Les notes de cette chronique peuvent être citées de la façon suivante : GPL + date de la parution + identifiant unique (numéro de type GPL425c1 indiqué à la fin de chaque note, permettant de retrouver directement l'article via un moteur de recherche ou sur www.labase-lextenso.fr). Ex.: GPL 10 oct. 2023, n° GPL425c1.

Chronique de jurisprudence de droit de l'arbitrage GPL455f6

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

L'essentiel

Dans la période récente, de nombreuses précisions viennent affermir le régime procédural des recours portés devant le juge français du contrôle. Ainsi, de l'article 1520 du Code de procédure civile qui ne liste que les griefs portant sur la sentence arbitrale elle-même, et qui autorise donc à se prévaloir des moyens d'irrecevabilité de la requête d'exequatur (Cass. 1re civ., 13 avril 2023, n° 21-50053). Ainsi encore, de l'irrecevabilité du recours en annulation qui n'emporte pas exequatur de la sentence arbitrale (Cass. 1re civ., 7 juin 2023, n° 22-12757).
On notera également les arrêts nombreux portant sur le régime de la convention d'arbitrage, et partant de la compétence arbitrale.
Enfin, l'arrêt rendu par la Cour de Strasbourg dans l'affaire Semenya (CEDH, 11 juill. 2023, n° 10934/21, Semenya c/ Suisse) montre que le contrôle des droits fondamentaux devra être mené de manière scrupuleuse par le juge de l'annulation, et ce, même si la situation litigieuse ne présentait guère de liens avec les États parties à la CEDH.

PLAN

I. LE CONTENTIEUX POST-ARBITRAL ..... p. 1
A. Généralités ..... p. 1
B. La compétence du tribunal arbitral ..... p. 4
C. La constitution du tribunal arbitral ..... p. 10
D. La mission du tribunal arbitral ..... p. 13
E. L'ordre public international ..... p. 15
II. LE CONTENTIEUX PARA-ARBITRAL ..... p. 16

I. LE CONTENTIEUX POST-ARBITRAL

A. Généralités

Article 1520 du Code de procédure civile et moyens tirés de l'irrecevabilité de la requête en « exequatur » GPL455g6

L'essentiel **Les moyens tirés de l'irrecevabilité de la requête en exequatur sont susceptibles d'être invoqués devant le juge du contrôle, en dépit du caractère limitatif des griefs visés à l'article 1520 du Code de procédure civile.**

Cass. 1re civ., 13 avr. 2023, n° 21-50053, M. J. D. et a. c/ M. H. P. et a., F–B (cassation CA Paris, 12 juill. 2021), Mme Guihal, cons. doyen f. f. prés. ; SCP Foussard et Froger, SARL Ortscheidt, av. : Dalloz actualité, 30 mai 2023, obs. J. Jourdan-Marques ; Rev. arb. 2023, à paraître, note S. Bollée ; Procédures 2023, comm. 174, note L. Weiller

Note

Le caractère limitatif des griefs listés à l'article 1520 du Code de procédure civile, rappelé par l'article 1525, empêche-t-il de soulever devant la cour d'appel saisie d'un appel contre l'ordonnance d'*exequatur* des moyens tirés de l'irrecevabilité de la requête en *exequatur* ? Telle était la question soumise à la Cour de cassation dans cet arrêt du 13 avril 2023, à laquelle elle répond de manière négative.

On peut, en effet, comme la Cour de cassation, considérer que le caractère limitatif des griefs et la possibilité de faire état d'irrecevabilités touchant la requête en *exequatur* se situent sur deux plans différents : l'article 1520 concerne « le seul contrôle de la sentence » quand les moyens

d'irrecevabilité touchent à la procédure conduisant à l'*exequatur*, et n'ont donc que peu à voir avec le contrôle en lui-même de la sentence. Le principe de non-révision au fond semble en arrière-plan : l'article 1520 empêche le juge français de contrôler la sentence en jetant son regard au-delà des griefs limitativement énumérés « afin d'écarter toute appréciation du bien ou du mal jugé de l'arbitre ». Autrement dit, la révision à fin de contrôle de la sentence est bornée par cet article [1]. Mais les fins de non-recevoir opposées à la demande d'*exequatur* n'ont précisément pas pour objet de scruter la sentence : elles visent à remettre en cause la possibilité même de demander son *exequatur*. Pour le dire avec les termes de l'article 122 du Code de procédure civile, elles visent à « faire déclarer l'adversaire irrecevable en sa demande, *sans examen au fond* », c'est-à-dire, pour ce qui nous concerne, sans examen des griefs de l'article 1520. Le demandeur n'a donc pas même le droit – car il s'agit, en droit, de dénier son droit d'action – de demander l'*exequatur* de la sentence [2]. Posée en ces termes, on s'aperçoit que la question de l'irrecevabilité de la demande d'*exequatur* se situe sur un plan logiquement et chronologiquement antérieur à la mise en jeu du caractère limitatif des griefs de l'article 1520 du Code de procédure civile.

Quelques exemples en convaincront [3] : voilà une sentence dont l'*exequatur* a déjà été refusé par un arrêt de la cour d'appel. L'autorité de la chose jugée d'une telle décision fera échec à une nouvelle demande d'*exequatur*, sans qu'il soit besoin de contrôler la sentence, et donc de faire jouer l'article 1520 du Code de procédure civile. Voilà un « avis » d'un médiateur dont on demande l'*exequatur* : l'avis n'étant pas une sentence, une telle procédure n'est pas ouverte, et la demande d'*exequatur* sera donc irrecevable. Il ne sera pas plus ici que précédemment nécessaire de porter son regard sur la sentence même, et sur son contenu en particulier. L'irrecevabilité sera donc prononcée par la cour d'appel, sans égard pour l'article 1520. On mettra en vis-à-vis une telle solution avec celle rendue récemment par la cour d'appel à propos d'un arbitrage à double degré où la qualification de sentence se discute pour la « sentence » rendue au premier degré [4]. La cour avait pourtant jugé que le réexamen par un « tribunal arbitral d'appel » ne constituant pas un cas de refus d'*exequatur* ni une violation de l'ordre public international, un tel grief ne pouvait entraîner un refus de reconnaissance. N'était-ce pas plutôt un motif d'irrecevabilité de la demande d'*exequatur* tenant à l'impossibilité de qualifier la « décision » rendue par le premier tribunal arbitral de sentence [5] ? Il en irait de même des questions d'intérêt, de qualité à agir, ou encore de prescription – qui était en l'espèce plaidée. On peut encore y ajouter, en perspective française, l'autorité de chose jugée d'une décision d'*exequatur* d'une sentence annulée au siège, faisant échec à la demande d'*exequatur* de la sentence rendue dans un second temps [6].

Mais dès lors qu'une « brèche » est ouverte, son ampleur est incertaine : *quid* du retrait litigieux, dont on sait que la recevabilité devant le juge du contrôle est très largement questionnée [7] ? La difficulté ne se pose peut-être pas en termes d'irrecevabilité de la demande d'*exequatur* : la Cour de cassation, dans son arrêt de 2018 [8], avait jugé que le retrait litigieux touchait à l'exécution de la sentence, et que, partant, le caractère limitatif des griefs de l'article 1520 ne suffisait pas à écarter une telle demande. La question paraît, cependant, pouvoir être légitimement posée en des termes au moins proches.

On pourra également s'interroger sur la possible extension d'une telle solution au recours en annulation. Le visa de l'article 1525, ainsi que la précision dans l'attendu que ce texte ne fait pas obstacle à l'examen des fins de non-recevoir opposées à la demande d'*exequatur*, font pencher vers un cantonnement de la solution à l'appel contre l'ordonnance d'*exequatur*. Les raisons données par la Cour pour admettre l'examen des fins de non-recevoir font pencher du côté opposé. Ainsi qu'on l'a dit, cette possibilité est offerte car le caractère limitatif des griefs de l'article 1520 vise à empêcher d'apprécier le bien ou mal-fondé de la solution retenue par l'arbitre. Cette même raison se retrouve dans le recours en annulation. Au surplus, le rejet au fond du recours vaut *exequatur*, et l'ordonnance d'*exequatur* ne peut faire l'objet que d'un recours en annulation lorsque la sentence a été rendue en France. En sorte qu'il apparaît légitime de penser que la solution s'étendra au recours en annulation [9].

On s'interrogera enfin sur la possible extension de la solution aux exceptions de procédure : voici une ordonnance d'*exequatur* rendue par un juge incompétent. L'économie de moyens pourrait conduire à refuser une telle extension [10], dans la mesure où l'exception de procédure ne vise qu'à faire déclarer la procédure irrégulière, et non le droit d'action irrecevable. En sorte qu'elle apparaît moins grave que la fin de non-recevoir. Malgré tout, une telle exception de procédure serait bien accueillie dans une procédure classique et il peut être difficile de saisir

(1) Sur cette notion, D. Holleaux, « Les conséquences de la prohibition de la révision » *in Droit international privé : travaux du Comité français de droit international privé,* 1980-1981, p. 53 et s. En droit de l'arbitrage, v. S. Bollée, note ss CA Paris, 24 nov. 2005, n° 04/19144 : Rev. arb. 2006, p. 717.

(2) Pour une telle analyse, v. déjà S. Bollée, note ss CA Paris, 24 nov. 2005, n° 04/19144 : Rev. arb. 2006, p. 717, n° 6.

(3) V. déjà, ss Cass. 1re civ., 13 avr. 2023, n° 21-50053, obs. J. Jourdan-Marques, Dalloz actualité, 30 mai 2023, et note S. Bollée, Rev. arb. 2023, à paraître, n° 3.

(4) CA Paris, 15 nov. 2022, n° 21/02599 : Dalloz actualité, 9 janv. 2023, obs. J. Jourdan-Marques ; Rev. arb. 2023, p. 454, note E. Loquin ; GPL 16 mai 2023, n° GPL449d8, obs. L. Larribère.

(5) Cass. 1re 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.

(6) Cass. 1re civ., 10 juin 1997, nos 95-18402 et 95-18403 : JDI 1997, p. 1033, note E. Gaillard ; Rev. arb. 1997, p. 376, note P. Fouchard.

(7) V. déjà S. Bollée, note ss Cass. 1re civ., 13 avril 2023, n° 21-50053, Rev. arb. 2023, à paraître, n° 3. En jurisprudence, v. en dernier lieu, CA Paris, 7 déc. 2021, n° 18/10220 : Dalloz actualité, 21 janv. 2022, obs. J. Jourdan-Marques ; Rev. arb. 2022, p. 1071, note M. Laazouzi ; GPL 3 mai 2022, n° GPL434y9, obs. L. Larribère.

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

(9) Sur quoi, v. J. Jourdan-Marques, Dalloz actualité, 30 mai 2023 et S. Bollée, note ss Cass. 1re civ., 13 avr. 2023, n° 21-50053, Rev. arb. 2023, à paraître, n° 3.

(10) En ce sens, S. Bollée, note ss Cass. 1re civ., 13 avr. 2023, n° 21-50053, Rev. arb. 2023, à paraître, n° 3.

pourquoi ce qui vaudrait classiquement ne vaudrait pas lorsqu'il y va de l'*exequatur* d'une sentence arbitrale.

« Exequatur » et irrecevabilité du recours en annulation GPL455h0

L'essentiel **L'irrecevabilité du recours en annulation n'entraîne pas l'*exequatur* de la sentence arbitrale. Dès lors, seul un rejet au fond d'un tel recours est susceptible d'avoir pour effet d'accorder force exécutoire à la sentence.**

Cass. 1re civ., 7 juin 2023, n° 22-12757, M. I. D. c/ Sté Édifices de France, FS–B (cassation CA Douai, 3 févr. 2022), M. Chauvin, prés. ; SARL Ortscheidt, SARL Cabinet Rousseau et Tapie, av. : Dalloz actualité, 11 sept. 2023, obs. J. Jourdan-Marques ; Procédures 2023, comm. 246, obs. L. Weiller

Note

Aux termes de l'article 1498, alinéa 2, du Code de procédure civile [1], le rejet de l'appel contre l'ordonnance d'*exequatur* ou du recours en annulation emporte *exequatur* de la sentence arbitrale. La disposition s'explique car le contrôle mené par la cour d'appel sur le fondement des articles 1520 et 1525 du Code de procédure civile est bien plus large que celui prévu pour l'octroi de l'ordonnance d'*exequatur* par le tribunal judiciaire [2]. Ce dernier contrôle vise seulement à vérifier l'existence de la convention d'arbitrage et l'absence de violation manifeste de l'ordre public international. Au surplus, après un rejet du recours en annulation, il est plus expédient de dispenser les parties d'engager une simple procédure d'*exequatur*, qui ne pourra mener qu'à son octroi : le respect de l'ordre public international, seul contrôlé très souplement dans la procédure d'*exequatur*, a, par hypothèse, déjà été établi par la cour d'appel.

Cette analyse vient expliquer pourquoi, dans l'arrêt du 7 juin 2023, la Cour de cassation est venue affirmer que l'irrecevabilité du recours en annulation, qui s'entend de son rejet sans examen au fond, n'entraîne pas l'*exequatur* de la sentence, et ne permet donc pas d'engager des procédures d'exécution devant le juge compétent.

Dans cette affaire déjà bien connue, ayant donné lieu à un arrêt de cassation [3], ayant lui-même entraîné une condamnation par la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH) de la jurisprudence française en la matière [4], le recours en annulation avait été jugé irrecevable par la Cour régulatrice en raison du non-respect des formalités électroniques prescrites par l'article 930-1 du Code de procédure civile. La sentence n'avait donc fait l'objet d'aucun contrôle substantiel : le rejet du recours pour irrecevabilité avait été acquis sans que le juge du contrôle n'entame la vérification des griefs de l'article 1520. L'absence de tout contrôle empêche de conférer l'*exequatur* et de faire une interprétation large de l'article 1498 du Code de procédure civile. La Cour semble d'ailleurs faire sienne une telle explication lorsqu'elle affirme que l'arrêt déclarant irrecevable le recours en annulation « ne dispense pas celui qui entend en poursuivre l'exécution forcée d'obtenir du tribunal judiciaire une ordonnance d'*exequatur à l'issue du contrôle de l'existence de la convention d'arbitrage et de l'absence de violation manifeste de l'ordre public* » [5]. En sorte que le terme « rejet » de l'article 1498 doit être entendu comme un rejet au fond, après vérification des griefs invoqués contre la sentence elle-même, et non seulement contre la procédure suivie devant les organes de contrôle [6], qu'elle conduise à l'irrecevabilité du recours ou de l'appel contre l'ordonnance d'*exequatur*, ou à la reconnaissance d'une exception de procédure.

La solution s'explique pour deux raisons supplémentaires.

D'abord, il suffit d'imaginer que l'irrecevabilité du recours en annulation soit fondée sur l'autorité de chose jugée d'un précédent arrêt ayant annulé la sentence pour s'apercevoir qu'irrecevabilité et *exequatur* ne vont pas nécessairement de pair. Plus finement, on peut encore penser à l'irrecevabilité du recours en annulation, engagé contre un acte qui ne saurait recevoir la qualification de sentence arbitrale.

Ensuite, l'importance de l'*exequatur*, même en matière d'arbitrage, doit être soulignée. Si la sentence arbitrale a immédiatement autorité de chose jugée aux termes de l'article 1484 du Code de procédure civile, sa force exécutoire reste subordonnée à l'octroi de l'*exequatur*. Il s'agit, au fond, de vérifier que l'ordre juridique français est prêt à ordonner à ses organes de prêter leur concours à l'exécution de la sentence. Pour le dire autrement, la nécessité d'un *exequatur* manifeste un impératif de souveraineté étatique : seul l'État peut recourir à la force publique pour exécuter une décision, et cet impératif oblige à un certain contrôle. Ce contrôle peut certes être lâche ; il doit cependant être existant. L'arrêt revalorise ainsi d'une certaine manière la procédure d'*exequatur* devant le tribunal judiciaire, qui, pour n'autoriser qu'un contrôle *prima facie*, témoigne symboliquement au moins de cette idée. Si le contrôle exercé par le tribunal judiciaire est très léger, il doit être exercé, pour que la sentence subisse un contrôle au moins minimal, et ce, alors qu'aucun contrôle plus approfondi de la sentence ne pourra avoir lieu, faute pour le recours en annulation d'être recevable.

(1) Et CPC, art. 1527, al. 2 en matière internationale.
(2) Sur cette procédure, v. par ex., M. Audit, S. Bollée et P. Callé, *Droit du commerce international et des investissements étrangers*, 3e éd., 2019, LGDJ, p. 761 et s., nos 963 et s., EAN : 9782275054728.
(3) Cass. 2e civ., 26 sept. 2019, n° 18-14708 : Dalloz actualité, 29 oct. 2019, obs. J. Jourdan-Marques.
(4) CEDH, 9 juin 2022, n° 15567/20, Lucas c/ France : Dalloz actualité, 16 juin 2022, obs. C. Bléry ; Dalloz actualité, 13 juill. 2022, obs. J. Jourdan-Marques ; AJDA 2022, p. 1190 ; AJ fam. 2022, p. 353, obs. F. Eudier ; JCP G 2022, act. 785, obs. L. Milano ; JCP G 2022, 832, obs. O. Boudeville et L. Monjeaud ; JCP G 2022, doctr. 1345, obs. L. Mayer, L. Veyre et L. Larribère ; Procédures 2022, comm. 202, note N. Fricero ; GPL 25 oct. 2022, n° GPL441o4, obs. M. Plissonnier.
(5) Nous soulignons.
(6) Sur quoi, v. aussi nos observations ss Cass. 1re civ., 13 avr. 2013, n° 21-50053, et les références citées.

B. La compétence du tribunal arbitral

Existence de la clause et formation du contrat principal GPL455h2

L'essentiel **L'existence et la validité de la convention d'arbitrage ne dépendent pas de l'efficacité du contrat principal. Le fait qu'il n'ait pas été formé ne suffit donc pas à justifier l'incompétence du tribunal arbitral. Pour la même raison, la cour d'appel qui affirme qu'en raison de la caducité du contrat principal le tribunal arbitral n'est pas compétent viole l'article 1447 du Code de procédure civile.**

Cass. 1re civ., 13 avr. 2023, n° 22-14708, Sté Leplatre & Cie c/ Sté Établissement Trescarte, F–D (cassation CA Paris, 11 janv. 2022), Mme Guihal, cons. doyen f. f. prés. ; SARL Cabinet Rousseau et Tapie, SCP Thouvenin, Coudray et Grévy, av. : Dalloz actualité, 30 mai 2023, obs. J. Jourdan-Marques – **Cass. 1re civ., 13 avr. 2023, n° 22-14449**, Sté Egide c/ M. I. H. et a., F–D (cassation CA Chambéry, 11 janv. 2022), Mme Guihal, cons. doyen f. f. prés. ; SARL Cabinet Briard, SCP Thouvenin, Coudray et Grévy, av. : Dalloz actualité, 30 mai 2023, obs. J. Jourdan-Marques

Note

Par deux arrêts du 13 avril 2023, la Cour de cassation vient rappeler et affiner le régime de la séparabilité de la convention d'arbitrage. Comme l'affirme l'article 1447 du Code de procédure civile, « la convention d'arbitrage est indépendante du contrat auquel elle se rapporte ». En perspective française, cette indépendance est totale en ce sens qu'il faut toujours s'interroger sur la formation de la convention d'arbitrage (ainsi que sur sa validité et son applicabilité au litige) sans avoir jamais aucun égard pour le contrat principal [1]. Les deux arrêts sont cassés pour avoir négligé cette règle.

Dans le premier [2], les deux parties entretenaient des relations commerciales habituelles. Les contrats qu'elles concluaient comportaient tous une clause d'arbitrage renvoyant aux règles d'un syndicat professionnel. L'une des parties contestait avoir accepté un nouveau contrat, ce qui entraînait un litige, et la saisine d'un tribunal arbitral dont la compétence était contestée. L'argument était que le contrat principal n'ayant pas été formé, faute de rencontre entre une offre et une acceptation, aucune convention d'arbitrage ne pouvait avoir été valablement formée à propos de ce contrat-là. Après le prononcé de la sentence, la cour d'appel saisie se déclarait convaincue par cette analyse : la preuve du contrat n'étant pas rapportée, la venderesse ne pouvait opposer à l'acquéreur l'existence d'une clause compromissoire. C'est ce qui justifie cassation pour défaut de base légale. Si l'on peut remarquer l'utilisation de la notion « d'existence de la clause », rarement usitée, la solution fait une application classique du principe de séparabilité : aucun argument relatif au contrat principal ne peut être utilisé contre la convention d'arbitrage [3]. Au surplus, les liens entre la formation du contrat principal et celle de la convention d'arbitrage, du point de vue du principe de séparabilité, avaient déjà été dénoués dans l'arrêt *Société Omenex* [4], revenant sur l'arrêt *Cassia* [5]. Dans l'arrêt *Omenex*, la Cour de cassation avait, en effet, jugé qu'« en application du principe de validité de la convention d'arbitrage et de son autonomie en matière internationale, la nullité *non plus que l'existence du contrat qui la contient* ne l'affectent » [6]. Et si le caractère absolu de la formule de l'arrêt *Société Omenex* peut étonner dans des cas limites [7], l'arrêt du 13 avril 2023 est un bon exemple si l'on veut démontrer que les parties ont parfois voulu aller à l'arbitrage pour faire juger de la formation même du contrat principal, c'est-à-dire de son existence [8]. Les parties entretenaient ici des relations habituelles, lors desquelles treize contrats comportant une clause compromissoire avaient été conclus. C'est l'existence du quatorzième qui était contestée. Or, il se peut fort bien que les parties aient manifesté, par la conclusion consécutive de treize clauses compromissoires, que c'est l'intégralité des litiges susceptibles de survenir à l'occasion de leurs relations habituelles qui serait soumise à l'arbitrage. Et partant, la question même de l'existence des contrats devait relever de la compétence arbitrale. Une telle analyse n'était, en tout cas, pas inconcevable en l'espèce. C'est d'ailleurs pourquoi la cassation intervient pour défaut de base légale, et non pour violation de la loi : la cour d'appel de renvoi devra vérifier si ce type de raisonnement pouvait ici emporter la conviction, et donc la compétence arbitrale. Mais il n'est pas certain qu'en l'espèce la compétence arbitrale soit acquise. D'où le défaut de base légale.

Dans le second arrêt, en revanche, la cassation est obtenue pour violation de la loi [9]. La cour d'appel avait affirmé que la convention d'arbitrage ne permettait pas au tribunal

(1) Sur une tentative de justification théorique de cette indépendance absolue, L. Larribère, « La distinction entre l'accès aux tribunaux et le droit d'action : réflexions sur la conception processuelle de la convention d'arbitrage », Rev. arb. 2023, p. 277, n° 35 et les références citées.

(2) Cass. 1re civ., 13 avr. 2023, n° 22-14708 : Dalloz actualité, 30 mai 2023, obs. J. Jourdan-Marques.

(3) Tentant de démontrer qu'il doit parfois en aller autrement, P. Mayer, « Les limites de la séparabilité de la clause compromissoire », Rev. arb. 1998, p. 359.

(4) Cass. 1re civ., 25 oct. 2005, n° 02-13252 : Rev. arb. 2006, p. 103, note J.-B. Racine.

(5) Cass. 1re civ., 10 juill. 1990, n° 88-13877 : Rev. arb. 1990, p. 851, note J.-H. Moitry et C. Vergne ; JDI 1992, p. 168, note E. Loquin.

(6) Nous soulignons.

(7) Imaginons que le contrat comportant la clause compromissoire soit un faux : le contrat pourrait être affecté d'inexistence, à suivre la doctrine, et on ne voit pas comment la clause compromissoire pourrait ne pas être affectée par la même inexistence. Mais, ainsi qu'on l'a dit, le principe de séparabilité empêche de tirer argument d'un « vice » affectant le contrat pour tenter de démontrer l'inefficacité de la convention d'arbitrage. Il n'empêche pas de prouver que la clause est elle aussi affectée d'une cause « d'inexistence ». Mais il faudra en rapporter spécialement la démonstration, sans s'appuyer sur l'inexistence du contrat principal.

(8) Le principe de séparabilité repose également sur d'autres considérations : L. Larribère, « La distinction entre l'accès aux tribunaux et le droit d'action : réflexions sur la conception processuelle de la convention d'arbitrage », Rev. arb. 2023, p. 277, n° 35.

(9) Cass. 1re civ., 13 avr. 2023, n° 22-14449 : Dalloz actualité, 30 mai 2023, obs. J. Jourdan-Marques.

arbitral de statuer sur les difficultés posées par les dispositions d'un protocole contractuel. Dans la mesure où la défaillance de l'une des conditions suspensives stipulées avait entraîné sa caducité, la convention d'arbitrage devait être privée d'effet. Pour le dire autrement, la caducité du contrat principal empêchait le tribunal de se prononcer sur les difficultés pouvant naître à propos de cette relation contractuelle. La caducité du contrat rejaillissait sur l'efficacité de la clause compromissoire, en violation du principe de séparabilité. Là aussi, la volonté des parties peut expliquer la règle : les parties ont voulu que tout litige survenant à l'occasion du contrat soit résolu par la voie arbitrale. Et si tel est le cas, c'est qu'elles ont aussi voulu que les questions relatives à la possible caducité du contrat principal et à ses conséquences le soient aussi. Elles ont donc voulu que la caducité du contrat ne rejaillisse pas sur la clause d'arbitrage. Elles ont donc, par leur volonté, ériger une barrière entre le contrat et la convention d'arbitrage. Le principe de séparabilité est bien assis, au moins partiellement, sur la volonté des parties.

Cette analyse consensualiste ne nous paraît cependant que partiellement refléter le droit français. Une autre analyse, à notre avis plus conforme au droit positif mais qui n'exclut pas totalement celle fondée sur la volonté des parties, explique ces solutions. En droit français, la clause compromissoire a un objet processuel, touchant au droit d'action des parties, distinct donc de l'objet substantiel du contrat principal. C'est l'autonomie du droit d'action qui entraîne l'autonomie de la convention d'arbitrage, immunisée ainsi de toutes les vicissitudes pouvant affecter le contrat substantiel. D'où le refus de tout automatisme permettant de tirer argument d'une inefficacité du contrat pour prouver l'inefficacité de la convention d'arbitrage. Ni l'inexistence du contrat, ni sa caducité ne sont susceptibles d'affecter *automatiquement* la convention d'arbitrage. Tel est le sens du principe de séparabilité en droit français, rappelé ici deux fois.

Le consentement des parties à l'épreuve de l'arbitrage multipartite GPL455h3

L'essentiel **Faisant face à un cas d'arbitrage multipartite, avec une pluralité de contrats conclus entre des parties différentes, la cour d'appel fait une place importante à la volonté des parties. Cette place paraît si importante que l'on peut se demander si n'est pas en train de naître un cas de convention d'arbitrage *erga omnes*.**

CA Paris, 5-16, 13 juin 2023, n° 21/07296, Sté Malakoff corporation Berhad c/ Algerian Energy Company SA, M. Barlow, Mme Schaller, prés. ch., Mme Aldebert, cons. ; Mes De Maria, Saleh, Boccon Gibod, Nataf et Le Goff, av. : Dalloz actualité, 11 sept. 2023, obs. J. Jourdan-Marques ; consultable sur https://lext.so/OLc63y

Note

Pour résumer l'essentiel, à l'occasion d'un projet de dessalement d'eau de mer, deux sociétés, MCB et Hyflux, concluent avec une société algérienne de droit public un accord d'association, comportant une clause compromissoire et prévoyant la création de deux sociétés, dont la société TDIC, chargées de sa réalisation opérationnelle. La société algérienne de droit public conclut alors plusieurs contrats opérationnels avec les deux sociétés nouvellement créées, soumis à une clause compromissoire « chapeau ». Un litige naît et la société algérienne attrait, dans un même arbitrage, les sociétés MCB, Hyflux et TDIC. Or, si les deux premières ont bien été parties au premier accord dit d'association, elles n'ont pas été parties aux contrats opérationnels. Et inversement, si la société TDIC était partie aux contrats opérationnels, elle n'était pas partie à l'accord d'association originel. Nous voilà donc face à un arbitrage multipartite, fondé sur une pluralité de clauses compromissoires, aucune n'ayant été signée par toutes les parties au litige. La sentence par laquelle le tribunal a retenu sa compétence à l'égard de toutes les parties peut-elle survivre au recours en annulation ?

Deux voies sont suivies par la cour d'appel : d'abord, la consolidation des différends dans un arbitrage unique ; ensuite, l'extension des clauses compromissoires.

On peut s'interroger sur la première voie entreprise, et ce pour plusieurs raisons. La jonction de procédures, tel que l'entend le règlement *CCI* (règlement d'arbitrage de la chambre de commerce internationale) [1] ou la doctrine [2], concerne le cas où plusieurs procédures ont été intentées, que des raisons de bonne administration de la justice justifieraient de réunir en une seule. Or tel n'était pas le cas ici : il s'agissait plus simplement de savoir si l'ensemble des parties pouvaient être soumises immédiatement à une seule et même procédure arbitrale. En sorte que la question posée était celle du consentement à l'arbitrage. Certes, si l'on considérait globalement la situation, les sociétés concernées avaient toutes, en bloc, accepter le principe de recourir à l'arbitrage pour régler les litiges qui surviendraient. Mais elles ne l'avaient pas accepté ensemble, en sorte qu'il n'y avait pas eu, *a priori*, de manifestations concordantes entre toutes les parties de recourir à l'arbitrage pour les litiges qui naîtraient entre elles. En fait de consolidation, il s'agissait donc de consentement à la clause. C'est probablement d'ailleurs pourquoi l'article 10 du règlement *CCI* sur la jonction d'instances n'est pas évoqué, qui ne concerne que la jonction d'une pluralité d'instances pendantes. L'essentiel aurait dû, à ce stade déjà, se passer sur le terrain du consentement à l'arbitrage. Et l'on peut se convaincre que deux clauses conclues entre des parties différentes permettent de les renvoyer toutes devant le tribunal arbitral : imaginons qu'une convention conclue entre A et B estime que tous les litiges naissant de leurs relations et de relations

(1) V. l'article 10 du règlement *CCI*, en particulier l'article 10 b) sur la jonction de procédures intentées entre parties différentes.

(2) C. Seraglini et J. Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, 2e éd., 2019, LGDJ, p. 829-830, n° 839, EAN : 9782275042459 ; P. Mayer, « Litispendance, connexité et chose jugée dans l'arbitrage international », *in Liber Amicorum Claude Reymond - Autour de l'arbitrage*, 2004, Litec, p. 185 et s.

à naître entre A et C seront arbitrés. Et imaginons qu'une clause conclue entre B et C renvoie à l'arbitrage tous les litiges naissant de leurs relations et des relations entre A et C. On peut estimer que par la première convention, A a donné son consentement à un arbitrage entre A et C, et que par la seconde, C a donné le même consentement, en sorte que deux manifestations de volonté sont bien concordantes. Et c'est bien ici ce qui semblait avoir eu lieu : par un jeu de références croisées, les sociétés parties au contrat originel avaient accepté par prévision que les litiges découlant d'un autre contrat relatif au projet, incluant une tierce partie, entraient dans le champ de la clause compromissoire. Et le contrat opérationnel en cause, incluant une tierce partie au premier contrat, faisait référence à l'accord originel. En sorte que ces références croisées pouvaient permettre d'établir une convention d'arbitrage entre toutes les parties, et pour les mêmes litiges.

Cette analyse aurait suffi pour établir une véritable convention d'arbitrage multipartite [3] : le consentement des parties était d'ores et déjà vérifié. Si bien qu'il ne paraissait pas nécessaire d'en passer par les mécanismes d'extension dès lors qu'ils reposent sur une présomption de consentement tirée de la connaissance par le tiers de la convention d'arbitrage et de son implication dans le contrat la contenant [4]. Sur le fond ici, les références croisées dans les contrats et les obligations notamment de ratification prises par les sociétés mères convainquent la cour d'appel de procéder à cette extension, permettant la concentration du contentieux devant le tribunal arbitral. Mais c'est un considérant qui attire l'attention, énonçant que « l'intention des parties à l'Accord d'association [le premier contrat conclu] était clairement d'inclure tout tiers qui serait concerné par un différend en lien avec le Projet, et de permettre ainsi l'extension à des tiers de ladite clause compromissoire ». Deux lectures en sont possibles.

Selon la première, c'est la volonté des parties originaires – et non du tiers non signataire – qui permet l'extension à des tiers de la convention d'arbitrage originellement conclu. Ce serait la création de la convention d'arbitrage *erga omnes*. Pour déterminer si pèse sur un tiers un contrat, on ne peut interpréter ce contrat pour déterminer si ses parties ont voulu le faire peser sur un tiers. L'effet relatif des conventions l'interdit précisément. Or, cette référence à la volonté des parties d'étendre la convention à un tiers n'est pas entièrement neuve en jurisprudence : elle avait été suivie, semble-t-il, dans un récent arrêt *Privinvest* [5]. Elle obligerait à une redéfinition de la place du consentement du tiers dans les mécanismes d'extension, et pour tout dire, de la volonté des parties dans l'arbitrage [6]. Ce serait tordre la volonté des parties dans l'arbitrage pour privilégier la concentration du contentieux devant l'arbitre.

Selon la seconde, bien plus mesurée, il s'agirait de permettre aux parties à la convention d'interdire son extension à des tiers qui ne l'ont pas signée. Cette idée serait, elle, parfaitement conforme avec l'architecture (partiellement au moins) consensualiste de l'arbitrage. Si les parties à une convention en interdisent l'extension, c'est qu'elles estiment ne pas avoir conclu de convention d'arbitrage avec un tiers. Elles dénient ainsi tout consentement à une convention d'arbitrage naissant entre elles et un tiers. Cette stipulation interdirait alors l'extension, sauf à considérer que l'extension n'est pas uniquement fondée sur un mécanisme consensualiste, ce que la jurisprudence récente ne semble plus prête à défendre [7]. On sait qu'en droit des contrats, la stipulation par laquelle les parties ne s'estiment pas contractuellement engagées entre elles n'est pas toujours prise en compte – on pense ici aux *gentlemen agreements* auxquels il est parfois donné effet – mais une telle stipulation dans l'arbitrage pourrait constituer un indice fort empêchant toute extension à l'égard de non-signataires. Si c'est ainsi que doit être lu ce considérant, la convention d'arbitrage a bien toujours un effet relatif ; si c'est la première lecture qui prévaut, c'est bien une convention d'arbitrage *erga omnes* qui est en train de naître.

(3) Sur cette critique, v. déjà J. Jourdan-Marques, obs. ss CA Paris, 5-16, 13 juin 2023, n° 21/07296, Dalloz actualité, 11 sept. 2023.

(4) On peut toutefois contester que tous les mécanismes d'extension reposent sur un consentement, sur quoi, v. L. Larribère, *La réglementation de la convention d'arbitrage international. Étude critique et comparative en droits français et américain*, 2023, LGDJ, préf. S. Bollée, p. 390-391, n°s 387-388, EAN : 9782275108568.

(5) CA Paris, 25 janv. 2022, n° 20/12332, en som. *in* Rev. arb. 2022, p. 524 ; Dalloz actualité, 16 mars 2022, obs. J. Jourdan-Marques ; GPL 3 mai 2022, n° GPL435f0, obs. L. Larribère.

(6) Nous en avons proposé ailleurs une tentative, L. Larribère, « La distinction entre l'accès aux tribunaux et le droit d'action : réflexions sur la conception processuelle de la convention d'arbitrage », Rev. arb. 2023, p. 277, n° 38.

(7) Sauf dans les rares cas de fraude.

Désignation « intuitu personae » de l'arbitre et caducité de la convention d'arbitrage

GPL455h8

L'essentiel **La désignation comme arbitre, dans une convention d'arbitrage, d'une fonction aujourd'hui disparue entraîne sa caducité, dans la mesure où cette désignation a été déterminante du consentement des parties à l'arbitrage.**

CA Paris, 5-16, 6 juin 2023, n° 21/21386, La Malaisie c/ Mme J. E. et a., M. Barlow, Mme Schaller, prés. ch., Mme Aldebert, cons. ; Mes Boccon Gibod, Martin, Portwood, Fadlallah, De Maria, Siino, Bordes et Blanchard, av. : Dalloz actualité, 11 sept. 2023, obs. J. Jourdan-Marques ; JCP G 2023, act. 829, note D. Mainguy

Note

L'affaire sous commentaire est tout à fait extraordinaire : un accord est conclu en 1878 entre le sultan de Sulu, deux personnes physiques et un représentant de l'Empire britannique, pour la cession ou la location de territoires désormais situés en Malaisie, en contrepartie d'une redevance annuelle. Devenue indépendante, la Malaisie continue d'honorer ces versements auprès des héritiers du sultan, jusqu'à ce qu'en 2013, à la suite d'un conflit armé, la Malaisie cesse tout paiement [1]. Un litige devait survenir. Or, le contrat comportait une stipulation, susceptible d'être qualifiée de clause compromissoire. Mais, rédigée en vieux malais, il n'était pas certain que la clause soit véritablement une clause compromissoire. Pour ne rien simplifier, le tiers désigné comme devant occuper la position « d'arbitre » était « le consul général de Grande-Bretagne à Bornéo », fonction depuis bien longtemps disparue.

Après avoir saisi sans succès le ministère britannique des Affaires étrangères afin qu'il désigne un arbitre, les demandeurs trouvaient refuge en Espagne où le juge désignait un arbitre unique, qui y rendait une sentence retenant sa compétence. Cette sentence devait alors être annulée devant le juge espagnol, pour non-respect des règles relatives à la signification des actes de procédure. L'arbitre décidait alors de transférer le siège du tribunal à Paris, où une sentence sur le fond était rendue. C'est la sentence de compétence, dont l'*exequatur* avait été obtenu en France, qui est l'objet de la décision commentée. La cour d'appel juge l'arbitre incompétent et refuse la reconnaissance de la sentence de compétence, ce qui devrait entraîner l'annulation de la sentence sur le fond par voie de conséquence [2].

Si la difficulté essentielle se situait sur le terrain de la qualification de la convention et de la place à donner à la désignation de l'arbitre dans la clause, la Malaisie plaidait l'irrecevabilité du recours en *exequatur* pour défaut d'intérêt à agir. Faisant immédiatement application de la solution dégagée par la Cour de cassation dans son arrêt du 13 avril 2023 [3], la cour d'appel décide d'examiner ce moyen de défense. La Malaisie estimait que l'intérêt à agir des demandeurs à l'*exequatur* était illégitime : l'*exequatur* n'était demandé qu'à raison de l'annulation de la sentence en Espagne, que les demandeurs n'avaient pas révélée devant le tribunal judiciaire, et du transfert de siège à Paris. Passant sous silence une possible difficulté, non soulevée par les parties, tenant à la détermination de la loi applicable à l'intérêt à agir [4] en *exequatur* [5], la cour se retranche derrière la règle selon laquelle la partie au profit de laquelle la sentence a été rendue a intérêt à agir, et ce même si celle-ci est insusceptible d'exécution forcée sur le territoire français. Faisant implicitement référence ici à la « reconnaissance à toutes fins utiles » [6], la cour rejette tout argument relatif au détournement de procédure « dont la caractérisation présuppose un examen au fond de la régularité de la constitution du tribunal arbitral ». Autrement dit, le simple fait de rechercher, à raison d'une annulation à l'étranger, la reconnaissance de la sentence en France pour y déplacer le siège ne saurait rendre l'intérêt à agir illégitime. L'idée semble, en partie au moins, liée à la reconnaissance en France des sentences annulées au siège, et au refus de tenir aucun compte de la décision d'annulation prononcée à l'étranger [7]. Au fond, les parties et l'arbitre n'ont fait que jouer avec les possibilités offertes par une telle jurisprudence, qui reconnaît que, du point de vue français, seule compte l'appréciation que fera le juge français de la situation, et ici de la compétence arbitrale. C'est ce qui explique la formule selon laquelle la caractérisation d'un possible détournement de procédure présuppose un examen au fond par le juge français, celui mené par le juge espagnol ne présentant aucune pertinence.

Mais l'essentiel des difficultés se concentrait, d'une part, sur la qualification d'arbitrage, d'autre part, sur la désignation dans la clause du consul général de Bornéo, chargé d'intervenir en cas de difficulté.

Sur la qualification d'arbitrage, c'est la rédaction en *jawi*, la langue malaise classique écrite avec l'alphabet arabe, qui posait un problème de traduction. D'autant qu'au vu de l'époque de conclusion du contrat, des enjeux diplomatiques qu'il charriait, et de la fonction diplomatique du tiers désigné, on pouvait, à première vue, estimer que le consul ne serait consulté que « pour ses bons offices ».

Pour que la qualification d'arbitrage soit reconnue, le tiers désigné doit avoir le pouvoir juridictionnel de rendre une décision obligatoire à propos d'un litige opposant des prétentions opposées. S'appuyant sur les principes de bonne foi et d'effet utile de la convention, la cour voit dans cette stipulation une clause d'arbitrage, car dans l'essentiel des

(1) Pour des précisions supplémentaires, v. D. Mainguy, note ss CA Paris, 5-16, 6 juin 2023, n° 21/21386, JCP G 2023, act. 829.

(2) Le tribunal n'ayant pas compétence, il ne pouvait rendre de décision sur le fond, et la sentence sera donc, selon toute vraisemblance, annulée, le siège étant désormais parisien. V. déjà en ce sens, D. Mainguy, note ss CA Paris, 5-16, 6 juin 2023, n° 21/21386, JCP G 2023, act. 829.

(3) Cass. 1re civ., 13 avr. 2023, n° 21-50053 : Dalloz actualité, 30 mai 2023, obs. J. Jourdan-Marques ; Rev. arb. 2023, à paraître, note S. Bollée ; Procédures 2023, comm. 174, note L. Weiller.

(4) Sur la loi applicable à l'intérêt à agir, v. L. Usunier, Rép. internat. Dalloz, v° Action en justice.

(5) Action en *exequatur* qui n'est pas insusceptible de faire apparaître des problèmes de conflits de lois : v. Cass. 1re civ., 11 janv. 2023, n° 21-21168 : Dalloz actualité, 25 janv. 2023, obs. F. Mélin ; GPL 25 avr. 2023, n° GPL448n2, obs. F. Cassoudesalle ; JDI 2023, comm. 17, note M. Barba ; JCP G 2023, doctr. 650, obs. L. Mayer, L. Veyre et L. Larribère.

(6) Sur laquelle, v. récemment, 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. Cagnoli ; D. 2021, p. 1832, obs. L. d'Avout, S. Bollée et E. Farnoux ; RTD civ. 2021, p. 486, obs. N. Cayrol ; RTD com. 2021, p. 192, obs. A. Martin-Serf ; RTD com. 2021, p. 555, obs. E. Loquin ; Rev. arb. 2021, p. 241, note D. Bureau ; Rev. crit. DIP 2022, p. 63, note E. Farnoux.

(7) Cass. 1re civ., 23 mars 1994, n° 92-15137, Hilmarton : Rev. arb. 1994, p. 327, note C. Jarrosson ; Rev. crit. DIP 1995, p. 359, note B. Oppetit ; JDI 1994, p. 701, note E. Gaillard ; RTD com. 1994, p. 702, obs. J.-C. Dubarry et E. Loquin – Cass. 1re civ., 29 juin 2007, n° 05-18053, Putrabali : Rev. arb. 2007, p. 507, rapp. J.-P. Ancel, note E. Gaillard ; LPA 25 sept. 2007, p. 20, note M. de Boisséson ; JDI 2007, p. 1236, note T. Clay ; Gaz. Pal. 22 nov. 2007, n° H0298, p. 14, note P. Pinsolle ; JCP G 2007, I 216, obs. C. Seraglini ; Rev. crit. DIP 2008, p. 109, note S. Bollée.

traductions, étaient bien visés l'existence d'un différend et l'existence d'un jugement du tiers désigné. Une traduction anglaise de l'époque, réalisée par un participant aux négociations, en attestait. La référence à l'effet utile peut paraître étonnante : l'effet utile n'a pour fonction, en principe, que de retenir l'interprétation qui donne effet à une clause, plutôt qu'une interprétation qui lui en dénierait. Or, tel n'était pas ici l'enjeu : la clause, fût-elle de médiation ou de bons offices, aurait bien eu un effet. Cet effet aurait certes été différent de celui d'une clause compromissoire mais aucune interprétation ne déniait tout effet à la convention. Si bien que cette référence à l'effet utile peut être lue comme visant, en cas de doute sur la qualification, à préférer la qualification compromissoire, ce qui modifierait le sens même de la notion. Il n'est, cela dit, pas certain que la cour tire des conséquences de cette référence, qui peut apparaître donc comme un simple rappel de la jurisprudence en la matière.

Mais la clause présentait cette singularité de désigner directement le consul de Grande-Bretagne à Bornéo comme arbitre. Le raisonnement devait être mené en deux étapes : d'abord, qu'ont voulu les parties ? Ensuite, quelles conséquences doivent-elles en être tirées du point de vue du droit de l'arbitrage ?

Trois lectures, au moins, pouvaient être faites de cette clause :

– les parties ont désigné le consul général en poste en 1878, le consul T. Même si elles l'ont désigné par sa fonction, c'est bien la personne physique qui était désignée en tant que telle [8] ;

– les parties ont désigné le consul général en poste à la date où le litige naîtra ;

– les parties ont désigné l'autorité diplomatique représentant la Grande-Bretagne à Bornéo à la date où le litige naîtra.

La cour semble hésiter entre la première et la deuxième lecture : en faveur de la première, elle note que les parties semblent avoir eu une confiance particulière dans le consul de l'époque, ce pour quoi elles l'ont désigné comme arbitre. Mais elle affirme ensuite que c'est la fonction désignée qui a disparu, ce qui laisse croire que c'est la deuxième lecture que retient la cour [9]. Ce qui est sûr, c'est que la troisième, qui aurait permis d'affirmer que l'arbitre désigné était aujourd'hui l'ambassadeur de Grande-Bretagne en Malaisie, n'est pas considérée. Or, si l'on comprend que le décès de l'arbitre désigné peut susciter une difficulté d'application, on ne voit pas pourquoi la disparition d'une fonction, réendossée par une autre autorité diplomatique, pourrait poser problème. Si les parties avaient confiance non dans une personne, mais dans une fonction, le successeur dans cette fonction disparue, l'ambassadeur de Grande-Bretagne en Malaisie, aurait pu être considéré comme l'arbitre désigné [10].

Cela étant, c'est bien la première lecture qui semblait devoir prévaloir, car les parties avaient des « liens de confiance » avec cette personne qui avait pris une « part active aux négociations et signé le contrat litigieux ». Les parties avaient donc fait le choix de désigner M. T., en le désignant par sa seule fonction.

La cour d'appel en tire immédiatement la conséquence que cette désignation était un élément déterminant de la volonté des parties « indissociable de la volonté de compromettre ». La clause était donc caduque par disparition d'un élément essentiel à sa formation, en application d'une règle matérielle non dite. On peut s'en étonner. Certes, il existe des cas en jurisprudence [11], et notamment le fameux arrêt *Consorts Ury* [12], où la désignation nominative d'un arbitre partial dans un compromis a entraîné son annulation. Le compromis n'était ainsi pas sauvé, permettant aux parties de nommer un nouvel arbitre cette fois impartial, mais bel et bien annulé. On peut encore trouver trace de cette jurisprudence en 1992 [13]. Ces arrêts semblaient signifier que la désignation de l'arbitre avait été un élément déterminant de la volonté des parties, que sa partialité remettait en cause sa nomination, et que partant le compromis devait être annulé. Les parties avaient essentialisé cet élément pour en faire un élément déterminant de leur volonté de recourir à l'arbitrage. Mais on avait pu lire un arrêt *Chefaro* [14] de la Cour de cassation comme niant cette possibilité d'essentialiser un élément objectivement accessoire à la volonté d'arbitrer [15]. Autrement dit, dès lors que les parties ont eu la volonté de recourir à l'arbitrage, la clause doit être purgée des éléments qui ne peuvent être mis en œuvre pour permettre le renvoi des parties devant l'arbitre – dans l'arrêt *Chefaro* une voie d'appel que les parties avaient créée ; dans l'arrêt sous commentaire la désignation d'une fonction disparue ou d'un arbitre décédé. C'est bien la perspective inverse qu'adopte notre décision en affirmant que, du point de vue subjectif, la désignation du consul de Bornéo était déterminante de la volonté d'arbitrer, si bien que l'impossibilité de le nommer entraînait la caducité de la clause. Le raisonnement de l'arrêt *Chefaro* aurait bien plutôt été le suivant : les parties ont eu la volonté de recourir à l'arbitrage. Elles ont désigné un arbitre impossible à nommer. Cette partie de la clause doit être purgée. Reste alors une clause compromissoire parfaitement valable, *ad hoc*, et sans désignation préalable d'un arbitre.

(8) Le problème est bien connu de la linguistique, comme lorsqu'on désigne « le président de la République » pour désigner non la fonction, mais M. Emmanuel Macron.

(9) Sur ces imprécisions, v. déjà D. Mainguy, note ss CA Paris, 5-16, 6 juin 2023, n° 21/21386.

(10) Une autre question aurait été celle de savoir s'il aurait accepté cette nomination, ce qu'il n'était pas contraint de faire, n'étant pas partie à l'accord de 1878 par hypothèse.

(11) Par ex., Cass. 2e civ., 20 févr. 1974, n° 72-11221, Faco : Rev. arb. 1975, p. 238 – CA Paris, 22 nov. 1988, n° 98/127778.

(12) Cass. 2e civ., 13 avr. 1972, n° 70-12774, Cts Ury c/ Galeries Lafayette : JCP G 1972, II 17189, note P. Level ; D. 1972, p. 2, note J. Robert ; Rev. arb. 1975, p. 235, note E. Loquin.

(13) CA Paris, 9 avr. 1992, *in* som. jurisp. Rev. arb. 1996, p. 483, et sur lequel v. P. Fouchard, « Le statut de l'arbitre dans la jurisprudence française », Rev. arb. 1996, p. 325.

(14) Cass. 1re civ., 13 mars 2007, n° 04-10970 : Rev. arb. 2007, p. 499, note L. Jaeger.

(15) Nous avons déjà développé cet argument ailleurs, L. Larribère, *La réglementation de la convention d'arbitrage international. Étude critique et comparative en droits français et américain*, 2023, LGDJ, n° 272, préf. S. Bollée, EAN : 9782275108568.

Interprétation de la convention d'arbitrage, arbitrabilité du litige et règles matérielles

GPL455h9

L'essentiel **D'après la cour d'appel de Paris, la volonté des parties doit être interprétée à la lumière des principes de bonne foi et d'effet utile. Ils obligent ainsi, entre deux interprétations contradictoires, à faire prévaloir l'interprétation qui donne effet à la convention d'arbitrage.**

CA Paris, 4 avr. 2023, n° 22/00408, Port autonome de [Localité 3] (PAD) c/ Credendo export credit agency et a., M. Barlow, Mme Schaller, prés. ch., Mme Aldebert, cons. ; Mes Etevenard, Tang, Dingome, Kouotou, Memphil, Tang, Camboulive, Kochoyan et Debordes, av. – **CA Paris, 5-16, 4 avr. 2023, n° 22/07**777, SA Bunge Geneva c/ SAS BZ GRAINS, M. Barlow, Mme Schaller, prés. ch., Mme Aldebert, cons. ; Mes de la Taille, Delplanque-Bataille de Mandelo, Page et Nicolas, av. : Dalloz actualité, 30 mai 2023, obs. J. Jourdan-Marques ; consultable sur https://lext.so/XOysx8

Note

Voici deux situations pathologiques : dans la première, la clause d'arbitrage désigne le règlement de la chambre internationale de commerce, qui n'existe pas [1]. Dans la seconde, relatif à un transport maritime de céréales, le contrat fait référence à deux formulaires, chacun comportant une clause compromissoire différente [2].

Dans ces deux affaires, la volonté des parties de recourir à l'arbitrage ne paraît pas en elle-même douteuse, sauf à considérer que la contradiction entre les deux clauses d'arbitrage « efface » la volonté de recourir à l'arbitrage. Les parties ont bien décidé d'exclure les juridictions étatiques pour conférer compétence à un tribunal arbitral. Mais la question paraît plutôt être celle de la mise en œuvre de la clause. Si bien que la validité de la convention d'arbitrage apparaissait hors de cause, et qu'il s'agissait plus simplement d'interpréter la volonté d'arbitrer pour déterminer les modalités de l'instance arbitrale.

Or, la règle matérielle de l'arrêt *Dalico* [3], qui indique que la validité et l'efficacité de la convention d'arbitrage s'apprécient conformément à la volonté des parties, est impuissante à résoudre ces difficultés, précisément parce qu'il s'agit de déterminer ce qu'est la volonté des parties.

Confirmant une solution déjà adoptée en 2011 [4], et y ajoutant, la cour d'appel estime que c'est la volonté réelle des parties, et non la volonté littérale, qui doit être recherchée. Pour ce faire, deux principes sont convoqués : le principe de bonne foi – là est l'ajout – et le principe d'effet utile – là est le rappel de 2011. Ces deux principes se combinent pour empêcher une partie « de se soustraire à des engagements librement consentis mais exprimés de manière maladroite » en présumant que l'intention des parties « a été d'établir un mécanisme efficace pour le règlement des litiges visés par la clause compromissoire ».

On retrouve là, pour en faire des règles matérielles, des articles bien connus du Code civil : l'article 1188, alinéa premier, qui fait prévaloir la volonté réelle sur le sens littéral ; l'article 1191 sur l'effet utile [5] ; l'article 1104 pour la bonne foi. En sorte que ces règles matérielles sont directement puisées, à notre avis, dans le droit commun des contrats, appliqué ensuite à la convention d'arbitrage à titre de *lex fori* [6].

Si l'on applique ces principes aux deux situations en cause, la mauvaise désignation d'une institution d'arbitrage ne doit pas avoir pour conséquence de priver d'effet la convention d'arbitrage : il faut donc corriger l'erreur, et en se référant à la volonté des parties, désigner l'institution qu'elles souhaitaient probablement désigner, ici la chambre de commerce internationale. Dans le cas du contrat principal visant deux formulaires, comportant chacun une clause compromissoire, l'effet utile a pour conséquence de leur donner effet, plutôt que de nier toute volonté de recourir à l'arbitrage. Il s'agit alors de trouver une articulation entre ces deux clauses, plutôt que de les supprimer. C'est ce que confirme l'arrêt du 4 avril 2023 [7], choisissant d'articuler les clauses *ratione materiae*, en fonction de la nature du litige. Les conditions Incograin 13 et Synacomex 2000 visées sont respectivement applicables à la filière céréale et au transport maritime, le contrat portant sur un transport maritime de grains. Pour les articuler, il suffit de déterminer la nature du litige (relatif aux céréales, ou relatif au transport maritime) afin d'identifier la clause compromissoire pertinente au cas d'espèce. Mais, identifiant une méthode d'articulation des clauses, la cour d'appel refuse de vérifier sa bonne mise en œuvre par l'arbitre [8]. Le raisonnement s'articule en deux temps : d'abord, la détermination de la nature du litige ne peut être faite à l'avance mais résulte « du pouvoir de l'arbitre, en application du principe compétence-compétence, d'apprécier sa compétence au regard de la nature du litige ». Ensuite, « le juge de l'annulation n'étant pas le juge de la révision de la sentence, il ne lui appartient pas d'informer ou de confirmer les motifs de la sentence sur l'appréciation qu'a faite le tribunal arbitral de la nature du litige ». La cour tire ainsi du principe compétence-compétence des conséquences qui n'y sont pas, en principe, attachées [9]. Vu classiquement comme une faveur chronologique faite à l'arbitre, « *report[ant] dans le temps* le contrôle du juge

(1) CA Paris, 4 avr. 2023, n° 22/00408.
(2) CA Paris, 4 avr. 2023, n° 22/07777.
(3) Cass. 1re civ., 20 déc. 1993, n° 91-16828, Dalico : Rev. crit. DIP 1994, p. 663, note P. Mayer ; JDI 1994, p. 432, note E. Gaillard ; JDI 1994, p. 690, note E. Loquin ; Rev. arb. 1994, p. 116, note H. Gaudemet-Tallon ; RTD com. 1994, p. 254, obs. J.-C. Dubarry et E. Loquin.
(4) CA Paris, 7 avr. 2011, n° 10/02270 : Rev. arb. 2011, p. 752, note S. Bollée et B. Haftel.
(5) Sur quoi, v. déjà S. Bollée et B. Haftel, note ss CA Paris, 7 avr. 2011, n° 10/02270, Rev. arb. 2011, p. 752.
(6) Sur cette idée, v. L. Larribère, *La réglementation de la convention d'arbitrage international. Étude critique et comparative en droits français et américain*, 2023, LGDJ, préf. S. Bollée, EAN : 9782275108568.
(7) CA Paris, 4 avr. 2023, n° 22/07777.
(8) Sur quoi, v. déjà J. Jourdan-Marques, obs. ss CA Paris, 4 avr. 2023, n° 22/07777, Dalloz actualité, 30 mai 2023, qui parle « d'erreur inspirante ».
(9) Favorable à une restriction du contrôle en la matière, v. J. Jourdan-Marques, obs. ss CA Paris, 4 avr. 2023, n° 22/07777, Dalloz actualité, 30 mai 2023.

étatique » [10], le principe compétence-compétence ne confère normalement pas une exclusivité à l'arbitre pour juger de sa compétence. Il interdit simplement au juge étatique de statuer sur la compétence arbitrale avant le prononcé de la sentence de compétence. Il revient ensuite au juge du contrôle de vérifier la compétence de l'arbitre en analysant la validité de la clause compromissoire. Ce contrôle est pourtant impossible dans la décision de la cour d'appel de Paris. À la suivre, une fois la sentence rendue, le juge du contrôle ne peut pas s'interroger sur la nature du litige en raison du principe de non-révision au fond de la sentence. Pourtant, au cas d'espèce, c'est la nature du litige qui déclenche la compétence de l'arbitre en raison de la coexistence entre les parties de deux clauses compromissoires dont le champ d'application respectif dépend de la nature du litige. Or, la détermination de la nature du litige permettant de faire application de l'une ou l'autre des clauses ne pourra, par hypothèse, se faire qu'au moment de la survenance du litige. Le sens même du principe compétence-compétence est alors modifié, car au terme de la décision de la cour d'appel, il offre à l'arbitre une compétence exclusive pour se prononcer sur sa propre compétence. Tel n'est pourtant pas le contenu du principe compétence-compétence. C'est, qu'en réalité, le contrôle de la compétence est un contrôle de la volonté des parties de recourir à l'arbitrage. Laisser l'arbitre se prononcer librement sur la compétence, sans possibilité de contrôle, c'est donc le laisser libre de se prononcer sur la volonté des parties de recourir à lui, ce qui modifie par conséquent la place de celle-ci dans l'arbitrage international.

Cette absence de contrôle de la nature du litige étonne donc. Peut-on tenter de justifier la solution, sans y voir une modification du principe de compétence-compétence, en affirmant que la nature du litige ne relève pas, en réalité, de la compétence arbitrale – mais plutôt de la recevabilité par exemple ? La qualification justifierait la solution, mais ne serait pas conforme à la jurisprudence : il ne s'agit pas de savoir si l'action est recevable devant le tribunal arbitral, mais de savoir devant quel tribunal arbitral elle doit être portée. Peut-on dire sinon que la volonté d'arbitrer ces deux types de litiges était certaine, et qu'en conséquence le contrôle du juge devait se faire plus restreint [11] ? Sûrement à première vue. Mais à l'analyse, cette impression ne tient pas. La question était bien celle de savoir devant quel tribunal arbitral le litige devait être porté, et l'on ne pouvait ainsi faire une confusion entre deux volontés d'arbitrer distinctes, chacune étant bornée à une catégorie de litiges déterminés. Pour le comprendre, il suffit de modifier légèrement les données du litige pour s'apercevoir que l'on ne peut ainsi réduire la question à une volonté d'arbitrer globale et au simple choix d'un tribunal arbitral : il suffit d'imaginer que le formulaire relatif au transport maritime ne comporte pas une clause compromissoire mais une clause attributive. Un tribunal arbitral est réuni et juge que le litige porte sur les céréales, et qu'en conséquence il est compétent. Dira-t-on ici que le contrôle du juge doit être restreint ? La question sera bien une question de compétence, en principe entièrement contrôlée, et non pas seulement une question de choix d'un type de tribunal arbitral.

Sur un autre plan, la cour d'appel de Paris confirme que certains litiges liés à la matière fiscale sont arbitrables : certes, les contestations relatives à l'assiette, au quantum ou à l'exigibilité de l'impôt ne le sont pas, étant liées à des considérations de souveraineté, mais celles relatives à la répartition contractuelle d'un impôt le sont. L'arrêt confirme une solution déjà retenue en 2017 [12].

(10) M. Audit, S. Bollée et P. Callé, *Droit du commerce international et des investissements étrangers*, 3e éd., 2019, LGDJ, p. 723, n° 898, EAN : 9782275054728, souligné dans le texte. Nous avons ailleurs nuancé cette idée, L. Larribère, *La réglementation de la convention d'arbitrage international. Étude critique et comparative en droits français et américain*, 2023, LGDJ, préf. S. Bollée, EAN : 9782275108568, p. 132, n° 125.

(11) En ce sens, à propos d'une situation légèrement différente, mais proche, M. Boucaron-Nardetto, *Le principe compétence-compétence en droit de l'arbitrage*, 2013, PUAM, préf. J.-B. Racine, p. 511, n° 629, qui parle de compétence arbitrale spéciale pour qualifier ce genre de difficultés.

(12) CA Paris, 23 mai 2017, n° 15/24578 : D. 2017, p. 2559, obs. T. Clay ; CAPJIA 2018, p. 296, note R. Wheeler. *Adde*, P. Ancel, « Arbitrage et ordre public fiscal », Rev. arb. 2001, p. 269.

C. La constitution du tribunal arbitral

Demande de récusation d'un arbitre devant une institution d'arbitrage et renonciation à se prévaloir de sa partialité devant le juge du contrôle GPL455h4

L'essentiel **Ne constitue pas un motif légitime de ne pas invoquer, devant le tribunal arbitral lui-même, l'irrégularité de sa constitution le fait d'avoir demandé en vain à une institution d'arbitrage la récusation d'un arbitre. Cette absence de réitération entraîne l'irrecevabilité de ce grief devant le juge du contrôle en application de l'article 1466 du Code de procédure civile. Ce grief semble cependant pouvoir être formulé au titre du contrôle de l'ordre public international.**

Cass. 1re civ., 7 juin 2023, n° 21-24968, Sté CNAN Group SPA et a. c/ Sté CTI Group Inc. Îles Cayman et a., F-B (rejet pourvoi c/ CA Paris, 15 juin 2021), M. Chauvin et Mme Guihal, cons. doyen f. f. prés. ; SARL Le Prado - Gilbert, SCP Waquet, Farge et Hazan, av. : Dalloz actualité, 11 sept. 2023, obs. J. Jourdan-Marques ; Procédures 2023, comm. 242, obs. L. Weiller ; GPL 19 sept. 2023, n° GPL453s2, note D. Mainguy

Note

Alors que l'une des parties avait demandé infructueusement, par deux fois, la récusation d'un arbitre devant la Cour d'arbitrage de la chambre de commerce internationale (CCI), elle ne jugeait pas nécessaire de réitérer ses récriminations devant le tribunal arbitral lui-même. La Cour de cassation en tire l'irrecevabilité de ce grief devant le juge du contrôle : il ne s'agissait pas d'un « motif légitime » au titre de l'article 1466 du Code de procédure civile qui dispose que « [l]a partie qui, en connaissance de cause et *sans motif légitime*, s'abstient d'invoquer en temps utile une irrégularité devant le tribunal arbitral est réputée avoir renoncé à s'en prévaloir ».

La lecture est stricte pour deux raisons au moins. D'abord, alors que la Cour ne définit pas ce qu'elle entend par légitimité du motif, on pourrait considérer, par une interprétation téléologique, que le but de la règle doit déterminer le sens de cette expression. Or, cette règle a pour objectif de ne pas permettre à une partie de retenir dans sa manche une carte qu'elle pourra ensuite jouer devant le juge du contrôle pour faire annuler la sentence arbitrale. Elle sera réputée avoir renoncé à s'en prévaloir dans le but que l'ensemble des griefs susceptibles d'être jugés ou corrigés par le tribunal arbitral le soit directement. Or, dans le cas d'un arbitrage CCI, seule la Cour d'arbitrage est susceptible de récuser un arbitre en raison d'un doute sur son indépendance ou son impartialité : le tribunal arbitral n'a aucun pouvoir à cet égard. La légitimité du motif dériverait, par conséquent, de l'inutilité de porter ce grief devant le tribunal arbitral, qui ne pourrait rien changer à la situation dénoncée par l'une des parties. En ne faisant pas échec au but de la règle, et en ayant porté sa réclamation devant l'organe de l'institution « compétent », la partie aurait rempli ses « devoirs », ce qui se traduirait par la légitimité de son motif.

Ensuite, la question pourrait être déplacée sur le terrain de l'expression « tribunal arbitral » utilisée par l'article 1466 du Code de procédure civile. Le pourvoi n'y invitait pas, et cette expression paraît, à première vue, parfaitement claire. Mais celle-ci pourrait également faire l'objet d'une interprétation téléologique : il s'agit, encore une fois, de faire valoir immédiatement les griefs susceptibles d'entacher la procédure arbitrale – ou le fond du litige pour l'ordre public de protection – devant *l'organe susceptible de se prononcer sur ces griefs*. En sorte que l'expression « tribunal arbitral » serait une simple économie de mots si l'on peut dire, le tribunal arbitral étant le plus souvent l'organe idoine.

Par deux voies, l'inutilité de renouveler devant le tribunal arbitral lui-même les griefs tenant à l'absence d'indépendance ou d'impartialité de l'un de ses membres aurait pu être prise en compte au titre de l'article 1466 du Code de procédure civile.

On peut également s'étonner de cette lecture stricte lorsque la Cour admet, pourtant, que ce grief soit examiné sur le fondement de l'article 1520, 5°, du Code de procédure civile. Autrement dit, alors que ce grief est irrecevable sur le fondement de l'article 1520, 2°, en raison d'une lecture stricte de l'article 1466, ce même grief redevient recevable sur le fondement de l'article 1520, 5°. L'indépendance et l'impartialité de l'arbitre entrent dans l'ordre public international par le truchement du principe d'égalité entre les parties et des droits de la défense. Or, si l'article 1466 ne s'applique pas à l'ordre public de direction, la jurisprudence – une partie au moins – admet qu'il s'applique à l'ordre public de protection. C'est dans cet ordre public de protection que doivent être rangés, assurément, le principe d'égalité entre les parties, et probablement les droits de la défense. On ne voit donc pas pourquoi s'appliquant à l'un des griefs listés par l'article 1520, l'article 1466 ne devrait pas s'appliquer à l'autre. Car de deux choses l'une, soit, à bien y réfléchir, le principe d'égalité des parties et les droits de la défense, qui protègent les parties de tout manque d'indépendance ou d'impartialité de l'arbitre, sont d'ordre public de direction, et alors on ne voit pas pourquoi l'article 1466 pourrait s'appliquer à l'article 1520, 2°, soit ils font partie de l'ordre public de protection, et alors on ne voit pas pourquoi l'article 1466 ne s'appliquerait pas, dans cette hypothèse, à l'article 1520, 5°. L'objectif de l'article 1466 conduirait volontiers à rejeter la première analyse qui reviendrait à permettre aux parties d'attendre un recours devant le juge du contrôle pour se prévaloir du manque d'indépendance et d'impartialité d'un arbitre dans le but de faire annuler la sentence arbitrale.

Sur le fond, la Cour de cassation confirme la décision du juge du contrôle qui avait estimé que le fait qu'un arbitre habite dans un immeuble où l'une des parties est propriétaire d'un bien, occupé par une société qui n'était pas liée au groupe de société concerné par l'arbitrage, ne pouvait faire naître un doute sur son indépendance et son impartialité. Il en allait de même du fait que l'arbitre avait pu avoir certains liens avec le cabinet représentant l'une des parties, pour avoir par deux fois consulté par lui et avoir été proposé comme arbitre dans un autre dossier dont le cabinet était mandaté. De tels liens n'équivalaient pas à un courant d'affaires et à un lien de dépendance susceptibles de faire douter de l'indépendance et de l'impartialité de l'arbitre, alors même que ces liens n'avaient pas été révélés spontanément.

Indépendance de l'arbitre, notoriété, et « chambers » de « Common Law » GPL455h5

L'essentiel **L'appréciation de l'indépendance et de l'impartialité d'un *barrister*, membre d'une *chambers*, est plus souple que celle de l'indépendance et de l'impartialité d'un avocat, membre d'un cabinet d'avocats.**

CA Paris, P. 5, ch. 16, 23 mai 2023, n° 22/05378, Sté Trasta energy limited (EAU) c/ Sté National oil company, M. Barlow et Mme Schaller, prés. ch., Mme Aldebert, cons. ; Mes Guizard, Derains, Jarry, Loizon, Montigny et Kahaleh, av. : Dalloz actualité, 11 sept. 2023, obs. J. Jourdan-Marques ; consultable sur https://lext.so/QLCBiW

Note

Contrairement aux associés d'un cabinet d'avocats, les membres d'une *chambers* ne partagent pas entre eux les bénéfices, ne discutent pas en principe des dossiers dans lesquels ils sont mandatés, en sorte qu'ils ne font que mettre en commun des moyens pour en partager les coûts. Cette différence doit-elle avoir une influence sur l'appréciation des liens entretenus entre les membres d'une même *chambers* lorsqu'il y va de l'indépendance et l'impartialité d'un arbitre ?

Dans cette affaire, impliquant la société nationale pétrolière libyenne et une société émiratie, une *barrister* d'une *chambers* londonienne était nommée présidente du tribunal. Au cours de l'instance arbitrale, une autre *barrister* de la même *chambers* était mandatée par la Libye afin de la représenter au cours d'une procédure ayant fait grand bruit devant les juridictions britanniques. La présidente du tribunal arbitral ne révélait pas cette information. Il lui en était fait grief devant la cour d'appel de Paris, alors qu'aucune demande de récusation n'avait été déposée pour ce motif au cours de la procédure arbitrale.

La médiatisation qu'avait connue cette affaire devant les juridictions anglaises obligeait, d'abord, à s'interroger sur la possible renonciation à invoquer ce grief en application de l'article 1466 du Code de procédure civile. Conformément à la jurisprudence désormais classique, dès lors que la situation susceptible de faire naître un doute raisonnable sur l'indépendance de l'arbitre naît après l'acceptation de sa mission par l'arbitre, sa notoriété ne doit plus être prise en compte. L'arbitre a le devoir de révéler toute information susceptible de mettre en doute son indépendance, dès lors qu'elle naît après sa nomination, et sa connaissance par les parties ne peut être présumée en raison de la notoriété de la situation. Pour le dire autrement, l'obligation de curiosité, corollaire de la notoriété, cesse dès l'acceptation de la mission par l'arbitre. Par conséquent, quelle que soit la publicité de la situation litigieuse, sa notoriété est insusceptible de faire présumer sa connaissance par l'autre partie (et la renonciation au grief si elle ne l'a pas soulevé en temps utile). Or, tel était bien le cas ici. En l'espèce, cette procédure avait fait l'objet d'une diffusion sur le site de la Cour suprême d'Angleterre, sur le site de cabinets spécialisés dans l'arbitrage, dans des articles de presse, et d'un compte rendu publié dans la *Global Arbitration Review*. Si cette situation était née avant l'acceptation de la mission, tous ces éléments auraient, à l'évidence, permis d'en présumer la connaissance par les parties. La partie n'ayant pas soulevé ce grief devant le tribunal, il aurait été irrecevable devant le juge du contrôle. La pertinence de tous ces éléments fait donc l'objet d'un partage chronologique net.

Mais si la notoriété de la situation ne doit pas être prise en compte après l'acceptation de la mission, encore faut-il que la partie qui s'en prévaut n'en ait pas eu connaissance au cours de l'instance arbitrale. Car si tel est le cas, la partie doit réagir et demander la récusation de l'arbitre, sans quoi le grief est de nouveau irrecevable. Autrement dit, si la partie ne l'a pas soulevée, l'irrecevabilité peut résulter soit de la notoriété de la situation avant l'acceptation de la mission, soit de la connaissance concrète du grief par la partie qui s'en prévaut lorsque l'instance arbitrale a débuté. Or, ici la publicité donnée à la procédure britannique aurait pu faire présumer la connaissance par la partie de la situation. C'est ce que refuse de considérer la cour d'appel : « Il n'est pas établi, au vu des pièces versées aux débats, que cette société avait une connaissance effective de la circonstance dont elle se prévaut, connaissance que la publicité invoquée est insuffisante à démontrer ». Autrement dit, la seule publicité ne peut valoir preuve de la connaissance effective. On peut le comprendre dans la logique jurisprudentielle : ce serait en fait faire rentrer par la fenêtre la notoriété mise dehors par la porte. Estimer que la publicité de la situation fait présumer sa connaissance effective revient à considérer que sa notoriété fait présumer que les parties la connaissent : c'est étendre la notoriété à la période postérieure à l'acceptation de la mission arbitrale (contestant ce partage chronologique, v. J. Jourdan-Marques, obs. sous cet arrêt, Dalloz actualité, 11 sept. 2023). La connaissance effective doit donc reposer sur d'autres éléments que la simple notoriété, que devra prouver la partie plaidant l'irrecevabilité de ce grief.

Sur le fond, comme le veut désormais la jurisprudence, la note aux parties de la chambre de commerce internationale (CCI) est visée, tout comme le règlement CCI lui-même et les lignes directrices de l'International Bar Association évoquées par les parties. La cour rappelle implicitement que l'indépendance et l'impartialité peuvent désormais être, au moins, partiellement contractualisées (v. ainsi, le point 35 de la décision). Or, ces instruments distinguent la situation d'un cabinet d'avocats et celle d'une *chambers* de *barristers*. Si l'avocat doit révéler toute relation entre son cabinet et l'un des arbitres ou l'un des conseils des parties au litige ou « l'un de ses affiliés », le *barrister* doit seulement révéler ses liens avec les autres arbitres ou l'un des conseils des parties au litige. Cette différence semble trouver sa source dans les liens financiers naissant entre les membres d'un cabinet d'avocats et ceux, bien moins prononcés, entre les *barristers* d'une même *chambers*. Elle justifie qu'ici la présidente n'avait pas à révéler les liens existants entre sa *chambers* et la Libye.

On peut l'entendre, tout en s'interrogeant sur deux éléments : d'une part, la notion de « partie » est ici comprise restrictivement. En effet, il aurait pu être estimé que la Libye et la société nationale de pétrole libyenne soient, toutes deux, considérées comme une partie au sens du règlement CCI. Certes, la Libye n'était pas formellement partie à l'instance arbitrale, mais l'on pourrait tenter de démontrer que la société nationale est une émanation de l'État libyen, si bien que la Libye était représentée à l'instance arbitrale. Cette voie n'a pas été entreprise. D'autre part, ainsi énoncée, la solution s'appuie uniquement sur les liens financiers unissant les membres d'une *chambers*. Plus précisément, elle s'appuie sur le règlement CCI, qui établit cette distinction en raison de ces différences financières. Mais l'indépendance de l'arbitre dépasse l'existence de liens financiers. Elle s'entend également de liens personnels non financiers qui sont susceptibles de porter atteinte à l'indépendance et l'impartialité des arbitres (rappr. de Cass. 1re civ., 25 juin 2014, n° 11-16444 : D. 2014, p. 1985, note B. Le Bars ; D. 2014, p. 2550, obs. T. Clay ; Procédures 2014, comm. 299, note L.Weiller ; Rev. arb. 2015, p. 75, note S. Bollée). La cour le révèle d'ailleurs en affirmant que les *barristers* « exercent leur profession de manière autonome, sans partage d'informations sur les

cas qui les occupent ». Encore faudrait-il pouvoir le vérifier au cas par cas. Aucun élément susceptible de laisser croire à un échange d'informations n'était *a priori* plaidé : cela justifiait que le grief soit rejeté.

D. La mission du tribunal arbitral

Règles de procédure choisies par les parties et mission du tribunal arbitral GPL455i0

L'essentiel **Le contrôle de la conformité de la procédure suivie aux règles de procédure choisies par les parties n'entre pas dans l'office du juge du contrôle.**

Cass. 1re civ., 13 avr. 2023, n° 21-21148, Sté Ferrovial Agroman c/ M. W. T., F–B (rejet pourvoi c/ CA Paris, 13 avril 2021), Mme Guihal, cons. doyen f. f. prés. ; SCP Ohl et Vexliard, Me Ridoux, av. : Dalloz actualité, 30 mai 2023, obs. J. Jourdan-Marques ; Procédures 2023, comm. 173, obs. L. Weiller

Note

Le contrôle de la mission de l'arbitre se veut soigneusement délimité : trop largement conçu, il risque d'englober l'intégralité des griefs visés à l'article 1520 du Code de procédure civile, et de permettre au juge du contrôle d'apprécier le bien ou mal-fondé de la sentence [1]. Il encouragerait par ailleurs la chicane en permettant aux parties de tenter de faire annuler une sentence qui ne se serait pas conformée à des règles de détail arrêtées par les parties. C'est sûrement ce qui conduit la Cour de cassation dans cet arrêt à affirmer qu'« il n'appartient pas à la cour d'appel, saisie du grief de non-respect de la mission au titre de l'article 1520, 3°, du Code de procédure civile, de contrôler la conformité de la procédure suivie aux règles de procédure applicables ».

Elle avait pourtant, depuis 1988 au moins, retenu une solution inverse [2] : l'arbitre qui n'avait pas appliqué les règles de procédure choisies par les parties pouvait voir sa sentence annulée. Certes, lorsque la règle de procédure était une règle formelle, comme en l'espèce une règle portant sur la nécessité de dater la sentence et de préciser son lieu de reddition [3], encore fallait-il prouver que la violation de cette règle faisait grief à la partie qui s'en prévalait [4]. Et l'on pouvait même trouver en jurisprudence un cas où la Cour de cassation avait affirmé que « les critiques concernant la date et la signature de la sentence arbitrale ne constituent pas des cas d'ouverture au recours en annulation en matière d'arbitrage international » [5]. En sorte que l'on pourrait estimer que la Cour de cassation ne fait que répéter cette jurisprudence établie, en la cantonnant à des règles dont la violation ne paraît pouvoir entraîner aucun grief, et dont l'application n'est, partant, pas susceptible d'être contrôlée [6].

Mais la solution paraît ici bien plus vaste dans la mesure où c'est l'intégralité des règles de procédure applicables qui sont exclues du champ du contrôle du juge étatique. Elle semble consacrer une forme de non-révision de l'application des règles de procédure, alors même que l'on estimait antérieurement que ce contrôle se justifiait en raison du respect de la volonté des parties, ayant modelé la mission juridictionnelle de l'arbitre.

Cela dit, une autre lecture de cet arrêt, moins extensive, est possible. On sait que lorsqu'il y va du contrôle de l'application du droit choisi par les parties, le juge français se limite à sanctionner son seul refus d'application pur et simple, précisément pour ne pas porter de jugement sur la bonne application de ces règles sur le fondement du principe de non-révision au fond. Ne peut-on pas voir dans cet arrêt une extension de ce principe de solution ? La Cour vise en effet « la conformité de la procédure suivie aux règles de procédure applicables », ce que l'on pourrait tenir pour synonyme de « la bonne application des règles de procédure applicable à la procédure arbitrale ». Autrement dit, si les règles procédurales ont été choisies par les parties, le tribunal arbitral ne serait sanctionné que s'il les a mises à l'écart purement et simplement. Le contrôle des règles procédurales serait certes réduit, mais maintenu, au moins dans son principe.

La solution oblige également à s'interroger sur ce qu'il faut entendre par « règles de procédure applicables ». À cet égard, on peut hésiter par exemple à y ranger la question du délai d'arbitrage, qui a déjà donné lieu à annulation. On peut aussi hésiter à y ranger les questions de motivation, telles qu'elles seraient régies par exemple par un règlement d'arbitrage auquel les parties auraient fait référence dans leur convention d'arbitrage. Plus cette catégorie sera largement conçue, plus la sentence de l'arbitre sera mise hors contrôle, à tout le moins sur le fondement de l'article 1520, 3°, du Code de procédure civile.

Cela dit, si la conformité de la procédure n'est plus contrôlée au regard des règles de procédure, la conformité de cette procédure sera scrutée au regard du principe du contradictoire, c'est-à-dire de l'article 1520, 4°, du Code de procédure civile [7]. Or, on se souvient que dans un arrêt de la première chambre civile du 5 mars 2008, la violation du règlement de la Commission des Nations unies pour le

(1) Sur toutes ces questions, v. généralement P. Giraud, *Le devoir de l'arbitre de se conformer à sa mission*, 2017, Bruylant, préf. C. Jarrosson, et sur la question posée dans cet arrêt, v. p. 192 et s., nos 231 et s., puis p. 303 et s., nos 387 et s.

(2) Cass. 1re civ., 8 mars 1988, n° 87-11520, Sté Sofidif : Rev. arb. 1989, p. 481, note C. Jarrosson.

(3) La violation d'une telle règle avait valu annulation dans un arbitrage interne : Cass. 2e civ., 9 nov. 2000, n° 98-21399.

(4) V. récemment, CA Paris, 20 oct. 2020, n° 19/05231, ITOC : Dalloz actualité, 24 déc. 2020, obs. J. Jourdan-Marques ; v. aussi, P. Giraud, *Le devoir de l'arbitre de se conformer à sa mission*, 2017, Bruylant, préf. C. Jarrosson, p. 368 et s., nos 483 et s.

(5) Cass. 1re civ., 15 juill. 1999, n° 97-16276 : Rev. arb. 1999, p. 623, note D. Bureau.

(6) En ce sens, semble-t-il, L. Weiller, obs. ss Cass. 1re civ., 13 avr. 2023, n° 21-21148, Procédures 2023, comm. 173.

(7) V. déjà J. Jourdan-Marques, obs. ss Cass. 1re civ., 13 avr. 2023, n° 21-21148, Dalloz actualité, 30 mai 2023.

droit commercial international (CNUDCI) et en particulier de ses règles de notification avait été sanctionnée non pas sur le fondement d'une violation de la mission mais sur le fondement d'une violation du principe du contradictoire [8]. En sorte que les deux fondements paraissent pouvoir jouer selon un jeu de vases communicants : ce qui aurait été vidé du contrôle de la mission permettra de remplir le contrôle du contradictoire. Encore faudra-t-il que la « règle de procédure » violée ait pour objet de protéger le contradictoire, ce qui n'est sûrement pas le cas de l'indication de la date et du lieu de reddition de la sentence.

(8) Cass. 1re civ., 5 mars 2008, n° 06-21684 : Rev. arb. 2009, p. 399, obs. P. Duprey.

Qualification internationaliste, choix de loi par les parties et respect de la mission arbitrale GPL455i1

L'essentiel **Le choix de loi fait par les parties ne s'impose pas au tribunal arbitral chargé de déterminer la qualité à agir de l'une des parties.**

CA Paris, 5-16, 4 avr. 2023, n° 22/00410, SA Port autonome de [Localité 3] (PAD) c/ Credendo expert credit agency et a., M. Barlow et Mme Schaller, prés. ch., Mme Aldebert, cons. ; Mes Etevenard, Tang, Dingome, Kouotou, Memphil, Tang, Herman, Camboulive, Kochoyan et Debordes, av. : Dalloz actualité, 30 mai 2023, obs. J. Jourdan-Marques ; consultable sur https://lext.so/EyN4VY

Note

Les raisonnements internationalistes peuvent parfois aider à éclairer certaines difficultés arbitrales. Dans cette affaire [1], le contrat stipulait qu'il était soumis au droit camerounais, et rappelait expressément que l'une des parties était soumise à certains textes du droit public de cet État. Dans l'instance arbitrale, les deux parties convenaient que le droit applicable était le droit camerounais. Dans une telle situation, les arbitres se trouvent contraints d'appliquer le droit choisi par les parties, sous peine de violer leur mission [2]. L'exception le plus souvent relevée est celle tenant à des raisons d'ordre public ou à l'existence de lois de police susceptibles de faire échec à la loi choisie par les parties, sans qu'aucun reproche ne puisse être adressé aux arbitres [3].

Or, en l'espèce, une subrogation entre une compagnie d'assurance et une société belge avait eu lieu, conduisant la compagnie d'assurance à être partie à l'arbitrage contre le cocontractant de la société belge. Cette subrogation suscitait une question de qualité à agir de la compagnie d'assurance, résolue par le tribunal arbitral en application du droit belge. Pouvait-on y voir une violation de la mission du tribunal, qui s'était écarté du droit camerounais choisi par les parties ? La cour d'appel répond par la négative à cette interrogation, en justifiant la solution par voie d'interprétation de la clause de choix de loi. Cette clause ne visait qu'à désigner la loi applicable « aux droits et obligations découlant du marché », et non la loi applicable à la qualité à agir. En sorte qu'il n'existait pas d'accord entre les parties sur le droit applicable à l'appréciation de la qualité pour agir des parties : le tribunal arbitral retrouvait donc une totale liberté pour déterminer les règles à appliquer pour résoudre cette difficulté.

Une autre voie aurait pu apparaître pertinente : celle de la qualification de la question de droit au sens qu'a cette expression en droit international privé [4]. On sait qu'en cette matière, les règles de conflit sont distinguées selon des catégories (« contrat », « délit », « conditions de fond du mariage », etc.), auxquelles sont accolés des critères de rattachement (« loi de la résidence habituelle du vendeur », « loi nationale de chacun des époux »). Ces règles sont donc applicables à l'intérieur d'un certain domaine, c'est-à-dire à certaines questions de droit. Ainsi, par exemple, lorsque deux sociétés choisissent la loi applicable à leur contrat, cette loi n'est, en principe, pas applicable au pouvoir des organes sociaux ou encore à la capacité des parties. On pourrait ici être tenté de raisonner de même, affirmant que la catégorie « qualité à agir » paraît, à première vue à tout le moins [5], distincte de la catégorie « contrat ». Et étendant le raisonnement, on pourrait aussi dire que le choix des parties ne pourrait s'étendre au pouvoir du représentant, en sorte que le tribunal arbitral qui appliquerait une autre loi que celle choisie par les parties à cette question ne violerait pas sa mission. Cette méthode de raisonnement paraît, dans la très grande majorité des cas, pertinente.

Elle peut sembler faire fi d'une différence importante entre droit international privé et arbitrage international.

(1) Sur la sentence de compétence, v. CA Paris, 4 avr. 2023, n° 22/00408, et nos obs. dans cette chronique.

(2) Sur quoi, M. Audit, S. Bollée et P. Callé, *Droit du commerce international et des investissements étrangers*, 3e éd., 2019, LGDJ, p. 774, n° 981, EAN : 9782275054728, rappelant que le contrôle n'est à cet égard que très limité : « Il n'est pas question d'apprécier la bonne application par les arbitres de telle ou telle règle, mais seulement de sanctionner, le cas échéant, un refus d'application pur et simple ». V. aussi, retenant une solution identique, C. Seraglini et J. Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, 2e éd., 2019, LGDJ, p. 987, n° 998, EAN : 9782275042459. *Adde* P. Giraud, *Le devoir de l'arbitre de se conformer à sa mission*, 2017, Bruylant, préf. C. Jarrosson, p. 156 et s., nos 178 et s., puis p. 221 et s., nos 276 et s.

(3) V. les deux ouvrages généraux cités dans la note précédente : M. Audit, S. Bollée et P. Callé, *Droit du commerce international et des investissements étrangers*, 3e éd., 2019, LGDJ, p. 774, n° 981, EAN : 9782275054728 et C. Seraglini et J. Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, 2e éd., 2019, LGDJ, p. 987, n° 998, EAN : 9782275042459.

(4) P. de Vareilles-Sommières et S. Laval, *Droit international privé*, 11e éd., 2022, Dalloz, p. 255 et s., nos 348 et s.

(5) Cette question pourrait être longuement débattue, et la doctrine s'accorde à dire que la qualité à agir s'apprécie en appliquant la loi de la relation substantielle sous-jacente, soit ici la loi du contrat. Cela ne signifie pas nécessairement que les catégories sont similaires, mais que la loi applicable est la même, ce qui rend très théorique la distinction entre deux catégories. Sur cette question, v. L. Usunier, Rép. internat. Dalloz, vo Action en justice, nos 33 et s.

À la différence du droit international privé, où le choix de loi n'est permis que pour certaines catégories internationalistes, le choix de loi en arbitrage international paraît bien plus vaste. Ainsi l'article 1511 du Code de procédure civile dispose-t-il que « le tribunal arbitral tranche le litige conformément aux règles de droit que les parties ont choisies » : ce choix peut *a priori* porter sur tous les aspects du litige, là où en droit international privé les parties ne pourront, par exemple, pas choisir la loi devant être appliquée par le juge étatique au pouvoir du dirigeant social, gouverné par la *lex societatis*. En sorte que le choix des parties peut porter sur l'intégralité du litige, ou pour le dire plus finement, sur l'intégralité des questions de droit susceptibles de se poser à l'occasion du litige. Si bien que la voie la plus rigoureuse pour régler ce type de difficulté sera celle de l'interprétation de la volonté des parties. La délimitation des catégories ne se présente alors que comme un guide utile à la résolution de ces difficultés, tout en sachant que pour les cas difficiles, elle restera insuffisante.

E. L'ordre public international

Seule une violation concrète de l'ordre public international est susceptible d'entraîner la non-reconnaissance d'une sentence GPL455h6

L'essentiel **Pour être sanctionnée, la violation de l'ordre public international doit être concrète. La cour d'appel qui se borne à constater que le tribunal arbitral n'a pas mis en œuvre une loi de police pour refuser la reconnaissance de la sentence prive ainsi sa décision de base légale.**

Cass. 1re civ., 17 mai 2023, n° 21-24106, Sté Monster Energy company c/ Sté Sainte Claire, FS-B (cassation CA Paris, 19 oct. 2021), Mme Guihal, cons. doyen f. f. prés. ; SARL Ortscheidt, SARL Le Prado – Gilbert, av. : Dalloz actualité, 11 sept. 2023, obs. J. Jourdan-Marques ; D. 2023, p. 1812, obs. S. Bollée ; Procédures 2023, comm. 214, obs. L. Weiller ; LEDICO juill. 2023, n° DDC201r8, note H. Meur

Note

Dans l'affaire *Monster Energy*, la cour d'appel avait identifié une nouvelle loi de police, intégrant l'ordre public international (alors pourtant que la jurisprudence récente semble considérer que les lois de police ne s'intégreraient pas *ipso facto* dans l'ordre public international : CA Paris, 23 nov. 2021, n° 19/15670 : Dalloz actualité, 21 janv. 2022, obs. J. Jourdan-Marques ; P. Mayer, « Arbitrage international – Partie impécunieuse et arbitrage, lois de police et arbitrage – À propos de deux arrêts récents de la cour d'appel de Paris rendus dans les affaires *Monster Energy* et *Accessoires Company* », JDI 2022, var. 3 , p. 483 et s. ; GPL 3 mai 2022, n° GPL435f6, obs. L. Larribère. Sur quoi, v. not. S. Bollée, « L'impérativité vue par le droit français de l'arbitrage international (à propos de la jurisprudence récente relative au contrôle de la conformité des sentences aux lois de police) », *in The System of International Arbitration – Liber Amicorum Emmanuel Gaillard*, à paraître, et les références citées, et récemment, les annotations de D. Bureau, sous Cass. 1re civ., 15 juin 2022, n° 20-23115 : Rev. crit. DIP 2022, p. 760). Il s'agissait de l'article L. 420-2-1 du Code de commerce, qui interdit d'accorder des droits exclusifs d'importations dans les DROM-COM. Cette inclusion montrait que la cour d'appel était prête à intégrer dans l'ordre public international des lois de police protégeant les seuls intérêts nationaux, et que cet ordre public international ne se réduisait certainement pas à une sorte « d'ordre public transnational » intégrant les seules normes faisant l'objet d'un consensus international.

Mais, tout en refusant la reconnaissance de la sentence, la cour d'appel ne déterminait ni l'étendue de cette loi de police, alors qu'une telle loi n'impose ses vues, en principe, que dans un champ spatial déterminé en fonction des objectifs qu'elle poursuit, ni pourquoi la décision du tribunal arbitral l'avait violée (sur nos remarques à ce propos, v. déjà nos obs. sous CA Paris, 19 oct. 2021, n° 18/01254, *in* GPL 3 mai 2022, n° GPL435f0, obs. L. Larribère). Plus rudimentairement, elle avait refusé la reconnaissance de la sentence pour la seule raison que le tribunal arbitral ne l'avait pas « mise en œuvre ». Or, dans la mesure où la rectitude du raisonnement du tribunal arbitral n'est pas contrôlée, en application du principe de non-révision au fond, le contrôle de l'ordre public international se borne à vérifier que la solution donnée par le tribunal viole ou non concrètement l'ordre public international. C'est ce que rappelle la Cour de cassation en censurant la décision d'appel. Pour refuser la reconnaissance d'une sentence, encore faut-il que la solution rendue, et non le raisonnement tenu, viole l'ordre public international. Autrement dit, ce que nécessite l'ordre public international, ce n'est pas une équivalence de raisonnement, ni même une équivalence de solutions, mais une solution à laquelle l'ordre juridique français est prêt à donner effet, et à faire exécuter, au besoin par la force publique.

L'espèce paraît relativement exemplaire : si l'arbitre n'avait pas appliqué la loi de police, il avait, en vertu du droit californien, validé la résiliation du contrat, qui ne produisait donc plus d'effet. Certes, résiliation et annulation en raison d'un objet illicite n'ont pas exactement les mêmes conséquences juridiques, en particulier en raison de la rétroactivité de l'annulation. Mais, en vertu de la décision de l'arbitre, le contrat n'était plus destiné à produire effet à l'avenir. Le tribunal arbitral ne s'était pas intéressé, au surplus, à la période antérieure à la résiliation, si bien qu'il n'avait tiré aucune conséquence juridique de la distinction entre résiliation et nullité. La solution visait donc à refuser au contrat tout effet pour l'avenir, et ne lui en accordait aucun pour le passé. Dès lors, il apparaissait très incertain que la sentence viole concrètement l'ordre public international.

Un second exemple d'actualité permet de montrer que seul le résultat compte. Imaginons qu'un tribunal arbitral remette en cause la validité d'un contrat

d'intermédiaire en raison d'une suspicion lourde de corruption. L'intermédiaire insatisfait ne pourra plaider la violation de l'ordre public international par la sentence : même si, aux yeux d'un juge français, ce contrat n'entretenait aucun lien avec une possible corruption, seul le résultat compte. Et le résultat est bien ici qu'un contrat a été privé de tout effet, ce qui ne constitue pas une violation de l'ordre public international. La sentence sera reconnue, alors même que le raisonnement tenu par le tribunal arbitral est inexact. L'ordre public international n'est pas un redressement du mal-jugé de l'arbitre ; il est protection des valeurs fondamentales, qui ne souffrent pas de l'annulation d'un contrat, même si celle-ci est acquise par suite d'un raisonnement défectueux. Tel est le rôle, en cette matière, du principe de non-révision au fond, et de l'ordre public international.

II. LE CONTENTIEUX PARA-ARBITRAL

La Convention européenne des droits de l'Homme et le recours en annulation (suisse)

GPL455i2

L'essentiel **Le siège du tribunal arbitral dans un État partie à la Convention européenne des droits de l'Homme est un lien suffisant, au sens de l'article 1 de cette convention, pour que le juge de l'annulation de cet État soit tenu d'en appliquer les garanties, spécialement dans l'arbitrage sportif.**

CEDH, 11 juill. 2023, n° 10934/21, Semenya c/ Suisse, Pere Pastor Vilanova, prés. : Dalloz actualité, 11 sept. 2023, obs. J. Jourdan-Marques ; D. 2023, p. 1684, note J. Mattiussi ; consultable sur https://lext.so/0qw7fz

Note

Il est loin le temps où l'on s'interrogeait encore sur l'applicabilité de la Convention européenne des droits de l'Homme (Convention) dans l'arbitrage international [1]. Certes, pour n'être pas « un tribunal établi par la loi », un tribunal arbitral n'est pas directement destinataire de ces normes supranationales, ne pesant que sur les États parties. Mais par le truchement du recours en annulation (ou même en *exequatur*), l'applicabilité de la Convention se trouve vérifiée à l'égard du juge du contrôle. Les normes de la Convention doivent ainsi être appliquées par le tribunal arbitral, qui souhaite s'assurer de la possible reconnaissance de sa sentence dans un État partie à la Convention.

C'est ce que la décision rendue dans l'affaire *Semenya* démontre, alors qu'elle mettait aux prises une association de droit monégasque et une athlète sud-africaine à qui le règlement de l'association faisait obligation de prendre un traitement médicamenteux visant à diminuer son taux de testostérone si elle voulait pouvoir participer aux compétitions qu'elle organisait. L'athlète se plaignait du rejet de son recours en annulation par le Tribunal fédéral suisse formé contre une sentence rendue par le Tribunal arbitral du sport (TAS) devant lequel diverses violations de la Convention européenne, en particulier du principe de non-discrimination, avaient été plaidées [2]. Or, conformément à sa jurisprudence très restrictive, le Tribunal fédéral suisse n'avait pas considéré que la sentence, qui avait, au terme d'une motivation détaillée, constaté une violation légitime et proportionnée du principe d'égalité, violait l'ordre public international.

Quant au droit de l'arbitrage, c'est d'abord l'interprétation de l'article premier de la Convention, qui détermine son champ d'application, qui apparaît d'intérêt. La notion cardinale est celle de « juridiction », entendue au sens du droit international public. Or, la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH) rappelle que même si les éléments de l'affaire jugés par les arbitres sont situés dans des États non parties, et même si les règlements sportifs contestés ont été édictés et entérinés par deux acteurs non étatiques, le recours en annulation (ou en *exequatur*) engagé devant un État partie suffit à établir sa juridiction au sens de la Convention. Autrement dit, le juge de l'annulation doit, pour la raison qu'il est juge d'un État partie, mettre en œuvre les garanties offertes par la Convention « et ce même en dépit d'un éventuel caractère extraterritorial des faits à l'origine de l'action » (§ 104). La CEDH rappelle ici sa jurisprudence *Pellegrini* [3], établie dans le domaine voisin du droit international privé : un État partie à la Convention ne saurait reconnaître un jugement étranger la violant, même s'il émane d'un État qui n'y est pas partie. De la même manière, un État partie ne saurait reconnaître – et devrait même annuler – une sentence étrangère la violant, même si les tribunaux arbitraux ne sont pas directement tenus de l'appliquer.

C'est ensuite la caractérisation d'un cas d'arbitrage forcé qui suscite interrogation. On sait, en effet, au moins depuis l'arrêt *Mutu et Pechstein* [4] que la CEDH décèle, parfois, un arbitrage forcé dans l'arbitrage sportif. Dès lors, en effet, que le sportif n'a d'autre choix pour exercer sa profession que de conclure une convention d'arbitrage désignant le Tribunal arbitral du sport, il y est, de fait, contraint : il ne renonce pas ainsi aux garanties prévues en particulier par l'article 6 de la Convention. Cela dit, la

(1) V. en particulier C. Jarrosson, « L'arbitrage et la Convention européenne des droits de l'Homme », Rev. arb. 1986, p. 537.

(2) Sur les liens entre Convention européenne des droits de l'Homme et arbitrage sportif, v. not C. Legendre, *La coordination du mouvement sportif international et des ordres juridiques étatiques et supra-étatiques*, 2020, LGDJ, préf. S. Bollée, spéc. p. 265 et s., EAN : 9782275088273.

(3) CEDH, 20 juill. 2001, n° 30882/96, Pellegrini c/ Italie : Rev. crit. DIP 2004, p. 106, note L.-L. Christians.

(4) CEDH, 2 oct. 2018, n°s 40575/10 et 67474/10, Mutu et Pechstein c/ Suisse : D. 2018, p. 2448, obs. T. Clay ; JCP G 2019, 287, obs. B. Haftel ; JDI 2019, p. 187, note J. Guillaumé. *Adde* C. Legendre, « La soumission de la Puissance sportive à la Convention européenne des droits de l'Homme : réflexions à partir de l'arrêt *Mutu et Pechstein* », D. 2020, p. 618.

qualification d'arbitrage forcé ne semblait pas étendue à l'ensemble de l'arbitrage sportif, dans la mesure où dans l'affaire précitée, l'un des deux sportifs, un footballeur évoluant à Chelsea, avait été tenu pour n'avoir pas été contraint de conclure la convention d'arbitrage, en raison de ce qu'il « n'avait (...) pas démontré que le seul choix qui s'offrait à lui consistait à accepter la clause d'arbitrage et pouvoir gagner sa vie en pratiquant sa discipline au niveau professionnel, ou ne pas l'accepter et renoncer complètement à gagner sa vie en pratiquant sa discipline à un tel niveau » [5].

Sur le fondement de cette analyse, on peut certainement admettre qu'en l'espèce l'athlète ait subi un cas d'arbitrage forcé. Mais, la CEDH n'examine pas véritablement cette qualification, pour la retenir presque automatiquement. Or, l'athlète en question est double championne olympique, de renommée mondiale, sans pouvoir probablement être comparée à la moyenne des sportifs aujourd'hui contraints de conclure une telle convention d'arbitrage. Cela dit, elle n'avait d'autre choix que de se conformer au règlement sportif et de conclure la convention d'arbitrage en faveur du TAS si elle voulait participer aux compétitions athlétiques. Il semblait donc bien s'agir d'un cas d'arbitrage forcé au sens de la CEDH.

Cette qualification d'arbitrage forcé est utilisée à une double fin. D'abord elle appuie l'argumentation relative à l'étendue du champ d'application de la Convention. Mais elle est aussi mobilisée afin de justifier un contrôle étendu de la CEDH, en dépit du contrôle très restreint opéré par le Tribunal fédéral suisse. La CEDH estime que si le Tribunal fédéral suisse peut exercer un contrôle restreint dans l'arbitrage commercial, dans l'arbitrage sportif, le contrôle doit être aussi étendu que « pour des personnes exerçant un métier plus conventionnel » (§ 178). C'est ainsi le contrôle très restreint du Tribunal fédéral suisse qui est stigmatisé. Son contrôle, pour être conforme en particulier à l'article 14 de la Convention, aurait dû être plus approfondi : la Suisse a donc violé la Convention. Ce faisant, la CEDH risque bien d'obliger la Suisse à remodeler l'étendue du contrôle du juge de l'annulation, à tout le moins pour tous les cas d'arbitrage sportif. Certes, les cas où les articles de la Convention apparaissent pertinents dans l'arbitrage international sont relativement rares, l'article 6 mis à part. Mais dans l'arbitrage sportif, les difficultés tenant au corps humain – en raison du dopage notamment –, à la vie privée – par l'imposition d'une obligation de localisation, pour prévenir et sanctionner le dopage là encore [6] –, à l'exercice d'une activité professionnelle, ou encore à de possibles discriminations sont plus fréquentes. Et sauf à accepter d'être régulièrement condamnée, notamment en raison d'un contrôle trop restreint du Tribunal fédéral suisse, la Suisse devra bien faire évoluer son contrôle pour qu'il intègre une vérification des garanties prévues par la Convention. À moins que le Tribunal arbitral du sport ne décide de modifier son siège : les organisations sportives internationales devraient alors assumer ne pas vouloir appliquer les droits et libertés fondamentaux garantis par la Convention. Mais le coût final serait bel et bien payé par les sportifs, privés de ces droits par la volonté d'organisations leur imposant une renonciation aux juridictions étatiques, et aux droits qu'elles sont chargées de garantir.

(5) CEDH, 2 oct. 2018, n°s 40575/10 et 67474/10, Mutu et Pechstein c/ Suisse, § 120.

(6) C. Legendre, *La coordination du mouvement sportif international et des ordres juridiques étatiques et supra-étatiques*, 2020, LGDJ, préf. S. Bollée, p. 269 et s., n°s 428 et s., EAN : 9782275088273.

Fraude au jugement étranger et sentence arbitrale GPL455i3

L'essentiel **Réalise une fraude au jugement et ne saurait être exequaturé en France le jugement rendu en faveur d'une filiale d'une société ayant intenté infructueusement un arbitrage, par lequel elle obtient ce que les arbitres avaient refusé.**

Cass. 1re civ., 17 mai 2023, n° 21-18406, Sté Albaniabeg Ambient sh.p.k c/ Procureur général près la cour d'appel de Paris et a., FS–B (rejet pourvoi c/ CA Paris, 4 mai 2021), Mme Guihal, cons. doyen f. f. prés. ; SARL Ortscheidt, SARL Matuchansky, Poupot et Valdelièvre, av. : Dalloz actualité, 11 sept. 2023, obs. J. Jourdan-Marques ; D. 2023, p. 1812, obs. L. d'Avout

Note

Déçu d'un arbitrage perdu, un groupe de sociétés se réorganise pour faire apparaître l'une de ses filiales comme autonome de la société formellement partie à l'arbitrage. Elle saisit la juridiction albanaise, qui rend, cette fois, un jugement qui lui est favorable. Est ainsi obtenu devant les juridictions albanaises ce qui avait été refusé par le tribunal arbitral. Ce jugement étranger peut-il être exéquaturé en France ? La Cour de cassation, s'appuyant largement sur le raisonnement et les éléments de faits retenus par la cour d'appel, y voit une fraude faisant échec à la demande d'*exequatur*.

La fraude [1] est l'un des motifs permettant la non-reconnaissance d'un jugement aux termes de l'arrêt *Cornelissen* [2]. Rarement mis en œuvre, sauf en matière de répudiation [3], il trouve ici une voie d'épanouissement, alors que d'autres motifs de non-reconnaissance pouvaient apparaître tout aussi pertinents.

Si la cour d'appel avait retenu la fraude, c'est qu'elle avait caractérisé un élément matériel et un élément intentionnel. L'élément matériel consistait en l'utilisation de la filiale aux fins d'engager une action devant le tribunal albanais, et en la réorganisation de son actionnariat afin

(1) Et non plus la fraude à la loi, visée dans l'arrêt *Cornelissen* (Cass. 1re civ., 20 févr. 2007, n° 05-14082). Estimant que la fraude à la loi reste couverte par ce grief de non-reconnaissance, v. P. de Vareilles-Sommières et S. Laval, *Droit international privé*, 11e éd., 2022, Dalloz, n°s 681 et s.

(2) Cass. 1re 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 ; Rev. crit. DIP 2007, p. 420, note B. Ancel et H. Muir Watt.

(3) Par ex., Cass. 1re civ., 20 juin 2012, n° 11-30120.

de la faire apparaître autonome de la société du même groupe ayant engagé l'action infructueuse devant le tribunal arbitral. Le but paraissait ici d'échapper à la possible autorité de chose jugée de la sentence arbitrale qui aurait fait échec à la demande de la filiale [4] dans le but d'obtenir une décision favorable du juge albanais. L'élément intentionnel de la fraude était, partant, lui aussi vérifié. La fraude au jugement paraissait, dès lors, constituer et devoir entraîner le rejet de la demande d'*exequatur*. On serait ainsi tenté d'affirmer que c'est ici une fraude à l'autorité de chose jugée qui est sanctionnée.

Cela dit, les choses n'étaient peut-être pas si simples. Dans ses premier et deuxième moyens, le pourvoi se fondait précisément sur l'absence d'*exequatur* en France de la sentence arbitrale, dont l'autorité de chose jugée ne pouvait faire échec au jugement albanais. Si l'on sait que la sentence a immédiatement autorité de chose jugée en France, sans *exequatur*, celle-ci peut être écartée, même par voie incidente [5], si l'un des griefs de l'article 1520 du Code de procédure civile est vérifié. Au surplus, l'autorité de chose jugée de la sentence n'est opposable qu'entre les parties à l'arbitrage, non à des tiers telle la filiale albanaise, qui s'était d'ailleurs placée sur le terrain extracontractuel, et non plus contractuel. En sorte que les parties n'étaient pas les mêmes, pas plus que les moyens de droit soulevés. La cour d'appel s'était pourtant désintéressée de cette question de la reconnaissance incidente de la sentence : ce motif est tenu par la Cour de cassation comme « erroné, mais surabondant ». Peu importait, en réalité, la possible reconnaissance de la sentence arbitrale pour retenir la fraude au jugement. C'est ainsi la simple stratégie procédurale mise en place par le groupe [6] et la tentative de contournement de la décision arbitrale qui sont sanctionnées au titre de la fraude, visant à stigmatiser une forme de *forum shopping* par mise en place d'une architecture sociétaire complexe.

Le terrain de la fraude était-il le seul à pouvoir être utilisé ?

En réalité, ce que le montage sociétaire visait à faire, ce n'est pas seulement à donner compétence au juge albanais – la fraude étant classiquement conçue comme la modification de certains éléments pour qu'un certain juge étranger se trouve compétent. Cette compétence était *a priori* acquise dans la mesure où le litige se rapportait à une concession hydraulique en Albanie. Le montage visait à échapper à l'application de la convention d'arbitrage, à rétablir en conséquence la compétence albanaise, et à échapper à la sentence arbitrale préalablement rendue. Ni la compétence indirecte du jugement albanais, ni sa conformité à l'ordre public international français n'étaient donc acquises. Ainsi qu'on l'a dit, la stratégie procédurale visait en particulier à échapper à l'applicabilité de la convention d'arbitrage, et à la sentence arbitrale déjà rendue. Or, si la filiale avait introduit son action devant le juge français, d'une part, l'effet négatif du principe de compétence-compétence, s'il avait été soulevé par l'autre partie, aurait empêché le juge français de se prononcer immédiatement, et, d'autre part, une fois la sentence arbitrale rendue, la compétence du tribunal arbitral à l'égard de la filiale aurait probablement été acquise sur le fondement de l'extension de la convention d'arbitrage. Car si l'implication dans le contrat est le critère principal d'extension de la convention, il en est un autre : celui de la tentative de fraude à la compétence arbitrale [7].

Or, la méconnaissance par un juge étranger du seul effet négatif du principe de compétence-compétence, qui semble bien ici avoir été consommée, a pu entraîner par deux fois au moins la non-reconnaissance du jugement étranger. D'abord, c'est le fondement de la compétence indirecte du juge étranger qui fut utilisé pour rejeter la demande d'*exequatur* dans un arrêt *Fincantieri* [8]. Ce même fondement a récemment été utilisé pour refuser l'*exequatur* d'un jugement burkinabé rendu en violation d'une clause attributive de compétence désignant le juge français [9], signe qu'il peut toujours être mobilisé en cas de méconnaissance d'une clause de compétence [10]. Ensuite, c'est le fondement de l'ordre public international qui a été utilisé pour faire échec à la reconnaissance d'un jugement étranger rendu en violation de l'effet négatif du principe de compétence-compétence dans un arrêt *Panatlantic* [11]. Les trois critères de reconnaissance du jugement semblaient ainsi pouvoir être largement débattus.

(4) Nous raisonnons ici à partir du droit français, mais c'est le droit albanais qui aurait indiqué les conséquences juridiques exactes à tirer d'une telle situation.

(5) Sur la reconnaissance incidente, M. Audit, S. Bollée et P. Callé, *Droit du commerce international et des investissements étrangers*, 3e éd., 2019, LGDJ, p. 761-762, n° 963, EAN : 9782275054728.

(6) Sur ce genre de stratégies procédurales, v. E. Gaillard, « Abuse of Process in International Arbitration », ICSID Review 2017, p. 1 et s.

(7) Cass. 1re civ., 11 juin 1991, n° 90-12966, Orri : Rev. arb. 1992, p. 73, note D. Cohen ; JDI 1991, p. 141, note B. Audit ; RTD com. 1992, p. 596, obs. E. Loquin.

(8) CA Paris, 15 juin 2006, n° 05/05404 : Rev. arb. 2007, p. 87, note S. Bollée ; D. 2006, p. 3035, obs. T. Clay.

(9) Cass. 1re civ., 15 mai 2018, n° 17-17546 : Dalloz actualité, 4 juin 2018, obs. F. Mélin ; JCP G 2018, 919, note F. Mailhé ; D. 2019, p. 1061, obs. S. Clavel ; Rev. crit. DIP 2019, p. 194, note D. Sindres.

(10) Sur cette question, v. S. Bollée, « Le refus d'accueillir la décision d'un juge non élu », *in* M. Laazouzi (dir.), *Les clauses attributives de compétence internationale. De la prévisibilité au désordre*, 2021, Éditions Panthéon-Assas, p. 241 et s.

(11) CA Paris, 8 oct. 2013, n° 12/18722, Panatlantic : *in* som. Rev. arb. 2015, p. 1215 ; International Journal of Arab Arbitration 2014, n° 3, p. 59 et s., note P. Mayer.