



# PANORAMA

## Arbitrage et modes amiables de règlement des conflits <sup>1</sup>

décembre 2021 – décembre 2022

par Thomas Clay,

Professeur à l'École de droit de la Sorbonne (Université Paris 1),

Ancien administrateur provisoire de l'Université,

Membre de Sorbonne Arbitrage

### I – ARBITRAGE

#### A – Arbitrages spécifiques

1 – Arbitrage en droit de l'Union européenne

2 – Arbitrage en droit public

#### B – Convention d'arbitrage

1 – Opposabilité

2 – Mise en œuvre

3 – Loi applicable

#### C – Tribunal arbitral

1 – Constitution

2 – Compétence

3 – Indépendance

4 – Responsabilité civile

#### D – Juge d'appui

#### E – Sentence arbitrale

1 – Forme

2 – Recours

3 – Contrôle

4 – Exécution

### II – MODES AMIABLES DE RÈGLEMENT DES CONFLITS

Vingt ans, c'est jeune pour un premier lifting. Et pourtant, pour ce vingtième panorama consécutif, toujours dans la dernière livraison annuelle du Recueil Dalloz, il est temps de modifier l'apparence, c'est-à-dire le titre qui ne sera plus « Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges (MARL) », mais « Arbitrage et modes amiables de règlement des conflits (MARC) ». Peut-être verra-t-on ces changements comme relevant effectivement de la cosmétique, mais, en réalité, ils correspondent à une évolution de la matière et épousent les termes qui se sont au fur et à mesure imposés. L'« amiable » plutôt que l'« alternatif », parce qu'il est clair désormais que l'arbitrage est aussi un mode alternatif, même s'il est alternatif à la justice étatique et non pas à la justice comme le sont les modes amiables. Les modes alternatifs étant soit juridictionnels (l'arbitrage), soit amiables (les autres), il fallait que le titre de ce panorama reflète cette *summa divisio*, plutôt que de laisser prospérer la redondance autour du concept d'arbitrage qui figurait donc deux fois dans l'intitulé de ce panorama dans lequel, c'est vrai, il se taille souvent la part du lion. D'autant plus que l'arbitrage étant, avant tout, une justice, il doit préférentiellement être apparié à la justice étatique plutôt qu'aux modes amiables qui n'ont de force obligatoire que celle des contrats, du moins tant qu'ils ne reçoivent pas de formule exécutoire judiciaire.

Quant aux « litiges » des MARL, il leur sera donc désormais préféré le « conflit » des MARC. Non seulement parce qu'en vingt ans, c'est devenu la dénomination usuelle (certes parfois concurrencée par MARD, pour « différends »), mais aussi parce que la notion de « conflit », est générale et a vocation à englober la notion de litige, qui est une espèce de conflit en ce sens que le litige est un conflit juridiquement relevant. Comme l'a montré le professeur Loïc Cadiet, si tout litige est un conflit, tout conflit n'est pas un litige : les querelles d'amoureux, de théologiens ou de doctrines peuvent être un conflit, mais ne sont pas pour autant des litiges. Ne serait pas un litige la prétention d'un mari sollicitant d'un juge qu'il condamne sa femme à l'aimer, tandis que le serait celle qui solliciterait du juge qu'il condamne l'époux à contribuer aux charges du mariage. Bref, le conflit est plus large que le litige et, pour sa vingtième livraison, ce panorama décide désormais d'embrasser largement, tout en s'efforçant de ne pas mal êtreindre.

Peut-on en dire autant des derniers éléments de droit positif dans notre matière ? L'année 2022 se caractérise par une série d'arrêts très importants, rendus tant par la première chambre civile de la Cour de cassation que par la chambre commerciale internationale de la cour d'appel de Paris, qui a d'ailleurs changé de président au 1<sup>er</sup> septembre dernier. Le double phénomène d'augmentation du nombre des arrêts et de leur volume a pour conséquence qu'il est de plus en plus difficile de tous les restituer ici dans leur plénitude. Certes, les questions d'indépendance des arbitres et de contrôle de l'ordre public international par le juge du recours sont les sujets les plus nombreux une fois de plus cette

année. Mais d'autres questions, moins fréquentes, émergent et s'affinent, comme l'impécuniosité d'une partie, la règle matérielle de validité d'une convention d'arbitrage, ou encore l'arrêt d'exécution des sentences, avec notamment une affaire extraordinaire où il est question d'un document intraduisible de 1878, de l'île de Bornéo et des héritiers du Sultan de Sulu... Sans parler de deux arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH), dont un contre la France, ce qui n'est pas si fréquent, et de nouveaux arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), multirécidiviste dans ses agressions contre l'arbitrage.

Cédant également à l'air du temps, le président de la République a annoncé le 21 octobre 2022 que la France se retirerait du Traité sur la Charte de l'Énergie, suivant en cela d'autres pays européens. En ce qui concerne l'arbitrage prévu par ce Traité, l'impact du retrait de la France devrait être comme un bilan carbone, c'est-à-dire nul, car, d'une part, la France n'a jamais été condamnée sur le fondement de ce Traité, et n'a même été attaquée qu'une seule fois, en 2022, et, d'autre part, ce retrait ne sera effectif que dans vingt ans, c'est-à-dire pile pour le quarantième anniversaire de ce panorama.

## I – Arbitrage

### A – Arbitrages spécifiques

Le droit de l'Union européenne (1) et le droit public (2) ont, à l'évidence, toujours du mal avec l'arbitrage.

#### 1 – Arbitrage en droit de l'Union européenne

Le mouvement de critiques, parfois fondées, à l'encontre de l'arbitrage d'investissement contamine de plus en plus l'autre arbitrage, celui qu'on continue à qualifier de « commercial », même quand il ne l'est pas. Toujours à l'affût du tort qu'elle pourrait causer à l'arbitrage, la CJUE, qui ne fait pas mystère de son dégoût pour l'arbitrage – dégoût d'ailleurs réciproque si l'on en juge par le nombre de sentences arbitrales qui tiennent les oukases de la CJUE pour chiffon de papier –, a décidé de passer à la phase 2 de son offensive en s'en prenant maintenant à l'arbitrage classique. Certes son hostilité à l'égard de l'arbitrage n'est pas récente, et un premier assaut avait été porté avec l'arrêt *West Tankers* (CJCE 10 févr. 2009, aff. C-185/07, D. 2009. 981,

note C. Kessedjian, 2384, obs. S. Bollée, 2959, obs. T. Clay, et 2010. 1585, obs. F. Jault-Seseke ; Rev. crit. DIP 2009. 373, note H. Muir Watt ; RTD civ. 2009. 357, obs. P. Théry ; RTD com. 2009. 482, obs. A. Marmisse-d'Abbadie d'Arrast, 644, obs. P. Delebecque, et 2010. 529, obs. E. Loquin) qui avait validé les *anti suit injunctions* à l'encontre de l'arbitrage. Mais c'est un coup autrement plus pervers qui vient d'être asséné avec l'arrêt *London Steam Ship* (CJUE 20 juin 2022, aff. C-700/20, D. 2022. 1773, spéc. 1782, obs. E. Farnoux ; AJDA 2022. 1675, chron. P. Bonneville, C. Gänser et A. Iljic ; JCP 2022. 972, note J. Heymann ; D. actu. 13 juill. 2022, obs. J. Jourdan-Marques, et 23 sept. 2022, obs. F. Melin ; Gaz. Pal. 8 nov. 2022, p. 4, obs. L. Larribère, et 20 sept. 2022, n° 29, p. 18, obs. J. Clavel-Thoraval ; JCP 2022. 1345, § 7, obs. L. Larribère).

En décidant que, d'une part, les principes de circulation de la clause compromissoire devaient s'aligner sur ceux de la clause attributive de juridiction, et, d'autre part, que les tribunaux arbitraux devaient désormais respecter les règles relatives à la litispendance, la Cour de Luxembourg touche à la quintessence de l'arbitrage international, notamment dans sa conception

(1) Bibliographie : Général : S. Amrani-Mekki (dir.), Guide des modes amiables de résolution des différends 2022/2023, LexisNexis, 2<sup>e</sup> éd., 2022 ; J.-J. Arnaldez, Y. Derains et D. Hascher, Recueil des sentences arbitrales de la CCI 2016-2020, ICC Publishing, 2022 ; J. Astigarraga (dir.), *The Guide to Arbitration in Latin America*, Latin Lawyer and Global Arbitration Review éd., 2022 ; S. Bollée (dir.), *The Originality of French International Arbitration Law. L'originalité du droit français de l'arbitrage international*, Lextenso, coll. Revue de droit Henri Capitant, 2020 ; C. Chainais, F. Ferrand, L. Mayer et S. Guinchard, Procédure civile. Droit commun et spécial du procès civil, MARD et arbitrage, Dalloz, coll. Précis droit privé, 36<sup>e</sup> éd., 2022 ; P. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gautier, Droit des contrats spéciaux, LGDJ, coll. Droit civil, 12<sup>e</sup> éd., 2022 ; L. Chedly, L'efficacité de l'arbitrage commercial international, Rec. Cours Académie de La Haye, t. 400, 2019 ; A. Mourre, La légitimité de l'arbitrage, Rec. Cours Académie de La Haye, t. 427, 2022 ; C. Müller, S. Besson et A. Rigozzi (dir.), *New Developments in International Commercial Arbitration 2022*, Stämpfli éd., 2022 ; M. Ouaniche et S. Prigent, La réparation dans l'arbitrage international d'investissement. Guide pratique, préf. L. Jaeger, Bruylant, coll. Arbitrage, 2022 ; T. Schultz et F. Ortino (dir.), *The Oxford Handbook of International Arbitration*, Oxford University Press, 2020 ; J.-P. Tricoit, Droit de la Médiation et des Modes amiables de règlement des différends, préf. C. Jarrosson, Gualino, coll. Mémentos, 2<sup>e</sup> éd., 2022. Mélanges : *Reflections on International Arbitration, Essays in Honour of Professor George Bermann*, Juris Legal Information, 2022 ; *Arbitration and beyond... Une forme de vie, Liber Amicorum* pour Yves Derains, Pedone, 2021 ; *Leadership, Legitimacy, Legacy : A Tribute to Alexis Mourre*, ICC publishing, 2022. Thèses : R. Azoury, Le contrôle par les juridictions étatiques du respect de l'ordre public par les sentences arbitrales internes en amiable composition, th. de l'Université Paris-Panthéon-Assas, H. Lecuyer (dir.), dactyl., soutenue le 22 sept. 2022 ; P. Capelle, L'arbitrage collectif, préf. T. Clay, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 215, 2022 ; J. Dalmasso, La réparation du dommage moral dans l'arbitrage international, th. de l'Université Paris-Panthéon-Assas, C. Jarrosson (dir.), dactyl., soutenue le 7 déc. 2021 ; D. Dayoro, Les codes des investissements dans l'arbitrage transnational. Étude des réclamations légales à partir des codes africains, th. de l'Université Paris-Panthéon-Assas, Y. Nouvel (dir.), dactyl., soutenue le 12 juill. 2022 ; C. Doganis, Arbitrage et droit public : vers un droit public de l'arbitrage, th. de l'Université Paris 1, T. Clay et S. Nicinski (dir.), dactyl., soutenue le 12 avr. 2022 ; C. Jalicot, Arbitrage et propriété intellectuelle : une approche renouvelée de la territorialité, th. de l'Université Paris-Saclay, V.-L. Benabou (dir.), dactyl., soutenue le 14 déc. 2022 ; L. Lacamp, Les clauses de règlement des différends en droit chinois, th. de l'Université Paris-Panthéon-Assas, M. Goré (dir.), dactyl., soutenue le 30 juin 2022 ; D. Mbow, Le secret dans l'arbitrage international. Approche critique, préf. F. Osman, avant-propos E. Loquin, L'Harmattan, Logiques juridiques, 2021 ; P. Merabti, La notion de sentence arbitrale. Étude de droit de l'arbitrage commercial, th. de l'Université Paris 1, S. Bollée (dir.), dactyl., soutenue le 4 juill. 2021 ; M. Schizani, *The Three Ages of International Commercial Arbitration*, préf. E. Gaillard, Cambridge University Press, 2022.

française, à savoir son autonomie. Celle-ci emporte deux effets principaux : faire échapper la clause compromissoire à un droit étatique et le tribunal arbitral aux vicissitudes de la procédure judiciaire parallèle. La convention, l'instance et la sentence sont autonomes, et c'est bien à cela que s'attaquent les juges communautaires irascibles. La sentence leur étant hors de portée en raison de la Convention de New York qui l'immunise à l'égard des velléités communautaires, sinon communautaristes, des juges de Luxembourg, ils portent le fer sur la convention d'arbitrage et l'instance.

Cette double assimilation de la clause d'arbitrage à la clause attributive de juridiction et de l'arbitre au juge étatique constitue une négation de ce qu'est l'arbitrage et une volonté de le faire rentrer dans le moule communautaire dont pourtant personne ne veut. Il s'agit d'une décision politique et non pas juridique. La preuve est facile à en rapporter : la CJUE ignore ostensiblement que l'arbitrage n'entre pas dans le champ d'application des règlements Bruxelles I et I bis, dont la Cour de justice est pourtant la gardienne. Fermant les yeux sur ce léger détail, elle se décrédibilise elle-même, et, à l'instar du navire Prestige qui était l'objet du litige en l'espèce, fait naufrage.

Parallèlement à l'offensive sur la convention et l'instance, la CJUE s'est tout de même attaquée à l'exécution des sentences. Quelques mois avant l'arrêt *London Steam Ship*, la Cour de Luxembourg a décidé, dans la célèbre affaire *Micula*, que la somme versée par un État qui exécute une sentence arbitrale l'ayant condamné (ce qui n'est pas si courant), peut être requalifiée en aide d'État par la Commission européenne (CJUE 25 janv. 2022, aff. C-638/19, *European Food*, D. 2022. 1773, spéc. 1775, obs. S. Bollée ; Clunet 2022. 964, note M. Audit ; Europe 2022. 84, obs. L. Idot ; D. actu. 16 mars 2022, obs. J. Jourdan-Marques ; JCP 2022. 182, obs. D. Berlin, et 724, § 8, obs. L. Jandar ; *Global Arbitration Rev.* 25 janv. 2022, obs. C. Sanderson). On s'incline ici devant l'ingéniosité nocive de la Cour qui, à la fois, encourage les procédures torpilles avec l'arrêt *London Steam Ship* par le jeu de la litispendance et incite à ne pas exécuter les sentences lorsqu'il s'agit d'un État sous peine de voir leur condamnation requalifiée en aide d'État.

Or il n'était pas juridiquement possible ici de retenir la qualification d'aide d'État pour cette sentence arbitrale rendue par un tribunal du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI). En effet, selon l'article 107, § 1, du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), deux conditions doivent être remplies pour que les sommes versées soient considérées comme telles : elles doivent, d'abord, être « accordées directement ou indirectement au moyen de ressources d'État », et, ensuite, « imputables à l'État ». Et, à l'analyse, aucune des deux conditions n'est remplie. Certes, de prime abord, la première condition pourrait sembler l'être s'agissant d'une somme qui provient bien des caisses de l'État, mais, en réalité, la qualification juridique d'une indemnisation conduit à considérer que cette somme a toujours été dans le patrimoine du créancier, et que l'État ne l'a que thésaurisée avant de la restituer. Autre chose aurait été une condamnation à une sanction ou à une péna-

lité. Avec une indemnisation, on rend au créancier ce qui lui appartient. Quant à la seconde condition, comme l'a montré le Professeur Mathias Audit dans sa note précitée, l'imputation de l'aide à l'État condamné n'est pas davantage avérée, sauf à considérer que le tribunal arbitral est une marionnette entre les mains de cet État, ce qui est sans doute la conception que la CJUE se fait de l'arbitrage. Qui peut raisonnablement penser qu'on puisse imputer à un État condamné par une décision de justice le montant versé au titre de cette condamnation ? Fallait-il qu'il refuse d'exécuter la sentence arbitrale ? L'État avait-il le choix ? Dans l'esprit de la CJUE, les décisions de justice sont manifestement facultatives et on peut décider de les exécuter ou non. Espérons que la Cour de Luxembourg porte la même appréciation sur ses propres décisions qui sont, en effet, ignorées de la plupart des tribunaux arbitraux, même s'il y a quelques exceptions (**Sentence arbitrale de la Stockholm Chamber of Commerce du 16 juin 2022**, *Green Power Partners et SCE Solar Don Benito c/ Espagne*, *Global Arbitration Rev.* 22 juin 2022, obs. C. Sanderson).

En réalité, l'approche suivie par la CJUE repose une fois de plus sur la négation forcenée de ce qu'est l'arbitrage, à savoir une justice privée indépendante et autonome. Ces deux arrêts mis bout à bout montrent que, tout à sa haine de l'arbitrage parce qu'il lui échappe, la CJUE ne se fixe aucune limite et est prête à violer les instruments internationaux et à dénaturer les concepts juridiques les plus établis. En cela, elle achève de perdre sa légitimité.

Malheureusement, le juge français est lui aussi en train de s'incliner, sans doute pour éviter les risques de condamnations pour non-respect du droit de l'Union européenne (UE). Ainsi, dans deux arrêts du 19 avril 2022, la cour d'appel de Paris a annulé deux sentences rendues sur le fondement des Traités bilatéraux d'investissement (TBI) intra-communautaires (**Paris, 19 avr. 2022, n° 20/14581, CEC Praba, et 19 avr. 2022, n° 20/13085, Srabag**, D. actu. 20 mai 2022, obs. J. Jourdan-Marques ; JCP 2022. 724, § 8, obs. L. Jandar ; Gaz. Pal. 8 nov. 2022, p. 15, obs. L. Larribère). Le motif de l'annulation est intéressant car, au lieu de se fonder sur la violation de l'ordre public international, c'est sur l'absence de compétence du tribunal arbitral que les sentences sont écartées. S'abritant ostensiblement derrière la jurisprudence de la CJUE, dont elle cite abondamment les arrêts *Achmea* et *PL Holding* (ex. arrêt n° 20/14581, § 63 : « Il convient en conséquence d'examiner la compétence du tribunal arbitral à la lumière de la solution dégagée par la CJUE dans l'arrêt *Achmea* »), la cour d'appel juge que l'article du TBI applicable qui vise l'arbitrage ne peut plus fonder la compétence du tribunal arbitral. On a connu la cour d'appel de Paris plus audacieuse. Où est passée cette juridiction qui brandissait à la face du monde que la convention d'arbitrage bénéficiait d'une règle matérielle de validité ? Elle semble s'être dissoute dans une soumission assumée : « La primauté du droit de l'Union s'impose à tous les États de l'UE et le recours à la Convention de Vienne sur le droit des Traités ou au besoin, à la règle matérielle du droit international de l'arbitrage pour prétendre de l'existence d'un consentement valide est inopérant à cet égard » (arrêt n° 20/13085, § 90). La règle matérielle

de validité patiemment construite depuis l'arrêt *Gosset* de 1963 jusqu'à l'arrêt *Dalico* de 1993, qui faisait la fierté française serait donc valable *erga omnes*, sauf à l'égard de la CJUE ?

Après avoir écarté cette jurisprudence identitaire, la cour d'appel irait-elle jusqu'à revenir sur la jurisprudence *Labinal* ? Deux phrases de l'arrêt n° 20/14581 nous laissent penser que ce n'est pas (encore ?) le cas : « Le mécanisme de règlement figurant à l'article 8 du TBI de l'espèce n'exclut pas que le tribunal arbitral puisse être amené à statuer dans des litiges pouvant porter sur l'application ou l'interprétation du droit de l'Union » (n° 65) et « Le règlement d'arbitrage CNUDCI (...) n'exclut pas que le droit de l'Union puisse s'appliquer ni que le tribunal arbitral prenne une décision susceptible de rentrer en contrariété avec ce droit » (n° 66, comp. n° 86 de l'autre arrêt). Mince espoir, certes, mais rattachons-nous y, jusqu'à la prochaine agression...

## 2 – Arbitrage en droit public

Les lecteurs de ce panorama connaissent bien les contorsions du Tribunal des conflits pour confier à la juridiction administrative une partie du contentieux para-arbitral lorsqu'il s'agit d'un litige à la fois international et administratif (T. confl., 17 mai 2010, n° 3754, *Inserm*). On se souvient en effet, que, dans un exercice qui tient de l'illusionnisme, le Tribunal des conflits, après avoir énoncé le principe de la compétence de la juridiction judiciaire, l'a assorti de tellement d'exceptions qu'il l'a aussitôt évidé. Et cela s'est particulièrement illustré avec l'affaire *SMAC* dans laquelle le Conseil d'État a, de lui-même, étendu la jurisprudence *Inserm* sur le recours en annulation à l'*exequatur* de la sentence internationale, ce qui n'allait pas de soi, pour immédiatement défendre un contrôle plus étroit de la violation de l'ordre public international (CE 19 avr. 2013, n° 352750 et 362020, *SMAC*). La Cour de cassation l'avait contesté en rappelant pertinemment que la France était engagée par la Convention de New York (Civ. 1<sup>re</sup>, 8 juill. 2015, n° 13-25.846). Mais cela n'a pas ému le Tribunal des conflits qui a de nouveau tranché invariablement en faveur de la juridiction administrative (T. confl., 24 avr. 2017, n° 4075).

*SMAC* a alors saisi le tribunal administratif de Poitiers à fins d'*exequatur* des sentences, ce qui a été refusé au motif que les conventions d'arbitrage étaient nulles et que les sentences de l'espèce violaient le droit de l'Union des aides d'États (TA Poitiers, 15 déc. 2020, n° 1900269, AJDA 2021. 401, concl. M. Brunet ; RFDA 2021. 340, note M. Lahouazi). C'est dans ce contexte que se prononce la cour administrative d'appel de Bordeaux (CAA Bordeaux, 30 mars 2022, n° 21BX00596, AJDA 2022, note M. Lahouazi, à paraître ; JCP A 2023, obs. M. Lahouazi, à paraître), laquelle était déjà intervenue précédemment dans un des méandres de cette interminable demande d'*exequatur* pour se déclarer incompétente (CAA Bordeaux, 12 juill. 2016, n° 13BX02331, Rev. arb. 2017. 254, note M. Audit et C. Broyelle ; JCP A 2017, n° 9, p. 2066, obs. M. Lahouazi ; D. 2016. 2589, spéc. 2598, obs. T. Clay ; AJDA 2016. 2357 ; RFDA 2016. 1145, concl. D. Katz). Sans se sentir liée par l'autorité de la chose jugée de son précédent

arrêt qui portait sur la résiliation des contrats litigieux, et non pas sur l'*exequatur* des sentences arbitrales, la cour administrative d'appel s'interroge, d'abord, et à nouveau, sur l'applicabilité de la Convention européenne sur l'arbitrage commercial international du 21 avril 1961, qui figure au visa de l'arrêt, ce qui est assez rare pour mériter d'être souligné. Plus rare encore est que, comme l'a bien relevé le professeur Mehdi Lahouazi – dans sa note précitée –, la cour revient sur ce qu'elle avait elle-même décidé dans ce même litige en 2016 quand elle avait retenu l'application de la Convention. Cette fois-ci, quatre ans plus tard donc, la Convention ne serait finalement pas applicable entre les mêmes parties *ratione loci*, puisque le requérant (Ryanair) est domicilié en Irlande, non partie à la convention (ce qui était d'ailleurs déjà le cas en 2016...).

La cour administrative d'appel s'interroge, ensuite, sur l'existence d'un principe d'ordre public international qui s'opposerait à la prohibition faite aux personnes morales de droit public de compromettre. On reconnaîtra ici aussi bien la règle matérielle de validité des conventions d'arbitrage conclues pour les besoins du commerce international des personnes publiques consacrée par l'arrêt *Galakis* de 1966 que la règle de l'interdiction de se prévaloir de son propre droit pour échapper à l'application d'une convention d'arbitrage international. Aucun de ces deux principes n'a impressionné la cour administrative d'appel qui a jugé que ce litige était inarbitrable au regard du droit public et a donc refusé l'*exequatur* à la sentence dans des termes très clairs : « La circonstance qu'un contrat a été passé pour les besoins du commerce international ne permet pas de déroger au principe général du droit français d'interdiction pour les personnes publiques de se soustraire aux règles qui déterminent la compétence des juridictions nationales en remettant à la décision d'un arbitre la solution des litiges auxquels elles sont parties ».

Voici donc des sentences arbitrales rendues les 22 juillet 2011 et 18 juin 2012, pour lesquelles juridictions judiciaires et administratives ont bataillé, jusqu'au Tribunal des conflits, pour se voir octroyer la compétence, qui a été tranché en faveur de la juridiction administrative pour que celle-ci refuse finalement l'*exequatur*... On comprend mieux rétrospectivement l'enjeu de ce conflit positif de compétence car si la juridiction judiciaire avait été reconnue compétente, ces sentences auraient assurément obtenu l'*exequatur*. Mais le juge administratif s'est vu reconnaître compétent pour... écarter ces sentences de l'ordre juridique français. Dans l'attente de l'arrêt probable du Conseil d'État à intervenir, cette affaire illustre une fois de plus qu'il est plus que temps d'harmoniser le régime de contrôle des sentences arbitrales internationales, comme l'a bien montré un important colloque dont les actes viennent d'être publiés (Arbitrage et droit public, Cah. arb. 2022. 353 à 627, spéc. D. Mouralis, Contrôle des sentences arbitrales par le juge administratif, p. 501).

## B – Convention d'arbitrage

Trois sujets principaux retiennent l'attention à propos de la convention d'arbitrage dans la période couverte par ce panorama : le premier est relatif à l'opposabilité (1), le deuxième

a trait à la mise en œuvre (2) et le troisième ressortit à la loi applicable (3).

## 1 – Opposabilité

Au sujet de l'opposabilité de la clause compromissoire, c'est dans les interstices de la réforme du droit des sûretés qu'on trouvera une modification législative la concernant. En effet, l'article 28, 4°, de l'**ordonnance n° 2021-1192 du 15 septembre 2021** portant réforme du droit des sûretés, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2022 (JO 16 sept. 2021, texte 19 ; Rev. arb. 2021. 1293, obs. C. Jarrosson), modifie l'article L. 721-3 du code de commerce. Or cet article n'est pas une disposition lambda. C'est, d'abord, un des rares articles d'origine du code de commerce de 1807 ; c'est, ensuite, celui qui définit la compétence commerciale ; c'est, enfin, un article qui a navigué de code en code de manière surprenante.

À l'origine de la commercialité, en 1807, il y a donc un article 631 qui définit la compétence des tribunaux de commerce peu ou prou selon la même approche qu'aujourd'hui. Le 31 décembre 1925, l'article est modifié pour intégrer les sociétés commerciales et un alinéa est ajouté pour permettre l'arbitrage dans les cas où le tribunal de commerce est compétent. Par la loi sur les nouvelles réglementations économiques n° 2001-420 du 15 mai 2001 – celle-là même qui retouchera l'article 2061 du code civil pour rendre les clauses compromissoires valables dans les relations entre professionnels –, l'article 631 va étrangement migrer vers le code de l'organisation judiciaire dans lequel il prendra le numéro L. 411-4, avant de revenir, cinq ans plus tard, dans le code de commerce par l'ordonnance de recodification du 8 juin 2006 pour devenir l'article L. 721-3. L'article s'est ainsi baladé de code en code, mais la règle est restée depuis 1807, simplement élargie et ouverte à l'arbitrage en 1925.

À cette autorisation de l'arbitrage dans les cas où les tribunaux de commerce sont compétents, vient donc d'être posée une limite pour la première fois, près d'un siècle après l'ajout de 1925, par l'ordonnance du 15 septembre 2021 sous la forme d'un alinéa supplémentaire qui énonce ceci : « Par exception, lorsque le cautionnement d'une dette commerciale n'a pas été souscrit dans le cadre de l'activité professionnelle de la caution, la clause compromissoire ne peut être opposée à celle-ci ».

Cette réforme législative appelle deux observations : premièrement, il s'agit à l'évidence d'un alignement sur la nouvelle rédaction de l'article 2061, issue de la loi Justice du 21<sup>e</sup> siècle du 18 novembre 2016 qui prévoit que la clause compromissoire est inopposable au non-professionnel avec pour modèle le consommateur. La nouvelle rédaction de l'article L. 721-3 applique donc à la caution non professionnelle le nouveau régime de la clause compromissoire conclue par un consommateur, laquelle est bien valable, mais inopposable. Cette précision était sans doute inutile car une caution non professionnelle entrait déjà dans le champ d'application de l'article 2061, au même titre qu'un assuré, un preneur ou n'importe quel autre contractant, et épouse le régime juridique du consommateur.

Mais, deuxièmement, plus inutile encore semblent être non seulement l'ajout de cette exception, mais encore le principe lui-même de validité de l'arbitrage dès lors que le tribunal de commerce est compétent. Cette règle appartient à un autre temps, celui où la clause compromissoire était valable en matière commerciale et nulle en matière civile, révolu depuis la réforme de l'article 2061 en 2001 qui l'a autorisée dans tous les contrats conclus entre professionnels, aussi bien en matière civile que commerciale, et parachevée avec la réforme de 2016 qui la rendit valable pour tous les droits dont les parties ont la libre disposition. Cela inclut donc les actes de commerce conclus y compris par des non-professionnels, comme la vente d'un fonds de commerce ou d'un bail commercial (E. Loquin, L'articulation des articles 2061 du code civil et L. 721-3 du code de commerce après la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016, obs. ss Paris, 14 sept. 2021, RTD com. 2022. 478). Mais, depuis 2016, ces actes-là entrent dans le champ de l'article 2061 du code civil. La seule différence est qu'ils sont inopposables au consommateur, alors que, sous le régime de l'article L. 721-3, ce n'est pas le cas, sauf donc pour la caution désormais.

La vraie réforme audacieuse eût été de supprimer l'alinéa ajouté en 1925, afin d'élargir la protection de l'article 2061 à tous les consommateurs et donc de ne pas introduire ce nouvel alinéa qui se contente de n'en protéger qu'une seule catégorie. Et, si l'on en profitait pour abroger les articles 2059 et 2060 du code civil, on rendrait service au principe d'intelligibilité du droit (T. Clay, Code de l'arbitrage commenté, LGDJ, 2<sup>e</sup> éd., 2021, avec M. de Fontmichel, ss art. 2059 s).

Enfin, pour terminer sur ce premier sujet, on dira que, pas plus que l'article 2061 du code civil, ce nouvel article L. 721-3 du code de commerce ne saurait être applicable en matière internationale. Et, pas plus que pour l'article 2061, on est capable de comprendre l'articulation avec l'article R. 212-2, 10°, du code de la consommation sur les clauses abusives, qu'il est plus que temps de clarifier (Code de l'arbitrage commenté, préc., ss art. R. 212-2 C. consom.).

## 2 – Mise en œuvre

Le deuxième sujet est relatif à la mise en œuvre de la clause compromissoire par une partie qui ne peut pas ou ne veut pas régler les frais de l'arbitrage. Sur ce point, trois décisions ont été rendues par la première chambre civile de la Cour de cassation dans la période observée, lesquelles prennent la suite des quatre arrêts de la cour d'appel analysés dans ce panorama l'année dernière (D. 2021. 2272, spéc. 2275 ; plus généralement, T. Clay, Arbitrage et impécuniosité, *in* Mélanges en l'honneur de Jacques Mestre, LGDJ, 2019, p. 253).

Le premier arrêt permet à la Cour de cassation de rejeter un pourvoi qui prétendait que l'impécuniosité d'une partie rendait la clause compromissoire caduque et violait le droit au juge prévu à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme (Convention EDH) (**Civ. 1<sup>re</sup>, 26 janv. 2022, n° 21-12.479**). Cet arrêt est jusqu'à présent passé tota-

lement inaperçu. Il faut dire que le rejet est fait sans motivation, comme si la solution était évidente. Tant mieux.

Cette solution semble pourtant remise en cause dans le deuxième arrêt ici commenté qui, lui, n'est pas du tout passé inaperçu, c'est le moins qu'on puisse dire (Civ. 1<sup>re</sup>, 9 févr. 2022, n° 21-11.253, *Sté Tagli'apau*, D. 2022. 358 ; RTD com. 2022. 487, obs. E. Loquin ; JCP 2022. 553, note M. de Fontmichel, et 724, § 2, obs. L. Jandar ; Rev. arb. 2022. 309, note C. Jarrosson ; Cah. arb. 2022. 889, obs. M. G. Tintignac ; D. actu. 16 mars 2022, obs. J. Jourdan-Marques ; Procédures 2022.100, obs. L. Weiller ; Gaz. Pal. 5 avr. 2022, p. 23, note J. Clavel-Thoraval, 3 mai 2022, obs. L. Larribère, et 1<sup>er</sup> mars 2022, p. 29) et est même considéré par le Professeur Maximin de Fontmichel comme « un grand arrêt du droit de l'arbitrage » (préc.). Résumée à son épure, l'affaire a vu un défendeur d'abord refuser de régler sa quote-part des frais de l'arbitrage de la chambre de commerce internationale (CCI), pour contester ensuite la compétence du tribunal de commerce finalement saisi, en raison justement de l'existence d'une convention d'arbitrage. Ainsi, pour le défendeur, ça ne va jamais : soit c'est trop cher, soit ce n'est pas le bon for. Que la vie serait simple s'il suffisait d'agir de la sorte pour échapper au juge. La cour d'appel de Pau accueillit l'exception renvoyant à la juridiction arbitrale. Mais, pour la Cour de cassation, c'en est trop, et, au visa d'un inédit « principe de loyauté procédurale régissant les parties à une convention d'arbitrage », cassa l'arrêt en ces termes : « En ne s'acquittant pas de la part de provision sur frais leur incombant, [les parties] n'étaient pas recevables, pour décliner la compétence de la juridiction étatique, à invoquer la clause compromissoire ».

Cet important arrêt divise les premiers commentaires. Il faut donc prendre parti, mais la question est sensible car elle met en jeu plusieurs principes fondamentaux de l'arbitrage, comme la force obligatoire de la convention d'arbitrage et son autonomie par rapport à la justice étatique, mais aussi pointe la grande faiblesse conceptuelle de l'arbitrage, qui tient à ce qu'il est en pratique payant.

Deux observations peuvent être faites dans l'espace imparti, l'une de forme, et l'autre de fond. Sur la forme, on ne peut que se réjouir de ce nouveau visa de principe, inattendu et inédit. S'il recoupe en partie le principe d'*estoppel*, le surgissement et la formulation recentrée de ce nouveau principe de « loyauté procédurale régissant les parties à une convention d'arbitrage » doivent être salués. On se souvient que la réforme du droit français de l'arbitrage en 2011 avait introduit à l'article 1464 un « principe de loyauté entre les parties et les arbitres dans la conduite de la procédure », qui ne correspond pas exactement à celui-ci, même s'il n'est pas sans lien. Celui de l'article 1464 tient aux liens entre arbitres et parties, ceux-là mêmes qui sont issus du contrat d'arbitre, alors que le nouveau principe relève plutôt des rapports des parties entre elles et peut donc être apparié au principe plus général qu'on trouve en droit processuel (M.-E. Boursier, *Le principe de loyauté en droit processuel*, préf. S. Guinchard, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2003). Mais il est intéressant en ce que, tel qu'énoncé

par la Cour de cassation, il relie la loyauté contractuelle de la convention d'arbitrage à la loyauté procédurale, et affirme donc que, par la convention d'arbitrage, les parties s'engagent à être loyales dans l'instance arbitrale. On ne peut que s'en réjouir.

Sur le fond de la solution, on sera plus réservé. Avec cet arrêt, le refus de payer les frais d'arbitrage peut donc rendre la convention d'arbitrage caduque et la juridiction judiciaire compétente. Cela revient à admettre qu'un défaut de paiement entraîne une renonciation à la clause d'arbitrage. Certes, pour que la solution s'applique, il faut que trois refus se cumulent : celui du défendeur de payer, celui du demandeur de le faire à sa place, et celui du centre d'arbitrage de permettre l'arbitrage avec la moitié de la provision (qui peut d'ailleurs être aussi le refus des arbitres), générant un risque plus général de déni de justice (T. Clay, *Arbitrage et déni de justice*, in *The System of International Arbitration, Liber Amicorum Emmanuel Gaillard*, Brill éd., 2023, à paraître).

Mais il n'empêche que si le seul risque pour le défendeur de refuser de payer est de se retrouver devant les juridictions judiciaires de son siège, cela ne devrait pas l'inciter à s'exécuter. Et la convention d'arbitrage s'en trouve profondément fragilisée. Pourtant, comme l'a énoncé la cour d'appel dans l'arrêt cassé : « La force obligatoire de la clause compromissoire est indépendante de la santé financière de l'une des parties », ce à quoi on pourrait ajouter qu'elle est également indépendante de l'incohérence du comportement des parties, l'incohérence étant retenue ici comme critère de rattachement. Si la force obligatoire d'un contrat dépend du comportement des parties, autant estimer qu'il n'y a pas plus de force obligatoire de la convention d'arbitrage, celle-là même qu'on a pourtant toujours considérée comme dotée d'une force décuplée.

Jusqu'à présent, la jurisprudence avait toujours pris soin de bien dissocier la force obligatoire de la convention d'arbitrage des considérations financières de l'affaire. Or s'il suffit de ne pas payer, sans que le demandeur se substitue, pour rendre la clause compromissoire caduque, on établit un lien entre force de la clause et paiement des frais, ce qui est nouveau et, disons-le, malsain. Les solutions prônées par la cour d'appel de Paris en 2021, qui préconisait, en substance, d'une part, que ceux qui prennent l'engagement de l'arbitrage savent qu'il sera onéreux, et, d'autre part, que c'est aux « acteurs de l'arbitrage » de faire des efforts en cas d'impécuniosité, semblent meilleures (sur ce point, V. P. Mayer, *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*, Clunet 2022. Études 3).

Avec cet arrêt, l'arbitrage est renvoyé à sa condition de justice payante. Le gratuit, c'est pour le judiciaire. On aurait pourtant pu estimer que l'arbitrage est avant tout une justice et que la justice est gratuite par essence. En outre, ce que l'on refuse à l'impécunieux qui ne peut pas payer sans que la convention d'arbitrage soit caduque, on l'accorde à celui qui peut payer, mais qui ne veut pas. Étrange solution, à dire vrai, qui favorise le riche sur le pauvre.

Enfin, pour conclure de manière paradoxale sur cet arrêt, ne pourrait-on pas considérer que celui qui a refusé de payer, alors qu'il en avait les moyens et qu'il s'y était engagé dans la clause compromissoire, se voit ici déchargé de son obligation de paiement, et même de recourir à l'arbitrage, au nom de l'obligation de loyauté qui consacre donc ici un comportement en réalité profondément déloyal ?

Le troisième arrêt commenté reprend le fil de l'histoire avant l'arrêt *Tagli'apau*, en décidant une fois de plus que le principe compétence-compétence, et notamment son effet négatif, s'applique même à l'égard de la partie impécunieuse (Civ. 1<sup>re</sup>, 28 sept. 2022, n° 21-21.738, D. 2022. 2022, obs. N. Dissaux ; Procédures 2022. 249, note L. Weiller ; D. actu. 28 oct. 2022, obs. J. Jourdan-Marques ; Gaz. Pal. 8 nov. 2022, p. 1, obs. L. Larrivière). Cette solution, qui rejette le pourvoi contre l'arrêt attaqué (Paris, 30 juin 2021, n° 21/02568, *Carrefour Proximité France*, D. 2021. 2272, obs. T. Clay ; JCP 2021. 1280, § 2, obs. P. Giraud ; D. actu. 17 sept. 2021, obs. J. Jourdan-Marques), a le mérite de revitaliser la convention d'arbitrage après l'arrêt *Tagli'apau*, et d'indiquer que l'impécunieux ne peut pas arguer de son état financier pour échapper à la convention d'arbitrage, ce en quoi il se distingue donc, désormais, de celui qui est à la fois solvable et incohérent.

### 3 – Loi applicable

Avec l'Angleterre, la guerre a pu durer jusqu'à cent ans. Elle n'est d'ailleurs pas finie si on en juge par les affrontements au rugby si terribles qu'on les a baptisés des « *crunch* », du nom du crissement des os des joueurs qui poussent en sens opposé dans la mêlée. Mais tout cela n'est rien au regard de la bataille que se livrent les juridictions des deux pays au sujet de la loi applicable à la convention d'arbitrage, même si, reconnaissons-le, cet affrontement n'a pas la même popularité. C'est à l'occasion de la question de l'extension d'une clause compromissoire à un non-signataire dans l'affaire *Koot Food* que la hache de guerre de haute intensité, comme on dit désormais, a été déterrée. Une sentence arbitrale rendue à Paris avait accepté cette extension. Elle est présentée à l'*exequatur* en Angleterre, dont les juridictions la refusent au motif que l'examen de cette question relève de la loi du contrat, qui est la loi anglaise et que celle-ci n'accepte pas une telle extension (Cour d'appel de Londres, 20 janv. 2020, [2020] EWCA civ. 6, D. 2020. 2484, spéc. 2498, obs. T. Clay ; *Global Arbitration Rev.* 24 janv. 2020, obs. J. Ballantyne et S. Perry). Soit. Mais, quelques mois plus tard, la cour d'appel de Paris, lieu du siège de l'arbitrage, rejette le recours en annulation, ce qui confère automatiquement l'*exequatur* à la sentence en France (Paris, 23 juin 2020, n° 17/22943, D. 2020. 2484, spéc. 2498, obs. T. Clay ; Rev. arb. 2020. 701, note E. Gaillard ; Cah. arb. 2020. 61, note P. Roscher ; Clunet 2021. 153, note J.-B. Racine ; D. actu. 29 juill. 2020, obs. J. Jourdan-Marques ; *Global Arbitration Rev.* 25 juin 2020, obs. J. Ballantyne et S. Perry), en délivrant une leçon de droit de l'arbitrage à son homologue anglais, à savoir que c'est la loi du siège de l'arbitrage qui est compétente et que la loi française prévoit justement qu'aucune loi

ne s'applique puisque la convention d'arbitrage internationale bénéficie d'une règle matérielle de validité. La guerre était vraiment déclarée.

Le conflit s'éleva donc à l'échelon supérieur. La Cour suprême du Royaume-Uni tira la première (Cour suprême du Royaume-Uni, 27 oct. 2021, *Kabab-Ji SAL c/ Koot Food Group* [2021] UKSC 48, Cah. arb. 2022.71, obs. P. Rosher et M. Adant) pour confirmer la décision de la Cour de Londres et refuser définitivement l'*exequatur* à cette sentence, relayée par une doctrine internationaliste (H. Muir Watt, La loi applicable à la convention d'arbitrage : leçon de droit anglais, note ss Cour suprême du Royaume-Uni, 20 oct. 2020, Rev. crit. DIP 2021. 415. Plus généralement, sur la question, V. L. Larrivière, La réglementation de la convention d'arbitrage international. Étude critique et comparative en droit français et américain, préf. S. Bollée, LGDJ, 2022, à paraître). Moins d'un an plus tard, c'est la Cour de cassation française qui se prononça (Civ. 1<sup>re</sup>, 28 sept. 2022, n° 20-20.260, D. 2022. 1757, et note D. Mainguy, à paraître ; D. actu. 28 oct. 2022, obs. J. Jourdan-Marques ; Gaz. Pal. 8 nov. 2022, p. 6, obs. L. Larrivière ; JCP 2022. 1113 ; *Global Arbitration Rev.* 29 sept. 2022, obs. C. Sanderson ; plus généralement : M. de Fontmichel, *New Developments Regarding the Effectiveness of the Arbitration Agreement – French and Comparative Approach*, in C. Müller, S. Besson et A. Rigozzi (dir.), *New Developments in International Commercial Arbitration 2022*, Stämpfli éd., 2022, p. 189). Là encore, ce fut une leçon de droit, mais d'un autre ordre. Cette fois-ci les juges du Quai de l'Horloge attaquèrent leurs éminents collègues sur leur propre terrain, à savoir la loi anglaise et sa portée, en rappelant que « le choix du droit anglais comme loi régissant les contrats (...) ne suffit pas à établir la commune volonté des parties de soumettre l'efficacité de la convention d'arbitrage au droit anglais, par dérogation aux règles matérielles du siège de l'arbitrage expressément désigné par les contrats ». Ce que rappelle ici la Cour de cassation, ce n'est pas seulement la règle matérielle de validité, c'est aussi que la loi applicable au contrat et la loi applicable à la convention d'arbitrage ne sont pas les mêmes, en vertu du principe d'autonomie de la clause compromissoire, dont il n'est pas inutile de rappeler le sens premier du mot, à savoir qu'elle obéit à sa propre norme. Il est vrai que l'étymologie grecque est plus intelligible pour un juriste francophone qu'anglophone, mais elle n'est tout de même pas ésotérique.

Très subtile également est l'ouverture faite par la Cour de cassation à l'hypothèse où les parties choisiraient « expressément » une loi pour déterminer « la validité et les effets de la convention d'arbitrage ». Dix-huit ans après l'arrêt *Uni-Kod* qui avait timidement entre-ouvert la fenêtre à une loi propre à la convention d'arbitrage, la Cour de cassation enfonce carrément la porte désormais et assortit sa règle matérielle de validité d'un codicille important : elle ne vaut qu'à défaut de choix d'une loi spécifique par les parties. D'autant que, dans un arrêt difficile à interpréter, rendu quelques mois plus tôt, la cour d'appel de Paris pourrait avoir énoncé que l'examen de la transmission et de l'extension de la convention d'arbitrage international pourrait se faire selon une loi nationale si la volonté des

parties n'est pas claire (**Paris, 25 janv. 2022, n° 20/12332, *Sté Privinvest***, D. actu. 16 mars 2022, obs. J. Jourdan-Marques ; Gaz. Pal. 3 mai 2022, p. 7, obs. L. Larribère). Solution qui serait évidemment au rebours de la règle matérielle de validité, laquelle fait fi des lois nationales, même à titre subsidiaire. À la vérité, dans son commentaire de l'arrêt, le Professeur Jourdan-Marques a bien montré qu'il s'agissait plutôt sans doute d'une maladresse de rédaction, ce que l'on peut souhaiter. Car une chose est de permettre aux parties de choisir volontairement une loi applicable à leur convention d'arbitrage, une autre est de la leur imposer alors même qu'elles se croyaient à l'abri avec une règle matérielle. Cette dernière solution choque, alors que la première est dans le droit fil de la conception française de l'arbitrage international, qui fait de la volonté des parties son primat. Et la règle matérielle de validité ne vaut qu'à défaut de choix par les parties, sachant que le choix de la loi de fond n'emporte pas choix de loi pour la clause compromissoire qui doit faire l'objet d'une mention expresse. Cette solution constitue une marque supplémentaire du très grand libéralisme du droit français de l'arbitrage international, un libéralisme dont l'Angleterre, pays qui l'incarne mieux que quiconque, pourrait avantageusement s'inspirer.

## C – Tribunal arbitral

Outre les inévitables décisions sur l'indépendance de l'arbitre (3), et sur sa responsabilité civile (4), deux autres types de questions doivent, d'abord, être évoquées, relatives à la constitution du tribunal arbitral (1) et à sa compétence (2).

### 1 – Constitution

Malgré un nom enchanteur (« *Serres du Mont Saint-Michel* »), l'arrêt commenté relate des pratiques qui, elles, n'enchangent pas, et qui relèveraient sans doute plus du droit pénal que du droit de l'arbitrage (**Paris, 31 mai 2022, n° 20/15799**, D. actu. 13 juill. 2022, obs. J. Jourdan-Marques). Aimablement qualifié de « folklorique » par le professeur Jourdan-Marques, le centre d'arbitrage concerné, la CIMEDA (« Cour Internationale de Médiation et d'Arbitrage »), rappelle plutôt le « Centre national d'arbitrage » de Bordeaux dans l'affaire *BEL Tronics* qui fut la première, en 1987, à voir les protagonistes condamnés à de la prison ferme pour escroquerie à l'arbitrage. Et, pour habiller le tout, le maître-mot de la charte éthique, est celui de « convivialité », au point que notre collègue suggère de l'incorporer à la devise de l'arbitrage, même si, en l'occurrence, les barèmes applicables sont loin d'être conviviaux. Plus sérieusement, dans ce centre d'arbitrage, tout est confus, à commencer par le règlement qui porte l'étrange nom de « médiation », les arbitres qui portent celui non moins étrange de « juges-médiateurs », et, du vice-président du centre qui, en l'espèce, plaiderait pour l'une des parties.

Mais, si l'arrêt retient l'attention, c'est parce que la sentence est ici rendue par le centre lui-même, alors que, en matière d'arbitrage interne, l'arbitre doit obligatoirement être une personne physique (C. pr. civ., art. 1450), ce qui rend la sen-

tence annulable sur le fondement de l'article 1492, 6°, puisque doit figurer dans la sentence le nom des arbitres. On sait que la question s'était posée en 2015 pour un arbitre qui avait fait facturer ses honoraires par la personne morale qui abritait son activité d'arbitre, ce que la cour d'appel avait accepté, au grand soulagement de nombreux praticiens..., à la condition que « la sentence respecte les conditions de forme prévues par le code de procédure civile et qu'aucune circonstance de fait ne permet d'établir que l'arbitre a agi en tant que représentant de la personne morale. (...) Dès lors, n'est pas annulée la sentence rendue (...) car la mission reste exécutée par une personne physique » (Paris, 27 janv. 2015, n° 13/18116, *SA AECD*, D. 2015. 2588, spéc. 2593, obs. T. Clay ; Cah. arb. 2016. 57, note J. Dalmasso et R. Kaminsky). Cela signifie donc que la cour d'appel reste attentive au fait que la justice des hommes soit rendue par des hommes (ou des femmes, bien sûr), et non pas par des personnes morales. Or, en l'espèce, le premier moyen invoqué était bien le fait que le tribunal arbitral avait été irrégulièrement constitué, même si la lecture de l'arrêt ne permet pas de savoir si cela concernait le fait que la sentence avait été rendue par une personne morale ou l'une des multiples autres irrégularités qui entachaient cette affaire. Et, malheureusement, la cour ne répond pas sur ce point car elle fait le choix d'annuler la sentence pour violation du principe de la contradiction, qui était, en effet, gravement atteint, sans que l'on puisse en tirer d'enseignement sur l'exigence de personne physique. Dommage.

Beaucoup plus significatif et important est l'arrêt rendu par la Cour de cassation dans l'affaire *Vidatel* (**Civ. 1<sup>re</sup>, 9 nov. 2022, n° 21-17.203, *Global Arbitration Rev.*** 15 nov. 2022, obs. S. Moody). Pour avoir donné une opinion juridique dans cette affaire et l'avoir déjà évoquée dans ses colonnes l'année dernière, le soussigné ne pourra pas développer sa critique de cet arrêt sans risquer le parti pris. Il convient donc seulement d'indiquer que la Cour de cassation a rejeté le pourvoi contre l'arrêt d'appel (Paris, 26 janv. 2021, n° 19/10666, D. 2021. 2272, obs. T. Clay ; JCP 2021. 696, § 3, obs. P. Giraud, et § 4, obs. L. Jandard ; D. actu. 22 févr. 2021, obs. J. Jourdan-Marques ; Cah. arb. 2022. 119, obs. P. Pedone ; *Global Arbitration Rev.* 27 janv. 2021, obs. C. Sanderson ; Rev. arb. 2021. 295) qui portait sur deux moyens, l'un relatif au principe d'égalité des parties dans la constitution du tribunal arbitral, et l'autre au manque d'indépendance contre deux des cinq arbitres constituant ce tribunal arbitral. On rappellera simplement que, dans cette affaire qui opposait quatre parties (trois d'un côté et une de l'autre), le tribunal arbitral a été intégralement composé par le centre d'arbitrage, alors même que les quatre parties avaient choisi chacune un arbitre et que le centre d'arbitrage devait désigner le président. Mais le centre se ravisa et nomma les cinq arbitres, alors même que l'article 12(8) du règlement d'arbitrage applicable lui donne cette faculté uniquement dans le cas où il faut en nommer trois, et non pas cinq, contradiction que la Cour de cassation élude.

Mais, surtout, la Cour ajoute dans une phrase dont la forme retenue impose de la citer fidèlement que la société opposée aux trois autres « avait désigné son (*sic*) arbitre sous la condi-



tion que les trois autres désignassent conjointement un seul arbitre, en raison d'une convergence d'intérêts entre elles ». On ne reviendra pas sur cette prétendue convergence d'intérêts qui obligerait à entrer dans le fond de l'affaire pour voir qu'elle n'est pas établie, loin s'en faut, mais on retiendra le possessif « son » arbitre dans le vocabulaire de la Cour de cassation, alors que, en droit français, il n'y a pas d'appropriation possible de l'arbitre car il n'y a pas d'arbitre partie. L'emploi de ce possessif est au demeurant révélateur du reproche qui avait été adressé à la cour d'appel, à savoir que seule une approche partisane de l'indépendance des arbitres pouvait voir dans le déséquilibre entre les parties un déséquilibre reproduit au sein du tribunal arbitral. Mais on saluera l'emploi de l'imparfait du subjonctif, rare, pour justifier d'une condition que rien, dans les faits de l'affaire, ne permet de corroborer.

Et la Cour d'ajouter, employant à nouveau l'imparfait du subjonctif auquel elle trouve manifestement quelques vertus miraculeuses qu'« il existait un désaccord sur les modalités de constitution du tribunal arbitral, lequel justifiait que le centre d'arbitrage désignât lui-même l'intégralité des arbitres du tribunal arbitral, de sorte que, toutes les parties se trouvant privées du droit de choisir leur arbitre, l'égalité entre elles se trouvait préservée ». Le principe d'égalité des parties dans la constitution du tribunal arbitral est surtout pris ici comme un moyen d'évincer les arbitres choisis par les parties, ce qui n'était pas sa vocation initiale dans l'arrêt *Dutco*. Il s'agissait prioritairement de s'assurer que les parties étaient placées sur un pied d'égalité, ce qui était le cas en l'espèce, et non pas de suivre une sorte de nivellement par le bas en confondant principe d'égalité et principe de précaution, et en en faisant le moyen d'écarter le droit fondamental de chaque partie à désigner « un » arbitre, et non pas « son » arbitre.

## 2 – Compétence

En matière de compétence du tribunal arbitral, deux arrêts importants écrasent la concurrence dans la période commentée.

La question qui précède souvent la compétence est celle de la compétence-compétence du tribunal arbitral. Principe cardinal du droit de l'arbitrage, énoncé à l'article 1448 du code de procédure civile, la compétence-compétence empêche de contourner la convention d'arbitrage en allant saisir le juge étatique pour lui demander si l'arbitre est bien compétent. Cette règle de priorité de l'arbitre pour décider s'il est arbitre est le socle de l'édifice arbitral. Non seulement l'arbitre statue en premier, mais il est fait défense au juge étatique de se prononcer. C'est ce qu'on appelle l'effet négatif, ou prohibitif, de la compétence-compétence, lequel n'est pas reconnu partout avec la même intensité.

Or, pour la première fois, dans un arrêt destiné aux honneurs de son bulletin officiel, la Cour de cassation vient de décider que ce principe était supplétif de volonté (Civ. 1<sup>re</sup>, 9 mars 2022, n° 20-21.572, *Allianz Global*, D. 2022. 515, Rev. arb. 2022. 959, note S. Willaume ; Clunet 2022. 1306,

note F.-X. Train ; JCP 2022. 724, § 1, obs. L. Jandar, et 347 ; D. actu. 25 mars 2022, note J. Billemont, et 20 mai 2022, obs. J. Jourdan-Marques ; Gaz. Pal. 3 mai 2022, p. 2, obs. L. Larrière). Certes la Cour précise qu'il faut que la renonciation soit « expresse et non équivoque », et considère qu'il ne suffit pas de désigner un siège à l'étranger et une *lex arbitri* qui ne reconnaît pas l'effet négatif de la compétence-compétence, mais tout de même la dérogation est désormais possible. À l'analyse, pourtant, on s'aperçoit que, en droit positif, la règle n'est pas exactement la même en matières interne et internationale. L'article 1448 contient, en effet, un alinéa 3 qui interdit la dérogation à l'effet négatif de la compétence-compétence, lequel n'est précisément pas repris pour l'arbitrage international, puisque l'article 1506 qui incorpore les règles de l'arbitrage interne prend expressément soin de ne pas retenir l'interdiction de cette dérogation. C'est ce que constate la Cour de cassation qui applique rigoureusement le texte en vigueur, ce dont on ne saurait lui faire grief.

Néanmoins, il n'est peut-être pas inutile de s'interroger sur la pertinence de ce texte qui fait une telle différence entre le régime de l'arbitrage interne et celui de l'arbitrage international. D'un côté, on peut comprendre que, tout à son libéralisme assumé, le droit de l'arbitrage international permette ainsi de peser sur l'intervention du juge étatique car tout peut entrer dans le champ de liberté des parties. Après tout, les clauses attributives de juridiction du juge de l'annulation n'ont-elles pas été admises par la jurisprudence française (Paris, 17 juin 2004, n° 02/20314, *Miss France*) ? De même, le régime des recours n'est-il pas différent en matières interne et internationale puisque, par exemple, les articles 1492 et 1520 ne se superposent pas complètement, puisqu'encore la renonciation au recours en annulation n'est autorisée qu'en matière internationale (art. 1522) ou puisque de même la tierce opposition est admise contre la sentence interne, mais pas la sentence internationale (solution critiquable d'ailleurs) ? La raison est connue : l'arbitrage international doit être plus libre et tout ce qui peut le ramener au territoire national doit être limité au maximum.

Mais, d'un autre côté, sur un sujet comme l'effet négatif de la compétence-compétence, rien ne justifie vraiment une divergence des solutions qui relève de l'articulation entre justices arbitrale et étatique. D'abord, la convergence des régimes constitue assurément un objectif d'intelligibilité du droit de l'arbitrage. Ensuite, en pratique, la différence de régimes pourrait se révéler très compliquée à mettre en œuvre. On rappelle que, selon l'effet négatif de la compétence-compétence, le juge saisi malgré l'existence d'une convention d'arbitrage doit se déclarer incompétent sauf si le tribunal arbitral est déjà constitué et si la convention n'est pas manifestement nulle ou inapplicable. En présence d'une dérogation voulue par les parties, afin de savoir si elle s'applique, il doit donc préalablement déterminer le caractère interne ou international de l'arbitrage, ce qui n'est pas toujours simple, et ne relève en tout cas pas toujours du contrôle manifeste. Enfin, et surtout, ici, au rebours de ce qu'on trouve habituellement, c'est paradoxalement la règle interne qui est la plus libérale car elle ne permet

pas de déroger à une règle libérale. Autoriser à choisir un autre droit, c'est permettre le choix d'un droit moins libéral que le droit français. Or ils le sont tous. Il ne faut pas confondre le libéralisme de la règle et le libéralisme du choix. Celui-ci est libéral en soi, certes, mais s'il parvient à une solution plus contraignante, alors il l'est moins.

C'est ce qu'a bien compris la Cour de cassation dans l'arrêt commenté, qui a décidé d'enserrer ce choix dans les conditions strictes de la renonciation du droit civil, et, ce faisant, a posé la première pierre vers l'alignement des régimes, à l'occasion d'une future réforme de code de procédure civile qui pourrait donc avantageusement ajouter l'alinéa 3 de l'article 1448 à l'article 1506.

Après l'examen prioritaire de sa compétence par l'arbitre, il y a celui de la compétence par le juge dans le cadre du recours en annulation. On se souvient que la Cour de cassation avait ouvert le champ des possibles en matière de recours en annulation fondé sur l'incompétence du tribunal arbitral en jugeant, dans son arrêt *Schooner*, qu'on pouvait invoquer devant le juge de l'annulation de nouveaux moyens relatifs à la compétence ou à l'incompétence et de nouveaux moyens de preuve, dès lors que la question de la compétence avait bien été soulevée devant les arbitres, même sur une autre question (Civ. 1<sup>re</sup>, 2 déc. 2020, n° 19-15.396, D. 2020. 2456, 2021. 1832, obs. L. d'Avout, et 2272, obs. T. Clay ; Rev. arb. 2021. 419, note P. Duprey et M. Le Duc ; Clunet 2021. 1394, note M. de Fontmichel ; Procédures 2021. 40, note L. Weiller ; JCP 2021. 696, § 8, obs. L. Jandard ; D. actu. 24 déc. 2020, obs. J. Jourdan-Marques ; Gaz. Pal. 5 janv. 2021, p. 35, obs. C. Berlaud, et 9 mars. 2021, p. 34, obs. D. Bensauade). Appliquant religieusement les directives de la Cour de cassation, la cour d'appel de renvoi s'aligne sur cette extension du domaine de la compétence dans le cadre du recours en annulation (Paris, 31 mai 2022, n° 21/01497, D. actu. 13 juill. 2022, obs. J. Jourdan-Marques). Plus que jamais, en matière d'examen de la compétence, le juge du recours juge l'affaire et non la sentence.

### 3 – Indépendance

Rio de Janeiro, 2010 : colloque international, une plage, Copacabana, un match de foot « Brésil-Reste du monde » entre certains participants du colloque. La presse « accréditée » est présente. Un article sera publié sur un site d'informations spécialisées, non pas dans le sport, mais sur l'arbitrage international à grand renfort de photos. Il y est même question du « *best goal* » marqué par un, déjà, chroniqueur au Recueil Dalloz... (*Global Arbitration Rev.* 26 mai 2010, obs. A. Ross). Et, dix ans plus tard : un recours en annulation fondé notamment sur le fait que, dans l'équipe « reste du monde », il y avait deux joueurs, qui étaient devenus l'un arbitre et l'autre avocat dans une même affaire dont la sentence est attaquée devant la cour d'appel de Paris. Le foot comme lien indissoluble et éternel des joueurs d'une même équipe, créant une fraternité que le temps n'altère pas, et même une solidarité, voire une dépendance incompatible avec la mission d'arbitre, voilà ce qui se jouait dans ce recours.

La cour d'appel n'est pas tombée dans le piège de cette vision irénique du football, refusant de voir dans la participation à ce match « des circonstances suffisantes pour caractériser entre les deux hommes l'existence d'une relation professionnelle ou personnelle "étroite" » (Paris, 17 mai 2022, n° 20/15162, *Saudi*, D. actu. 13 juill. 2022, obs. J. Jourdan-Marques ; Gaz. Pal. 8 nov. 2022, p. 8, obs. L. Larribère ; *Global Arbitration Rev.* 22 juin 2022, obs. C. Sanderson). C'est heureux ! D'abord, parce qu'il serait absurde de penser qu'échanger le ballon avec un partenaire crée un lien inaltérable de dépendance empêchant toute mission indépendante future. Ensuite, parce qu'il est nécessaire que la cour d'appel rejette avec fermeté les recours les plus fantaisistes, qui vont fouiller dans la vie des protagonistes pour trouver des prétextes à invoquer au soutien d'une sentence arbitrale qui présente le principal inconvénient de ne pas arranger les affaires du recourant.

Et, de manière plus générale, cet arrêt permet de ne pas craindre de participer aux événements sociaux, qui sont indispensables à la vie en société. La vie d'anachorète n'est souhaitable pour personne, et certainement pas pour les arbitres qui doivent rester en prise avec le réel.

Il en va de même pour les activités scientifiques ou pédagogiques puisque, en l'espèce, était aussi invoquée la participation commune de l'avocat et de l'arbitre à des colloques et au coaching d'équipes d'étudiants pour des concours d'arbitrage. Cet argument reçut la même réponse de la cour d'appel : « la participation commune à des travaux ou réflexions scientifiques qui, s'ils peuvent emporter l'existence de relations entre des confrères susceptibles de devenir arbitres et/ou conseil d'une partie, ne sont pas de nature à déclencher une obligation de révélation dès lors qu'ils s'inscrivent dans un contexte purement académique dont il ne peut être déduit de ce seul fait la caractérisation de relations étroites susceptibles de générer un potentiel conflit d'intérêts ». La solution est claire. 1 - 0, balle au centre.

La solution doit être identique pour tout ce qui relève de l'activité scientifique ou éditoriale. Ainsi, une fois n'est pas coutume, on citera une décision du *Swiss Arbitration Centre* (SAC 3 mars 2022, aff. 300494-2019, *Weber-Stecher*, *Global Arbitration Rev.* 7 mars 2022, obs. S. Perry), qui a justement refusé de récuser un arbitre en raison des opinions qu'il a exprimées dans un article universitaire. Cette décision va même plus loin en rappelant que, « par principe, les arbitres ont le droit d'avoir des opinions (même des opinions fortes) sur des questions juridiques qu'ils peuvent être appelés à trancher ». Avoir de telles opinions « ne disqualifie pas *en soi* un arbitre ».

On relèvera que c'est la même solution qui est apportée dans l'affaire *Billionaire*, dans laquelle la cour d'appel de Paris énonce que « le seul fait d'avoir co-présidé une conférence n'implique nullement l'existence de relations professionnelles ou personnelles étroites (...), les relations pouvant tout au plus être qualifiées d'académiques » (Paris, 17 mai 2022, n° 20/18020, D. actu. 13 juill. 2022, obs. J. Jourdan-Marques ; Gaz. Pal. 8 nov. 2022, p. 8, obs. L. Larribère).

Cette réponse est classique, de même que celle, sur un autre sujet, de l'arrêt *Soletanche* qui rappelle qu'il n'y a pas lieu à annulation de sentence lorsque les éléments apparus postérieurement à la déclaration d'indépendance s'inscrivaient dans la continuité de celle-ci (Civ. 1<sup>re</sup>, 25 mai 2022, n° 20-23.148, D. actu. 13 juill. 2022, obs. J. Jourdan-Marques ; Gaz. Pal. 8 nov. 2022, p. 10, obs. L. Larribère). C'est la reprise de la théorie des faits non significatifs postérieurs, initiée avec l'affaire *Tecnimont*.

Le vrai sujet, ajoute la décision du *Swiss Arbitration Centre*, est de savoir si les opinions de l'arbitre sont « spécifiques et suffisamment claires pour qu'un tiers raisonnable et informé conclue que l'arbitre se fondera sur de telles opinions sans tenir dûment compte des faits, des circonstances et des arguments » des parties.

C'est exactement la question qui s'est posée à la cour d'appel de Paris dans l'affaire *Bestful* (Paris, 22 févr. 2022, n° 20/05869, Cah. arb. 2022. 639, note M. Henry ; Rev. arb. 2022. 647, note C. Jarrosson ; D. actu. 20 mai 2022, obs. J. Jourdan-Marques ; JCP 2022. 714, § 3, obs. P. Giraud). Un arbitre était membre du comité éditorial d'une revue, laquelle avait publié des articles dont le sens était défavorable à la thèse d'une des parties, thèse rejetée par la sentence arbitrale. Un recours en annulation fut intenté au motif que, si elle avait su, cette partie se serait opposée à la nomination de cet arbitre. Cela posait donc la question de la notoriété, et celle de la renonciation.

Sur la notoriété d'abord, la cour répond : « Outre le fait que les informations sur les articles écrits par l'arbitre figuraient dans le *curriculum vitae*, y compris les titres précis de tous ces articles, ainsi que les références pour y accéder, aucun des autres éléments cités ci-dessus ne nécessitait, pour y accéder, un dépouillement des sources citées, ou ne présentait une quelconque difficulté pour y accéder. En effet, les articles publiés dans la revue « *Austrian Yearbook on International Arbitration* » et diffusés par la base de données Kluwer Arbitration, cette base étant communément consultée par les cabinets faisant de l'arbitrage, le fait qu'elle soit soumise à abonnement étant très usuel, n'était pas suffisant pour constituer un défaut d'accessibilité pour des professionnels de l'arbitrage » (n° 37). Cette motivation reprend celle, maintes fois énoncée, sur la notoriété – et maintes fois critiquée par nous –, et le caractère payant, et cher, de la base de données emportant notoriété n'est manifestement toujours pas suffisant pour infléchir la position de la cour.

Sur la renonciation ensuite, la cour distingue dans l'arrêt *Bestful* le recours fondé sur les articles 1520, 2° et 1520, 5°. Sur le premier texte, les parties disposaient du *curriculum vitae* de l'arbitre et avaient donc accès à l'information. N'ayant pas fait de réserves, elles sont désormais réputées avoir renoncé car elles auraient dû agir au moment où elles « ont pu raisonnablement en avoir connaissance ». Mais, sur le second texte, la cour rappelle que « ni les travaux scientifiques librement menés par l'arbitre dans le cadre de ses fonctions d'éditeur d'une revue d'arbitrage spécialisée, ni les titres des articles incriminés dont

il n'est au demeurant pas le rédacteur, ni même les opinions juridiques qui ont pu être exprimées par ces articles, ne sont de nature à mettre en cause en soi l'impartialité de l'arbitre » (n° 64). La solution est à la fois heureuse et problématique. Heureuse pour les raisons indiquées plus haut : chacun doit conserver une liberté de penser et d'expression sans craindre pour son activité d'arbitre, d'autant qu'on a même le droit de changer d'avis. Problématique car en ne déclarant pas ce moyen irrecevable, au même titre que celui fondé sur l'article 1520, 2°, la cour crée la confusion. En effet, contrairement à ce que montre l'arrêt, les recours fondés sur l'absence d'indépendance des arbitres doivent être allégués sur un fondement unique, celui du texte qui leur est dédié (art. 1520, 2°), sous peine de faire de l'article 1520, 5°, sur la violation de l'ordre public international, une disposition fourre-tout (*contra* : M. Henry, note préc., spéc. n° 20-26. V. débats sur ce sujet, *in* colloque sur Le contrôle des sentences arbitrales par la chambre commerciale internationale de la cour d'appel de Paris, Cah. arb. 2022. 837, spéc. 861 s.). En outre, l'approche de la cour crée une distorsion des régimes juridiques pour des mêmes faits : on est réputé y avoir renoncé sur le fondement de l'article 1520, 2°, mais pas sur celui de l'article 1520, 5°. L'article 1466 sur la renonciation ne vaudrait pas à l'égard de l'article 1520, 5° ? Une telle limitation de la portée de cet article 1466, l'un des plus importants de la réforme de 2011, véritable pivot de l'architecture des recours, n'a jamais été envisagée par les auteurs de la réforme, et risque de générer un contentieux abondant, puisqu'il suffira d'ajouter ou d'habiller du vêtement de l'article 1520, 5°, n'importe quel moyen pour qu'il soit recevable.

Le même jour fut rendu un autre arrêt de la cour d'appel de Paris (Paris, 22 févr. 2022, n° 20/08929, *Couach*, Rev. arb. 2022. 660, note E. Loquin ; D. actu. 16 mars 2022, obs. J. Jourdan-Marques ; JCP 2022. 714, § 3, 5 et 6, obs. P. Giraud). En l'espèce, le président du tribunal arbitral avait siégé avec un associé du cabinet d'avocats d'une des parties dans un arbitrage CIRDI qui avait rendu sa sentence quinze jours avant son acceptation dans l'affaire qui a conduit à la sentence attaquée, ce qu'il n'avait pas révélé. La cour d'appel estime, premièrement, que cette information aurait dû être révélée conformément à la note de la CCI applicable ; deuxièmement, que ce « défaut d'information ne peut sur la base de sa seule temporalité être de nature à faire raisonnablement douter de l'indépendance ou de l'impartialité de l'arbitre » ; troisièmement, que l'information était suffisamment notoire ; et que donc, quatrièmement, la sentence ne doit pas être annulée.

On ne reviendra pas ici, encore une fois, sur ce que l'on a qualifié de *googlelisation* du régime de l'indépendance qui semble être le nouveau paradigme de la jurisprudence française : si l'information est accessible *via* Google, alors elle est considérée comme notoire et n'a pas à être révélée. Singulier renversement de l'histoire qui fait de Google une sorte de table des lois de l'indépendance de l'arbitre.

C'est surtout le reste de l'arrêt qui retiendra notre attention en ce qu'il enfonce un coin supplémentaire, pour la première fois,

dans l'obligation de révélation, en énonçant ceci : « En tout état de cause, la non-révélation par l'arbitre d'informations qu'il aurait dû déclarer ne suffit pas à caractériser un défaut d'indépendance ou d'impartialité ». Cette solution est, à notre connaissance, inédite. Jusqu'à présent, la jurisprudence estimait que si les informations non révélées n'étaient pas « de nature à provoquer dans l'esprit des parties un doute raisonnable quant à l'impartialité et à l'indépendance de l'arbitre », alors la sentence n'avait pas à être annulée (jurisprudence *Tesco*). Tout autre chose est le cas d'informations dont la cour dit elle-même qu'elles doivent être révélées. C'est la première fois que la révélation est considérée défailante sans qu'il n'y ait de sanction.

Il y aurait donc des éléments qui doivent être révélés, mais qui ne le sont pas, sans qu'il ne se passe rien ? Mais alors pourquoi doivent-ils être révélés ? Voilà qui ne devrait pas inciter à révéler, et même plutôt encourager à la dissimulation. Il sera toujours temps ensuite de prétendre que cela n'avait aucune conséquence. On est en train de déplacer le contentieux de la révélation du seuil de l'instance au stade du recours, où la question de la révélation sera examinée à l'aune de la notoriété et de l'indépendance réelle, et, ce faisant, d'ouvrir un nouveau front contentieux, sans que, d'ailleurs, l'arbitre soit entendu au moment du recours, alors qu'il peut donner son avis au stade de la nomination. Bref, on marche sur la tête.

Pire, on assiste en réalité à une forme de disparition progressive de la révélation, coincée en amont par la notoriété et en aval par l'indépendance, ce qui fait dire à juste titre au Professeur Jourdan-Marques que la notoriété a « vampirisé » la révélation (obs. ss l'arrêt).

À cela s'ajoute une autre tendance lourde de l'évolution du régime de l'indépendance avec un phénomène de contractualisation. Car l'arrêt *Couach* prend aussi comme appui le fait que les éléments non révélés devaient l'être aux termes de la note de la CCI sur la question, laquelle est une sorte de mise en œuvre du règlement d'arbitrage CCI. Il s'aligne en cela sur certains arrêts antérieurs (Paris, 26 janv. 2021, n° 19/10666, *Vidatel* ; 14 sept. 2021, n° 19/16071, *Sté nationale Highway Autority* ; 11 janv. 2022, n° 19/19201, *Rio Tinto*, cit. *infra*) et cette solution sera plus fortement énoncée encore dans les arrêts *Saudi* et *Billionnaire* déjà évoqués plus haut, au point que, selon un commentateur, « l'obligation de révélation est désormais fixée, à titre principal, par les règlements d'arbitrage et, à titre subsidiaire, par le code de procédure civile » (J. Jourdan-Marques, obs. ss l'arrêt *Saudi*, préc.).

Cette contractualisation a trouvé une forme encore plus prégnante dans l'arrêt *Rio Tinto*, sans doute l'un des plus importants de la période observée, mais qu'on ne commentera pas pour avoir été impliqué comme conseil dans le recours en annulation (Paris, 11 janv. 2022, n° 19/19201, Rev. arb. 2022. 1036, note D. Mainguy ; Cah. arb. 2022, note M. Henry, à paraître ; D. actu. 21 janv. 2022, obs. J. Jourdan-Marques ; JCP 2022. 714, § 4 et 6, obs. P. Giraud ; Gaz. Pal. 3 mai 2022, p. 9, obs. L. Larribère). En estimant que les parties pouvaient avoir conclu un « accord procédural » par anticipation pour

éviter que certains faits non révélés puissent être invoqués au soutien d'un recours en annulation, la cour d'appel de Paris a déplacé le curseur du doute raisonnable et augmenté le champ de la contractualisation.

Si l'indépendance peut faire l'objet d'une contractualisation, ce qui semble une bonne chose, alors on comprend encore moins pourquoi le manque d'indépendance de l'arbitre ne peut pas faire l'objet d'une renonciation sur le fondement de l'article 1466 du code de procédure civile lorsqu'il est invoqué au titre de l'article 1520, 5°. Cette solution de l'arrêt *Bestful*, déjà critiquée plus haut, est orthogonale au phénomène de contractualisation à l'œuvre : soit le droit est disponible, soit il ne l'est pas. S'il est disponible, alors on peut le contractualiser et renoncer à l'invoquer, s'il ne l'est pas, on ne peut faire aucun des deux. Mais contractualiser d'une main et interdire la renonciation de l'autre, n'est pas cohérent. Or, s'il y a bien une chose qui manque dans cette évolution tous azimuts de régime de l'indépendance de l'arbitre, c'est d'une ligne cohérente.

#### 4 – Responsabilité civile

C'est à la cour d'appel de Basse-Terre qu'a eu lieu le dernier acte de la fameuse affaire *AGI* (**Basse-Terre, 4 juill. 2022, n° 17/00750, AGI**, D. actu. 28 oct. 2022, obs. J. Jourdan-Marques), qui a déjà conduit à des arrêts de la cour d'appel de Paris, de la Cour de cassation et même à une instruction pénale. Là où le juge civil avait vu un manquement de l'arbitre à son obligation de révélation permettant de refuser l'*exequatur* à la sentence arbitrale rendue à la Barbade, le juge pénal n'était pas allé jusqu'à considérer qu'il s'agissait d'un faux ni d'un usage de faux puisqu'il avait rendu une ordonnance de non-lieu. On n'est d'ailleurs pas choqué par une telle divergence d'appréciation puisque les critères du juge civil pour refuser l'*exequatur* sont plus stricts que ceux du juge pénal pour caractériser une infraction susceptible d'aboutir à des peines d'amende ou de prison, ou les deux...

Avec l'action en responsabilité civile contractuelle intentée contre l'arbitre, on était un peu à mi-chemin, en termes de degré de gravité requis. C'est d'ailleurs sur le refus d'*exequatur* pour manquement à l'indépendance qu'était formée cette action, laquelle se doublait d'une action en nullité du contrat d'arbitre, pour avoir dissimulé les liens entre le cabinet d'avocats où l'arbitre était associé et des entités du groupe opposé au demandeur.

La cour d'appel commence par déterminer la loi applicable au contrat d'arbitre et retient classiquement la loi du lieu du siège du tribunal arbitral, soit la loi de la Barbade. Celle-ci consacrant une quasi-immunité à l'arbitre agissant dans le cadre de ses fonctions, l'essentiel du chemin était fait. En droit français, l'analyse eût été plus poussée car le droit positif ne reconnaît de quasi-immunité que pour ce sur quoi porte la décision, et non pas sur la manière dont elle a été rendue.

Il ne restait donc qu'à se demander si, en droit barbadien, l'arbitre avait commis, non pas une simple faute, mais une faute

intentionnelle, que l'on peut considérer comme l'équivalent d'une faute grave, et si celle-ci ne violerait pas l'ordre public international français, ajoute la cour d'appel.

La cour rend un arrêt très circonstancié, se nourrissant notamment des actes de la procédure pénale, pour évaluer l'éventuelle faute de l'arbitre ou la partialité de sa sentence. Sans en reprendre ici le détail, elle va estimer que l'arbitre n'a commis aucune faute, « et encore moins une faute intentionnelle » dans sa déclaration d'indépendance, prenant le contrepied sur ce point de l'arrêt de la cour d'appel de Paris qui a refusé l'*exequatur* précisément de ce chef, aux termes d'acrobaties juridiques à propos du doute raisonnable sur l'indépendance de l'arbitre du fait de sa révélation partielle qui ne constituerait pas pour autant une faute. La cour va ensuite analyser la sentence, n'y décelant « aucune erreur d'analyse grossière » et saluant plutôt une « argumentation parfaitement détaillée, chaque élément est analysé et comparé aux autres et l'arbitre indique dans ce document quels éléments ont emporté sa conviction, ce qui ne saurait être constitutif d'une faute puisqu'il s'agit de l'essence même de l'acte de juge ».

Deux observations peuvent être faites sur cet arrêt. En premier lieu, on constate que l'allégation de nullité du contrat d'arbitre a disparu en cours de route, elle est simplement déclarée irrecevable dans le dispositif, sans que l'on sache pourquoi. L'absence de faute de l'arbitre a effacé la question de la nullité du contrat d'arbitre, alors même que les deux sujets ne relèvent pas du même registre. La faute concerne l'exécution du contrat et non pas sa validité. Pour bien faire, il eût fallu inverser le raisonnement : constater, d'abord, que l'arbitre n'avait pas manqué à son obligation de révélation car c'est une cause d'annulation du contrat d'arbitre sur le fondement de l'erreur sur les qualités essentielles de la personne du cocontractant, ce qui permettrait de rejeter cette demande de nullité, et constater, ensuite, que l'arbitre n'avait pas commis de faute dans l'exécution de sa mission susceptible d'entraîner sa responsabilité civile contractuelle.

En second lieu, on ne peut que s'étonner que le juge d'appel s'immisce à ce point dans la sentence arbitrale pour vérifier qu'il n'y a pas de faute de l'arbitre. Ce qui est interdit au juge du recours de la sentence le serait-il au juge d'appel de la responsabilité civile de l'arbitre ? Faut-il que les sentences soient désormais rédigées la main tremblante de peur de voir la responsabilité civile engagée ? À rechercher des traces de faute dans une décision qui, par nature, donne raison à une partie et tort à l'autre, on risque de trouver beaucoup de preuves de partialité. Une sentence est, par essence, partielle puisqu'elle donne raison à une partie et tort à l'autre. Le juge doit donc s'en tenir à la manière dont la sentence a été rendue et non pas au bien ou mal jugé de la sentence, sous peine de se transformer lui-même en juge d'appel de l'arbitrage.

## D – Juge d'appui

Originalité du droit de l'arbitrage, le juge d'appui est un rouage précieux dont la seule ombre permet d'éviter bien des blocages.

D'autant que ses décisions bénéficient d'une sorte de régime de faveur qui les rend inattaquables lorsqu'elles sont favorables à l'arbitrage et attaquables dans le cas contraire. Cette asymétrie est emblématique de la *favor arbitrandum* du droit français.

Mieux encore, en matière d'indépendance, les jugements du juge d'appui sont dotés de l'autorité de chose jugée à l'égard du juge du recours, même si c'est pour déclarer sa saisine irrecevable. Ainsi les moyens fondant une demande de récusation d'arbitre présentée hors délai ne pourront plus être examinés au stade du recours en annulation. La solution, qui existe depuis longtemps (Paris, 15 oct. 2013, n° 12/05143, *SARL Plaisir Sélection*, D. 2013. 2936, spéc. 2941, obs. T. Clay ; Gaz. Pal. 10-11 janv. 2014, p. 15, obs. D. Bensaude), a pu sembler sévère, mais est indispensable à l'harmonie des solutions entre deux juges qui statuent au fond.

La cour d'appel de Paris vient quand même d'apporter un élément nouveau en ajoutant que l'autorité de la chose jugée de la décision du juge d'appui ne porte que sur les faits sur lesquels il s'était prononcé, et « n'épuise pas le grief tiré de la partialité ou de sa dépendance dès lors que celui-ci résulte de circonstances survenues postérieurement » (Paris, 28 juin 2022, n° 21/06317, *Campana*). La précision est bienvenue, même si elle allait de soi car il ne faudrait pas que l'arbitre ayant échappé à la récusation devant le juge d'appui se croie autorisé ensuite à toutes les largesses. En l'espèce, les recourants arguaient de l'absence d'indépendance de l'arbitre en raison de la fermeté qu'il avait montrée pendant l'audience, ce qu'ils interprétaient comme des menaces, et avaient même délivré une sommation interpellative à l'arbitre pour qu'il s'explique au sujet d'une ordonnance de procédure. Si la décision du juge d'appui ne peut suffire à rendre ces griefs irrecevables parce qu'ils reposent sur des éléments nouveaux, cela ne signifie pas pour autant qu'ils sont fondés.

De même, il arrive que la décision du juge d'appui, bien qu'elle soit en principe rendue en dernier ressort, puisse faire l'objet d'un appel-nullité en cas d'excès de pouvoir. Recours extraordinaire de droit commun d'origine prétorienne, il ne figure pas dans le code de procédure civile qui énonce même la règle inverse (art. 1460, al. 3 : « Le juge d'appui statue par jugement non susceptible de recours »), laissant aux initiés la connaissance de ce recours extraordinaire. C'est précisément l'un de ceux-là qui, non seulement forma un tel recours devant la cour d'appel de Paris, mais l'assortit d'une demande au premier président d'arrêt de l'exécution du jugement du juge d'appui. Étaient applicables ici, non pas les dispositions de l'article 1526 du code de procédure civile sur l'arrêt d'exécution des sentences arbitrales, mais le droit commun et l'article 514-3 du code de procédure civile qui prévoit qu'une telle suspension peut être ordonnée lorsqu'il y a à la fois un moyen sérieux d'annulation et que l'exécution de la décision peut entraîner des « conséquences manifestement excessives ». Deux demandes étaient ainsi formées, un appel-nullité et un arrêt d'exécution.

La cour d'appel de Paris a donc rendu deux décisions, à un jour d'intervalle, par deux chambres différentes. Dans une

ordonnance du délégué du premier président, elle rejette la demande d'arrêt d'exécution, au motif, que, en l'espèce, les conséquences manifestement excessives ne sont pas établies et que, en tout état de cause, l'exécution provisoire est toujours aux « risques et périls de la partie qui en bénéficie » (**Paris, ord., pôle 1, ch. 5, 14 févr. 2022, n° 21/16384, Sté Gort, Rev. arb. 2022. 994, note M. Plissonnier**). Soit.

Et, dans un arrêt rendu par la chambre spécialisée, la chambre 16 du pôle 5, elle déclare irrecevable l'appel-nullité au motif qu'en se déclarant incompétent le juge d'appui n'avait pas commis d'excès de pouvoir négatif dès lors qu'il s'agissait d'un arbitrage administré par un centre d'arbitrage (**Paris, 15 févr. 2022, n° 21/16356, Sté Gort, Rev. arb. 2022. 994, note M. Plissonnier**). Or tel était bien tout le problème soulevé en l'espèce : le juge d'appui avait été saisi pour pallier la défaillance alléguée du centre d'arbitrage. Et l'arrêt reconnaît du reste que le juge d'appui jouit d'une « compétence subsidiaire susceptible uniquement d'être mise en œuvre lorsque les parties sont confrontées à une situation de blocage trouvant son origine dans la défaillance ou la carence de l'institution ». Et d'ailleurs on a vu, par le passé, des juges d'appui intervenir, notamment lorsqu'ils estimaient que, malgré la présence d'un centre d'arbitrage, il y avait un risque de déni de justice (TGI Paris, ord., 16 nov. 2015, n° 15/55644, *Garoubé*, D. 2015. 2588, obs. T. Clay ; Cah. arb. 2015. 129, note M. de Fontmichel, décision infirmée ensuite cependant). L'argument était donc loin d'être ridicule.

Surtout que, habilement, l'appelant agissait sur l'un des points aveugles de la constitution du tribunal arbitral, à savoir l'extension aux non-signataires, en cours de procédure, d'une convention d'arbitrage dans un arbitrage administré. Certes, en principe, le centre d'arbitrage se contente de faire suivre la demande à toutes personnes indiquées dans la requête d'arbitrage, sans filtre, laissant au tribunal arbitral la détermination des personnes liées par la convention d'arbitrage. Mais, en l'occurrence, comme dans l'affaire *ABC International* (Paris, 27 oct. 2011, n° 11/55913, D. 2011. 3023, obs. T. Clay), la situation était plus complexe car les demandeurs avaient voulu étendre à d'autres défendeurs, dans un second arbitrage, une demande parallèle à celle qui avait déjà mené à la première sentence. Une nouvelle demande d'arbitrage fut alors formée sur cette base. Le centre d'arbitrage refusa cette extension et le tribunal arbitral avait été constitué en fonction des parties initiales à l'arbitrage.

On se trouva alors dans une situation inextricable car le centre d'arbitrage s'étant prononcé, le juge d'appui était effectivement incompétent, et le tribunal arbitral avait été constitué sans l'accord des non-signataires dont l'attraction est requise. Le résultat de cette situation était que personne n'était compétent pour juger de l'extension de la clause compromissoire aux non-signataires. Pourtant la cour d'appel n'a pas donné de solution, estimant, d'un côté, qu'aucun texte ne confère de compétence matérielle au juge d'appui dans ces circonstances ni pour pallier la carence du centre d'arbitrage qui n'a pas failli, ni pour juger du bien ou mal fondé de sa décision, et, d'un autre côté, que la décision du centre d'arbitrage n'est que

de nature administrative. Si l'on ajoute que seuls les arbitres sont en principe compétents pour déterminer les parties à l'arbitrage – à la condition que toutes soient présentes et toutes aient participé à la constitution du tribunal arbitral – alors la situation est, certes conforme aux textes applicables, mais totalement bloquée, sauf à multiplier les arbitrages contre des parties différentes avec un surcoût évident et un risque d'inconciliabilité de décisions. Il faut donc trouver une solution, et c'est sans doute du côté du juge d'appui qu'il faut la chercher.

## E – Sentence arbitrale

### 1 – Forme

Que reste-t-il du formalisme des sentences arbitrales ? En ces temps de dématérialisation et d'urgence, il semble que de plus en plus de liberté soit prise avec les formes imposées. À dire vrai, même s'il convient toujours de rester prudent, cette évolution pratique vers davantage de flexibilité est une bonne chose. Une des fonctions principales de la forme est de permettre d'établir la preuve de l'acte. Tant que celui-ci n'est pas contesté, la forme peut sembler exagérément contraignante. Pour la sentence, on l'a vu récemment à propos de son contenu, de sa signature et de sa notification.

En ce qui concerne, d'abord, le contenu de la sentence, on signalera deux arrêts de la cour d'appel de Paris, rendus en matière d'arbitrage interne, validant des sentences non datées. L'étourderie des arbitres est d'autant plus grave que la date doit figurer dans la sentence interne (art. 1483), sous peine d'annulation (art. 1492, 6°). C'est même une différence avec la sentence internationale. Dans les deux cas pourtant les sentences ont été sauvées, l'une parce qu'elle avait été renvoyée quarante-huit heures plus tard avec la bonne date (**Paris, 27 sept. 2022, n° 21/06684, Irisbat, D. actu. 28 oct. 2022, obs. J. Jourdan-Marques**), l'autre parce que la date de la sentence pouvait être reconstituée grâce à la date d'envoi (**Paris, 8 nov. 2022, n° 21/16124, Barata**). Ce sont là des solutions de bon sens qui n'ont qu'un défaut : elles sont contraires au droit positif. D'une part, parce que la reddition de la sentence dessaisit l'arbitre (art. 1485 : « La sentence dessaisit le tribunal arbitral de la contestation qu'elle tranche ») qui ne peut donc pas renvoyer une seconde version de la sentence après la première. D'autre part, parce que les textes de l'arbitrage interne posent des règles de validité de forme qu'on ne peut pas écarter d'un revers de la main. En réalité, il faudrait les éliminer totalement en espérant que les arbitres n'oublieront plus de dater leur sentence, dont il serait bon qu'ils se souviennent que ce sont des actes juridictionnels créateurs de droits et d'obligations pour des parties qui leur ont fait confiance afin qu'ils accomplissent leur mission avec sérieux.

En ce qui concerne, ensuite, la signature des sentences, là encore, la flexibilité doit primer, surtout en matière internationale, et il faut alléger le processus. La cour d'appel de Paris l'a rappelé en ces termes : « Le code de procédure civile n'oblige pas les arbitres à signer la même page à la même date ni ne les empêche de signer des pages de signatures distinctes à regrou-

per dans la sentence » (Paris, 30 nov. 2021, n° 20/10166, *Boralex*, D. actu. 21 janv. 2022, obs. J. Jourdan-Marques ; *Global Arbitration Rev.* 7 déc. 2021).

En ce qui concerne, enfin, la notification de la sentence, là encore, une décision a été rendue récemment (Paris, ord., 12 juill. 2022, n° 21/12127, *Sté Maeg Construzioni SpA*, D. actu. 28 oct. 2022, obs. J. Jourdan-Marques). Cette ordonnance admet la notification de la sentence par voie électronique dès lors que les parties l'ont acceptée, ce qui est une solution de bon sens. En pratique, il est, en effet, de plus en plus fréquent, comme c'était le cas dans cette affaire, que le tribunal arbitral recueille préalablement l'accord des parties pour ne leur transmettre la sentence que sous forme électronique. Cependant la référence à un règlement d'arbitrage qui le prévoit ne suffit pas à emporter cette acceptation (Paris, ord., 2 nov. 2017, n° 16/22740, *Ekwa Ngalle*, D. 2017. 2559, obs. T. Clay). En revanche, la notification électronique de la sentence ne fera pas courir les délais de recours, sauf si les voies de recours et les délais sont expressément précisés dans l'acte de notification (C. pr. civ., art. 680).

## 2 – Recours

C'est justement la forme du recours qui était en jeu dans une affaire qui est allée jusqu'à la CEDH. La France se voit condamnée pour son système de recours par voie électronique (CEDH 9 juin 2022, n° 15567/20, *Lucas c/ France*, AJDA 2022. 1190 ; AJ fam. 2022. 353, obs. F. Eudier ; Dalloz IP/IT 2022. 352, obs. E. Nalbant ; JCP 2022. 1345, § 2, obs. L. Mayer ; Gaz. Pal. 26 juill. 2022, p. 34, obs. S. Amrani-Mekki ; Procédures 2022. 202, note N. Fricero ; D. actu. 13 juill. 2022, obs. J. Jourdan-Marques, et 16 juin 2022, obs. C. Bléry). Selon l'arrêt, il est, en effet, interdit d'imposer que le recours en annulation se fasse uniquement par voie électronique : le formalisme est excessif et disproportionné, et le droit d'accès au juge est même violé. Diantre.

Si la solution est juridiquement correcte, elle semble tout de même de plus en plus inadaptée. Voilà, en effet, quelqu'un qui a conclu une convention d'arbitrage, participé à la constitution du tribunal arbitral et à l'instance arbitrale, reçu une sentence arbitrale, et l'a même attaquée devant la cour d'appel, mais qui refuse que son recours en annulation emprunte la voie électronique, et va jusqu'à la CEDH pour le faire savoir. Or, aussi fou que cela puisse paraître, force est de reconnaître qu'il a bien fait puisque, d'une part, la sentence a été annulée par la cour d'appel (avant que l'arrêt soit lui-même cassé à son tour, sans renvoi) et, d'autre part, il a gagné devant la CEDH et fait condamner la France dans cette décision qui fleure bon l'anachronisme. C'est tout le système du réseau privé virtuel des avocats (RPVA) qui est fragilisé, alors qu'il est un gage de sécurité et un signe de modernité. À quand un retour aux lettres de cachet et aux pigeons voyageurs pour transmettre des écritures judiciaires ?

À côté des sujets de forme des recours, il y a aussi des questions de fond. Ainsi, il faut évoquer l'intéressante ordonnance

de radiation du rôle rendue par la Cour de cassation à l'égard d'une partie qui n'avait pas réglé les dépens auxquels elle avait été condamnée par la cour d'appel. On sait, en effet, que l'article 1009-1 du code de procédure civile permet de retirer du rôle de la Cour de cassation le pourvoi formé contre un arrêt qui n'a pas été exécuté par le demandeur au pourvoi. Or, en matière de recours en annulation, celui qui échoue à faire annuler la sentence, n'a rien à exécuter. Rien, si ce n'est la condamnation fondée sur l'article 700 du code de procédure civile. Et il est vrai que si celui qui forme un recours contre une sentence, puis un pourvoi contre l'arrêt qui rejette son recours, ne subit aucune conséquence de son comportement procédural, cela finit par choquer. C'est la raison pour laquelle, après avoir rappelé que « la radiation d'un pourvoi fondée sur l'inexécution d'un arrêt qui ne comporte pas de condamnation susceptible d'exécution autre que des condamnations à l'article 700 du code de procédure civile peut constituer une entrave disproportionnée au droit d'accès au juge de nature à réduire ce droit dans sa substance même », l'ordonnance de la Cour de cassation ajoute « il n'en va pas de même en présence de circonstances particulières » (Civ. 1<sup>re</sup>, ord., 17 oct. 2022, n° 21-22.978, *État de Libye, IA Reporter* 20 oct. 2022, obs. L. Bohmer). Or, en l'espèce, les circonstances particulières étaient remplies, s'agissant d'un État connu pour ne pas exécuter les nombreuses sentences qui le condamne et multiplier les recours dilatoires, sans donner d'explication à son refus d'exécution. Le fait que, parallèlement, cet État fasse jouer son immunité d'exécution pour éviter l'exécution de la sentence ajoute encore au tableau. Même si ce n'est pas la première fois que la Cour de cassation rend une telle décision en matière d'arbitrage (Civ. 1<sup>re</sup>, ord., 23 juin 2022, n° 21-22.345 et 21-22.346), cela reste rare. Il faut pourtant, bien sûr, saluer cette approche qui devait avoir pour effet de sanctionner les mauvais payeurs et d'assainir les pratiques en matière de recours.

## 3 – Contrôle

« La cour d'appel a exactement déduit que la reconnaissance ou l'exécution de la sentence, qui aurait pour effet de faire bénéficier M. Belokon du produit d'activités délictueuses, violait de manière caractérisée l'ordre public international, de sorte qu'il y avait lieu d'en prononcer l'annulation ». Tout est dit dans cet attendu de principe d'un des arrêts les plus importants de l'année, et déjà abondamment commenté (Civ. 1<sup>re</sup>, 23 mars 2022, n° 17-17.981, *Belokon*, D. 2022. 660, et 1773, spéc. 1785, obs. S. Bollée ; RTD civ. 2022. 701, obs. P. Théry ; Rev. arb. 2022. 945, note M. Audit et S. Bollée ; Clunet 2022. 681, obs. K. Mehtiyeva ; JCP 2022. 416, 676, note B. Rémy, 724, § 7, obs. C. Seraglini, et obs. D. Mainguy, à paraître ; Procédures 2022. 173, note L. Weiller ; D. actu. 10 mai 2022, note V. Chantebout, et 20 mai 2022, obs. J. Jourdan-Marques ; Gaz. Pal. 3 mai 2022, p. 11, obs. L. Larrivière ; RDC 2022, n° 3, p. 43, note Y.-M. Serinet et X. Boucobza). En réalité, cet arrêt ne fait que rejeter le pourvoi contre l'arrêt de la cour d'appel de Paris qui avait déjà marqué cette extension du domaine du contrôle de l'ordre public international par le juge du recours (Paris, 21 févr. 2017, n° 15/01650). Le fait que l'arrêt d'appel

particulièrement remarqué ait été rendu cinq ans avant celui qui rejette le pourvoi à son égard a eu pour effet que la nouvelle jurisprudence a déjà été intégrée par tous et appliquée à de multiples reprises.

En l'espèce, la Cour de cassation approuve la cour d'appel de ne pas s'être limitée « aux éléments de preuve produits devant les arbitres », ni d'avoir été « liée par les constatations, appréciations et qualifications opérées par eux ». Elle lui reconnaît donc le pouvoir de reprendre l'affaire avec un regard neuf, *de novo*. Mais, pour éviter d'encourir le reproche de transformer le recours en annulation en pure voie de réformation, la première chambre civile ajoute quand même que la cour d'appel « n'a pas procédé à une nouvelle instruction ou à une révision au fond de la sentence, mais a porté une appréciation différente sur les faits au regard de la seule compatibilité de la reconnaissance ou de l'exécution de la sentence avec l'ordre public international » et « estimé souverainement qu'il en résultait des indices graves, précis et concordants (...) des pratiques de blanchiment ». Il faut croire qu'il était nécessaire de le préciser, sans quoi on aurait pu avoir l'impression du contraire...

Trois observations peuvent être tirées de cet arrêt majeur : premièrement, le juge du recours s'autorise désormais un contrôle approfondi de l'affaire, en reprenant tous les faits, ce qui constitue une entorse évidente au principe de non-révision au fond des sentences arbitrales, sur lequel repose le principe d'autonomie de l'arbitrage international. Deuxièmement, le critère de la violation de l'ordre public international n'est plus sa violation « flagrante, effective et concrète », qui était peu ou prou celui qui s'appliquait depuis l'arrêt *Thales* de 2004, mais celui de sa « violation caractérisée », ce qui est quand même beaucoup plus clair car correspond à une catégorie juridique connue. Troisièmement, en dépit de l'atteinte portée à l'interdiction de révision au fond, le juge du recours est dans son rôle lorsqu'il s'agit d'éviter que des sentences entérinant des infractions pénales entrent dans l'ordre juridique français, et on relèvera ici l'utilisation des critères de l'infraction pénale (indices « graves, précis et concordants ») pour caractériser le blanchiment. L'arbitrage ne peut pas être le sanctuaire des pratiques délictuelles.

La solution constitue le nouveau droit positif et s'applique à toutes les infractions pénales, au premier rang desquelles, bien sûr, la corruption, comme la cour d'appel de Paris l'a immédiatement fait, quinze jours après l'arrêt *Belokon*, reprenant le critère de la « violation caractérisée » de l'ordre public international (Paris, 5 avr. 2022, n° 20/03242, *Santullo*, D. 2022. 1773, spéc. 1785, obs. S. Bollée ; Rev. arb. 2022. 620, note I. Fadlallah ; Clunet 2022. 681, obs. K. Mehtiyeva ; JCP 2022. 724, § 7, obs. C. Seraglini ; D. actu. 20 mai 2022, obs. J. Jourdan-Marques ; Gaz. Pal. 8 nov. 2022, p. 13, obs. L. Larrivière).

Trois mois plus tard, en matière de corruption justement, la Cour de cassation a réitéré sa nouvelle jurisprudence dans l'arrêt *Sorelec* déjà très remarqué également (Civ. 1<sup>re</sup>, 7 sept. 2022, n° 20-22.118, D. 2022. 1600, et 1773, spéc. 1785,

obs. S. Bollée ; JCP 2022, obs. D. Mainguy, à paraître ; *Global Arbitration Rev.* 9 sept. 2022, obs. C. Sanderson ; Procédures 2022. 253, obs. L. Weiller ; D. actu. 28 oct. 2022, obs. J. Jourdan-Marques ; Gaz. Pal. 8 nov. 2022, p. 11, obs. L. Larrivière). Cependant cet arrêt va cette fois-ci sans doute trop loin, d'une part, en reprenant la malheureuse expression employée pour le contrôle de la compétence qui autorise le juge du recours à « rechercher tous les éléments en droit et en fait » (que reste-t-il comme éléments ?) pour le contrôle de l'ordre public international. Cette formule était déjà celle de l'arrêt *Armamenti* qui a par ailleurs reconnu l'arbitrabilité des mesures d'embargo (Paris, 1<sup>er</sup> févr. 2022, n° 19/22977, D. 2022. 1773, spéc. 1784, obs. E. Farnoux ; D. actu. 16 mars 2022, obs. J. Jourdan-Marques ; Gaz. Pal. 3 mai 2022, p. 13, obs. L. Larrivière).

D'autre part, en permettant aux parties d'invoquer pour la première fois le respect de l'ordre public international de fond devant le juge du recours (comme, là encore, dans l'arrêt *Armamenti*), l'arrêt *Sorelec* enterre cette fois-ci définitivement non seulement la jurisprudence *SNF*, mais aussi la jurisprudence *Thales*, puisqu'on sait que la différence entre les deux était que la violation de l'ordre public n'avait pas été invoquée devant les arbitres dans celle-ci alors qu'elle l'avait été dans celle-là. Bref, avec les arrêts *Sorelec* et *Armamenti*, on a la désagréable impression que c'est bien un nouveau procès qui recommence devant le juge du recours.

Autant l'on peut comprendre cette approche pour l'ordre public international qui lutte contre des infractions pénales, autant l'on sera plus circonspect s'il s'agit d'ordre public économique ou autre. C'est d'ailleurs la portée que l'on peut donner à l'arrêt *Pharaon* (Paris, 13 sept. 2022, n° 21/02217, D. actu. 28 oct. 2022, obs. J. Jourdan-Marques) qui rappelle que l'invocation d'une règle d'ordre public étrangère (ici l'interdiction de payer des intérêts en droit musulman) n'est susceptible d'annuler une sentence que si elle rejoint une règle d'ordre public international français. Mais surtout, au n° 71 de l'arrêt, on trouve cette formule : « Le contrôle exercé par le juge de l'annulation pour la défense de l'ordre public international ne vise pas à assurer que le tribunal arbitral a correctement appliqué des dispositions légales, fussent-elles d'ordre public, mais s'attache à vérifier qu'il ne résulte pas de la reconnaissance ou de l'exécution de la sentence une violation caractérisée de l'ordre public international ». Cet attendu rend optimiste, comme si, dans un mouvement de balancier, on assistait à une forme de début de reflux : après avoir été exagérément permissif, puis exagérément sévère, le contrôle de l'ordre public international est peut-être en train de trouver son juste point d'équilibre entre la non-révision au fond et la non-intégration dans l'ordre juridique français de sentences qui consacrent des pratiques délictuelles. On y est presque !

#### 4 – Exécution

Quand commence le contentieux de l'exécution, on a parfois le sentiment que c'est le procès après le procès. Avec la possibilité de suspendre l'exécution de droit de la sentence arbitrale, le



droit français de l'arbitrage international prévoit même un procès dans le procès après le procès. La règle est connue : elle figure à l'article 1526, alinéa 2, du code de procédure civile. Il arrive pourtant que la règle soit méconnue. C'est ce qui s'est passé dans une affaire hors norme portant sur un montant de 15 milliards de dollars et qui a eu jusqu'aux honneurs de la grande presse (Radio France Internationale, 30 juill. 2022). C'est un bout de papier vieux de cent quarante-quatre ans qui est à l'origine de cet arbitrage digne d'un roman de Tolkien. Le 22 janvier 1878 un accord fut conclu entre le sultan de Sulu et les fondateurs de la British North Borneo Company portant sur certains territoires de la côte nord de l'île de Bornéo, qui font aujourd'hui partie de l'État de Sabah, en Malaisie. Tout le problème consiste à savoir s'il s'agissait d'une cession ou d'une location. Or l'acte, rédigé en vieux malais, est qualifié de *pajakkan*, sur la traduction duquel il n'y a pas de consensus. Pourtant la contrepartie financière est connue, il s'agit d'une somme de 5 000 dollars par an, portée à 5 300 dollars, dans un Acte de confirmation de 1903. Depuis que la Malaisie est devenue indépendante en 1963, c'est elle qui s'acquitte de la somme auprès des héritiers du Sultan de Sulu.

Mais, soudainement, en 2013, M. Jamalul Kiram III, se prétendant nouveau Sultan de Sulu, débarqua avec deux cent trente-cinq partisans armés sur les côtes du territoire litigieux, qu'il considère comme sien. Les affrontements firent soixante-huit morts. Et la Malaisie cessa de verser la redevance annuelle.

C'en est trop pour les huit héritiers du Sultan de Sulu, qui, après plusieurs péripéties, engagent le combat sur le terrain juridique, cette fois, avec un arbitrage international en réclamant 15 milliards de dollars. Comme la Malaisie refuse de participer à la constitution du tribunal arbitral, ils saisissent le juge d'appui de Madrid qui désigne un arbitre unique. La Malaisie conteste l'arbitrage et fait défaut, mais l'arbitre se reconnaît compétent par une sentence partielle rendue à Madrid le 25 mai 2020. La Malaisie obtient l'annulation de toute la procédure par une décision du Tribunal suprême de Madrid, qui fait même défense à l'arbitre de continuer cet arbitrage.

Peu impressionné, celui-ci décide par une ordonnance de procédure de déplacer le siège de l'arbitrage de Madrid à Paris. Entretemps, le 29 septembre 2021, les huit héritiers du Sultan de Sulu obtiennent l'*exequatur* en France de la sentence sur la compétence par le président du tribunal judiciaire de Paris. Et la sentence finale sera rendue le 28 février 2022, condamnant la Malaisie à verser 14,92 milliards de dollars aux héritiers du Sultan de Sulu.

La sentence fait naturellement l'objet d'un recours en annulation de la part de la Malaisie, qui fait feu de tout bois : dans un premier temps, le 10 décembre 2021, elle saisit sur requête le conseiller de la mise en état, lequel lui octroie une mesure provisoire de suspension des effets de l'*exequatur* de la sentence sur la compétence. Mais les héritiers du Sultan, décidément très au fait des subtilités du droit français de l'arbitrage, obtiennent la rétractation de cette décision au juste motif que la saisine a été faite sur le fondement de l'article 958 du code de procédure

civile, alors même que c'est l'article 1526 qui s'applique dès lors qu'un recours en annulation est pendant (**Paris, ord., 10 juin 2022, n° 22/7044, Malaisie**). L'ordonnance constate un excès de pouvoir du juge qui a contourné l'article 1526, lequel a « pour but de renforcer l'efficacité et la célérité de l'arbitrage international ».

Dans un second temps, le 3 mars 2022, la Malaisie saisit cette fois-ci le conseiller de la mise en état sur le fondement de l'article 1526 d'une demande d'arrêt d'exécution de la sentence finale du 28 février 2022. Cette fois, c'est la bonne car, dans son ordonnance, le conseiller de la mise en état commencera par relater toute l'histoire pour conclure que l'exécution immédiate de la sentence est de nature à « léser gravement les droits de la Malaisie », en application de l'article 1526 (**Paris, ord., 12 juill. 2022, n° 22/04007, Malaisie**, D. actu. 28 oct. 2022, obs. J. Jourdan-Marques ; *Global Arbitration Rev.* 12 juill. 2022, obs. C. Sanderon). Outre l'aspect rocambolesque de cette affaire, ce qui frappe, c'est qu'alors que jusqu'à présent, la jurisprudence sur l'arrêt d'exécution des sentences s'échinait à ne tenir compte que des risques financiers irréversibles pour le débiteur, cette fois-ci d'autres considérations sont prises en compte, certaines avouées et d'autres qu'on peut imaginer sans peine. En indiquant qu'« il ne peut être ignoré que la situation sur ces territoires a donné lieu à des événements qui démontrent le caractère sensible de la situation géopolitique » (n° 54), l'ordonnance pose un nouveau critère pour arrêter l'exécution d'une sentence, à savoir celui du « caractère sensible » d'une affaire (comp. Paris, ord., 22 oct. 2019, n° 19/04161, *Fédération de Russie*). Elle ajoute que l'exécution ne portait pas sur la restitution des territoires litigieux, mais sur son équivalent monétaire, ce qui a été manifestement pris en compte comme créant un risque supplémentaire d'irréversibilité. D'autres considérations ont forcément compté, comme le fait qu'il s'agisse d'une somme de 15 milliards de dollars, rendue par un arbitre unique, dans une procédure avec un défendeur qui fait défaut, après un changement de siège unilatéralement décidé. Tous ces éléments ne figurent pas dans l'ordonnance car ils n'ont pas à être pris en compte puisque les chances de succès du recours en annulation sont en principe étrangères à la décision d'arrêt d'exécution, selon la propre jurisprudence de la cour d'appel. Mais on comprend la prudence du juge unique qui pense plus sûr d'attendre l'arrêt à intervenir sur le recours en annulation, qu'on a d'ailleurs hâte de lire. Honnêtement, dans cette affaire extraordinaire, on ne peut pas le blâmer pour cette prudence.

D'autant que, pour bien montrer qu'il s'agissait d'une décision exceptionnelle, le même conseiller de la mise en état a rendu le même jour une autre ordonnance d'arrêt d'exécution, exclusivement fondée, elle, sur le caractère financièrement irréversible de l'exécution de la sentence qui avait d'ailleurs commencé. Il s'agissait d'un transfert d'actions au profit de la compagnie nationale libyenne de pétrole (**Paris, ord., 12 juill. 2022, n° 22/05378, Trasta**, D. actu. 28 oct. 2022, obs. J. Jourdan-Marques).

Attention tout de même à ne pas se placer sous les fourches caudines de la CEDH qui n'a pas hésité à condamner la Slovaquie

pour n'avoir pas permis l'exécution d'une sentence arbitrale dans le pays (CEDH 30 juin 2022, n° 55617/17, *BTS Holding c/ Slovaquie*, D. 2022. 1773, spéc. 1784, obs. S. Bollée ; D. actu. 13 juill. 2022, obs. J. Jourdan-Marques ; Gaz. Pal. 8 nov. 2022, p. 14, obs. L. Larribère ; *Global Arbitration Rev.* 1<sup>er</sup> juill. 2022, obs. C. Sanderson). L'*exequatur* accordée à une sentence rendue au profit d'un groupe autrichien contre la Slovaquie a été annulée en appel et en cassation, et la Cour constitutionnelle locale avait même jugé qu'un nouvel appel serait irrecevable. D'après la CEDH, il y a une violation de l'article 1<sup>er</sup> du Protocole 1. Et la Cour d'ajouter que la Convention de New York était applicable et aurait dû conduire à l'exécution de la sentence. Avec cet arrêt, un refus d'exécuter une sentence par les juridictions d'un État est susceptible de violer la Convention EDH. Voilà donc la CEDH qui s'investit du rôle de gardien et de facilitateur de l'arbitrage. Cela tranche avec l'attitude de la CJUE, dont les juges devraient avantagusement s'inspirer de leurs homologues de Strasbourg.

## II – Modes amiables de règlement des conflits

Dans la période sous panorama, la principale nouveauté sur la matière est, bien sûr, le **décret n° 2022-245 du 25 février 2022** favorisant le recours à la médiation, portant application de la loi pour la confiance dans l'institution judiciaire et modifiant diverses dispositions (JO 26 févr., texte n° 27 ; JCP 2022. 436, spéc. n° 10-17, obs. S. Amrani-Mekki, et 273). C'est un décret important qui renforce considérablement la médiation, de trois manières : d'abord, en consacrant l'injonction à la médiation, ensuite, en prévoyant que la provision ne soit plus consignée mais versée entre les mains du médiateur, enfin, en ouvrant la possibilité d'ordonner une médiation devant la Cour de cassation, ce qui n'allait pas de soi.

Par ailleurs, ce décret marque d'autres avancées sur les modes amiables de règlement des conflits en ajoutant les troubles anormaux de voisinage au champ d'application de la tentative obligatoire de règlement amiable préalable devant les juridictions judiciaires, alors qu'ils en avaient été jusqu'à présent exclus pour des raisons mystérieuses (art. 750-1 mod.). Le nouveau texte introduit aussi les nouveaux articles 1568 à 1571 dans le code de procédure civile pour encadrer la procédure applicable à l'aposition de la formule exécutoire par le greffé sur l'acte d'avocat constatant un accord issu d'un mode amiable de résolution des différends, qui peut d'ailleurs être une transaction. La demande est alors formée en double exemplaire par une des parties au greffe de la juridiction du domicile du demandeur matériellement compétente au regard de la matière de l'accord, le greffe se contentant de vérifier seulement sa compétence et la nature de l'acte. Celui-ci devient immédiatement exécutoire et peut donc fonder des mesures d'exécution forcée. C'est un renforcement très net de l'efficacité des modes amiables.

On citera aussi le **décret n° 2022-1353 du 25 octobre 2022** relatif à la composition et aux modalités de fonctionnement du Conseil national de la médiation (JO 26 oct., texte n° 12).

Parmi les membres de ce Conseil, est ainsi ajouté un représentant du défenseur des droits. En outre, le directeur de l'administration centrale sera désormais issu d'un autre ministère que celui de la justice, mais malheureusement pas forcément du ministère de l'enseignement supérieur, comme annoncé dans le projet de décret. Il est aussi prévu que ce Conseil se réunisse au moins deux fois par an. Enfin le secrétariat du Conseil national de la médiation revient aux services du ministère de la justice.

Enfin, pour finir sur ce sujet, on évoquera le **référentiel de sélection des médiateurs à l'usage des juridictions administratives adopté par le Conseil d'État le 18 novembre 2022**. Faute d'une liste de médiateurs comme pour le juge judiciaire, le juge administratif devra privilégier, notamment la formation du médiateur, sa connaissance du contentieux administratif et son appartenance à un centre de médiation. Ce type de sélection souple est sans doute plus adapté qu'une liste bloquée de noms pour un mode de règlement des conflits qui se veut, lui aussi, souple.

En jurisprudence, on retiendra l'avis de la chambre sociale de la Cour de cassation qui énonce que la clause de médiation contenue dans un contrat de travail ne fait pas obstacle à la saisine directe du conseil de prud'hommes (**Soc., avis, 14 juin 2022, n° 22-70.004**, D. 2022. 1158 ; RTD 2022. 529, obs. S. Mraouahi ; Rev. prat. rec. 2022. 7, chron. D. Cholet, R. Laher, O. Salati et A. Yatera, et 24, chron. B. Gorchs-Gelzer ; RTD civ. 2022. 706, obs. N. Cayrol ; Procédures 2022. 219, note S. Amrani-Mekki ; Gaz. Pal. 13 sept. 2022, p. 20, note O. Cuperlier). La Cour confirme ainsi sa position antérieure (Soc. 5 déc. 2012, n° 11-20.004, D. 2012. 2969, 2013. 114, chron. P. Bailly, et 2936, obs. T. Clay ; Just. & cass. 2013. 178, rapp. C. Corbel, et 186, avis P. Lalonde ; Dr. soc. 2013. 178, obs. D. Boulmier, et 576, chron. S. Tournaux ; RTD 2013. 124, obs. E. Serverin ; RTD civ. 2013. 171, obs. R. Perrot) au décret n° 2016-660 du 20 mai 2016 relatif à la justice prud'homale et au traitement judiciaire du contentieux du travail. L'avantage de cette solution est de permettre de jouer sur les deux tableaux pour trouver un accord, sans rendre la clause de médiation caduque car elle devra en tout état de cause être mise en œuvre. L'accord obtenu par la voie de la médiation pourra d'ailleurs être entériné sous la forme d'un procès-verbal d'accord devant le bureau de conciliation du conseil de prud'hommes.

Surtout que la médiation est couverte par un principe de confidentialité, comme vient de le rappeler la deuxième chambre civile (**Civ. 2<sup>e</sup>, 9 juin 2022, n° 19-21.798**, D. 2022. 1159, et 1993, chron. C. Bohnert ; AJ fam. 2022. 353, obs. F. Eudier ; Rev. prat. rec. 2022. 24, chron. B. Gorchs-Gelzer ; RTD civ. 2022. 626, obs. H. Barbier ; D. actu. 8 juill. 2022, obs. N. Hoffschir). La conséquence est que le juge ne peut statuer au vu des « constatations du médiateur et des déclarations recueillies au cours de la médiation ». « Elles ne peuvent être divulguées aux tiers ni invoquées ou produites dans le cadre d'une instance judiciaire ou arbitrale sans l'accord des parties ». Le juge doit les écarter des débats, y compris d'office.

C'est une bonne règle car la confidentialité est une des conditions de la réussite de la médiation. Si ce que l'on se dit en confiance pour parvenir à un accord risque de se retourner ensuite contre vous en cas d'échec de la médiation, alors on ne dit plus rien et on ne parvient pas à un accord, et la médiation ne sert à rien.

Ce serait dommage à un moment où son régime juridique n'en finit pas de s'affiner et son champ d'application de s'élargir. Tel est encore ce qu'a décidé la deuxième chambre civile de la Cour de cassation qui a étendu le principe de la tentative obligatoire de règlement amiable à la procédure de référé en exigeant qu'un motif légitime soit rapporté lorsqu'elle n'a pas eu lieu (**Civ. 2<sup>e</sup>, 14 avr. 2022, n° 20-22.886**, D. 2022. 797 ; Rev. prat. rec. 2022. 24, chron. B. Gorchs-Gelzer ; RTD civ. 2022. 703, obs. N. Cayrol ; Gaz. Pal. 26 juill. 2022, p. 35, obs. S. Amrani-Mekki ; D. actu. 11 mai 2022, obs. C. Bléry ; JCP 2022. 508, obs. X. Vuitton ; Procédures 2022. 144, note

Y. Strickler). La tentative de résolution amiable d'un litige est donc généralisée et s'impose ainsi même devant le juge des référés. Certes, il existe des exceptions en cas d'urgence ou de mesures d'instruction *in futurum*, mais cela implique donc que l'assignation mentionne les démarches engagées aux fins de résolution amiable du litige, même si elle a échoué, ou expliquer pourquoi elles n'ont pas été initiées. À défaut, l'assignation sera nulle pour non-respect de l'article 54, 5°, du code de procédure civile.

L'amiable est partout désormais, même en référé. Et on ne peut pas s'empêcher de relever la date de cet arrêt du 14 février 2022, qui intervient donc exactement dix-neuf ans après l'arrêt fondateur d'une chambre mixte de la Cour de cassation du 14 février 2003, vite rebaptisé l'arrêt « Saint-Valentin », qui a conféré définitivement leur force obligatoire aux clauses de règlement amiable obligatoire, et qui figurait justement dans la première livraison de ce panorama, en 2003.