

Thomas Clay, Professeur à l'Université de Versailles - Saint-Quentin, Vice-Doyen de la faculté de droit et de science politique

### L'essentiel

Entre la Cour d'appel de Paris et la Cour de cassation, c'est environ une centaine de décisions judiciaires intéressant directement le droit de l'arbitrage qui est rendue chaque année et la plupart sont importantes. Droit d'essence jurisprudentielle, le droit de l'arbitrage impose que chacune de ces décisions soit scrutée, analysée et critiquée pour ensuite être proposée au lecteur en droit d'attendre une présentation complète de l'activité judiciaire de l'année écoulée publiée, comme à chaque fois, dans la dernière livraison annuelle du Recueil. Pourtant, malgré le nouveau nom de cette rubrique, et même si sa vocation est d'embrasser le plus largement, il n'est pas possible, dans l'espace imparti, de présenter une recension exhaustive de toutes les décisions rendues, ou de toutes les réformes intervenues dans notre domaine. Et l'on n'évoquera même pas ici les innombrables sentences arbitrales rendues chaque année, dont la moitié au moins contient un élément intéressant directement le droit de l'arbitrage. Aussi faut-il faire des choix. L'avantage de la présente formule par rapport à la précédente est que, outre la possibilité de traiter également des réformes normatives, son format permet de présenter davantage de décisions qu'il n'était autorisé jusqu'à présent. Ainsi, ce sont cette fois une loi et trente-deux décisions qui ont été sélectionnées, de manière nécessairement subjective, parce qu'elles ont été considérées comme les plus importantes de la période concernée, offrant ainsi, un aperçu de l'évolution du droit de l'arbitrage et des modes alternatifs de règlement des litiges qui tient du tour d'horizon, ou plutôt, du bien nommé panorama 📖(1).

## Arbitrage

### I - Convention d'arbitrage

#### A - Définition de la convention d'arbitrage



La définition de la convention d'arbitrage passe souvent par la définition de la mission de l'arbitre, ou, plus exactement par celle de celui qui, quel que soit son nom, intervient comme tiers alors que deux parties sont en désaccord. Or s'il est aisé de faire le départ entre l'arbitre et le médiateur ou le conciliateur, il est plus délicat de le distinguer du tiers qui intervient sur le fondement de l'article 1592 du code civil, c'est-à-dire de celui qui fixe le prix de vente, laissé à « *l'arbitrage d'un tiers* ».

Cette confusion entre la mission juridictionnelle de l'arbitre et celle du tiers de l'article 1592 a deux explications : en premier lieu, le libellé même de l'article 1592 est ambigu puisqu'il renvoie à l'arbitrage pour une mission qui n'est pas celle d'un arbitre. On sait d'ailleurs que les références à l'« *arbitrage* », *lato sensu*, dans le code civil sont aussi hasardeuses les unes que les autres. Certaines date de 1804 (art. 1592, 1644 et 2123, al. 2), d'autres de 1972 (art. 2059 et 2060, al. 1er), d'autres encore de 1975 (art. 2060, al. 2), d'autres enfin de 2001 (art. 2061. - T. Clay, Une erreur de codification dans le Code civil : les dispositions sur l'arbitrage, *in* 1804-2004, Le Code civil, Un passé, un présent, un avenir, Dalloz, 2004, p. 693). En second lieu, la mission de ce tiers a tendance à évoluer : outre la simple fixation du prix, il peut arriver qu'il aille au-delà et soit chargé d'autres missions rendant encore plus difficile la

distinction avec l'arbitre.

Pour résoudre la première cause de la confusion, la solution est connue, il suffit de toiletter l'article 1592 du code civil en changeant le mot « *arbitrage* », par « *appréciation* » d'un tiers. On mettrait ainsi fin à cette amphibologie récurrente sur le vocable « *arbitrage* » (V. notre art. préc., spéc. n° 20). Sur la seconde difficulté en revanche, les choses sont plus délicates car elles tiennent à la qualification même de la mission de ce tiers. Si l'arbitre se distingue du tiers chargé de fixer le prix en ce qu'il a pour mission de trancher un litige, qu'en est-il lorsque la mission de ce tiers n'est plus seulement de fixer un prix, mais s'accompagne aussi, par exemple, d'autres charges comme celles d'interpréter le contrat, sur lequel, précisément, il y a désaccord entre les parties ? En d'autres termes, quand est-ce que ce tiers transforme sa mission au point de devenir un véritable arbitre ? La question se pose avec acuité en matière de cession d'actions sur des montants qui peuvent être considérables.

Le problème s'est récemment présenté à deux reprises, devant les deux cours d'appel de l'Île-de-France. Dans la première affaire (CA Versailles, 1<sup>re</sup> ch., 4 mars 2004, n° 03/00267, JCP 2004, IV, 3423 ; JCP 2005, I, 134, § 2, obs. J. Béguin), il s'agissait d'une cession d'actions avec une clause qui se référait expressément à l'article 1592 du code civil, mais qui ajoutait qu'à défaut d'accord amiable sur la fixation du prix définitif, les parties s'en remettraient à l'arbitrage d'un tiers judiciairement désigné. Le désaccord étant né, un tiers fut nommé et rendit une décision. Quelle portée fallait-il donner à cette décision ? Celle d'une sentence arbitrale ou celle d'une expertise ? La réponse allait être connue puisque l'exequatur était sollicité. Elle fut accordée ; c'était donc une sentence. Mais la Cour d'appel de Versailles infirma l'ordonnance en décidant que l'acte litigieux ne saurait être qualifié de sentence arbitrale. Deux justifications sont fournies : d'une part, les parties s'étaient elles-mêmes référées à l'article 1592 du code civil. D'autre part, la stipulation contractuelle litigieuse n'était pas une clause compromissoire. Et on comprend la Cour car la clause compromissoire n'est pas de celle qui se présume, même en matière internationale comme en l'espèce. En réalité, toute la question porte sur la notion de litige (J. Béguin, obs. préc.) : dès lors qu'il y a un litige, le tiers de l'article 1592 du code civil peut se prononcer, à condition qu'il soit habilité pour le faire, c'est-à-dire qu'il ait été valablement investi pour trancher le différend, donc qu'il se soit transformé en arbitre, de par la volonté commune des parties. Sans cette investiture, il ne peut trancher de différend et sa mission reste donc de nature contractuelle et non pas juridictionnelle.




Dans la seconde affaire (**CA Paris, 25<sup>e</sup> ch. B, 17 sept. 2004**, n° 04/01049, D. 2004, IR p. 2766 ; RTD com. 2005, p. 260, obs. crit. E. Loquin  ; RTD civ. 2005, p. 154, obs. crit. P.-Y. Gautier  ; JCP E 2005, 134, note approb. T. Bonneau ; Bull. Joly Sociétés 2005, p. 49, note crit. N. Rontchevsky), la question était de savoir si un tiers chargé de fixer un prix pouvait interpréter les clauses du contrat litigieux. C'était la première fois semble-t-il qu'une telle question était posée en droit français, et elle appelle à une meilleure définition des frontières entre la mission d'arbitre et celle d'expert (sur ce point, V. en dernier lieu, K. Sachs, *The Interaction between Expert determination and Arbitration*, in *ASA Special Series*, n° 24, *Arbitration of Merger and Acquisition Disputes*, 2005, p. 235, spéc. p. 240). En autorisant ce tiers à interpréter le contrat, sa mission s'approcherait considérablement de la mission d'un arbitre au point de risquer d'être confondue. D'autant que, en l'espèce, le tiers ne devait opérer cette interprétation qu'en cas de désaccord des parties. Son intervention était donc subordonnée, sinon à un litige, du moins à un désaccord. Deux parties, un désaccord, un tiers et une décision, cela commence à ressembler beaucoup à l'arbitrage. Pourtant la cour d'appel retient en l'espèce la qualification de tiers, au sens de l'article 1592, et écarte celle d'arbitre. Sur ce point, comme pour l'espèce précédente, la cour ne peut qu'être suivie : le tiers ne tranche pas de litige et sa mission est d'ordre contractuel. La qualification juridique exacte est, comme l'énonce l'arrêt, celle de « *mandataire commun* », ce qui donne à ce tiers le fondement pour imposer sa décision à l'un de ses deux mandants. Il tient ce pouvoir de ce qu'il a été investi par les deux mandants. Sa décision pourra être contestée devant le tribunal de grande instance, et non pas par recours en annulation devant la cour d'appel comme s'il s'agissait d'une sentence.

Mais, dans le même temps, la cour reconnaît à ce tiers le pouvoir d'interpréter les dispositions



du contrat qui permettent de fixer le prix. Et c'est sur ce point que l'arrêt a fait l'objet d'une violente charge d'Eric Loquin qui se place sur le terrain de l'arbitrage et d'une critique à peine plus mesurée de Pierre-Yves Gautier sur le terrain du droit civil et de Nicolas Rontchevsky sur celui du droit des affaires, tandis que l'arrêt est approuvé par Thierry Bonneau. La cour d'appel, qui infirme ici la décision du Tribunal de grande instance de Paris, énonce que le tiers peut interpréter les clauses du contrat « *dans la mesure où elles se rattachent à la mission qui lui est confiée* ». En d'autres termes, l'interprétation doit se cantonner à ce qui fournit l'assiette de fixation du prix. Certes, la frontière est tenue entre l'interprétation des éléments de fixation du prix et celle du contrat qui est interdite au tiers de l'article 1592 du code civil. Néanmoins, cette solution nous semble acceptable sous peine de dépouiller ce tiers de sa mission de fixation du prix qui dépend bien souvent d'éléments à interpréter. L'image du barème que le tiers n'a qu'à transposer ne correspond pas aux opérations complexes contemporaines pour lesquelles une intervention est sollicitée. A trop compartimenter les fonctions, on devient stérile. Il doit être possible de tenir la frontière entre ce qui relève du prix, et ce qui n'en relève pas. C'est pourquoi lorsque l'arrêt énonce, par deux fois, que le tiers a un « *large pouvoir d'interprétation* », il n'est plus possible de le suivre. De même, en énonçant qu'aucune clause n'interdisant l'interprétation des stipulations contractuelles, celle-ci est permise, l'arrêt inverse le raisonnement et ne peut être approuvé (P.-Y. Gautier, obs. préc.). La règle est l'absence d'interprétation de celui qui est chargé de fixer le prix, sauf clause contraire - et non pas le contraire. L'arrêt mérite donc approbation, mais il convient de rester vigilant sur les pouvoirs du tiers de l'article 1592 du code civil ; il ne faudrait pas qu'il reprenne pas une voie détournée, ce que deux cents ans de jurisprudence lui a retiré après un texte d'origine maladroit, sinon malheureux : le merveilleux pouvoir d'être arbitre.

#### B - Autonomie de la convention d'arbitrage

Deux fois important (V. aussi, *infra*, IV-B), l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 25 octobre 2005 constitue un revirement de jurisprudence par rapport à l'état du droit positif en matière d'autonomie de la clause compromissoire internationale (**Cass. 1re civ., 25 oct. 2005**, n° 02-13.252, D. 2005, IR p. 2822 ; Rev. arb. 2006, note J.-B. Racine, à paraître ; JCP 2005, Act. 617, et IV, 3522). On sait que le principe de l'autonomie de la clause compromissoire a un périmètre plus important pour l'arbitrage international que pour l'arbitrage interne, puisqu'il s'y entend aussi par rapport à la loi du contrat qui contient la clause, et même par rapport à toute loi étatique, alors que ces deux points n'ont pas lieu d'être dans l'arbitrage interne.

Néanmoins, en ce qui concerne la nature de l'affection qui touche le contrat principal, c'est la clause compromissoire interne qui bénéficiait du régime le plus favorable. En effet, lorsque le contrat principal est, non plus seulement nul, mais inexistant, l'autonomie de la clause permet à celle-ci de survivre en matière interne (CA Paris, 8 oct. 1998, RTD com. 1999, p. 844, obs. E. Loquin  ; Rev. arb. 1999, p. 350, note P. Ancel et O. Gout ; RGDP 1999, p. 126, obs. M.-C. Rivier ; 11 mai 2000, Rev. arb. 2002, p. 180, obs. T. Clay), alors que la jurisprudence le refusait en matière internationale depuis le célèbre arrêt *Cassia* (Cass. 1re civ., 10 juill. 1990, n° 88-13.877, RTD com. 1991, p. 578, obs. J.-C. Dubarry et E. Loquin  ; JDI 1992, p. 168, note E. Loquin ; Rev. arb. 1990, p. 851, 1re esp., note J.-H. Moitry et C. Vergne. - Plus récemment, CA Paris, 14 nov. 1996, Rev. arb. 1997, p. 434, obs. Y. Derains ; 30 janv. 1997, D. 1997, IR p. 55  ; Justices 1997, n° 7, p. 215, obs. M.-C. Rivier ; 19 janv. 1999, Rev. arb. 1999, p. 601, 3e esp., note C. Jarrosson), ce que la doctrine critiquait à juste titre (Y. Derains, obs. préc. ; P. Fouchard, E. Gaillard et B. Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, 1996, spéc. n° 411 et n° 593-598).




L'occasion était trop belle pour que la Cour de cassation n'aligne pas ses deux jurisprudences puisque le pourvoi invoquait précisément l'inexistence du contrat principal pour contester la validité du recours à l'arbitrage, la clause compromissoire ne devant pas survivre à un contrat inexistant en matière internationale. On ne discutera pas ici du fait de savoir si le contrat, dont il était prétendu qu'il comportait une fausse date, était nul ou inexistant, puisque la Cour de cassation, dans un attendu militant, ne s'est pas embarrassée des questions de qualifications, rangeant sous un même régime, en matière internationale, la nullité et l'inexistence du contrat principal pour affirmer : « *Qu'en application du principe de validité de*

*la convention d'arbitrage et de son autonomie en matière internationale, la nullité non plus que l'inexistence du contrat qui la contient ne l'affectent* ». La solution est donc parfaitement claire désormais et s'inscrit dans la logique de l'affirmation du principe de validité de la clause compromissoire internationale par l'arrêt *Zanzi* (Cass. 1re civ., 5 janv. 1999, Bull. civ. I, n° 2 ; D. 1999, IR p. 31  ; RTD com. 1999, p. 380, obs. E. Loquin  ; Rev. crit. DIP 1999, p. 546, note D. Bureau ; Rev. arb. 1999, p. 260, note P. Fouchard ; *Clunet* 1999, p. 784, note S. Poillot-Peruzzetto ; RGDP 1999, p. 409, obs. M.-C. Rivier ; Dr. et patrimoine 2000, n° 2514, obs. P. Mousseron). On notera toutefois que c'est le régime de l'arbitrage international qui s'aligne sur celui de l'arbitrage interne. Même si ce sens de l'évolution est plus rare que l'autre, c'est un signe supplémentaire du mouvement de convergence, inéluctable, des deux types d'arbitrage.

## C - Domaine de validité

Même s'il offre une avancée considérable par rapport à sa lamentable rédaction antérieure, le nouvel article 2061 du code civil, issu de la loi NRE du 15 mai 2001 (L. n° 2001-420, D. 2001, Lég. p. 1673), contient des ambiguïtés rédactionnelles en ce qui concerne deux des domaines que la nouvelle loi avait précisément la volonté d'exclure du champ de validité de la clause compromissoire, à savoir le contrat de travail et le contrat de consommation (T. Clay, *Nouvelles perspectives en matière d'arbitrage, Ouverture*, Dr. et patrimoine 2002, p. 40, spéc. p. 42). Telles sont pourtant les deux questions récemment soumises à la Cour de cassation, en matière d'arbitrage international et qui rejoignent la préoccupation actuelle relative à la protection de la partie faible dans un arbitrage international (E. Loquin, *Partie faible et arbitrabilité, A propos d'une jurisprudence récente, conférence au CFDIP, 25 nov. 2005, à paraître aux Travaux comité fr. DIP*).

### 1 - Clause compromissoire dans le contrat de travail

Le capitaine du « Nan Shan », un yacht immatriculé à Guernesey, se voit annoncer la rupture de son contrat de travail dans lequel figurait une clause compromissoire. Sans se laisser impressionner, il saisit le conseil de prud'hommes du lieu de son domicile. Immédiatement la société propriétaire du navire et employeuse fait contredit devant la Cour d'appel de Paris, qui le rejette (6 mars 2003, inédit). Elle forme ensuite un pourvoi, lequel subira le même sort dans l'arrêt ici rapporté (**Cass. soc., 28 juin 2005**, n° 03-45.042, D. 2005, IR p. 2035 ; JCP 2005, I, 179, § 2, obs. J. Béguin). Pour la Chambre sociale, la clause compromissoire insérée dans un contrat international de travail est valable, mais « *n'est pas opposable au salarié qui a saisi régulièrement la juridiction compétente en vertu des règles applicables, peu important la loi régissant le contrat de travail* ». La Chambre sociale de la Cour de cassation rappelle ainsi sa jurisprudence initiée en 1999 (Cass. soc., 16 févr. 1999, Bull. civ. V, n° 78 ; *Rapport de la Cour de cassation 1999*, p. 328 ; D. 1999, IR p. 74  ; Rev. crit. DIP 1999, p. 745, 1re esp., note F. Jault-Seseke ; Rev. arb. 1999, p. 290, 1re esp., note M.-A. Moreau ; JCP E 1999, p. 1685, note P. Coursier, et p. 748, obs. F. Taquet ; Gaz. Pal. 2000, 1, Somm. p. 699, 1re esp., obs. M.-L. Niboyet ; LPA 2000, n° 158, p. 4, 1re esp., obs. F. Jault-Seseke ; Dr. et patrimoine 1999, n° 2390, obs. P.-H. Antonmattéi ; TPS 1999, p. 214, obs. B. Boubli ; 4 mai 1999, Bull. civ. V, n° 191 ; D. 1999, IR p. 140  ; Rev. crit. DIP 1999, p. 745, 2e esp., préc. ; Rev. arb. 1999, p. 290, 2e esp., note M.-A. Moreau ; Gaz. Pal. 2000, 1, Somm. p. 699, 2e esp., préc. ; LPA 2000, n° 158, p. 4, 2e esp., préc. ; JCP 2000, II, 10337, note D. Ammar ; TPS 1999, p. 376, obs. B. Boubli) et déjà rappelée en 2001 (Cass. soc., 9 oct. 2001, Bull. civ. V, n° 312 ; D. 2001, IR p. 3170, obs. C. Dechristé  ; Rev. arb. 2002, p. 347, note T. Clay ; LPA 2002, n° 242, p. 19, obs. F. Jault-Seseke ; TPS 2002, p. 30, obs. P. Coursier ; Dr. soc. 2002, p. 122, note M.-A. Moreau).

La solution est juste car elle laisse une option au salarié, c'est-à-dire à celui-là même que la compétence exclusive du conseil de prud'hommes pour les contrats internes est censée protéger. Mais si ce salarié souhaite s'affranchir de cette protection au moment où le litige survient et où il n'est plus susceptible de subir les pressions de celui qui l'embauche, pourquoi l'en priver ?

## 2 - Clause compromissoire dans le contrat de consommation

S'il est un contrat dans lequel la clause compromissoire est aussi mal vue que malvenue, c'est bien le contrat de consommation. D'ailleurs, le législateur de 2001, lorsqu'il avait réformé l'article 2061, n'avait affirmé la validité de la clause compromissoire que lorsqu'elle est conclue « *à raison d'une activité professionnelle* ». Malheureusement cet article ne contient pas seulement une faute de français (dans cette occurrence, il convient d'utiliser l'expression « *en raison de* »), il crée aussi une confusion puisqu'en retenant comme critère l'existence d'« *une* » activité professionnelle, et non pas « *deux* » activités professionnelles, il renvoie précisément au critère d'application du droit de la consommation alors qu'il poursuit l'objectif exactement inverse. Néanmoins, c'est ainsi que la doctrine bienveillante avec ce législateur maladroit a interprété la nouvelle loi.

Sans doute pour mieux se faire comprendre, le législateur est intervenu à nouveau en 2005 sur cette question par une **loi n° 2005-67 du 28 janvier 2005** (JO n° 26, 1er févr. 2005, p. 1648 ; D. 2005, Lég. p. 423 ; Rev. arb. 2005, p. 225, obs. S. Bollée ; JCP 2005, I, 179, § 8, obs. J. Béguin, et 183, § 4, obs. T. Clay) qui modifie l'annexe q) de l'article L. 132-1 du code de la consommation pour renforcer la suspicion à l'égard des clauses contenues dans les contrats de consommation qui obligent « *à passer exclusivement par un mode alternatif de règlement des litiges* ». Même s'il ne s'agit pas ici de la clause compromissoire qui est visée par ailleurs, cela montre bien le discrédit dont pâtissent ces clauses auprès du législateur en matière de droit de la consommation. Néanmoins, et même si un ministre avait cru naguère être en mesure de dire le contraire (Rép. min., n° 35415, JO Sénat Q, 31 janv. 2002, p. 314 ; D. 2002, Actualité législative p. 626 ; Rev. arb. 2002, p. 241, obs. P. Fouchard), ce régime suspicieux ne concerne que les contrats internes. On peut sans doute le regretter. Qu'on en juge par l'affaire suivante, romancée sans doute, comme dans un mauvais roman.

Dring ! On sonne à la porte. Mme Rado, pourtant affairée dans son appartement parisien, s'interrompt pour aller ouvrir. Elle n'aurait pas dû. C'est le début d'une histoire pathétique. Mme Rado se retrouve nez à nez avec un démarcheur à domicile, qui ne vend ni aspirateurs, ni autres financements anticipés d'obsèques, mais des produits financiers avantageux. L'homme sait y faire, il vante les mérites des placements qu'il propose, présente des schémas qui montrent les incroyables plus-values, souligne l'absence de risque, bref, une occasion à ne pas manquer. Mme Rado d'abord amusée, se laisse progressivement séduire, puis pense que le bonimenteur a du bon sens, et finalement se trouve convaincue. C'est sa deuxième erreur. Le contrat qui lui est présenté est en anglais, langue qu'elle maîtrise mal ; mais peu importe, elle signe là où on lui dit de signer. Et puisque l'affaire est bonne autant y mettre toutes ses économies : c'est ainsi l'équivalent de 400 000 dollars qui sont investis. C'est sa troisième erreur. La suite était prévisible : en moins de quatre mois, toutes ses économies ont disparu car les placements se sont révélés calamiteux et elle est même désormais débitrice. Espérant récupérer ses fonds, elle saisit alors le Tribunal de grande instance de Paris. Mais, comme un malheur n'arrive jamais seul, c'est cette fois-ci une clause compromissoire qui lui est opposée par son adversaire, laquelle clause donne compétence à la National Future Association de Chicago pour organiser l'arbitrage, en faisant appel à un arbitre agréé auprès de ce centre. Le tribunal de grande instance constate donc son incompétence, il est suivi par la Cour d'appel de Paris, et le pourvoi est rejeté par la Cour de cassation dans l'arrêt commenté (**Cass. 1re civ., 30 mars 2004**, n° 02-12.259, Bull. civ. I, n° 97 ; D. 2004, Jur. p. 2458, note I. Najjar ; RTD com. 2004, p. 447, obs. E. Loquin  ; Rev. arb. 2005, p. 115, 1re esp., note X. Boucobza ; JCP 2005, I, 134, § 3, obs. C. Seraglini). Il faudra donc à la demanderesse faire valoir ses droits dans une procédure arbitrale qui se déroulera aux Etats-Unis et en anglais. Ce n'est pas gagné ! Difficiles à comprendre sur le plan de l'équité, les trois décisions judiciaires françaises s'appuient en réalité sur la célèbre jurisprudence *Jaguar* qui a reconnu la validité de la clause compromissoire dans les contrats de consommation dès lors qu'ils sont internationaux (1re décis., Cass. 1re civ., 21 mai 1997, Bull. civ. I, n° 159 ; RTD com. 1998, p. 330, obs. J.-C. Dubarry et E. Loquin  ; Rev. crit. DIP 1998, p. 87, note crit. V. Heuzé ; *New York Law Journ.*, 4 déc. 1997, obs. E. Gaillard ; Dr. et patrimoine 1997, n° 1800, obs. P. Laroche de Roussane ; RGDP 1998, p. 156, obs. M.-C. Rivier ; 2e décis., de la même date, n° 95-11.428, Rev. arb. 1997, p. 537, note E. Gaillard ; *Clunet* 1998, p. 969 (1re esp.), note S. Poillot-Peruzzetto ; *New York Law Journ.*, préc.), et tel est le cas en l'espèce puisqu'il n'est pas douteux que le contrat de consommation litigieux est international, comme le rappelle la Cour



de cassation. Dès lors, il était peu probable que les juges judiciaires se reconnaîtraient compétents car pour cela, ils auraient dû constater que la clause compromissoire était « *manifestement nulle* » (art. 1458 NCP), ce qu'elle n'était pas au regard de la jurisprudence antérieure.

Il est vrai que la jurisprudence *Jaguar* avait été accueillie favorablement, surtout en raison des spécificités de l'espèce car le consommateur avait acheté plusieurs voitures de collection Jaguar, dont chacune valait environ trois millions de francs et ne faisait pas mystère de considérer ses véhicules de collection comme un placement. En somme, un consommateur qui n'avait de consommateur que le nom. La jurisprudence favorable à la clause compromissoire en matière internationale pouvait donc s'appliquer sans que ce soit scandaleux. Toutefois, la doctrine était circonspecte sur la portée de la décision, et attendait qu'une nouvelle affaire se présentât (E. Loquin, *L'arbitrage des litiges en droit de la consommation*, in F. Osman (sous la dir. de), *Vers un code européen de la consommation, Codification, unification et harmonisation du droit des Etats membres de l'Union européenne*, Bruylant, 1998, p. 357). La voici donc car l'investisseur, ici, n'est autre qu'un consommateur de produits financiers. Même si elle se retranche derrière le pouvoir souverain des juges du fond qui ont considéré que le centre d'arbitrage et la procédure suivie offraient toute garantie quant à l'égalité des parties et à l'indépendance des arbitres, la Cour de cassation prend une position qu'il est permis de ne pas approuver (V. déjà, en ce sens, E. Loquin, préc. ; C. Seraglini, préc. ; et I. Najjar, préc. - Pour une appréciation favorable, V. X. Boucobza, préc.). Il semble assez sévère pour un particulier comme celui qui est en cause en l'espèce d'être ainsi distrait de son juge naturel pour connaître les délices de la procédure arbitrale Outre-Atlantique. Rappelons d'ailleurs que durant les débats parlementaires sur la rédaction de ce qui est devenu le nouvel article 2061 du code civil, il fut question d'énoncer la liste des exceptions à la validité de principe de la clause compromissoire et que parmi ces exceptions figurait expressément celle-ci : « *Dans les contrats portant sur des instruments financiers conclus par des opérateurs non avertis, la clause compromissoire est réputée non écrite* » (projet de loi relatif aux nouvelles régulations économiques, après 1<sup>re</sup> lecture au Sénat, n° 2666, spéc. art. 69B ; débats au Sénat, 12 oct. 2000).

Imposer l'arbitrage à ce type de litigant est une dénaturation de cette justice qui n'est pas faite. pour cela. Cependant, ne nous méprenons pas, il ne faudrait pas en déduire que l'arbitrage n'est pas aussi la justice des litiges de la consommation. Au contraire même, il est permis de penser que le modèle originel de l'arbitrage est celui des petits litiges, tranchés rapidement, dans des conditions peu onéreuses et rapides, bien plus que le long et coûteux arbitrage international. Il faut simplement prévoir deux garde-fous : d'une part, que le lieu de l'arbitrage soit toujours à proximité du lieu de résidence du consommateur. D'autre part, que, à l'instar de ce qu'il en est dans le contrat de travail international, le consommateur puisse renoncer à l'arbitrage une fois le litige né.

En l'espèce, il restera toujours à notre malheureuse investisseuse, si elle va au terme du processus arbitral américain, lequel nécessite des moyens qu'elle n'a plus, de former ensuite sur place un recours en annulation contre la sentence arbitrale par laquelle l'arbitre se reconnaîtrait compétent alors que ce serait contraire au droit français. Il est peu probable que cela aboutisse. Et même à imaginer que l'exequatur en France ne soit pas obtenu cela n'empêchera pas la sentence d'être exequaturée dans l'un des 135 autres pays ayant ratifié la Convention de New York permettant ainsi à la partie adverse de poursuivre l'exécution de la sentence dans tous les pays où l'investisseuse serait susceptible d'avoir des actifs. Avouons que c'est peu probable puisque ce placement financier l'a laissée ruinée. Comme quoi ce que l'on dit est vrai : il faut être prudent avant d'ouvrir sa porte à un inconnu.

#### D - Domaine d'application de la convention d'arbitrage

La pratique montre que les contrats contiennent des clauses compromissoires parfois très mal rédigées, parfois difficiles à qualifier, parfois même farfelues. L'imagination des parties n'ayant pas de limites, il peut arriver que celles-ci écartent expressément la question de la validité du contrat du champ d'application de la clause compromissoire, tout en laissant les autres questions à l'appréciation des arbitres. C'est notamment ce qui s'est produit dans une affaire

soumise récemment à la Cour de cassation (**Cass. 2e civ., 13 juill. 2005**, n° 02-15.904, D. 2005, Pan. p. 2950, spéc. p. 2952, obs. J.-C. Hallouin et E. Lamazerolles). En l'espèce, il s'agissait d'une clause compromissoire incluse dans les statuts d'une société en nom collectif et qui excluait les actions relatives à la validité du pacte social (sur l'ensemble de la question, V. O. Caprasse, *Les sociétés et l'arbitrage*, préf. de G. Keutgen, Bruylant-LGDJ, 2002, spéc. n° 404-419). Un litige survient entre les associés et une sentence arbitrale est rendue, avant d'être annulée par la Cour d'appel de Bordeaux pour incompétence de l'arbitre (7 sept. 1999 et 18 déc. 2000). Le pourvoi formé contre ces arrêts est rejeté au motif que la cour d'appel avait souverainement estimé que la demande portait précisément sur ce que les parties avaient écarté du champ d'application de la clause de litige. Le tribunal arbitral aurait donc dû se déclarer incompétent.

Cette dernière solution doit être approuvée par application du principe compétence-compétence, lequel peut conduire à se déclarer incompétent, même si l'on observe que c'est assez rare en pratique. Un arrêt comme celui-ci montre une fois de plus qu'il vaut mieux se déclarer incompétent si la clause compromissoire n'est manifestement pas applicable à l'espèce. Il reste que les clauses d'arbitrage excluant une partie du contentieux potentiel du contrat dans lequel elles s'insèrent sont de mauvaises clauses qui risquent de fractionner le contentieux et donc de le compliquer. Comment imaginer en effet que l'arbitre soit compétent pour l'interprétation et l'exécution du contrat, alors que le juge étatique le serait pour la validité ? D'autant qu'il suffirait d'invoquer la nullité du contrat pour contourner la clause compromissoire. Mais si les parties l'ont vraiment voulu ainsi, alors, puisque l'arbitrage est le règne de la liberté, pourquoi pas ?

Dans une autre affaire parvenue également aux juridictions étatiques (CA Paris, 1re ch. C, 19 mai 2005, n° 2004-10949), il était encore question du domaine d'application de la convention d'arbitrage. En l'espèce, ce n'était pas lors d'un recours en annulation que la question se posait, mais à l'occasion de l'appel d'une ordonnance d'exequatur accordée à une sentence arbitrale rendue à Londres dans un arbitrage international. Le moyen d'appel était fondé sur l'absence de convention d'arbitrage au motif que la demande arbitrale invoquait un préjudice extra-contractuel et que la clause compromissoire ne concernait que les différends relatifs au contrat. La cour d'appel ne s'est pas laissée abusée et a énoncé qu'« *il importe peu que la sentence ait qualifié ce service d'extracontractuel, dès lors que l'indemnisation [...] s'inscrit dans le cadre contractuel de l'opération* ». La clause compromissoire couvrait donc bien cette hypothèse.

De ces deux affaires, il ressort que le pouvoir souverain d'interprétation des juges du fond peut se révéler décisif au moment de savoir si le litige entre ou non dans les prévisions des parties. Cela peut surprendre lorsque l'on sait que le recours en annulation s'analyse souvent comme une transposition devant la cour d'appel des méthodes du pourvoi en cassation. Voilà pourquoi plus les clauses seront sibyllines, donc claires, plus le pouvoir d'interprétation des juges du fond sera réduit. En cette matière, le bien est l'ennemi du mieux.


## II - Tribunal arbitral


Traditionnellement, les principales questions relatives au tribunal arbitral tiennent à sa constitution, à sa nature, et à l'indépendance de ceux qui le composent. On le vérifie une fois de plus cette année.

### A - La constitution du tribunal arbitral

#### 1 - L'extension des pouvoirs du juge d'appui

Au panthéon des grands arrêts du droit de l'arbitrage, l'arrêt ici commenté est sans nul doute appelé à occuper une place de choix (**Cass. 1re civ., 1er févr. 2005**, n° 01-13.742, Bull. civ. I, n° 53 ; D. 2005, IR p. 520). Conjuguant à merveille les différentes sources d'inspiration du droit de l'arbitrage et notamment le fructueux et permanent échange entre jurisprudence et doctrine, cette décision est assurément l'une des plus importantes rendues en matière d'arbitrage depuis une dizaine d'années. L'encre n'était pas encore sèche que, déjà, l'arrêt suscitait de nombreux commentaires (D. 2005, Jur. p. 2727, note S. Hotte ; RTD com. 2005,

p. 266, obs. E. Loquin  ; Rev. crit. DIP 2006, n° 1, note T. Clay, à paraître ; Rev. arb. 2005, p. 693, note H. Muir Watt ; JCP 2005, I, 134, § 4, obs. J. Béguin ; Gaz. Pal., 27-28 mai 2005, p. 37, note F.-X. Train ; JCP E 2005, II, 447, note G. Kessler ; publié aussi in JCP 2005, II, 10101 ; Gaz. Pal., 27-28 avr. 2005, p. 3, obs. S. Lazareff ; *Stockholm International Arbitration Rev.* 2005, n° 2, note G. Tattevin), et il conviendra d'y renvoyer car la richesse de l'arrêt est telle qu'elle est impossible à restituer dans l'espace imparti.

Les faits étaient exceptionnels : la compagnie iranienne des pétroles a conclu en 1968 avec l'Etat d'Israël un contrat de construction et d'exploitation d'un oléoduc courant de la cote d'Ashkelon en Iran jusque dans le golfe d'Eilat en Israël. La clause compromissoire *ad hoc* contenue dans le contrat prévoyait que si les deux arbitres choisis par les parties ne s'accordaient pas sur le nom du troisième, il serait demandé au « *Président de la Chambre de commerce internationale de Paris de nommer ce troisième arbitre* ». Mais, la difficulté est venue, non pas de la désignation du troisième arbitre, mais de celle du deuxième puisque l'Etat d'Israël refusait de désigner un arbitre. La question était donc de savoir si le juge d'appui français pouvait le faire au lieu et place de la partie défaillante, alors que les conditions de son intervention, prévues à l'article 1493 du nouveau code de procédure civile (siège en France ou loi de procédure française) n'étaient pas remplies. La cour d'appel infirma néanmoins l'ordonnance du juge d'appui qui s'était déclaré incompétent (CA Paris, 29 mars 2001, RTD com. 2001, p. 651, obs. approb. E. Loquin  ; Rev. arb. 2002, p. 427 (3e esp.), note approb. P. Fouchard ; *Clunet* 2002, p. 498, note crit. D. Cohen ; Bull. ASA 2002, p. 553, note approb. P. Lalive ; 17 (6) *Mealey's Intern. Arb. Rep.* 2002, p. 35, note approb. P. Pinsolle ; *Tulane Journ. Intern. & Comp. Law* 2003, p. 383, note L. Chichester) et la Cour de cassation vient de rejeter le pourvoi dans un attendu dont on sent que chaque mot a été pesé. Elle énonce que dès lors qu'il y a un risque de déni de justice et un rattachement avec la France, même « *ténu* », alors le juge d'appui français peut être compétent. Ici, le déni de justice était manifeste puisque aucune autre juridiction étatique n'aurait pu intervenir : l'Iran ayant été déclaré « *ennemi d'Israël* », ses juridictions n'étaient pas reconnues en Israël, et ses ressortissants n'étaient pas non plus admis devant les juridictions israéliennes.

Il faut donc pleinement approuver l'arrêt sur ce point. En revanche, sur le deuxième point, il est permis d'être plus circonspect, d'une part, parce qu'il est inutile : le déni de justice devrait suffire ; d'autre part, parce qu'user de la référence à la Chambre de commerce internationale (CCI) comme indice de lien avec la France semble abusif. Ni la forme sociale française de la CCI, ni l'implantation à Paris n'autorisent à la considérer comme française. Tirer des conséquences juridiques de l'implantation parisienne de la CCI, c'est s'approprier une institution qui n'est pas française, mais mondiale puisqu'elle a le statut d'organisation non gouvernementale reconnue par l'ONU. C'est aussi oublier que la CCI doit bien être quelque part car elle ne peut pas être en apesanteur, et que par miracle ce quelque part est la France. La CCI est située sur le territoire français, pas dans l'Etat français.

Il reste qu'en créant un nouveau chef de compétence, *extra legem*, pour le juge d'appui français qui peut aider à la constitution de tribunaux arbitraux n'ayant qu'un lien « *ténu* », voire dérisoire, avec la France, cet arrêt transforme l'arbitrage en moyen de lutte contre le déni de justice. Pour ce faire, et afin d'éviter que certaines prétentions ne trouvent pas leur juge, il n'hésite pas à hisser l'arbitre au niveau du juge étatique, le rendant quasiment coresponsable du bon ordre juridictionnel mondial. C'est une belle consécration pour l'arbitre. Le déni de justice est donc susceptible, presque à lui seul, de fonder la compétence des tribunaux arbitraux. Le principe du droit à l'arbitre est ainsi consacré.

L'arrêt de la première Chambre civile ici commenté emporte deux autres conséquences : d'une part, il renforce la place de Paris comme lieu privilégié de l'arbitrage, c'est-à-dire qu'il confirme qu'à Paris les tribunaux savent dépasser la lettre des textes applicables pour donner plein effet à la convention d'arbitrage ; d'autre part, par la solution qu'il adopte, par les termes qu'il emploie, par la conception autonome de l'arbitrage qu'il défend, cet arrêt est, de l'aveu même des magistrats qui l'ont rendu, un magnifique hommage posthume à la doctrine de Philippe Fouchard.



## 2 - Le principe d'égalité des parties dans la désignation des arbitres

Si le droit français peut s'enorgueillir d'être l'un des plus favorables à l'arbitrage et à ce titre, l'un des plus copiés, il arrive qu'il sache rendre hommage aux droits voisins. C'est en tous les cas une des interprétations que l'on peut tirer d'un arrêt récemment rendu par la Cour d'appel de Paris (**CA Paris, 1re ch. C, 8 sept. 2005**, n° 2004-08195). Il s'agissait, non pas d'un recours en annulation contre une sentence arbitrale, mais de l'appel d'une ordonnance qui avait accordé l'exequatur à une sentence rendue à Londres et conformément au droit anglais de l'arbitrage. Comme on le sait, l'*Arbitration Act* anglais de 1996 (art. 17) prévoit que si l'une des parties rechigne à désigner un arbitre, l'autre peut lui proposer que l'arbitre qu'elle a choisi devienne l'arbitre unique du tribunal arbitral. Si la deuxième partie ne procède toujours pas au choix d'un arbitre dans un délai de sept jours francs après cette proposition, l'arbitre choisi par la première partie devient automatiquement l'arbitre unique du tribunal arbitral.

Cette disposition pourrait, *a priori*, heurter le principe d'égalité des parties dans la désignation des arbitres, tel qu'il a été posé il y a plus de dix ans par la jurisprudence *Dutco* (Cass. 1re civ., 7 janv. 1992, Bull. civ. I, n° 2 ; *Rapport de la Cour de cassation 1992*, p. 355 ; RTD com. 1992, p. 796, obs. J.-C. Dubarry et E. Loquin ☞ ; Rev. arb. 1992, p. 470, note P. Bellet ; *Clunet* 1992, p. 707 (2e esp.), note C. Jarrosson et concl. av. gén. M. Flipo ; *Riv. dell'arb.* 1992, p. 99, note P. Bernardini ; *Yearb. Comm. Arb.*, vol. XVIII, 1993, p. 140 ; Bull. ass. suis. arb. 1992, p. 295, obs. J.-L. Delvolvé, p. 154 s., spéc. p. 182 ; LPA 1995, n° 150, p. 10, obs. M. Favero ; *Journ. of Intern. Arb.*, vol. 10, n° 3, 1993, p. 5, obs. E. A. Schwartz ; *Recht. Intern. Wirt.* 1993, p. 702, obs. K. P. Berger) et tel qu'il a été constamment réaffirmé depuis (Cass. 1re civ., 8 juin 1999, Bull. civ. I, n° 190 ; D. 1999, IR p. 181 ☞ ; Rev. arb. 2000, p. 116 (2e esp.), note E. Loquin ; Dr. et patrimoine 2000, p. 2522, obs. J. Mestre. - Dans le même sens, V. CA Aix-en-Provence, 9 oct. 1997, Rev. arb. 1998, p. 383 (1re esp.), note J.-L. Delvolvé ; CA Paris, 7 oct. 1999, Rev. arb. 2000, p. 288, note D. Bureau ; RDAI 2000, p. 954, obs. C. Imhoos ; 16 nov. 1999, Rev. arb. 2000, p. 313 ; RDAI 2000, p. 954, obs. C. Imhoos), mais ce serait négliger l'intérêt d'un tel système. Même si une décision antérieure à l'*Arbitration Act* anglais, ainsi qu'à l'arrêt *Dutco* avait déjà validé en France un dispositif analogue (CA Paris, 30 janv. 1972, Rev. arb. 1974, p. 105, note P. Fouchard), il était intéressant que cette procédure de nomination soit soumise aux juridictions françaises. Loin de fuir le débat, les magistrats de la cour d'appel n'hésitent pas à porter une appréciation sur le droit anglais dans le coeur même de leur décision, pratique peu coutumière, qui montre qu'ils avaient envie de donner leur avis. En disant que le droit anglais « *prévoit une règle fort utile pour déjouer les attermoiements d'une partie pour retarder l'examen d'une affaire* », la cour d'appel complimente presque le droit anglais de sa belle disposition. D'autant que ce système a déjà été validé dans d'autres pays, et notamment en Allemagne et en Italie (J.-F. Poudret et S. Besson, *Droit comparé de l'arbitrage international*, Bruylant, LGDJ et Schulthess, 2002, spéc. n° 403). Voilà bien une pierre jetée dans le jardin de ceux qui, en France ou ailleurs, réfléchissent actuellement à une amélioration de leur droit de l'arbitrage.



Cette décision est intéressante car, même si le principe d'égalité des parties dans la désignation des arbitres n'était pas invoqué par la demanderesse, il semble que la cour ait voulu donner une dimension supplémentaire à ce principe. On sait que celui-ci ne signifie pas que chaque partie soit en droit de choisir un arbitre, mais plutôt que les conditions de choix des arbitres doivent être identiques pour chaque partie. En considérant que ce n'est pas parce qu'un arbitre est choisi par une seule partie, qu'il n'est pas désigné par les deux (en distinguant bien entre le « *choix* » qui est nécessairement personnel, et la « *désignation* » qui est un acte juridique procédant des deux parties), la cour a explicité le principe d'égalité des parties. Allant plus loin, on verra là une confirmation de ce que dans un tribunal arbitral composé de trois arbitres, ce sont bien les trois qui sont « *désignés* » par les deux parties, alors que le « *choix* » ne procède, pour les deux co-arbitres, que de chaque partie. La relation juridique est nouée entre chaque arbitre d'un côté et les deux parties ensemble de l'autre côté, et non pas avec chacune des parties séparément, comme cela est parfois avancé. Cet arrêt renforce encore le fondement juridique de l'indépendance de l'arbitre, lequel est, comme chacun sait, est indépendant des deux parties. Bref, une décision à approuver sur toute la ligne.

### 3 - Le principe compétence-compétence




Dans une décision très récente, la Cour de cassation a eu l'occasion de rappeler l'importance et l'étendue du principe compétence-compétence, notamment dans sa dimension négative (**Cass. 1<sup>re</sup> civ., 8 nov. 2005**, n° 02-18.512, D. 2005, IR p. 2896). Le Tribunal de commerce de Créteil, approuvé par la Cour d'appel de Paris (12 juin 2002, inédit), avait estimé que la clause compromissoire n'était pas applicable pour une question relative à une demande en concurrence déloyale car elle était étrangère à la sphère contractuelle. La décision encourt la censure logique de la Cour de cassation qui rappelle le principe compétence-compétence : « *Il appartient à l'arbitre de statuer par priorité sur sa propre compétence, sauf nullité ou inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage* », et qui relève qu'en l'espèce n'ont été constatées ni la nullité, ni l'inapplicabilité manifeste de la clause d'arbitrage. C'était donc à l'arbitre de décider si oui ou non le litige entrait dans le champ d'application de la clause compromissoire.

Cette solution est à mettre en perspective avec l'arrêt *Thalès* (V. *infra* III-B) qui n'a pas jugé - c'est le moins que l'on puisse dire - que les questions de concurrence déloyale ne pouvaient être soumises aux arbitres.

### B - La nature du tribunal arbitral

Dans un arrêt rendu le 27 janvier 2005, la Cour de justice des Communautés européennes rappelle que selon elle, un tribunal arbitral n'est pas une juridiction au sens de l'article 234 CE, et qu'il ne peut donc lui poser de question préjudicielle (CJCE, 27 janv. 2005, aff. C-125/04, RTD com. 2005, p. 440, obs. M. Luby , et p. 488, obs. E. Loquin  ; Rev. arb. 2005, p. 765, note L. Idot ; JCP 2005, I, 183, § 17, obs. T. Clay, et II, 10079, note G. Chabot). C'est une solution classique de la jurisprudence communautaire qui ne reconnaît les juridictions qu'à certaines conditions, conditions que ne remplit à l'évidence pas un tribunal arbitral. Si l'on peut comprendre que les tribunaux arbitraux ne puissent poser de question préjudicielle, en revanche, on ne peut que critiquer qu'il leur soit refusé la qualité de juridiction, qu'ils ont pourtant incontestablement.


### C - L'indépendance de l'arbitre et son obligation de révélation

Encore et toujours la question de l'indépendance de l'arbitre dont l'examen est chaque année davantage soumis aux tribunaux judiciaires. Le mouvement dessiné par la jurisprudence française depuis les deux arrêts fondateurs de la Cour de cassation en 2001 se poursuit et, plus que jamais, la jurisprudence française examine l'indépendance à l'aune de la seule question de la révélation (Cass. 2<sup>e</sup> civ., 22 nov. 2001, D. 2003, Somm. p. 2472, obs. T. Clay  ; 6 déc. 2001, D. 2003, Somm. p. 2472, préc. ; RTD com. 2002, p. 657, obs. E. Loquin  ; Rev. arb. 2003, p. 1231 (1<sup>re</sup> esp.), note E. Gaillard ; et sur renvoi, CA Paris, 2 avr. 2003, D. 2003, Somm. p. 2472, préc.  ; Rev. arb. 2003, p. 1231 (2<sup>e</sup> esp.), note E. Gaillard). On peut le mesurer dans une série de sept nouvelles décisions rendues, dans six affaires, entre le 12 février 2004 et le 27 octobre 2005. A chaque fois, c'est l'étendue de la révélation faite par l'arbitre qui est analysée, sans que la question de l'indépendance ne soit autrement posée. On prendra ces décisions dans leur ordre chronologique.

Dans la *première affaire* (**Cass. 2<sup>e</sup> civ., 12 févr. 2004**, n° 02-10.987, Rev. arb. 2004, p. 359, note M.-C. Rivier ; JCP 2004, I, 179, § 5, obs. C. Seraglini), une sentence arbitrale fut attaquée par recours en annulation qui sera rejeté. Dans un second temps, un autre recours est formé, mais en révision cette fois et contre le premier arrêt, au motif que l'arbitre entretenait des liens professionnels et économiques avec une des parties et des liens privilégiés avec le président du tribunal arbitral. La cour d'appel rejeta ce nouveau recours car il n'était pas démontré que le défaut d'impartialité évoqué avait eu une « *incidence déterminante* » sur le premier arrêt d'appel. Cette décision est cassée par le présent arrêt.

Censure logique de la Cour de cassation qui reproche à la Cour d'appel de Paris de n'avoir pas recherché « *si la fraude invoquée à l'appui du recours en révision tenant au défaut*

*d'impartialité des arbitres, n'était pas de nature [...] à fonder un recours en annulation* ». En d'autres termes, cet arrêt ouvre le recours en révision contre un arrêt ayant rejeté un recours en annulation d'une sentence arbitrale, alors que certains arbitres n'avaient pas exécuté correctement leur obligation de révélation. Comme l'a écrit Christophe Seraglini dans le commentaire qu'il a consacré à cette décision, celle-ci se justifie « *par le fait que le défaut de révélation a privé l'une des parties de son droit de récusation de l'arbitre concerné* ». Cela revient à donner encore plus d'importance à la déclaration d'indépendance qui, si elle est incomplète, pourra permettre d'attaquer la sentence par le biais d'un recours en révision, quand bien même le recours en annulation aurait déjà été rejeté. Toutefois l'action reste subordonnée à la condition que les faits litigieux aient été appris postérieurement, non seulement à la reddition de la sentence, mais aussi à l'arrêt de rejet du recours en annulation, sans quoi ils auraient dû être invoqués au moment où ce premier recours a été formé. Etait-ce le cas en l'espèce ? Ce sera à la cour d'appel de renvoi de le dire.

La *deuxième affaire* a donné lieu à deux ordonnances rendues le même jour par le Président du Tribunal de commerce de Paris (T. com. Paris, 6 juill. 2004, n° 2004045907 et n° 2004045926, Rev. arb. 2005, p. 709 (4e esp.), note M. Henry). Il s'agit encore d'une violation du devoir de révélation concernant un même arbitre dans deux dossiers différents. La juridiction présidentielle ne mâche pas ses mots : « *Constatons que M. R. est nommé de manière répétée par la société X. comme arbitre dans des conflits l'opposant à ses franchisés. Il apparaît des documents fournis qu'il serait désigné comme arbitre dans environ un litige sur trois ; Ces désignations fréquentes et nombreuses sont de nature à faire naître dans l'esprit du franchisé un doute raisonnable sur l'objectivité dudit arbitre* ». La sanction tombe : récusation. Elle est logique et imparable. La motivation rejoint là le fameux « *courant d'affaires* » entre l'arbitre et la partie qui le choisit régulièrement qu'avait vilipendé la Cour d'appel de Paris dans son arrêt du 29 janvier 2004 (D. 2004, Somm. p. 3182, obs. T. Clay  ; Rev. arb. 2005, p. 709 (1re esp.), note M. Henry ; JCP 2004, I, 179, § 5, obs. C. Seraglini). Rappelons que ce ne sont pas les liens qui sont sanctionnés, car un arbitre a toujours des liens, plus ou moins étroits avec la partie qui le choisit - sinon comment le choisirait-elle ? - c'est l'occultation de ces liens. Les parties sont en droit de savoir à qui elles ont affaire. On constatera pour finir, que, après l'affaire *Fremarc* (Cass. 1re civ., 6 déc. 2001, préc. ; et sur renvoi, CA Paris, 2 avr. 2003, préc.), c'est une fois de plus, à l'occasion d'un contentieux relevant de la distribution, qu'un arbitre est sanctionné pour une révélation incomplète qui est d'autant plus préjudiciable que bien souvent c'est le même litige qui oppose le franchiseur à chacun de ses franchisés.

C'est encore à un contentieux relatif à la distribution qu'appartient la *troisième affaire* (CA Paris, 1re ch. C, 10 févr. 2005, n° 2004/13907, Rev. arb. 2005, p. 709 (2e esp.), note M. Henry), laquelle concerne d'ailleurs une société déjà en cause dans une des deux ordonnances du tribunal de commerce précitées. Il faut dire que cette société semble avoir en matière de désignation d'arbitre des choix répétés, sinon répétitifs. Tellement même que, en l'espèce, son adversaire demande qu'il soit fait injonction à cette société « *de communiquer le nombre de procédures arbitrales dans lesquelles elle a choisi cet arbitre, de préciser les dates de ces désignations, d'indiquer la nature du litige dans lesquels les arbitrages concernés étaient intervenus* ». Et le demandeur formule la même demande pour un autre arbitre, même si celui-ci ne fait pas partie du tribunal arbitral chargé du litige le concernant, mais dont il prétend qu'il est lui aussi fréquemment désigné par cette société. C'est bien le souci de transparence qui anime ces demandes, transparence dont l'arbitre est débiteur avant d'être désigné et encore après.

Que le demandeur n'ait pas confiance dans son adversaire et demande une communication sous astreinte, soit. Mais s'il en arrive là, c'est précisément parce que l'arbitre n'a pas correctement rempli sa déclaration d'indépendance, dans laquelle il aurait dû faire figurer au moins une partie des informations sollicitées. C'est une erreur qui en coûtera à l'arbitre puisque le Tribunal de commerce de Paris va obliger la société concernée à cette communication et que la cour d'appel va confirmer sa décision dans l'arrêt rapporté. Il reste qu'il aurait mieux valu adresser l'injonction directement à l'arbitre en cause, plutôt qu'à la société qui le choisit, de façon à le placer face à ses propres manquements. La cour d'appel infirme cependant la partie de la décision qui avait ordonné la communication des

informations concernant l'autre arbitre, hors de la cause. Cette infirmation est logique car il n'y avait pas de véritable intérêt à agir, sauf à étaler les pratiques en matière de désignation d'arbitre de la part de la société défenderesse. Cette décision montre aussi une certaine et légitime irritation de la part de la Cour d'appel de Paris par rapport aux légèretés répétées de certains arbitres, et cela se comprend notamment lorsqu'elle ajoute que cette information est « *une mesure préparatoire au vu des résultats de laquelle une demande de récusation de M. H. pourra éventuellement être formée* ». On a ainsi l'impression que, si les faits devaient confirmer les intuitions, la cour encourage, dès à présent, une action en récusation. De là à ce qu'elle incite aussi à une action en responsabilité civile contractuelle, il n'y a qu'un pas à franchir, et l'on sent la cour prête à le franchir. Tant mieux.

Une semaine plus tard, la Cour d'appel de Paris a rendu une autre décision dans une *quatrième affaire* sur une question rigoureusement identique mais en matière d'arbitrage international cette fois (CA Paris, 1<sup>re</sup> ch. C, 17 févr. 2005, n° 2003/22386, Rev. arb. 2005, p. 709 (2<sup>e</sup> esp.), note M. Henry). Non seulement c'est encore l'étendue de la révélation dont il est question, mais c'est aussi d'une demande corrélative d'éclaircissement de la part de l'une des parties dont il s'agit. Cette fois-ci la partie l'adresse non pas à la cour d'appel, mais à la CCI pour lui demander combien de fois l'arbitre avait été préalablement désigné par son adversaire dans d'autres litiges. Curieuse idée puisqu'il s'agissait d'un arbitrage *ad hoc*. Tenue au secret, et n'étant pas en charge de l'organisation de l'arbitrage contesté, la CCI refusa logiquement de répondre. Le demandeur saisit alors l'arbitre directement en lui posant la même question. Celui-ci répondit qu'il avait effectivement été nommé à trois reprises par cette partie adverse, mais postérieurement à la nomination dans la procédure contestée. Après avoir rappelé que « *l'obligation d'information vise à établir et à maintenir un lien de confiance entre les parties* », la Cour de Paris va non seulement rejeter le recours, mais encore condamner le recourant à une indemnité de 6 000 euros sur le fondement de l'article 700 du nouveau code de procédure civile.

Cette décision ne peut être approuvée, non seulement parce qu'elle est en contradiction avec l'arrêt rendu une semaine auparavant, mais surtout parce que s'il est exact que l'arbitre avait, en l'espèce, correctement rempli sa déclaration d'indépendance, il s'est abstenu d'actualiser sa déclaration au cours de l'instance arbitrale alors même que l'obligation de révélation est permanente. En effet, dans les mois qui ont suivi la constitution du tribunal arbitral litigieux, l'arbitre a été nommé trois fois par l'autre partie dans d'autres litiges. Certes, il a pris soin d'informer à chaque fois les parties, et même le centre d'arbitrage, des missions antérieures, mais il a oublié la partie qui l'avait choisi dans le premier dossier. Voici donc un arbitre choisi par une partie A dans un litige contre une partie B, et qui est ensuite choisi à trois reprises par la même partie B, pour des litiges contre des parties C, D et E, et qui néglige d'en informer la partie A, laquelle l'avait choisi dans le premier litige face à la partie B ! La mansuétude de la cour d'appel est donc difficilement compréhensible, et les arguments qui la soutiennent ne convainquent pas (en ce sens, V. aussi, M. Henry, note préc., spéc. n° 19). La cour énonce que les nouveaux litiges n'avaient pas de lien avec le précédent et que l'arbitre, étant roumain, et expérimenté (*sic*), il était normalement logique qu'il soit désigné dans ce type de litiges. Dommage que l'expérience de cet arbitre ne l'ait pas conduit à se souvenir que son obligation de révélation l'engageait au-delà même de la déclaration d'indépendance initiale. Et dommage également que son éthique personnelle ne l'ait pas conduit à se rendre compte que plusieurs fois nommé par l'adversaire de celui qui l'avait originellement choisi, alors que la première instance était en cours, il était en train d'être manipulé.

La *cinquième affaire* implique le même arbitre que celui concerné dans la troisième affaire, mais avec une société mise en cause dans les deuxième et troisième affaires (CA Paris, 14<sup>e</sup> ch. B, 18 mars 2005, n° 04/18427), c'est dire si un sentiment de consanguinité commence à percer dans ces différents contentieux. La particularité de la présente espèce est que c'est la partie qui a désigné l'arbitre qui le récusé en raison de sa participation à d'autres tribunaux arbitraux, participation que celui-ci a célée. Cette partie saisit donc le président du tribunal de commerce pour qu'il statue sur la récusation. Loin de se déporter, l'arbitre va alors s'engager dans une guérilla judiciaire contre la partie qui l'a choisi, en prétendant que la juridiction saisie n'est pas compétente pour statuer sur sa récusation. L'exception d'incompétence étant rejetée par le président du tribunal de commerce, il fait contredire et se fait débouter par la

cour d'appel dans l'arrêt rapporté. Les parties sont donc renvoyées devant la juridiction présidentielle pour qu'il soit statué sur la demande de récusation. L'histoire, qui n'est pas finie, ne dit pas si l'arbitre est toujours membre du tribunal arbitral chargé de statuer sur un litige dont une des parties est par ailleurs son adversaire. Si ce devait être le cas, il va de soi que l'impartialité de l'arbitre ne serait pas garantie. Comment justifier en effet qu'un arbitre statue sur un litige dont une des parties est en conflit judiciaire avec lui ? Ce n'est pas sérieusement défendable. La position de cet arbitre est très inconfortable. N'eût-il pas mieux fallu qu'il révèle les points qui devaient l'être ? Cela lui aurait permis de purger ces questions et de pouvoir juger en toute sérénité, plutôt que d'engager un contentieux de longue haleine avec une partie qui l'avait pourtant choisi pour trancher son litige.

La *sixième et dernière affaire* touche à la question particulière des arbitres agréés par certains centres d'arbitrage, en l'occurrence le GAFTA de Londres (CA Paris, 1<sup>re</sup> ch. C, 27 oct. 2005, n° 2003/11412). Ici la société qui forme le recours en annulation contre la sentence ignore s'il existe des liens entre les arbitres et l'avocat de son adversaire, mais le présuppose et joue son va-tout. Elle utilise le fait que cet avocat est lui-même arbitre agréé auprès du GAFTA pour demander qu'une enquête soit ordonnée afin d'établir les « *liens intellectuels ou matériels* » existants avec les arbitres chargés de trancher son litige. La sanction tombe : 60 000 euros alloués sur le fondement de l'article 700 du nouveau code de procédure civile car ce moyen, pas plus que les deux autres, n'était sérieusement étayé. Aucune preuve n'est rapportée sur l'existence de ces liens.

La solution est logique, quoi qu'un peu salée, car il serait trop simple d'invoquer la possibilité de liens pour que la juridiction judiciaire soit tenue d'ordonner une enquête. Avant de mettre en cause l'indépendance d'un arbitre, ce qui constitue un acte grave, il est nécessaire d'avoir des éléments qui prouvent que l'arbitre a effectivement manqué à son obligation de révélation. Néanmoins le pourvoi était intéressant à double titre : d'une part, parce qu'il évoquait les liens d'ordre intellectuel, comme peuvent l'être une opinion précédemment exprimée ou une sentence rendue à plusieurs, et l'on sait que ce type de liens est en train de devenir le nouvel axe de contestation de l'indépendance des arbitres (L. Degos, *La recusacion con base en opiniones previas del arbitro : ? Hemos abierto « la Caja de Pandora » ?*, Congrès colombien de l'arbitrage, Bogota, 4 nov. 2005, à paraître aux éditions Legis). D'autre part, parce que le pourvoi visait les liens entre l'arbitre et, non pas les parties, mais les avocats, et ces liens là sont au moins aussi signifiants que ceux avec les parties, même si les praticiens de l'arbitrage international rechignent à les révéler. Mais n'est-ce pas les avocats qui conseillent le plus souvent à leur client le nom d'un arbitre ?

Cette série de décisions confirme que la tranquillité et la sérénité de l'arbitre dépendent de la révélation la plus large possible. Sans verser dans la caricature d'une déclaration exagérément précise, l'arbitre pressenti doit faire état aux différents protagonistes de l'affaire des liens qu'il a avec les uns et les autres. L'expérience montre d'ailleurs que les parties ne refusent pas sa nomination, sauf en cas de proximité excessive avec une des parties. La confirmation presque systématique de la nomination de l'arbitre transparent est logique. Elle s'explique parce que, d'une part, la révélation intervient à un moment où les parties sont encore conciliantes avec l'arbitre puisqu'elles sont en train de le désigner, et veulent obtenir de lui une écoute favorable et, d'autre part, en faisant cette révélation, l'arbitre donne des gages de son indépendance. Enfin, comme l'a joliment écrit Marc Henry en conclusion de la note qu'il a consacrée à trois des sept décisions ici rapportées : « *La révélation sera en tout état de cause le meilleur rempart contre l'inquisition* » (note préc., spéc. n° 20 *in fine*).

### III - Mission de l'arbitre

#### A - L'arbitre et l'amicable composition

On sait que l'arbitre peut statuer soit en droit, soit en amiable composition si les parties lui en ont donné le pouvoir. Une des difficultés de la mission de l'arbitre amiable compositeur tient à la motivation de la sentence arbitrale. Rien n'est plus difficile en effet que de motiver l'équité, qui est propre à chacun. Comment dès lors estimer la motivation d'une sentence rendue en équité ? Le problème est d'autant plus important que la motivation des sentences arbitrales est une exigence d'ordre public interne. Telle est la question qui était posée à la Cour d'appel

de Paris à laquelle était soumis le recours en annulation formé contre une sentence arbitrale interne (CA Paris, 19 mai 2005, n° 2004/08594, RTD com. 2005, p. 484, obs. E. Loquin [📄](#)). Cette sentence comportait pourtant un paragraphe spécifique intitulé « *Sur la conformité de la sentence à l'équité* », et il est possible de le citer en totalité : « *Attendu que le tribunal arbitral considère que l'équité soutient tout autant le dispositif de la présente sentence que les motifs de droit qui précèdent* ». Pour le demandeur à l'annulation, cette motivation était insuffisante. La cour d'appel rejette pourtant le recours estimant que le tribunal arbitral a correctement rempli sa mission au sens de l'article 1484-3° du nouveau code de procédure civile.

Pour apprécier cette décision, on est tiraillé entre la nécessaire motivation des sentences arbitrales, ne serait-ce que pour les faire comprendre et accepter par les parties, et la sensation que le sentiment d'équité ne se motive pas. Cet impressionnisme se fonde parfaitement dans la jurisprudence actuelle en matière d'amiable composition sur laquelle la Cour de cassation semble tâtonner, notamment lorsqu'elle adopte comme seul critère du respect de la mission d'amiable compositeur le fait que figure dans la sentence arbitrale les mots « *équité* » ou « *amiable compositeur* » (Cass. 2e civ., 15 févr. 2001, Bull. civ. II, n° 26 ; D. 2001, Jur. p. 2780, note N. Rontchevsky [📄](#) ; RTD com. 2001, p. 647, obs. E. Loquin [📄](#) ; Rev. arb. 2001, p. 135 (1re esp.), note E. Loquin ; Dr. et patrimoine, mai 2001, p. 93, obs. J. Mestre ; Procédures 2001, p. 78, note R. Perrot ; JCP 2002, II, 10038, note G. Chabot ; 10 juill. 2003, Bull. civ. II, n° 234 ; D. 2003, Somm. p. 2474, obs. T. Clay [📄](#) ; RTD com. 2003, p. 698, obs. E. Loquin [📄](#) ; *ibid.* 2004, p. 252, obs. E. Loquin [📄](#)), ce qui semble à la fois incontournable et insuffisant.

## B - L'arbitre et l'ordre public

L'arbitre peut-il statuer sans tenir compte du respect des règles d'ordre public, alors même que les parties n'ont pas invoqué leur violation, et que le contrat semblait contraire au droit communautaire de la concurrence ? On sait que deux conceptions de l'arbitrage s'affrontent sur cette question : la première défend la nécessité d'un respect rigoureux des règles d'ordre public (dans laquelle on retrouve des auteurs comme P. Mayer, C. Seraglini ou S. Bollée), alors que la seconde promeut l'intégrité de l'arbitrage, surtout soucieuse qu'aucun contrôle au fond de la sentence puisse réintervenir par le biais de l'ordre public, à moins d'une violation grave (les tenants sont P. Fouchard, E. Gaillard, Y. Derains ou A. Mourre). Cette question a fait récemment l'objet d'une série d'importants articles qui pèsent le pour et le contre de chaque doctrine (C. Nourissat, L'arbitrage commercial international face à l'ordre juridique communautaire, RDAI 2003, p. 761 ; E. Loquin, Les illusions perdues du contrôle de l'arbitrabilité du litige international, *in Mélanges J. Normand*, Litec, 2004, p. 339 ; L. G. Radicati di Brozolo, L'illicéité « qui crève les yeux » : critère du contrôle des sentences au regard de l'ordre public international, Rev. arb. 2005, p. 529 ; A. Mourre, Le libre arbitre, ou l'aveuglement de Zaleucus (variations sur l'arbitrage, l'ordre public et le droit communautaire), *in Mélanges F. Knoepfler*, Helbing et Lichtenhan Verlag, p. 283, à paraître).

Il n'est resté pas moins que le droit positif a consacré la seconde doctrine, et c'est encore en ce sens que s'est récemment prononcée la Cour d'appel de Paris dans un arrêt remarqué (**CA Paris, 1re ch. C, 18 nov. 2004**, n° 2002/19606) déjà abondamment commenté et diversement apprécié (RTD com. 2005, p. 263, obs. E. Loquin [📄](#) ; Rev. arb. 2005, p. 751, obs. préc., p. 529 ; *Clunet* 2005, p. 357, note A. Mourre ; JCP 2005, II, 10039, note G. Chabot ; Rev. Lamy de la concurrence 2005, n° 2, p. 68, note E. Barbier de La Serre et C. Nourissat ; JCP 2005, I, 134, § 8, obs. C. Seraglini ; Gaz. Pal., 21-22 oct. 2005, p. 5, obs. C. Seraglini ; *Journ. of Intern. Arb.* 2005, p. 239, note D. Bensaude ; Rev. dr. concurrence 2005, n° 1, p. 1, obs. C. Lucas de Leyssac), et d'autant plus important qu'il n'a pas fait l'objet d'un pourvoi malgré le montant du litige.

En l'espèce, il s'agissait d'un contrat conclu entre la société Thalès et le GIE Euromissile portant sur la fabrication et la vente de missiles. A la suite d'un différend, la société Thalès est condamnée par un tribunal arbitral à verser 109 millions d'euros au GIE Euromissile. Le recours en annulation est fondé sur un moyen unique : la contrariété de la sentence à l'ordre public international en ce que le contrat initial n'est rien d'autre qu'une entente au sens économique du terme, telles qu'elles sont prohibées par les règles communautaires de la



concurrence.

Plusieurs consultations de professeurs de droit furent sollicitées, et, fait rare, certaines sont mentionnées dans le corps de la décision, ainsi qu'un arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes du 1er juin 1999 (*Eco Swiss*, aff. C-126/97, D. 1999, IR p. 181 ; RTD com. 2000, p. 232, obs. S. Poillot-Peruzzetto, et p. 340, obs. E. Loquin) pour savoir si la violation du droit communautaire par le contrat principal peut être invoquée pour la première fois lors du recours en annulation. S'alignant sur la jurisprudence antérieure (Cass. 1re civ., 5 janv. 1999, n° 96-16.746, Rev. arb. 2001, p. 805, obs. Y. Derains), la cour d'appel rejette le recours au motif que « *le juge de l'annulation ne saurait, sous peine de remettre en cause le caractère final de la détermination des arbitres sur le fond du procès, la violation alléguée d'une loi de police n'autorisant aucune atteinte à la règle procédurale de l'interdiction d'une révision au fond, effectuer en l'absence de fraude ou, comme il a été dit, de violation manifeste, un examen de l'application des règles de la concurrence au contrat litigieux* ».

Au même titre que la Cour de cassation ne juge pas le litige, mais l'arrêt contesté, la cour d'appel saisie d'un recours en annulation ne juge pas l'affaire mais la sentence attaquée. Si les parties, les arbitres, le centre d'arbitrage se sont systématiquement abstenus de soulever l'argument de la contrariété à l'ordre public, alors ce n'est pas à la cour d'appel de le faire. C'est en ces termes qu'il faut interpréter cet arrêt qui relève plus de l'exigence de loyauté procédurale (sur ce point, V. *infra* IV-A La loyauté procédurale) et des questions propres aux pouvoirs des uns et des autres, que de la question de l'application ou non des règles d'ordre public. A moins que la violation de celles-ci soit « *flagrante, effective et concrète* », ce qui ne pouvait pas être le cas en l'espèce, sinon l'une des éminentes personnalités précédemment intervenues sur ce litige l'aurait nécessairement relevé. C'est en tous les cas ce qu'a clairement exprimé la cour d'appel, avec une pointe d'ironie bienvenue, lorsqu'elle énonce : « *Que le caractère d'évidence criante dépeinte par la société Thalès de l'illicéité des accords contractuels ayant néanmoins échappé à l'ensemble de tous ceux qui ont eu à connaître, selon leur responsabilité, de l'arbitrage bien qu'il soit permis de les considérer particulièrement avertis de ces questions* ». Et toujours dans la même veine : « *Considérant que [...] le juge de l'annulation [ne peut] pas statuer au fond sur un litige complexe qui n'a jamais encore été ni plaidé, ni jugé devant un arbitre concernant la simple éventualité de l'illicéité de certaines stipulations contractuelles. Qu'il n'y a aucune raison de permettre à la société Thalès de bénéficier des lacunes, volontaires ou non, dans la défense de ses intérêts devant les arbitres* ». Plus prosaïquement, la cour d'appel aurait pu dire qu'elle n'a ni l'envie, ni le droit, ni le temps de faire le travail que les autres n'ont pas voulu faire. Peut-on vraiment lui donner tort ?

### C - L'arbitre et la langue de l'arbitrage

La langue de l'arbitrage est souvent une question cruciale car celui qui a la maîtrise de la langue a un avantage certain sur l'autre partie. C'est pourquoi, le plus souvent, la détermination de la langue se fait d'un commun accord entre les parties. L'arbitre peut-il imposer un autre choix ? C'est la question qui s'est posée à la Cour d'appel de Paris dans une affaire opposant une société canadienne à une société allemande (CA Paris, 1re ch. C, 23 juin 2005, n° 2004/04732). L'acte de mission prévoyait expressément que la langue de l'arbitrage serait l'anglais pour « *les délibérations, dossiers et toutes les pièces* ». Malgré cela le tribunal arbitral rendit une ordonnance de procédure autorisant l'échange de certaines pièces en langue allemande, sauf à ce que lui-même en demande la traduction. Une fois la sentence rendue, c'est le premier moyen invoqué par la société canadienne au soutien de son recours en annulation. Et il est vrai qu'elle avait de quoi être irritée.

Le recours fut cependant rejeté au motif que le tribunal arbitral « *dispose d'un pouvoir juridictionnel qui lui permet de prendre lui-même des décisions de procédure en cours d'instance* ». Curieuse décision qui relativise beaucoup l'utilité du choix de la langue de l'arbitrage par les parties.


#### IV - Procédure arbitrale




##### A - Loyauté procédurale

Tous les types de contentieux sont touchés par le souffle de la loyauté (M.-E. Bousier, *Le principe de loyauté en droit processuel*, préf. de S. Guinchard, Dalloz, 2002), et le procès arbitral est lui aussi atteint. Trois décisions récentes s'y réfèrent expressément, prolongeant ainsi un précédent arrêt de la Cour d'appel de Paris qui avait condamné à un total de 36 000 euros à la fois sur le fondement de l'article 700 du nouveau code de procédure civile et pour procédure abusive une partie qui avait « violé son devoir procédural de loyauté et de bonne foi » en alléguant la compétence arbitrale devant le juge judiciaire, puis la compétence judiciaire devant le tribunal arbitral (CA Paris, 1<sup>re</sup> ch. C, 12 sept. 2002, Rev. arb. 2003, p. 173, note M.-E. Boursier). C'est cette même exigence de loyauté procédurale qu'affirme à nouveau la Cour d'appel de Paris par deux fois.

Il s'agit d'abord de l'affaire *Thalès* déjà évoquée (CA Paris, 18 nov. 2004, *supra*, III-B), dans laquelle la cour énonce expressément que « la loyauté et la bonne foi procédurale dans l'arbitrage international imposent bien aux parties de faire connaître leurs demandes le plus tôt possible, [...] de manière à éviter qu'une demande qui aurait pu et dû être soulevée ne le soit par la suite dans un but dilatoire ou par simple négligence ». L'on sait ce qu'il en coûta à la partie qui, en l'espèce, avait oublié de soulever un moyen d'annulation d'ordre public alors que, selon elle, il « crevait les yeux ».

Quelques mois plus tard (CA Paris, 23 juin 2005, *supra*, III-C), la même cour reprit son nouveau credo pour estimer qu'une partie qui fondait sa demande d'annulation d'une sentence arbitrale sur une violation du principe du contradictoire aurait dû invoquer cette violation à « chaque fois que cela était possible, devant le tribunal arbitral [car cette règle est] protectrice de la loyauté procédurale ». C'est ce même manquement à la loyauté procédurale que la cour reproche à la demanderesse qui a « proféré devant l'arbitre menaces et critiques sans substance, afin de se ménager, le moment venu, la possibilité d'isoler ultérieurement tel ou tel élément de la procédure présenté comme une violation du contradictoire ». On sent ainsi que la Cour d'appel de Paris se pose en gardienne vigilante de la loyauté procédurale devant le tribunal arbitral, et il faut s'en réjouir.

Mais c'est la Cour de cassation qui a rendu l'arrêt le plus important en cette matière car il pousse plus loin l'exigence de loyauté (**Cass. 1<sup>re</sup> civ., 6 juill. 2005**, n° 01-15.912, D. 2005, IR p. 2174 ; Rev. arb. 2005, n° 4, note P. Pinsolle (à paraître) ; Lettre jur. aff., 12 sept. 2005, n° 753, p. 1, obs. E. Kleiman ; JCP 2005, IV, 2960). L'affaire était simple : une personne saisit le tribunal des différends irano-américains en 1982 pour obtenir réparation d'un préjudice allégué, et se fait débouter par une sentence arbitrale rendue en 1993. Celle-ci est exequaturée en France, par arrêt confirmatif de la Cour d'appel de Paris du 28 juin 2001 (RTD com. 2002, p. 664, obs. E. Loquin  ; Rev. arb. 2002, p. 163, note J. Paulsson). Le demandeur initial forme alors un pourvoi contre cet arrêt au motif que le tribunal arbitral aurait statué sans convention d'arbitrage. La Cour de cassation lui répond en ces termes : le demandeur ayant « lui-même formé la demande d'arbitrage devant le tribunal des différends irano-américains » et ayant « participé sans aucune réserve pendant plus de neuf ans à la procédure arbitrale », il est « irrecevable, en vertu de l'estoppel, à soutenir, par un moyen contraire, que cette juridiction aurait statué sans convention d'arbitrage ». Voilà donc le principe de l'estoppel officiellement consacré dans le procès arbitral, alors qu'on le trouvait déjà souvent dans les sentences arbitrales (E. Gaillard, L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui comme principe général du droit du commerce international, Rev. arb. 1989, p. 241).




Ce n'est d'ailleurs pas la première fois que la Cour de cassation accueille en droit français le principe de l'estoppel puisqu'elle l'avait admis dans une affaire de reconnaissance de divorce prononcé en Thaïlande (Cass. crim., 11 juin 1996, Bull. crim., n° 245 ; D. 1997, Jur. p. 576, note E. Agostini ; D. 1998, Somm. p. 286, obs. B. Audit  ; Rev. science crim. 1998, p. 109, obs. R. Ottenhof  ; RTD civ. 1997, p. 106, obs. J. Hauser ), répondant ainsi aux vœux de la doctrine (H. Muir Watt, Pour l'accueil de l'estoppel en droit international privé français, in *L'internationalisation du droit, Mélanges Y. Lousouarn*, Dalloz, 1994, p. 302), mais c'est la première fois qu'elle y fait expressément référence.

Il est notable que, dans cet arrêt, la Cour ne s'intéresse pas du tout à la réalité du moyen invoqué. Vrai ou faux, peu importe ici que le tribunal ait statué sans convention d'arbitrage. C'est d'autant plus significatif que l'absence de convention d'arbitrage est naturellement l'affection la plus grave qui peut toucher une sentence : les arbitres étant quasiment coupables de forfaiture. En n'examinant pas la question de la convention d'arbitrage, qui pouvait effectivement au moins se poser, la Cour donne à sa solution encore plus d'ampleur : dès lors que le demandeur a lui-même saisi la juridiction arbitrale, il ne peut ensuite invoquer l'absence de convention d'arbitrage, c'est contradictoire. Or il est de principe que l'on ne peut se contredire au détriment d'autrui et ce principe s'appelle l'*estoppel*. Pourtant, comme l'a relevé Eric Agostini (note préc.), contrairement à ce que l'on croit souvent, le principe de l'*estoppel* ne vient pas du droit anglais, mais du droit romain, sous l'appellation, hispano-romaine « *Non concedit venire contra factum proprium* ».




Le principe de l'*estoppel* est donc en passe de devenir un vrai standard, prolongeant, ou renouvelant, la règle de la renonciation à se prévaloir des irrégularités de procédure, qui, en quelques années est devenue une véritable ligne de force de la jurisprudence française en matière d'arbitrage (L. Cadiet, La renonciation à se prévaloir des irrégularités de la procédure arbitrale, *Rev. arb.* 1996, p. 3). Certes, on pourrait avoir tendance à vouloir rapprocher le principe de l'*estoppel* de celui de bonne foi avec lequel il n'est pas sans lien, mais dont il se distingue réellement, ainsi que cela a été bien montré (P. Pinsolle, Distinction entre le principe de l'*estoppel* et le principe de bonne foi dans le droit du commerce international, *Clunet* 1998, p. 905). Plus pertinent semble être l'analogie avec la règle de la renonciation à invoquer des irrégularités de procédure qui, si elle est aussi une manifestation de la bonne foi procédurale, est surtout une illustration de l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui. Ce rapprochement avait d'ailleurs été déjà été opéré en doctrine par Alexandre Hory : « *Les parties ont ainsi, à leur charge, une véritable obligation de soulever, au cours de l'instance devant les arbitres, les irrégularités de la procédure arbitrale, sauf à se voir opposer, devant le juge de l'annulation, leur renonciation à se prévaloir de ces irrégularités* ». C'est la mise en oeuvre du principe d'« *estoppel procédural [...] doublement applicable à la procédure d'arbitrage, du fait de sa source conventionnelle et de sa nature juridictionnelle* » (note sous Cass. 2e civ., 18 déc. 1996 et CA Versailles, 14 nov. 1996, *Rev. arb.* 1997, p. 361, spéc. p. 369). Il n'en demeure pas moins qu'insuffler de la loyauté dans le procès arbitral, qu'elle prenne la forme de la bonne foi ou de l'*estoppel*, est un signe de progrès et de modernité qui répond parfaitement aux aspirations des arbitres, des parties, de leurs conseils et même des commentateurs.

## B - Procédure arbitrale et procédure pénale

La rencontre de la procédure arbitrale avec la procédure pénale peut être plus ou moins harmonieuse. Autant il est compréhensible que l'arbitre, incompétent pour se prononcer sur les infractions pénales, surseoit à statuer lorsqu'une difficulté pénale se pose et peut influencer la solution de la sentence arbitrale à venir, autant il ne faudrait pas que la procédure pénale devienne le moyen de paralyser l'instance arbitrale en cours en contraignant le tribunal arbitral à suspendre sa procédure, surtout si la plainte pénale est purement dilatoire, ce qui se voit de plus en plus fréquemment. On voit aujourd'hui fleurir en pratique de soudaines actions en faux, corruption, ou autre diffamation.

C'est pourquoi, si en matière interne, l'arbitre est tenu de respecter l'adage que « *le criminel tient le civil en l'état* », en matière internationale, la jurisprudence de la Cour d'appel de Paris a dit à plusieurs reprises que ce n'était qu'une faculté (CA Paris, 1er mars 2001, *RTD com.* 2003, p. 63, obs. E. Loquin  ; *Rev. arb.* 2001, p. 583, note J.-B. Racine ; 17 janv. 2002, *RTD com.* 2003, p. 63, obs. E. Loquin  ; *Rev. arb.* 2002, p. 391, note J.-B. Racine ; 20 juin 2002, *RTD com.* 2003, p. 63, obs. E. Loquin ). Tel est précisément ce que vient d'énoncer à son tour avec éclat et pour la première fois la Cour de cassation dans un arrêt déjà cité à un autre titre (**Cass. 1re civ., 25 oct. 2005, *supra*, I-B**). En l'espèce un agent commercial était en conflit avec son employeur qui, au cours de l'instance arbitrale, avait déposé une plainte



pénale en France avec constitution de partie civile pour faux et escroquerie. Dans une première sentence, le tribunal arbitral avait rejeté la demande de sursis à statuer formée par l'employeur, puis dans une seconde sentence, il fit droit aux prétentions de l'agent commercial. L'employeur déposa une nouvelle plainte, et interjeta un recours en annulation à l'encontre des sentences prononcées. La Cour d'appel de Paris refusa de surseoir et rejeta le recours en annulation. Son arrêt est attaqué par pourvoi devant la Cour de cassation. Arrêt de rejet qui énonce que le principe selon lequel « *le criminel tient le civil en l'état* » ne s'impose pas aux arbitres internationaux, et qui ajoute cependant que la règle est « *applicable, même en matière internationale, au recours en annulation d'une sentence arbitrale si la procédure pénale se déroule en France* ». Mais l'arrêt pose un tempérament : « *la demande de sursis à statuer ne peut être accueillie que si les faits dénoncés comme constituant l'infraction ont une incidence directe sur la cause d'annulation de la sentence et si la décision pénale à intervenir est susceptible d'influer sur la décision civile* ». Autant dire quasiment jamais car les hypothèses concrètes de causes de sursis à statuer impératives entrant dans les cas d'ouverture de l'article 1502 sont rarissimes, et celles qui peuvent influencer sur la future sentence sont, en principe, déjà prises en compte par l'arbitre. Voilà qui devrait opportunément limiter les instances pénales parasites dans l'arbitrage international.

Plus originale est la deuxième affaire offrant une confrontation entre la procédure arbitrale et la procédure pénale, et il est d'ailleurs assez rare de citer dans les chroniques du droit de l'arbitrage un arrêt rendu par la Chambre criminelle de la Cour de cassation (**Cass. crim., 30 juin 2004**, n° 03-85.019, Bull. crim., n° 178 ; AJ Pénal 2004, p. 405, obs. J. C.  ; Rev. science crim. 2004, p. 897, obs. D. N. Commaret  ; RTD com. 2004, p. 825, obs. B. Bouloc  ; JCP 2004, Act. 482, et IV, 3011). La question était d'ailleurs, semble-t-il, inédite : il s'agissait de savoir si une action engagée pour escroquerie à la sentence arbitrale était toujours recevable. Une partie avait porté plainte au motif que la sentence arbitrale aurait été obtenue par des manoeuvres frauduleuses constitutives d'une escroquerie commise par l'autre partie, escroquerie qui ne serait apparue que lors de l'exécution de la sentence. Le juge d'instruction avait néanmoins rendu une ordonnance de refus d'informer pour cause de prescription et la chambre de l'instruction de la cour d'appel avait confirmé la décision. Il fallait donc savoir si la prescription était acquise, et par conséquent à quel moment le délai de prescription avait commencé à courir. Le demandeur prétendait que c'était du jour de l'exécution de la sentence. Mais la Cour de cassation approuve la cour d'appel d'avoir jugé que le point de départ est le jour où la décision est devenue définitive. En l'espèce, la sentence arbitrale ayant fait l'objet d'un recours en annulation rejeté par un arrêt de la Cour d'appel de Paris qui ne fut pas attaqué (9 janv. 1997, inédit), elle était devenue définitive au terme du délai de pourvoi, lequel constitue donc le point de départ de la prescription de trois ans de l'action en escroquerie - à moins qu'il y ait des actes interruptifs de prescription. Mais, là encore, la Cour de cassation approuve la cour d'appel d'avoir considéré que « *les péripéties de l'exécution de cette décision ne sauraient interrompre la prescription* ». Cet arrêt a le mérite d'admettre l'idée que l'action en escroquerie au jugement puisse être transposée à la sentence arbitrale, et il a aussi l'avantage de montrer qu'une telle action est enfermée dans des conditions strictes et qu'elle n'est pas si simple à mener. Tant mieux car il ne faudrait pas que, par ce biais, s'ouvre une nouvelle forme de recours contre les sentences, mais il ne faudrait pas non plus fermer toutes actions pénales aux victimes d'escroquerie à la sentence arbitrale qui, pour être rares, n'en méritent pas moins d'être protégées.

### C - Prorogation des délais



La question du respect des délais de l'arbitrage est une question sensible car si la jurisprudence rechigne à annuler des sentences arbitrales, elle n'en demeure pas moins intransigeante sur le respect des délais pendant lesquels les arbitres sont effectivement investis de leur mission. C'est même devenu un des principaux moyens d'annulation. La jurisprudence refuse fermement que le tribunal arbitral proroge de lui-même sa mission (1), qui ne peut l'être que par les parties, le juge d'appui ou le centre d'arbitrage. Lorsque c'est ce dernier qui accorde la prorogation, la question se pose de savoir s'il doit avertir les parties à chaque prorogation (2).

## 1 - Prorogation des délais par l'arbitre

L'article 1456, alinéa 2, du nouveau code de procédure civile énonce que l'arbitre ne peut proroger lui-même les délais dont il dispose pour rendre sa sentence arbitrale. Cela reviendrait effectivement à lui permettre de s'auto-investir de sa propre mission. La Cour de cassation a même élevé cette règle au rang de l'ordre public (Cass. 1re civ., 15 juin 1994, Bull. civ. I, n° 209 ; D. 1994, IR p. 175  ; RTD com. 1995, p. 406, obs. J.-C. Dubarry et E. Loquin  ; Rev. crit. DIP 1994, p. 681, note D. Cohen ; Rev. arb. 1995, p. 88 (2e esp.), note E. Gaillard ; Dr. et patrimoine 1995, n° 829, obs. P. Laroche de Roussane). Si les parties refusent de proroger le délai l'arbitre est tenu, soit de respecter le délai fixé, soit de bénéficier d'une prorogation obtenue en justice, laquelle « *n'a d'autre but, énonce une décision récente, que de permettre la réalisation de la volonté des parties de régler par voie d'arbitrage leur différend quand s'élève une difficulté, comme celle tenant à la prorogation du délai de l'arbitrage* » (CA Paris, 27 oct. 2005, n° 2005/14058). Mais la bonne marche de l'instance arbitrale dépend aussi de la collaboration loyale des parties et de leurs conseils (V. *supra*, IV-A). Ce n'est manifestement pas le compliment que l'on pourrait adresser dans l'affaire qui a abouti à l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris le 10 novembre dernier (CA Paris, 8e ch. B, 10 nov. 2005, n° 2004/10675). Alors que le calendrier de procédure avait prévu que la sentence serait rendue avant une certaine date, celle-ci l'a été près de six mois plus tard. La question était donc de savoir si une prorogation tacite avait été accordée par les parties car il est admis depuis plus d'un siècle que la prorogation peut être tacite (Cass. civ., 17 mai 1899, DP 1899, 1, p. 437).

Une des parties avait rendu son mémoire avec un important retard, contraignant le président du tribunal arbitral à modifier le calendrier pour fixer les plaidoiries trois jours avant le terme du délai initial, et l'autre partie changea d'avocat juste avant les plaidoiries, le nouvel avocat faisant savoir avant le terme fixé qu'il entendait répondre au mémoire en retard de son adversaire, ce qui, selon le président du tribunal arbitral, revenait à accorder une prorogation tacite de six mois. La cour d'appel ne l'entendit pas ainsi : elle annule la sentence pour avoir été rendue hors délai et condamne même le défendeur au recours en annulation à 20 000 euros sur le fondement de l'article 700 du nouveau code de procédure civile. Si la pénalité paraît sévère, très sévère même pour une partie qui avait obtenu une sentence favorable, qui n'est pas principalement responsable du dépassement de délai et qui doit pourtant recommencer l'ensemble du processus, elle était inévitable car la prorogation des délais, pour être tacite, doit néanmoins être acceptée par les deux parties. Ce n'était pas le cas en l'espèce car l'autre partie n'a eu de cesse de dénoncer le dépassement de délai. Mais il est vrai que le même jour, dans un autre arrêt concernant les mêmes parties, la cour d'appel a alloué 15 000 euros sur le fondement de l'article 700 du nouveau code de procédure civile dans l'autre sens, tempérant ainsi la rigueur de son premier arrêt (CA Paris, 10 nov. 2005, n° 2004/10680). Cette affaire illustre les difficultés que peut rencontrer un tribunal arbitral face à des parties qui, par des manoeuvres, au mieux habiles, au pire malhonnêtes, vont tout tenter pour faire exploser les délais impartis et chuter le tribunal arbitral.

## 2 - Prorogation des délais par le centre d'arbitrage

Le 6 juillet 2005 (Cass. 1re civ., 6 juill. 2005, JCP 2005, I, 179, § 4, obs. J. Ortscheidt, et IV, 2961), la première Chambre civile de la Cour de cassation a rejeté le pourvoi contre un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 6 mars 2003 (D. 2003, Somm. p. 2477, obs. T. Clay  ; RTD com. 2003, p. 479, obs. E. Loquin  ; JCP 2004, I, 119, § 7, obs. J. Béguin ; Rev. arb. 2004, p. 887 (1re esp.), note D. Bensaude) sur la question, non pas des prorogations de délais, mais de la notification par les centres d'arbitrage de ces prorogations. On sait que le centre d'arbitrage a le pouvoir de proroger les délais d'arbitrage. Doit-il informer les parties qu'il l'a fait ? La Cour de cassation rejette le pourvoi contre l'arrêt qui n'avait pas estimé que le centre d'arbitrage devait exécuter cette obligation, et elle fonde sa décision sur le fait que le règlement d'arbitrage applicable, loi contractuelle entre les parties et le centre, ne l'imposait pas. La solution est juridiquement imparable.

Les centres d'arbitrage la justifient en prétendant que l'absence de notification permet aux arbitres de maintenir la pression sur les parties pour qu'elles respectent les calendriers de procédure et, même pour qu'elles accélèrent parfois la cadence. Sous la menace d'une



extinction de l'instance arbitrale, les parties seraient plus dociles. Etrange conception de l'arbitrage qui consiste à occulter une partie de la vérité à ceux-là mêmes qu'on est en train de juger et à n'avoir qu'une confiance relative dans la capacité de l'arbitre à disposer de l'autorité nécessaire pour imposer ses décisions aux parties (V. pourtant D. Bensaude, note préc.). Cette solution est également critiquable sur le plan des principes car elle signifie que les parties ignorent si l'arbitrage est toujours pendant ou s'il s'est éteint. Or souvenons-nous que l'arbitrage est fait pour les parties et non pour les arbitres ou les centres d'arbitrage.



## V - Sentence arbitrale

### A - Notion de sentence arbitrale

Question classique du droit de l'arbitrage, la définition de la sentence arbitrale est importante car d'elle dépend de la possibilité de former immédiatement une demande d'exequatur, une demande d'exécution forcée ou même un recours en annulation (sur l'ensemble de la question, V. S. Jarvin, Les décisions de procédure des arbitres peuvent-elles faire l'objet d'un recours juridictionnel ?, Rev. arb. 1998, p. 611). Or on sait qu'il existe une multitude de formes de décisions prises par les tribunaux arbitraux qui ne sont pas nécessairement des sentences. Entre les ordonnances de procédure, les injonctions de communiquer, les mesures provisoires, les actes intérimaires et autres sentences partielles, il faut, à chaque fois, se demander si, derrière l'appellation adoptée, ne figure pas une qualification différente, et notamment celle de sentence arbitrale.

La Cour d'appel de Paris apporte un élément de clarification bienvenu dans l'arrêt qu'elle a rendu (**CA Paris, 1<sup>re</sup> ch. C, 7 oct. 2004**, n° 2004/13909, *Clunet* 2005, p. 341, note A. Mourre et P. Pedone ; JCP 2005, I, 134, § 5 et 7, obs. J. Ortscheidt, et II, 10071, note J.-M. Jacquet). La question était simple : est-ce qu'une mesure provisoire ordonnée par l'arbitre peut être qualifiée de sentence arbitrale ? Le recours en annulation formé contre une telle mesure provisoire est déclaré recevable par la cour d'appel au motif que « *le tribunal arbitral s'est définitivement prononcé sur la demande de mesures conservatoires* », cette décision est donc revêtue de l'autorité de chose jugée, et les « *arbitres ont pu s'exprimer sous forme de sentence* ». Il est exact que cette dernière phrase peut prêter à discussion car elle laisse entendre que les arbitres ont le choix de la qualification de leur acte (V. J. Ortscheidt, obs. préc.), ce qui n'est pas le cas (*contra*, J.-M. Jacquet, note préc.). C'est sans doute pour cela que la Cour d'appel de Paris a, dans une décision postérieure, expressément exercé son contrôle sur la qualification d'ordonnance de procédure attaquée par la voie d'un recours en annulation (CA Paris, 10 nov. 2005, n° 2004/10680, préc.).

Cette réserve faite, la décision mérite d'être approuvée en ce qu'elle use d'un critère simple : la solution prononcée est-elle ou non définitive ? Qu'elle soit relative au fond, ou provisoire, une décision peut être définitive, et tel était le cas en l'espèce où les arbitres avaient ordonné des mesures destinées à assurer le fonctionnement des organes sociaux de la société objet du litige, jusqu'au terme de l'instance arbitrale. La mesure ordonnée est bien définitive car, quel que soit le sens de la future sentence arbitrale, ce bon fonctionnement aura été rétabli, mais elle est aussi provisoire car elle ne préjuge pas de la solution définitive du litige.

Certes, il y a comme un oxymoron à parler de « décision provisoire définitive ». Mais, en réalité, la mesure provisoire est bien définitivement ordonnée. C'est en ce sens que l'expression peut se comprendre. Cette décision s'inscrit dans la continuité d'autres qui avaient déjà fait du caractère provisoire de la décision prise le critère de qualification de sentence arbitrale pour écarter cette qualification (CA Paris, 4 et 11 avr. 2002, Rev. arb. 2003, p. 143, note D. Bensaude), mais tranche avec les arrêts qui considéraient que ne peuvent revêtir la qualification de sentence que les décisions de l'arbitre tranchant de manière définitive, en tout ou en partie, une question litigieuse relative au fond ou à la procédure mettant fin à ce différend (Cass. 2<sup>e</sup> civ., 6 déc. 2001, Bull. civ. II, 182 ; Rev. arb. 2002, p. 697, note J. Ortscheidt ; Procédures 2002, p. 27, note H. Croze ; CA Paris, 29 avr. 2003, D. 2003, Somm. p. 2478, obs. T. Clay  ; RTD com. 2003, p. 482, obs. E. Loquin  ; Rev. arb. 2003, p. 1296, note C. Jarrosson ; *Clunet* 2004, p. 511, note P. Mayer ; JCP 2003, I, 164, § 8, obs. J. Béguin ; Gaz. Pal., 28-29 mai 2003, Cah. arb., p. 5, obs. A. Mourre), ce qui n'était pas le cas en l'espèce puisque aucune question relative au litige n'est tranchée. La notion même



de sentence évolue donc et couvre désormais certaines mesures provisoires, définitivement ordonnées, même quand elles ne mettent pas fin à certains éléments du litige. Tel est l'apport essentiel de cette importante décision.







#### B - Contenu de la sentence arbitrale

L'ordre juridique français donne le nom d'« *arbitrage* » à des procédures dont on ne sait pas vraiment si la qualification d'« *arbitrage* » est fondée ou non. C'est le cas du contentieux particulier soumis à la « *Commission arbitrale des journalistes* » selon la procédure prévue à l'article L. 761-5 du code du travail (C. Jarrosson, *La notion d'arbitrage*, préf. de B. Oppetit, LGDJ, 1987, spéc. n° 22-23). La Cour d'appel de Paris a été saisie d'un recours en annulation d'une sentence qui avait condamné un employeur à verser une indemnité de licenciement à l'un de ses journalistes (**CA Paris, 1<sup>re</sup> ch. C, 13 oct. 2005**, n° 2004/08751). L'arrêt est intéressant, à trois titres. En premier lieu, il indique que les dispositions sur l'arbitrage interne du nouveau code de procédure civile sont applicables à l'arbitrage de la « *Commission arbitrale des journalistes* ». Si ce n'est pas la première fois que la cour d'appel prend cette position (CA Paris, 5 avr. 1973, Rev. arb. 1974, p. 17 ; 6 mai 1993, Rev. arb. 1997, p. 275, obs. C. Vergne), cette affirmation est particulièrement intéressante au regard des deux autres réponses apportées dans l'arrêt car elle permet d'en tirer un enseignement propre au droit commun de l'arbitrage. En deuxième lieu, deux arbitres sur cinq n'avaient pas signé la sentence. Or l'article 1473 du nouveau code de procédure civile énonce que la sentence interne est valable si la majorité des arbitres la signe, à la condition qu'il soit précisé que la minorité a refusé de la signer. En l'espèce, la sentence indiquait seulement que deux arbitres étaient non-signataires, ce qui n'est tout de même pas la même chose. Une absence de signature se constate, mais un refus de signature doit être mentionné de façon à s'assurer que la sentence a bien été soumise à tous les membres du tribunal arbitral. Pourtant la cour d'appel rejette le recours sur ce point considérant que cette précision suffit à témoigner du refus de signer. Enfin, en troisième lieu, et dans le même ordre d'idées, le recours en annulation prétendait que la sentence n'était pas motivée, alors que c'est une règle d'ordre public interne. Sur ce point, il n'est pas possible de porter une réelle critique à l'arrêt car nous n'avons eu accès ni à la sentence, ni aux écritures des parties. Néanmoins, la réponse de la cour d'appel peut surprendre puisqu'elle énonce : « *Mais attendu que la Commission arbitrale, après avoir pris connaissance des mémoires des parties et s'être assurée que celles-ci s'étaient respectivement communiqué chacun des documents de la cause, après avoir entendu les conseils des parties et avoir délibéré, a rappelé les faits, les demandes des parties et a évalué par référence aux pièces produites l'indemnité de licenciement [...]* ». Est-ce à dire que l'échange des arguments vaut motivation de la sentence ? Ce serait sans doute excessif. Ce motif de la cour d'appel semble plus être adapté au rejet d'un moyen qui invoquerait le non-respect du principe du contradictoire. En 1997, dans son commentaire de l'un des arrêts précités, Me Catherine Vergne avait écrit que la cour voulait « *sauver la sentence [de la Commission arbitrale des journalistes] afin d'éviter une annulation fondée sur un grief trop formel* ». Il n'est pas interdit de penser que c'est encore le cas ici.

#### C - Exécution de la sentence arbitrale

L'exécution des sentences arbitrales donne souvent lieu à des difficultés quant au calcul des intérêts produits par les sommes auxquelles sont condamnés ceux qui succombent. Et l'on sait que les intérêts, surtout s'ils courent sur une période assez longue, peuvent générer des sommes importantes. La question des intérêts porte donc le plus souvent sur la durée pendant laquelle ils ont couru et par conséquent, surtout, sur le point de départ du délai. Tel était l'objet du litige dans une affaire particulièrement complexe qui est parvenue à la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation (**Cass. 2<sup>e</sup> civ., 14 avr. 2005**, n° 03-14.195, Bull. civ. II, n° 91 ; D. 2005, IR p. 1305). C'est d'ailleurs sans doute parce que cette décision comporte deux moyens, dont l'un ne concerne pas l'arbitrage, que c'est cette formation de la Cour de cassation, plutôt que la première Chambre civile qui s'est prononcée. Il faut dire aussi que, autre fait notable en l'espèce, c'était la troisième fois que la Cour de cassation rendait un arrêt dans cette même affaire !

La chronologie est la suivante : une sentence arbitrale interne fit l'objet d'un appel devant une

première cour d'appel qui confirme la décision. Cet arrêt a ensuite été cassé par la Cour de cassation (Cass. com., 26 mars 1996, Bull. civ. IV, n° 94 ; D. 1996, Somm. p. 343, obs. J.-C. Hallouin  ; RTD com. 1996, p. 487, obs. B. Petit et Y. Reinhard  ; Rev. sociétés 1996, p. 793, obs. L. Godon  ; RTD civ. 1997, p. 422, obs. J. Mestre ) qui a renvoyé devant une deuxième cour d'appel. Celle-ci ne réforma que partiellement la sentence, ce qui donna lieu à un nouveau pourvoi, et à une nouvelle cassation par la Chambre commerciale (10 oct. 2000, n° 97-21.771). Une troisième cour d'appel (Chambéry) récupère donc le dossier et, dans un arrêt du 7 février 2003, infirma cette fois-ci la sentence. C'est cet arrêt qui est attaqué devant la Cour de cassation, deuxième Chambre civile cette fois. La question posée par le pourvoi est la suivante : à quelle date ont commencé à courir les intérêts de la somme à laquelle a été condamnée une des parties par la sentence arbitrale, sachant que cette sentence ne fut définitivement infirmée que par le troisième arrêt d'appel de 2003 ? On se souvient que la question est sensible en matière de sentence rendue à l'étranger puisque la Cour de cassation a rendu un arrêt important diversement apprécié (Cass. 1re civ., 30 juin 2004, D. 2004, Somm. p. 3185, obs. crit. T. Clay  ; RTD com. 2005, p. 267, obs. E. Loquin  ; Rev. arb. 2005, p. 645, note crit. R. Libchaber ; JCP 2005, I, 134, § 6, obs. approb. J. Béguin ; Gaz. Pal., 27-28 mai 2005, p. 41, obs. approb. C. Baude-TeXidor) dans lequel elle décide que le point de départ des intérêts moratoires d'une sentence rendue à l'étranger courent à partir du moment où la sentence a été rendue, et non du jour de la demande d'exequatur.

En l'espèce, la question n'est pas exactement la même, et la Cour de cassation décide que, comme la sentence arbitrale n'avait pas été revêtue de l'exequatur, la partie qui détenait les sommes en exécution de la sentence et des deux premiers arrêts d'appel qui l'ont confirmée, le point de départ des intérêts de restitution de ces sommes court de la notification des arrêts de la Cour de cassation qui ont cassé ces arrêts d'appel. Par conséquent, la notification du premier arrêt de cassation fait courir les intérêts moratoires jusqu'à la reddition du deuxième arrêt de cour d'appel qui, ne s'inclinant pas, interrompt la créance d'intérêts moratoires. Mais celle-ci reprend à partir de la notification du deuxième arrêt de cassation. En d'autres termes, les intérêts moratoires ont couru depuis le premier arrêt de la Cour de cassation, et ont été interrompu pendant la période allant du deuxième arrêt d'appel jusqu'au deuxième arrêt de cassation. Cette solution aboutit à un calcul complexe des intérêts, mais sans doute le système est-il le seul possible, et est-il assez juste. Heureusement qu'il y a des huissiers pour calculer tout cela !

#### D - Exequatur de la sentence arbitrale

Il est certain que la jurisprudence *Hilmarton* ne plaît pas à tout le monde et qu'il y a, en France, comme à l'étranger, des auteurs pour la critiquer, et même, pour la combattre (V. par ex., la violente charge de A. J. Van den Berg, *Arbitral Awards, Judicial Control*, Congrès brésilien de l'arbitrage, Curitiba, 16 sept. 2004, *Revista brasileira de arbitragem*, à paraître). Derrière cette contestation s'affrontent, on le sait, deux conceptions de l'arbitrage, l'une territorialiste, très imprégnée des réflexes du droit international privé, qui considère que le siège de l'arbitrage reste l'élément essentiel de fixation, et une conception universaliste, propre à la doctrine arbitragiste, pour laquelle le siège n'est qu'un paramètre parmi d'autres, dont il ne faut pas surévaluer l'importance (T. Clay, *La importancia de la sede del arbitraje en el arbitraje internacional : ¿ es todavía relevante ?*, Congrès colombien de l'arbitrage, Bogota, 4 nov. 2005, à paraître aux éditions Legis).

L'espace imparti ne permet pas de reprendre ici les multiples arguments favorables à cette jurisprudence *Hilmarton* qui contribue à faire du droit français de l'arbitrage un droit envié et moderne, tel que Philippe Fouchard avait tant contribué à l'édifier. Mais il permet tout de même de se féliciter que cette jurisprudence vienne d'être reprise par la Cour d'appel de Paris dans une affaire dont les faits illustrent à merveille les bonnes raisons d'approuver la jurisprudence *Hilmarton*, et donc les mauvaises raisons de la critiquer (CA Paris, 1re ch. C, 29 sept. 2005, n° 2004/07635).

Une sentence arbitrale a été rendue à Dubaï dans un litige opposant la Direction générale de l'aviation civile de l'Emirat de Dubaï à la société de droit panaméen Bechtel condamnant la première à verser l'équivalent de 27 millions de dollars à la seconde. Au moment où le

bénéficiaire en entreprenant l'exécution, la sentence est annulée par les juridictions dubaïote au motif que les témoins n'ont pas prêté serment lorsqu'ils ont été entendus par le tribunal arbitral. Autant dire que le motif d'annulation laisse perplexe, et pourrait même prêter à sourire si l'enjeu n'était pas si important.

Faut-il dès lors donner à cette annulation une portée mondiale et considérer que la société Bechtel ne pourra poursuivre l'exécution de la sentence nulle part ? C'est ce que diraient les adversaires de la jurisprudence *Hilmarton* de concert avec la partie émiratie qui fit appel de l'ordonnance d'exequatur accordée par le Président du Tribunal de grande instance de Paris. La cour d'appel confirme l'ordonnance et en profite pour poser ce qu'elle appelle elle-même les « principes fondamentaux de l'arbitrage en France », lesquels « poursuivent l'élimination des obstacles à la circulation internationale des sentences en n'érigeant pas l'annulation de la sentence dans l'Etat d'origine en cause de refus d'exequatur ». On ne saurait mieux dire. Et la cour condamne l'appelant à 40 000 euros sur le fondement de l'article 700 du nouveau code de procédure civile. On ne saurait mieux faire.

### Mots clés :

ARBITRAGE \* Panorama 2005

### (1) Bibliographie

**Ouvrages généraux** : J. Béguin et M. Menjuçq (sous la dir. de), *Droit du commerce international*, 1re éd., LexisNexis, coll. Traités, 2005 ; M. W. Bühler et T. H. Webster, *Handbook of ICC Arbitration, Commentary, Precedents, Materials*, avant-propos de R. Briner, Thomson, Sweet & Maxwell, 2005 ; L. Cadiet (dir.), T. Clay et E. Jeuland (sous la dir. de), *Médiation et arbitrage. Alternative Dispute Resolution, Justice alternative ou alternative à la justice ? Perspectives comparatives*, LexisNexis, coll. Pratique professionnelle, 2005 ; Y. Derains et E. A. Schwartz, *A Guide to the ICC Rules of Arbitration*, 2e éd., Kluwer Law International, 2005 ; P. Fouchard et L. Vogel (sous la dir. de), *L'actualité de la pensée de Berthold Goldman, Droit commercial international et européen*, Editions Panthéon-Assas, LGDJ, 2004 ; E. Gaillard (sous la dir. de), *Anti-Suit Injunctions in International Arbitration*, t. 2, IAI Series On International Arbitration, JurisNet, 2005 ; M. Guillaume-Hofnung, *La médiation*, 3e éd., PUF, coll. Que-sais-je ?, 2005 ; S. Guinchard et alii, *Droit processuel, Droit commun et droit comparé du procès*, 3e éd., Dalloz, coll. Précis Droit privé, 2005 ; G. Keutgen (sous la dir. de), *Le recueil de sentences arbitrales du CEPANI, 1985-1995*, Bruylant ; P. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gautier, *Droit civil. Les contrats spéciaux*, 2e éd., Defrénois, 2005 ; F. Mantilla-Serrano, *Ley de Arbitraje, Una perspectiva internacional*, Iustel, 2005 ; J.-M. Mousseron, J. Raynard, R. Favre et J.-L. Pierre, *Droit du commerce international, Droit international de l'entreprise*, 3e éd., Litec, coll. Manuels, 2005 ; H.-J. Nougéin, Y. Reinhard, P. Ancel, M.-C. Rivier, A. Boyer et P. Genin, *Guide pratique de l'arbitrage et de la médiation commerciale*, LexisNexis, coll. Pratique professionnelle - Procédure, 2004 ; P. Pinsolle, A.-V. Schlaepfer et L. Degos (sous la dir. de), *Anti-Suit Injunctions in International Arbitration*, t. 3, IAI Series On International Arbitration, JurisNet, 2005 ; D. Rebeck et B. de Loynes de Fumichon, *Roman arbitration*, Holo Books The Arbitration Press, 2004 ; E. F. Ricci, *Lei de Arbitragem Brasileira. Oito anos de reflexao, Questoes polêmicas*, Editions Revista dos tribunais, 2004 ; E. Silva-Romero (sous la dir. de) et F. Mantilla-Espinosa (sous la coord. de), *El contrato de arbitraje*, Legis, Universidad de Rosario, 2005.

**Mélanges** : *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution, Liber Amicorum in honour of Robert Briner*, ICC Publishing, 2005 ; *De lege ferenda, Réflexions sur le droit désirable en l'honneur du Professeur Alain Hirsch*, Editions Slatkine, 2004 ; *Liber Amicorum Guy Horsmans*, Bruylant, 2005 ; *Grenzüberschreitungen, Beiträge zum Internationalen Verfahrensrecht und zur Schiedsgerichtsbarkeit, Festschrift für Peter Schlosser zum 70. Geburtstag*, Mohr Siebeck, 2005 ; *Mélanges Jacques Van Compernelle*, Bruylant, 2005.

**Thèses** : H. Arfazadeh, *Ordre public et arbitrage international à l'épreuve de la*

*mondialisation*, avant-propos de G. Abi-Saab et préf. de J.-M. Jacquet, Bruylant, LGDJ et Schultess, 2005 ; S. Manciaux, *Investissements étrangers et arbitrage entre Etats et ressortissants d'autres Etats, Trente années d'activité du CIRDI*, préface de P. Kahn. Litec, Université de Bourgogne et CNRS, coll. Travaux du CREDIMI, 2004 ; R. Mansour Mahran, *Les clauses relatives aux litiges en droit français : aspects internes et internationaux*, thèse dactyl., Paris I, sous la dir. de P. Delebecque, soutenue le 4 mars 2005 ; F. Turgné, *L'arbitrage en matière d'assurance et de réassurance*, thèse dactyl., Paris XII, sous la dir. de S. Brousseau, soutenue le 3 févr. 2005.

Recueil Dalloz © Editions Dalloz 2010