi elle ne pourrait jamais engager sa responsabilité à raison de leur méconnaissance. Peut-on dire, au surplus, qu'elle a pour obligation de faire appliquer son règlement ? Là aussi, la réponse est douteuse : un bon nombre de règles issues des règlements d'arbitrage, contractualisés par les parties, s'adresse au tribunal arbitral. Et en raison de la partition mise en œuvre par la Cour, elles semblent relever de la fonction juridictionnelle de l'arbitre.

Autrement dit, si le principe de la responsabilité contractuelle du centre d'arbitrage – en plus de l'existence du contrat d'organisation d'arbitrage – est désormais reconnu, sa mise en œuvre appellera bientôt d'utiles compléments.

(...)

IV. L'ARBITRAGE D'INVESTISSEMENT

La difficile appréciation de la compétence « *ratione temporis* » d'un tribunal arbitral d'investissement GPL449f1

L'essentiel L'article d'un traité bilatéral d'investissement prévoyant que le traité s'applique aux investissements faits par un investisseur d'une partie contractante, à compter du 1^{er} janvier 1992, ne prévoit pas un critère de compétence *ratione temporis*.

Cass. 1^{re} civ., 7 déc. 2022, n° 21-15390, Sté Joint Stock Company « State Savings Bank of Ukraine » c/ Fédération de Russie, FP-BR (cassation partielle CA Paris, 30 mars 2021), M. Chauvin, prés. ; SARL Ortscheidt, SCP Bénabent, av. : Dalloz actualité, 9 janv. 2023, obs. J. Jourdan-Marques ; Procédures 2023, comm. 44, obs. L. Weiller

Note

Depuis quelques mois, la Cour de cassation semble vouloir affermir les contours du contrôle de la compétence des tribunaux d'investissement. À l'étude de la jurisprudence récente, il semble que l'étendue de ce contrôle se resserre, ce que vient confirmer l'arrêt du 7 décembre 2022 de la Cour de cassation. Il s'agissait, en pleine guerre d'Ukraine, de déterminer si l'article 12 du traité bilatéral d'investissement (TBI) Russie-Ukraine instaure une limitation de la compétence *ratione temporis* du tribunal arbitral en ce qu'il stipule que « le présent accord s'applique à tous les investissements réalisés par les investisseurs d'une partie contractante sur le territoire de l'autre partie contractante à compter du 1^{er} janvier 1992 ». Dans un arrêt du 30 mars 2021, la cour d'appel de Paris avait jugé que seuls les investissements réalisés après cette date relevaient de la compétence arbitrale : la date du 1^{er} janvier 1992 constituait bien une condition *ratione temporis* de la compétence des arbitres, relevant comme telle du contrôle du juge français ⁽¹⁾. C'est l'interprétation inverse qui prévaut devant la Cour de cassation : l'article 12 n'énonce qu'une « règle de fond », qui, en raison du principe de non-révision au fond cité au soutien de la décision, n'entre pas dans le contrôle du juge.

Si la Cour rappelle que le contrôle de la compétence est total, seuls les critères de compétence peuvent faire l'objet de l'attention d'un juge étatique. Jugeant qu'en matière d'investissements, le consentement de l'État porte sur une catégorie d'investisseurs – compétence *ratione personae* – et s'étend aux investissements qu'il définit – compétence *ratione materiae* – la Cour estime que cette condition temporelle ne relevait pas d'une question de compétence, après avoir vérifié que l'offre d'arbitrage et la définition des investissements donnée par le traité ne comportaient aucune restriction *ratione temporis*. Est-ce à dire que la Cour de cassation juge que ce qui relève, en

droit des investissements internationaux, de la compétence *ratione temporis* d'un tribunal arbitral n'entre jamais dans le champ du contrôle étatique ? On peut en douter.

Au cas d'espèce, on pouvait hésiter, en effet, entre trois qualifications au moins. On pouvait, d'abord, considérer cette indication temporelle comme un critère de compétence *ratione temporis* du tribunal arbitral : seuls les investissements réalisés après le 1^{er} janvier 1992 relèvent de l'arbitrage, les investissements réalisés antérieurement de la justice étatique internationalement compétente. Telle était l'interprétation de la cour d'appel de Paris. On pouvait ensuite estimer qu'elle fixe une condition d'application temporelle, non de la compétence arbitrale, mais de la protection substantielle des investissements. Seuls les investissements réalisés après le 1^{er} janvier 1992 sont protégés sur le fond, et peuvent donner lieu à indemnisation en cas d'expropriation par exemple. Est-ce la qualification retenue par la Cour de cassation lorsqu'elle qualifie cette règle de « règle de fond » ? Peut-être, mais l'expression « règle de fond » n'importe que peu ici : si la condition relève de la protection substantielle, elle ne relève pas de la compétence et donc n'entre pas dans le contrôle du juge étatique ⁽²⁾. Cette qualification vise simplement ici à l'exclure du contrôle du juge français. Notons que la cour d'appel de Paris avait jugé que la condition relevait tant de la protection substantielle que de la protection procédurale, ce qui lui permettait d'exercer son contrôle. Enfin, la troisième qualification possible se rapportait à l'entrée en vigueur du traité : c'est le traité lui-même qui entre en vigueur au 1^{er} janvier 1992, sans que cette date ne se rapporte à celle de réalisation des investissements ⁽³⁾. C'est le traité lui-même qui vient, rétroactivement, s'appliquer à des investissements réalisés après le 1^{er} janvier 1992. Cette dernière qualification était *a priori* exclue dans la mesure où c'est l'article 14 du TBI concerné qui fixait directement la date d'entrée en vigueur du texte. En sorte que les deux premières hypothèses pouvaient être débattues.

En principe, les règles de protection « s'articulent autour de deux objets qui définissent l'application dans le temps de ces règles : la protection de fond est fondée sur l'existence d'un investissement protégé par le traité au moment de la violation alléguée des règles de protection ; la protection procédurale est centrée sur la naissance d'un différend suite à cette violation » ⁽⁴⁾. Sur ce fondement, la Cour nous semble affirmer que la date du 1^{er} janvier 1992

(1) CA Paris, 30 mars 2021, n° 19/04161, Oschadbank : Dalloz actualité, 30 avr. 2021, obs. J. Jourdan-Marques ; D. 2021, p. 2272, obs. T. Clay ; JCP E 2022, 1241, obs. M. Laazouzi ; v. aussi A. Kallergis, « L'applicabilité des traités bilatéraux d'investissement dans les zones contestées », JDI 2022, var. n° 6, spéc. n° 64.

(2) Sur ces deux aspects de la protection, M. Ménard, « Application *ratione temporis* de la protection des investissements et des investisseurs », in C. Leben (dir.), *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, 2015, Pedone, p. 201 et s.

(3) Sur cette interprétation, v. Dalloz actualité, 9 janv. 2023, obs. J. Jourdan-Marques.

(4) M. Ménard, « Application *ratione temporis* de la protection des investissements et des investisseurs », in C. Leben (dir.), *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, 2015, Pedone, p. 223.

ne concernait donc que la protection de fond, qui n'entre pas dans la compétence arbitrale. Mais la compétence *ratione temporis* n'est pas totalement négligée dès lors que la Cour affirme que le juge du contrôle doit vérifier, au titre de cette compétence-là, « que le litige était né après l'entrée en vigueur ». Autrement dit, si la date du 1^{er} janvier 1992 ne portait que sur la protection substantielle, une condition *ratione temporis* doit malgré tout être vérifiée. Et par cette incise, la Cour de cassation semble prendre position sur une question discutée car c'est la date de naissance du litige qui constitue pour elle la date pertinente *ratione temporis*. Or, en droit des investissements, le principe semble plutôt que les traités n'excluent pas les différends antérieurs à leur entrée en vigueur

sauf stipulation expresse ⁽⁵⁾, ce que la Cour permanente de justice avait déjà jugé dans l'affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine* ⁽⁶⁾. La décision de la Cour de cassation pourra, cependant, trouver appui sur certaines sentences telles que celle rendue dans l'affaire *Salini*. Mais l'on voit que là où la Cour voulait apporter clarté quant au critère *ratione temporis*, en excluant les principales difficultés du contrôle étatique, il n'est pas certain que la question ne rebondisse pas prochainement à cet égard.

(5) M. Ménard, « Application *ratione temporis* de la protection des investissements et des investisseurs », in C. Leben (dir.), *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, 2015, Pedone, p. 225.

(6) CPJI, 30 août 1924, Concessions Mavrommatis en Palestine (Grèce c/ Grande Bretagne).

La définition de « l'investissement », la Cour de justice de l'Union européenne, et le juge français du contrôle GPL449f2

L'essentiel La cour d'appel de Paris reprend la définition donnée par la Cour de justice de l'Union européenne à la notion « d'investissement » au sens du traité sur la Charte de l'énergie.

CA Paris, 5-16, 10 janv. 2023, n° 18/14721, République de Moldavie c/ Sté Stileks scientific and production firm LLC, M. Barlow, prés., M^{mes} Schaller et Aldebert, cons. ; M^{es} Boccon Gibod, Ostrove, Naud, Salem, Grappotte-Benetreau, Nadeau-Seguín, Kaminsky et Teynier, av. : Dalloz actualité, 14 mars 2023, obs. J. Jourdan-Marques

Note

Après que la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) s'est prononcée sur la définition du terme « investissement » du traité sur la Charte de l'énergie (TCE), revoilà l'affaire *Komstroy* devant la cour d'appel de Paris (CJUE, 2 sept. 2021, n° C-741/19). On se souvient que la CJUE en avait profité pour étendre la solution de l'arrêt *Achmea* aux arbitrages intra-européens intentés sur le fondement du TCE (CJUE, 6 mars 2018, n° C-284/16). Mais dans l'affaire en cause, qui mettait aux prises une société d'un État tiers et la Moldavie, État tiers également, cette partie de l'arrêt, non reprise d'ailleurs dans le dispositif, ne présentait aucun intérêt : seule comptait la définition, donnée par la Cour, de la notion d'investissement. Prenant le contrepied de la Cour de cassation française, la CJUE y avait retenu, qu'au sens de l'article 1^{er}, point 6, du TCE, l'acquisition d'une créance issue d'un contrat de fourniture d'électricité, non associé à un investissement, ne constituait pas un investissement au sens du TCE. Par conséquent, la compétence du tribunal arbitral ne semblait pouvoir être établie pour qu'il soit jugé d'une potentielle violation du traité, et la sentence portée devant le juge français semblait bien encourir l'annulation. Il restait cependant au juge français de la prononcer.

Et il est vrai que les conditions dans lesquelles l'arrêt européen avait été rendu étaient susceptibles de permettre

aux parties de tenter d'échapper à cette définition restrictive : l'affaire ne concerne que des parties relevant d'États tiers à l'Union, et l'applicabilité du droit européen était donc très incertaine. Il apparaissait cependant clairement à notre avis que la CJUE n'avait voulu laisser aucune marge de manœuvre à cet égard aux juges des États membres. À la suivre, l'article 1^{er}, point 6, du TCE devait recevoir « une interprétation uniforme, quelles que soient les conditions dans lesquelles ladite disposition [était] appelée à s'appliquer » ⁽¹⁾. Autrement dit, la Cour souhaitait donner une interprétation européenne uniforme à la notion d'investissement au sens du TCE, quelle que soit la situation litigieuse d'espèce. Or, les arrêts de la Cour doivent être suivis par le juge ayant initié le renvoi, sous peine que l'État membre s'expose à un recours en manquement ⁽²⁾ : la cour d'appel de Paris ne semblait qu'avoir à tirer les conséquences de l'interprétation donnée par la CJUE et à annuler la sentence. Ce serait oublier, cependant, que le juge de renvoi est chargé de vérifier si, au regard des faits de l'espèce, l'interprétation de la CJUE doit ou non s'appliquer ⁽³⁾. C'est essentiellement sur ce terrain que se plaçaient les débats. Mais avant d'aborder le terrain factuel, la cour d'appel aborde, d'abord, le terrain juridique pour justifier que l'interprétation de la CJUE était possible. Pour résumer l'essentiel, parce que la définition de la notion d'investissement est douteuse tant en jurisprudence qu'en doctrine ⁽⁴⁾, que deux interprétations étaient possibles, la CJUE avait à choisir parmi deux possibilités, aussi soutenables l'une que l'autre. Voilà qui

(1) Sur cette question, v. not. F. Picod et J. Rideau, Rép. eur. Dalloz, v° « Renvoi préjudiciel », n° 23 et s. (interprétation uniforme) et n° 76 et s. (compétence de la Cour pour interpréter des actes mixtes).

(2) Au surplus, « Le dispositif d'un arrêt d'interprétation doit être compris à la lumière des motifs (CJCE, 16 mars 1978, Bosch c/ Hauptzollamt Hildesheim, aff. 135/77) » (F. Picod et J. Rideau, Rép. eur. Dalloz, v° « Renvoi préjudiciel », n° 231).

(3) F. Picod et J. Rideau, Rép. eur. Dalloz, v° « Renvoi préjudiciel », n° 232.

(4) J. Jourdan-Marques y voit un maniement critiquable des sources, Dalloz actualité, 14 mars 2023.

justifie la solution retenue par la CJUE, qui s'impose au juge national d'après la cour d'appel de Paris.

Sur le plan factuel, la cour d'appel affirme que la CJUE avait entre ses mains l'essentiel des éléments factuels d'espèce, et apparaissait très informée car elle avait eu communication de l'arrêt de renvoi mais aussi de la sentence. Dès lors, il apparaissait difficile de contester que la CJUE avait exclu très précisément l'opération en cause de la catégorie d'investissement, ce que la cour d'appel s'échine à prouver. La structure du TCE est alors mise au service de l'argumentation pour distinguer l'opération commerciale de l'investissement. On a pu critiquer cette approche en ce qu'elle serait potentiellement en contradiction⁽⁵⁾ avec les lignes directrices élaborées par la Cour de cassation en la matière⁽⁶⁾. On peut croire, en effet, d'un arrêt du 7 décembre 2022, que la notion d'investissement doit être interprétée au regard de la seule stipulation du traité qui la définit⁽⁷⁾. La structure du traité, ici du TCE, ne pourrait donc être utilisée aux fins d'interpréter la notion d'investissement. Cette analyse ne nous semble pas incontestable : ce que la Cour semble signifier c'est que les conditions de compétence d'un tribunal sont limitatives, et que parmi elles se trouve, en matière d'investissement, l'existence d'un investissement. Elle doit donc être interprétée, traité par traité. Mais l'interprétation de cet investissement ne nous semble pas devoir résulter du seul libellé de l'article qui stipule cette condition. Il s'agirait d'une règle d'interprétation bien singulière en droit français, très objective. Ce qu'il s'agit d'identifier, c'est la volonté des deux États contractants. Et cette volonté, portant notamment sur la définition de l'investissement, peut être saisie au regard de l'ensemble du texte, tant qu'il s'agit de définir la notion même d'investissement. En sorte qu'utiliser la structure même du texte pour interpréter la notion d'investissement, condition de la compétence des

arbitres, ne nous semble pas être en contradiction avec les solutions de la Cour de cassation.

C'est le dernier argument qui paraissait, à première vue, le plus fort : l'annulation de la sentence viendrait porter atteinte à la Convention européenne des droits de l'Homme, plus précisément à l'article premier du premier protocole qui protège le droit de propriété. C'est très récemment cet article qui a été utilisé par la Cour de Strasbourg pour juger que le refus d'exécution slovaque d'une sentence rendue à Paris méconnaissait cet article premier. On avait pu croire qu'un conflit entre juges européens se ferait jour⁽⁸⁾. La cour d'appel rejette l'argument par une analyse qui n'apparaît pas entièrement convaincante⁽⁹⁾. Il est vrai que l'essentiel de la difficulté pour protéger une sentence comme un bien au titre de cet article est l'existence de voies de recours susceptibles de la remettre en cause, et sa possible absence de caractère exécutoire. C'est dans cette brèche que s'engouffre le juge français qui semble affirmer que le contrôle opéré par le juge de l'annulation ne saurait jamais entraîner une violation de cet article. On peut cependant en douter à la lecture de l'arrêt *BTS Holding* : la Cour européenne nous semble contraindre le juge national à s'interroger sur le caractère suffisamment établi de la créance résultant de la sentence arbitrale au regard du droit étatique applicable. Et si au regard du droit national, la créance apparaît bel et bien suffisamment établie, elle sera protégée par l'article premier, y compris contre un recours en annulation. L'existence d'un recours en annulation ne nous semble donc pas exclusive d'une violation de l'article premier du premier protocole. Toujours est-il que telle semble être l'interprétation retenue par la cour d'appel, qui s'appuie d'ailleurs sur l'arrêt européen lui-même, dans une lecture déjà contestée⁽¹⁰⁾, qui écarte donc une bonne partie des potentialités qu'on avait pu croire offertes par la jurisprudence de la Cour de Strasbourg.

(5) Dalloz actualité, 14 mars 2023, obs. J. Jourdan-Marques.

(6) Cass. 1^{re} civ., 7 déc. 2022, n° 21-15390 : Dalloz actualité, 9 janv. 2023, obs. J. Jourdan-Marques ; Procédures 2023, comm. 44, obs. L. Weiller, et nos obs. dans cette chronique.

(7) Cass. 1^{re} civ., 7 déc. 2022, n° 21-15390 : Dalloz actualité, 9 janv. 2023, obs. J. Jourdan-Marques ; Procédures 2023, comm. 44, obs. L. Weiller, et les annotations dans cette chronique.

(8) J. Jourdan-Marques, « Chronique d'arbitrage : CJUE *versus* CEDH, la bataille pour l'arbitrage a commerce », Dalloz actualité, 13 juill. 2022 ; v. également GPL 8 nov. 2022, n° GPL441q5, note L. Larribère.

(9) Déjà sur ce point, et certaines de ces critiques, Dalloz actualité, 14 mars 2023, obs. J. Jourdan-Marques.

(10) Dalloz actualité, 14 mars 2023, obs. J. Jourdan-Marques.

La pertinence du critère de la date de survenance du litige dans l'appréciation de la compétence d'un tribunal arbitral d'investissement GPL449e1

L'essentiel La cour d'appel de Paris affirme que la date de survenance du litige est pertinente pour apprécier la compétence *ratione temporis* d'un tribunal arbitral constitué sur le fondement du traité bilatéral d'investissement conclu entre le Royaume-Uni et l'Uruguay.

CA Paris, P. 5, ch. 16, 21 févr. 2023, n° 20/13899, M^me [G] [Y] et a. c/ La République orientale de l'Uruguay, M. Barlow, prés., M^mes Schaller et Aldebert, cons. ; M^{es} De Maria, Jaeger, Bizard, Boccon Gibod, Paraguacuto-Maheo, Dory et Méry, av.

Note

La solution posée la Cour de cassation dans un arrêt du 7 décembre 2022 (Cass. 1^{re} civ., 7 déc. 2022, n° 21-15390 : Dalloz actualité, 9 janv. 2023, obs. J. Jourdan-Marques ; Procédures 2023, comm. 44, obs. L. Weiller, et les annotations dans cette chronique), quant à l'appréciation de la compétence *ratione temporis*, semble avoir fait l'objet d'une application immédiate dans un arrêt de la cour d'appel de Paris du 21 février 2023. À la lecture du traité bilatéral conclu entre le Royaume-Uni et l'Uruguay, la cour estime que la définition de « l'investissement » ne comportait aucune considération temporelle. Cependant, une compétence *ratione temporis* était précisée par ailleurs puisque l'arbitrage n'était ouvert que

pour les différends survenus après l'entrée en vigueur du traité. La date de la réalisation des investissements n'importait pas ; seule la date de survenance du litige était pertinente aux fins de déterminer la compétence *ratione temporis* du tribunal. C'est exactement l'analyse qui semblait avoir prévalu devant la Cour de cassation dans l'arrêt du 7 décembre dernier. La cour d'appel semble, sans contradiction, cependant, avec la solution de la première chambre civile, accorder une place plus nette à la rédaction du traité. Ainsi que le rappelle la cour d'appel, en matière d'investissement, la compétence du tribunal arbitral dépend du traité. C'est donc à la seule lecture du traité en cause que les critères exacts de la compétence *ratione temporis* peuvent être déterminés, au cas par cas. Et c'est bien parce que la définition de l'investissement ne faisait apparaître aucune considération temporelle que la date de réalisation de l'investissement apparaît *in casu* sans pertinence. Or le tribunal arbitral n'avait pas été de cet avis avant de décliner sa compétence : sa sentence d'incompétence est donc annulée sur le fondement de l'article 1520, 1^o, du Code de procédure civile qui permet l'annulation, que le tribunal retienne à tort sa compétence ou son incompétence.

Si l'annulation était encourue de ce chef, la cour prend soin de vérifier que la compétence du tribunal arbitral était, en réalité, bien fondée. Alors même que le tribunal arbitral s'était trompé sur l'appréciation du critère *ratione temporis*, son incompétence aurait pu être autrement acquise. Mais comme pour le contrôle de la compétence, la cour doit d'abord déterminer ce qui fait partie du champ du contrôle de l'incompétence. À la vérité, les deux contrôles ne se distinguent d'ailleurs pas, dans la mesure où ils sont les deux faces de la même médaille. De sorte que pour établir la compétence du tribunal, le juge du contrôle ne peut s'appuyer sur ce qui relève du fond ou de l'irrecevabilité : le principe de non-révision s'applique également dans cette configuration où le défendeur au recours tente de justifier l'incompétence du tribunal. Or comme la Cour de cassation dans son arrêt du 7 décembre 2022, la cour d'appel distingue la protection procédurale de la protection substantielle, hors contrôle. Relève de cette protection substantielle la règle selon laquelle le traité ne peut sanctionner des actes commis par l'État hôte avant que le demandeur y ait investi. Il semble bien s'agir d'une condition qui ne relève pas du consentement à l'arbitrage de l'État : la question de savoir si les actes ont été commis avant l'investissement peut être rapprochée de celle de savoir si les actes de l'État hôte peuvent être qualifiés d'expropriation indirecte ou de traitement inéquitable. Elle relève ainsi du fond. Cette question doit aussi être distinguée de celle qui porte sur l'existence d'un investissement, contrôlée elle au titre de la compétence. Dans le contrôle, se trouve donc la question de l'existence d'un investissement mais sa date de réalisation ne doit pas être prise en compte, en raison de la rédaction du TBI, et la date à laquelle les actes litigieux ont été commis relève du fond. La rédaction du traité paraît ici déterminante.

Est également exclue du contrôle la condition tenant à ce que la justice étatique soit saisie par l'investisseur avant la saisine du tribunal arbitral : elle relève, tout comme le respect d'une clause de médiation, de la recevabilité, non de la compétence (dans la période récente, v. Cass. 1^{re} civ., 1^{er} févr. 2023, n^o 21-25024). On peut se convaincre de la justesse de cette analyse dans la mesure où le consentement à l'arbitrage n'est pas atteint : il s'agit simplement de savoir après quelles étapes préalables un tribunal arbitral peut être saisi, non de savoir si l'État hôte a donné son consentement à l'arbitrage. Le consentement est certain ; c'est le respect d'étapes préliminaires à sa saisine qui était en cause, et hors contrôle. La solution n'allait pas de soi, dans la mesure où, contrairement à la clause de médiation, une telle clause est inconnue du droit interne. Or, en droit interne, la violation d'une clause de conciliation/médiation est bien sanctionnée par une irrecevabilité, ce qui montre bien que la compétence du juge n'est pas mise en cause. On aurait pu ainsi croire que la qualification d'irrecevabilité se justifiait, dans l'arbitrage d'investissement, parce que le médiateur n'est pas un juge, et qu'aucune question de compétence ne se pose par hypothèse dans la matière. La qualification de compétence aurait été, en revanche, justifiée dès lors que la clause obligeant à un recours judiciaire préalable oblige à saisir un juge et qu'une question de compétence se pose alors. Mais la partition compétence/irrecevabilité n'est pas construite autour de cette distinction juge/tiers médiateur mais autour de la question de savoir si la compétence du tribunal arbitral est hors de doute. Or dès lors que des obstacles préalables sont mis à sa saisine, ce qui est douteux, ce n'est pas sa compétence, définitivement acquise, mais le respect de ces étapes préliminaires. La qualification de recevabilité se justifie alors.

Lorsqu'on se situe dans le champ du contrôle, en revanche, la rédaction du TBI se retrouve au cœur de l'analyse, et notamment la définition de « l'investissement protégé ». Certains traités prévoient, en effet que l'investissement doit être réalisé activement par l'investisseur, ce qui n'est pas le cas du TBI en cause. C'est pourquoi, même un investissement indirect se trouve protégé. Mais un TBI différent pourrait retenir une solution différente et contraindre le juge du contrôle, au titre de la compétence, à vérifier la réalisation active de l'investissement. Il en va de même de la condition de nationalité, appréciée selon le traité. Autrement dit, la cour dessine d'abord l'étendue du contrôle, pour exclure ce qui ne met pas en cause le consentement de l'État. Ensuite, elle s'appuie sur le traité pour définir les notions pertinentes aux fins de contrôle. Enfin, elle exerce ce contrôle de compétence. Il ne faudrait cependant pas traiter la première question comme si la rédaction exacte du TBI n'importait pas : elle détermine également ce que les États contractants ont voulu poser comme conditions à la compétence du tribunal. Le TBI nous semble donc aussi utile pour déterminer ce qui relève ou non du contrôle.