

Recueil Dalloz 2009 p. 2959

Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges 📖(1)

octobre 2008 - décembre 2009

Thomas Clay, Professeur et Doyen de la Faculté de droit et de science politique de l'Université de Versailles - Saint-Quentin, Directeur du Master arbitrage et commerce international

L'essentiel

L'année 2009 aura été une bonne année pour le droit de l'arbitrage car celui-ci continue à gagner en autonomie, tant par rapport à *la* justice étatique qui ne s'aventure plus à tenter de contrôler, même indirectement, le fond de la décision de l'arbitre, que *des* justices étatiques qui, les unes après les autres, admettent l'existence de cette justice parallèle dont l'efficacité continue de se renforcer à mesure que les jurisprudences étrangères rallient la conception française de l'arbitrage international (Amsterdam, 28 avr. 2009, *infra*). La force d'attraction est telle que le contentieux de droit public est lui aussi de plus en plus tenté par l'aventure, ce qui serait une excellente chose si, dans le même temps, la juridiction administrative n'entendait pas contrôler le fond des sentences arbitrales au moment même où la justice judiciaire achève de s'en abstenir.

Si 2009 est marquée par quelques grands arrêts, comme celui qui étend encore la règle matérielle de validité de la convention d'arbitrage (Civ. 1re, 8 juill. 2009, *infra*), ou celui qui acte la disparition de l'obligation d'indépendance de l'arbitre au profit de l'obligation de révélation (Paris, 12 févr. 2009, *infra*), ou celui encore qui revitalise le recours en révision contre les sentences arbitrales dans la sulfureuse affaire des *frégates de Taïwan* (TF suisse, 6 oct. 2009, *infra*), 2010 devrait être une année plus décisive encore avec l'avènement de la grande réforme du droit français de l'arbitrage, attendue depuis longtemps, et dont il y a de bonnes raisons de penser qu'elle est désormais imminente. C'est en tous les cas le vœu que nous formons pour la nouvelle année.

Arbitrage

I - Convention d'arbitrage

A - Validité de la convention d'arbitrage

Alors que la fin de l'année 2008 avait été l'occasion d'appeler le gouvernement à résister à l'insertion de la clause compromissoire dans la liste des clauses irréfragablement abusives comme l'y incitait la proposition de directive du 8 octobre 2008, et comme le laissait craindre la loi LME du 4 août 2008 (D. 2008. Pan. 3113, nos obs. 📖), la présente livraison ne peut débiter sans constater avec satisfaction que le décret pris, avec retard, en application de cette loi a eu la sagesse de ranger la clause compromissoire, et plus généralement les clauses de litige, dans les clauses dites « grises », c'est-à-dire celles qui ne sont abusives que si le professionnel ne rapporte pas la preuve qu'elles ne le sont pas (nouvel art. R. 132-1, 10°, c. consom., redac. du **Décr. n° 2009-302, 18 mars 2009**, JO 20 mars, p. 5030 ; D. 2009. Actu. lég. 797 📖 ; LPA 2009, n° 143, obs. N. Sauphanor-Brouillaud ; JCP 2009 Actu. 168, obs. N. Sauphanor-Brouillaud ; JCP 2009. Chron. 116, obs. G. Paisant ; Rev. arb. 2009. 455). Et l'on peut penser que cette preuve sera aisée à fournir par le seul fait que les clauses de litige ont un objet processuel et non pas substantiel, et se distinguent en cela de toutes les autres clauses du contrat où elles figurent. Le principe du recours à une autre justice n'est pas


en soi abusif ; tout au plus les modalités peuvent l'être. Le nouveau texte apparaît cependant à la fois plus souple et plus strict. Plus souple, il l'est par rapport au contrat interne de consommation car l'article 2061 du code civil était jusqu'à présent interprété comme prohibant totalement les clauses compromissoires. La solution sera désormais plus favorable, et d'autant plus que la présomption d'abus ne jouera, aux termes du nouvel article R. 132-1, que si le recours aux modes alternatifs pour résoudre le litige est exclusif. Plus strict, le nouveau décret l'est par rapport au contrat international de consommation où la clause compromissoire est admise. Cependant, il est probable que ce nouveau décret ne soit pas plus applicable à l'arbitrage international que ne l'était le texte qu'il remplace et que la solution jurisprudentielle plus favorable demeure finalement inchangée. Enfin, au même titre qu'on s'était permis d'émettre un vœu pendant la rédaction du décret aujourd'hui publié, on s'autorisera à en former un second à l'heure où les autorités communautaires travaillent à transformer le projet de directive en directive définitive : peut-on espérer que la position française inspire la position communautaire ? Et, pour ne pas être accusé de nationalisme, il suffira de rappeler que le droit communautaire ne cessant de promouvoir depuis des années les modes alternatifs de règlement des litiges, il serait plus logique avec lui-même qu'il ne couvrit pas d'opprobre les clauses favorisant le recours à ces modes alternatifs. Une fois n'est pas coutume, le droit français pourrait venir ici au secours du droit communautaire pour l'aider à être plus fidèle à lui-même.

D'autant que le droit communautaire est assez vigilant en la matière. La Cour de justice vient en effet de rendre un important arrêt (**CJCE 6 oct. 2009, n° C-40/08**, D. 2009. AJ 2548 ; LEDC 2009, n° 11, p. 7, obs. N. Sauphanor-Brouillaud ; *Arbitrage-adr* n° 1671, obs. C. Manara) qui autorise le juge judiciaire à relever d'office le caractère abusif d'une clause d'arbitrage conclue par un consommateur. En l'espèce, il s'agissait d'un conflit lié à des impayés entre un opérateur de téléphonie et l'un de ses abonnés. Le contrat comportant une clause compromissoire prévoyant la saisine de l'*Asociación Europea de Arbitraje de Derecho y Equidad*, une sentence arbitrale fut rendue condamnant l'abonné au paiement. Le juge devant lequel fut formé un recours en exécution forcée releva le caractère abusif, non pas de la clause, mais précisément de ses modalités de mise oeuvre, ce qui l'incita à poser une question préjudicielle à la CJCE. Celle-ci lui répond, en s'appuyant sur la directive n° 93/3, qu'il appartient au juge judiciaire d'apprécier le caractère abusif ou non de la clause d'arbitrage. Cet arrêt va donc plus loin que celui qu'avait rendu la même Cour dans une autre affaire espagnole de clause compromissoire insérée dans un contrat de consommation (CJCE 26 oct. 2006, *Mostaza Claro*, D. 2006. AJ 2910, obs. V. Avena-Robardet, Pan. 3027, obs T. Clay, et 2007 Pan. 2562, obs. S. Bollée ; RTD civ. 2007. 113, obs. J. Mestre et B. Fages, et 633, obs. P. Thery ; Clunet 2007. 581, note A. Mourre ; Rev. arb. 2007. 109, note L. Idot ; JCP 2007. I. 168, § 1, obs. C. Seraglini ; Gaz. Pal. 2006, n° 347-348, I. Jur. 63, obs. A. Mourre et P. Pedone ; Gaz. Pal. 29 avr.-3 mai 2007. 17, obs. F.-X. Train ; LPA 2007, n° 152, obs. C. Legros, et n° 189, note G. Poissonnier et J.-P. Tricoit ; Europe 2006, n° 378, p. 28, obs. L. Idot ; RDAI 2007, n° 14, p. 55, obs. C. Nourissat) puisque s'il s'agissait aussi de relever d'office la nullité d'une clause compromissoire, c'était lors d'un recours en annulation, et non pas, comme en l'espèce, pour une sentence déjà passée en force de chose jugée dont l'exécution forcée était requise. Mais cet arrêt tranche surtout avec le projet de directive déjà évoqué qui voudrait rendre les clauses d'arbitrage conclues dans les contrats de consommation irréfragablement abusives, alors que la CJCE défend une appréciation au cas par cas, plus mesurée et plus conforme à la volonté des parties. Il est donc grand temps que ce projet de directive s'aligne sur la jurisprudence de la Cour de justice et se conforme à la volonté politique communautaire plusieurs fois affichée de favoriser le recours aux modes alternatifs de règlement des litiges.

D'autant que ce mouvement de faveur pour l'arbitrage vient de connaître une nouvelle avancée significative avec l'important arrêt rendu par la Cour de cassation le 8 juillet 2009 qui a posé une nouvelle règle matérielle de validité des conventions d'arbitrage écartant tout débat sur la loi applicable (**Civ. 1re, 8 juill. 2009, n° 08-16.025**, *Sté Soerni*, à paraître au *Bulletin* ; D. 2009. AJ 1957, obs. X. Delpech, et Pan. 2384, obs. L. d'Avout ; Rev. arb. 2009. 529, note D. Cohen ; JCP 2009. I. 462, § 5, obs. J. Ortscheidt ; *Arbitrage-adr* n° 1637, obs. A. Ouerfelli, et n° 1654, obs. S. Hazoug). Cet arrêt s'inscrit parfaitement dans la continuité de la jurisprudence française qui vise à détacher le plus possible l'arbitrage des contingences


nationales, et heurte donc de plein fouet les mécanismes classiques du droit international privé qui n'ont d'autre logique que l'enracinement territorial d'un objet qui leur échappe tant géographiquement qu'intellectuellement. Il est vrai que le litige de l'espèce venait de loin puisqu'il s'agissait du convoiement d'une vedette entre Libreville et Pointe Noire. Convoiement dont on peut supposer qu'il était à la fois nécessaire et inutile puisque le navire sombra. En application de la clause compromissoire contenue dans le connaissement, une sentence arbitrale est rendue à Londres qui obtient l'exequatur en France. Un appel est alors formé contre l'ordonnance d'exequatur au motif que, d'une part, le signataire de la convention d'arbitrage n'avait pas le pouvoir pour engager la société selon la loi applicable qui était celle de la société, et, d'autre part, que la clause compromissoire n'avait pas été connue de l'appelant parce qu'elle figurait dans un document annexe. Il était également demandé à la cour d'appel de surseoir à statuer dans l'attente d'une décision pénale à intervenir suite au dépôt de plainte avec constitution de partie civile qu'elle avait effectué pour faux et usage de faux. La cour d'appel refusa le sursis à statuer et confirma l'exequatur au motif qu'il existait un principe de capacité en droit international de l'arbitrage qui validait un tel engagement. Et le pourvoi formé contre l'arrêt est rejeté avec cet attendu de principe en forme de leçon de droit de l'arbitrage : « *L'engagement d'une société à l'arbitrage ne s'apprécie pas par référence à une quelconque loi nationale mais par la mise en oeuvre d'une règle matérielle déduite du principe de validité de la convention d'arbitrage fondée sur la volonté commune des parties, de l'exigence de bonne foi et de la croyance légitime dans les pouvoirs du signataire de la clause* ». Après avoir rejeté le moyen sur le sursis à statuer en rappelant que la réforme de la procédure pénale (nouvel art. 4 c. pr. pén. qui n'oblige plus à surseoir à statuer) était immédiatement applicable comme toute loi de procédure et n'avait pas à être discutée par les parties quand bien même la modification législative serait intervenue entre le moment de la saisine et celui du prononcé de l'arrêt, la Cour de cassation détaille les motifs qui justifient l'application de la clause : la référence expresse à la convention d'arbitrage, dont le signataire était celui qui avait mené les négociations, et dont rien ne laissait penser qu'il n'avait pas le pouvoir de la signer, et alors qu'une assurance avait été souscrite par ceux qui contestaient l'application de la clause, ce qui en constituait une ratification tacite. Ces différents éléments démontrent une volonté claire de faire trancher le litige par la voie de l'arbitrage que l'application d'une loi nationale ne saurait contrecarrer. Cette sanction de la mauvaise foi procédurale est contestée avec talent par notre collègue Louis d'Avout (préc.) tant d'un point de vue idéologique qu'au regard de la technique juridique parce que, d'une part, cette solution « *étend le domaine des règles matérielles françaises relatives à l'efficacité des conventions d'arbitrage* » créant « *plus d'ombre que de clarté* », et parce que, d'autre part, rien ne justifie ce « *principe de capacité juridique de la personne morale, dégagé de toute référence aux lois étatiques (...) qui va bien au-delà d'une exception d'ignorance excusable de la lex societatis* ». Pourtant, comme l'a bien montré le Professeur Daniel Cohen dans son article de référence sur le sujet (L'engagement des sociétés à l'arbitrage, Rev. arb. 2006. 35, spéc. n° 39-64), en matière de vérification de l'engagement des sociétés à l'arbitrage, les règles matérielles de validité sont les seules à assurer l'effectivité de cet engagement. Et c'est cette doctrine qui est ici consacrée. Loin de créer de l'incertitude, la solution offre tout le contraire puisqu'elle est la seule qui permet de garantir au contractant que celui qui s'engage à son égard ne pourra se délier de sa parole en invoquant une loi nationale dont les subtilités permettraient d'échapper à l'arbitrage. Ainsi, ce qui est vrai pour les Etats contractants, l'est donc aussi pour les personnes privées qui concluent une clause compromissoire. L'arbitrage international magnifie la parole donnée, ce qui explique une partie de son succès. Quel que soit le raffinement du raisonnement conflictualiste, il doit être écarté lorsqu'il n'est pas approprié.

B - Arbitrabilité des litiges de droit public

Revoilà le Rapport *Labetoulle* ! Alors qu'on le pensait emporté avec la tornade de l'affaire *Tapie* (D. 2008. Pan. 3111, spéc. 3112 ) , il refait surface au point que la question de l'arbitrabilité des litiges de droit public revient à la charge, mobilisant le pouvoir réglementaire, la jurisprudence judiciaire et la jurisprudence administrative, le tout relayé par un important colloque, organisé dans les locaux du Conseil d'Etat le 30 septembre 2009, et tout entier prévu pour glorifier une conception qui semble aussi surannée qu'isolée internationalement. On peut ainsi observer avec intérêt et inquiétude la manoeuvre se

dessiner et les puissants relais dans la haute administration française.

Par un hasard de l'histoire, c'est autour de l'Institut national de la santé et de la recherche médicale (l'INSERM) que s'est concentrée la question de l'arbitrabilité des litiges internationaux de droit public ces derniers mois, alors que cet organisme est autorisé depuis 2002 à conclure des conventions d'arbitrage avec des organismes étrangers (Décr. n° 83-975, 10 nov. 1983 relatif à l'organisation et au fonctionnement de l'INSERM (art. 8, 9°), modifié par **Décr. n° 2009-278, 11 mars 2009**, art. 7, 9°, JO 13 mars, p. 4639). Rappelons simplement que le Rapport *Labetoulle* propose d'attirer devant la juridiction administrative (juge d'appui, juge du recours, juge de l'exequatur) l'ensemble des arbitrages dont l'objet ressortit au droit public, quand la doctrine arbitragiste estime que la juridiction judiciaire devrait être la seule compétente, au moins quand les litiges sont internationaux car, non seulement cette position est la seule conforme aux conventions internationales applicables, mais surtout il est impraticable et contre-nature, dans un arbitrage international, de s'interroger d'abord sur la nature du droit en jeu, avant de saisir la juridiction étatique d'appui, en particulier pour les opérateurs étrangers qui n'ont pas la chance de connaître les délices de la dualité de juridictions. Comme l'a écrit Me Serge Lazareff : autant renoncer immédiatement à tout arbitrage étranger en France (Arbitrage administratif ?, Gaz. Pal., Cah. arb., 25-27 oct. 2009. 3). La controverse porte donc essentiellement sur les litiges administratifs internationaux, dans lesquels le rapport *Labetoulle* voit avant tout des litiges administratifs, alors que nombreux sont ceux qui y voient surtout des litiges internationaux car, comme l'a parfaitement résumé le Professeur Mathias Audit : « L'internationalité prime sur l'administrativité » (note citée *infra*).

C'est donc d'abord la cour d'appel de Paris qui a admis la validité d'une clause compromissoire conclue par l'INSERM avec une fondation norvégienne en raison du caractère international de ce contrat de droit public puisque la prohibition pour un Etat de compromettre est à la fois limitée à la matière interne et conforme à l'ordre public international grâce au principe de validité de la clause internationale d'arbitrage (**Paris, 13 nov. 2008, n° 08/00760, INSERM**, D. 2009. Pan. 2384, spéc. 2390, obs. S. Bollée  ; Rev. arb. 2009. 389, note M. Audit). Par cette décision, la cour d'appel de Paris prend clairement position en faveur de l'idée que le contrat, lorsqu'il est international, est arbitral au sens du code de procédure civile, même pour des personnes publiques, quel que soit l'objet du contrat, et qu'il relève donc de la juridiction judiciaire. Ce faisant, la cour d'appel de Paris s'invite dans le débat né du Rapport *Labetoulle* en s'opposant à ses conclusions et en adhérant aux critiques qui avaient été adressées à son endroit.




Cet acte militant ne pouvait laisser insensible le Conseil d'Etat qui fut saisi dans la même affaire. Prudent, celui-ci estima qu'il convenait de solliciter le Tribunal des conflits (**CE 31 juill. 2009, n° 309277, INSERM**, Rev. arb. 2009. 539, note M. Audit ; *Arbitrage-adr* n° 1641, obs. R. Dupeyre ; www.avocats.fr/space/romain.dupeyre, obs. R. Dupeyre). C'est probablement pour alimenter la réflexion de ce dernier que fut organisé le colloque précité. Contrairement sans doute aux attentes de certains de ses organisateurs, ce colloque a tourné en faveur de la conception « arbitrale » de l'arbitrage et les digues du rapport *Labetoulle* ont quasiment cédé une à une puisque le Conseiller Labetoulle lui-même a finalement admis que, d'une part, le projet ne pourrait pas aller à l'encontre des engagements internationaux de la France (ouf !) et que, d'autre part, le juge d'appui judiciaire serait sans doute finalement plus approprié qu'un hypothétique juge d'appui administratif. Bref, ce colloque a bien montré la faiblesse de la position défendue par ceux qui continuent à croire que l'arbitrage doit être traité comme une question de fond, alors qu'il est avant tout une procédure, et qu'à ce titre l'objet du litige importe peu pour savoir quelle juridiction étatique doit l'encadrer, l'appuyer et surtout l'encourager.

C - Forme de la convention d'arbitrage

Par deux arrêts du même jour, la cour d'appel de Paris semble avoir assoupli l'exigence d'écrit pour la validité de la clause compromissoire interne en énonçant que si l'article 1443 du code de procédure civile exige bien un écrit, « *il ne régit ni la forme ni l'existence des stipulations qui, se référant à ce document, font la convention des parties* ». Ainsi, selon ces arrêts, les




exigences formelles de l'article 1443 du code de procédure civile sont respectées dès lors que la clause compromissoire avait été acceptée et correspondait aux usages de la profession, même si elle ne figurait que dans un courrier de confirmation censé établir la preuve d'un accord verbal, à une date impossible à fixer, et en tous les cas postérieure à la conclusion du contrat principal (**Paris, 7 mai 2009, n° 08/07048 et n° 08/07049, Sté Etablissement Ruze**, inédits). L'abaissement du niveau d'exigences formelles de validité de la clause compromissoire interne est bienvenu s'agissant d'une clause de plus en plus usuelle, et permet d'en rapprocher le régime de la clause internationale qui n'est soumise à aucune règle de forme.

D - Interprétation de la convention d'arbitrage

L'interprétation des conventions d'arbitrage est parfois rendue difficile par les maladresses de rédaction qui semblent ne pas connaître de limites. La Cour de cassation a été soumise pour la seconde fois dans la même affaire à une clause compromissoire qui visait deux centres d'arbitrage différents (l'« AFA » et la « Chambre internationale de commerce de Paris »). La difficulté en cette matière est que bien souvent chacun des centres a tendance à se reconnaître compétent. Ici, c'est le juge judiciaire qui avait estimé que la clause était du coup manifestement nulle et que c'était donc à lui de trancher le litige, faisant fi du principe compétence-compétence, ce que lui avait rappelé la Cour de cassation dans un premier arrêt (Civ. 1re, 20 févr. 2007, Bull. civ. I, n° 62 ; D. 2007. AJ 734, obs. X. Delpech , et 2008. Pan. 180, spéc. 183, obs. T. Clay  ; RTD civ. 2008. 151, obs. P. Thery  ; Rev. arb. 2007. 775, note F.-X. Train ; JCP 2007. I. 168, § 15, obs. J. Béguin ; Bull. CIA de la CCI, vol. 19, n° 2, p. 13, obs. B. Audit ; RJDA 2007, n° 5, obs. A.-F. Pascal ; Rép. com. Dalloz, act. mars 2007, p. 9 ; JCP 2007. IV. 1627). Après un nouvel arrêt de la cour d'appel de renvoi (Paris, 28 nov. 2007), la Cour de cassation confirme sa précédente décision et rejette le pourvoi au motif que l'arbitre est compétent par priorité pour statuer sur la validité et les limites de son investiture, y compris en ce qui concerne la détermination des parties à l'arbitrage. En l'espèce, il ressort de la volonté sans équivoque des sociétés concernées leur choix de recourir à l'arbitrage, quelle que soit « *l'ambiguïté de la rédaction de la clause* » qui « *était impuissante à elle seule à effacer la volonté de recourir à l'arbitrage* » (**Civ. 1re, 4 juin 2009, n° 08-13.983, Sté Inéos**, <http://www.avocats.fr/space/romain.dupeyre>). De l'interprétation de la volonté des parties, il a donc pu être déduit que le choix du centre d'arbitrage n'était pas constitutif du choix de recourir à l'arbitrage.

E - Circulation de la convention d'arbitrage

La circulation de la convention d'arbitrage n'en finit pas d'emprunter de nouvelles voies. Toute opération juridique à trois personnes est susceptible de servir de véhicule à la convention d'arbitrage pour étirer ses effets. C'est en ce sens qu'il faut interpréter les deux nouvelles figures juridiques sur lesquelles la clause compromissoire est montée en croupe.

La première est le règlement intérieur d'une société contenant une clause compromissoire dont l'application a été étendue aux dirigeants de cette société qui avaient signé ce règlement et quitté l'entreprise avant la naissance du litige. La sentence arbitrale avait été annulée par la cour d'appel pour avoir étendu exagérément la convention d'arbitrage à ces anciens dirigeants, et l'arrêt est cassé au visa d'un mystérieux article « 1484, alinéa 2-1 », du code de procédure civile au motif que le règlement intérieur prévoyait que les dirigeants avaient nécessairement adhéré à titre personnel au règlement intérieur, et non pas seulement au nom des sociétés qu'ils dirigeaient (**Civ. 1re, 22 oct. 2008, n° 07-18.744, X. c/ Système U**, Rev. sociétés 2009. 363, obs. B. Saintourens , et 618, note J. El-Ahdab  ; RTD com. 2009. 149, obs. C. Champaud et D. Danet  ; LPA 2009, n° 53, note A. Constantin ; JCP 2008. I. 222, § 2, obs. J. Ortscheidt ; Bull. Joly 2008. 360, § 70, note P. Le Cannu). Cela signifie qu'une seule signature apposée sur le règlement intérieur d'une société emporte un double effet pour le dirigeant signataire : il engage à la fois la société et lui-même, et donc aussi l'un envers l'autre.

La seconde figure juridique ayant permis une extension des effets de la clause compromissoire est un contrat de *lease back*, variété de crédit-bail, se définissant comme une opération de

refinancement par laquelle l'acheteur d'un bien le rétrocède ensuite à un établissement financier qui le lui loue aussitôt sous forme de *leasing*. Mais, le montage peut être encore plus complexe, et c'est ce qui s'est produit dans une affaire soumise à la Cour de cassation car l'acheteur, devenu crédit-preneur par l'opération de *lease back*, avait conclu avec le fabricant du bien un contrat de vente dans lequel figurait une clause compromissoire. La question était donc de savoir si cette clause pouvait être opposée par le fabricant au crédit-preneur, agissant en tant que tel, et l'assignant en responsabilité pour dysfonctionnement du matériel loué. La Cour de cassation a répondu par l'affirmative (**Com. 25 nov. 2008, n° 07-21.888, Les Pains du Sud**, Bull. civ. IV, n° 197 ; D. 2008. AJ 3091, obs. X. Delpech, et 2009. Jur. 1516, note G. Pillet ; LPA 2009, n° 143, note C. Larroumet ; Rev. arb. 2008. 677, note O. Cachard ; JCP 2009. II. 10023, note D. Mainguy ; JCP 2009. I. 148, § 5, obs. C. Seraglini ; *Arbitrage-adr* n° 1558, obs. D. Mainguy). Plus exactement, elle a affirmé, à juste titre, que la clause n'étant pas manifestement ni nulle ni inapplicable, c'était bien au tribunal arbitral ne se prononcer sur sa propre compétence. Et il est vrai que, face à un tel enchevêtrement de contrats, parfois mal nommés qui plus est, on était bien loin d'une constatation manifeste, quelle qu'elle soit. Cet arrêt est également intéressant en ce qu'il étend l'autonomie de la clause compromissoire à l'inefficacité du contrat qui la contient. La référence à l'inefficacité est plus large que la nullité ou même l'inexistence et couvre la plupart des vices pouvant affecter un contrat, tant sur le plan de la validité que sur celui de l'exécution. Le principe de l'autonomie de la clause compromissoire en sort donc encore renforcé. Mieux, l'arrêt énonce que les parties peuvent prévoir une disposition contraire qui rendrait la clause compromissoire liée au sort du contrat inefficace. En l'absence d'une telle précision - qui devrait être rarissime - la volonté des parties d'autonomiser leur clause compromissoire sera encore plus favorablement interprétée.

II - Tribunal arbitral

A - Contrat d'arbitre

Il y a parfois des erreurs qui se reproduisent de livres en livres sans qu'on comprenne d'où elles procèdent ni pourquoi elles perdurent. Et puis vient le jour où elles sont corrigées. C'est précisément ce qu'a fait la cour d'appel de Paris dans un arrêt récent (**Paris, 9 oct. 2008, n° 07/14539, Sté marocaine des loisirs**, Rev. arb. 2009. 360, note P. Duprey ; LPA 2009, n° 53, note A. Mourre et A. Vagenheim) à propos d'une affaire ayant donné lieu à une sentence partielle, rendue le 29 janvier 2007, attaquée par recours en annulation, rejeté par un arrêt de la cour d'appel de Paris le 28 février 2008, contre lequel un pourvoi a été rejeté par la Cour de cassation le 8 juillet 2009 (**Civ. 1re, 8 juill. 2009, n° 08-17.661**, inédit). La sentence finale a, elle, été rendue le 9 juillet 2007 et l'arrêt de la cour d'appel de Paris ici commenté rejette à la fois la demande de sursis à statuer dans l'attente de l'arrêt de la Cour de cassation et le recours en annulation contre la sentence finale. Ce recours était essentiellement fondé sur la nullité de l'acte de mission en raison de la prétendue absence d'indépendance d'un des arbitres. Plus exactement, et c'est là où se loge l'ingéniosité du recourant, l'arbitre auquel le manque d'indépendance était reproché n'était pas l'un de ceux qui avaient rendu la sentence arbitrale, mais l'un de ceux qui avaient signé l'acte de mission avant d'être remplacé, trois mois après cette signature, en raison de son manque d'indépendance avéré. Le recourant faisait alors valoir que l'acte de mission initial était nul car signé par un arbitre non indépendant, et que le remplacement postérieur de l'arbitre par un arbitre indépendant ne purgeait pas le vice du consentement originel dans la mesure où celui-ci s'apprécie au moment de la formation du contrat. En outre, l'avenant à l'acte de mission remplaçant l'arbitre avait été signé le jour même où avait été rendue la sentence partielle, ce qui affecterait la sentence finale. Face à ces nombreux moyens, la cour d'appel répond en trois points : premièrement, la nullité de l'acte de mission, à la supposer établie, n'entre pas dans les cas des recours en annulation contre les sentences arbitrales. Deuxièmement, la règle de l'*estoppel* prive le recourant de la possibilité de prétendre que la collégialité du tribunal arbitral n'avait pas été respectée dès lors qu'il avait lui aussi signé l'avenant à l'acte de mission. Sur ce point, la Cour de cassation, dans l'arrêt précité, ira plus loin encore en définissant le principe de collégialité comme celui « *supposant que chaque arbitre ait la faculté de débattre de toute décision avec ses collègues* » l'érigant même en principe d'ordre public international. Toutefois, celui-ci ne signifie nullement, selon nous, que le contradictoire doive s'appliquer pendant le délibéré comme si les arbitres étaient les représentants des parties dans le tribunal arbitral (*contra* : P. Duprey, note préc.). Troisièmement, et de manière

inédite, la Cour affirme que « *les liens contractuels établis avec l'arbitre démissionnaire de ses fonctions (...) était une question différente de celle de la validité de la convention d'arbitrage* ». Ce faisant, la cour d'appel de Paris reconnaît pour la première fois que l'absence d'indépendance de l'arbitre n'affecte pas la convention d'arbitrage, mais le contrat d'arbitre, c'est-à-dire le contrat conclu entre l'arbitre et les parties et dont l'appellation « contrat d'arbitre » sera consacrée un mois plus tard dans un arrêt de la même chambre de la même cour déjà commenté dans ce Panorama (Paris, 6 nov. 2008, D. 2009. Jur. 538, note D. Mainguy [■](#), et 2008. Pan. 3111, spéc. 3115, obs. T. Clay [■](#) ; LPA 2009, n° 53, note L. Degos ; Rev. arb. 2009. 376, note P. Leboulanger). Cette solution est logique car l'arbitre n'est pas partie à la convention d'arbitrage, alors qu'il l'est au contrat d'arbitre. Dès lors, s'il y a vice du consentement, il ne peut s'agir que d'une erreur, et même d'une erreur sur les qualités substantielles de la personne, c'est-à-dire l'indépendance de l'arbitre. Or, une telle erreur n'est susceptible d'annuler un contrat que si elle porte sur un contractant et non sur un tiers. En conséquence, à l'inverse de ce qu'a énoncé la jurisprudence à de nombreuses reprises (Com. 16 juill. 1964, *Sté Georges*, Bull. civ. III, n° 375 ; Rev. arb. 1964. 125 ; Gaz. Pal. 1964. 2. 371 ; Paris 8 mai 1970, *Ury*, D. 1970. Jur. 635, note J. Robert ; RTD civ. 1971. 130, obs. Y. Loussouarn ; RTD com. 1970. 688, obs. A. Jauffret ; Rev. arb. 1970. 80, concl. av. gén. L. Granjon ; JCP 1970. II. 16437, note P. Level ; Gaz. Pal. 1970. 1. 360, et la note ; et sur pourvoi, rejeté : Civ. 2e, 13 avr. 1972, Bull. civ. II, n° 91 ; D. 1973. Jur. 2, note J. Robert ; RTD civ. 1973. 769, obs. Y. Loussouarn ; Rev. arb. 1975. 235 note E. Loquin ; JCP 1972. II. 17189, note P. Level ; Gaz. Pal. 1972. 2. 753 ; 20 févr. 1974, *FACO*, Bull. civ. II, n° 68 ; D. 1974. IR. 109 ; Rev. arb. 1975. 238 ; JCP 1974. IV. 123 ; Paris 20 janv. 1987, *Sté de Transformation Thermo-Plastique c/ Sté Simon Louis*) et au rebours des citations qui sont faites dans la plupart des ouvrages de droit des obligations (exception : P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Les obligations*, 4e éd., Defrénois, coll. Droit civil, 2009, spéc. n° 499, note 14), et même dans les éditions des principaux codes civils (sous l'art. 1116), l'erreur sur les qualités substantielles de la personne de l'arbitre pour manque d'indépendance est susceptible d'annuler le contrat d'arbitre et non pas la convention d'arbitrage, sauf dans le cas où le choix de l'arbitre a été la cause impulsive et déterminante du recours à l'arbitrage, ce qui est très rare. Cette clarification entre les différents contrats de l'arbitrage est particulièrement bienvenue, et nous l'avons d'ailleurs appelée jadis de nos vœux (T. Clay, *L'arbitre*, Dalloz, 2001, spéc. n° 649 à 653).


B - Compétence-compétence

Régulièrement oublié, et donc régulièrement rappelé, le principe compétence-compétence occupe chaque jour une place plus importante dans le droit de l'arbitrage au point d'en devenir l'un de ses principaux rouages. Ainsi, outre l'arrêt déjà commenté (**Com. 25 nov. 2008**, *Les Pains du Sud*, préc.), on peut évoquer trois arrêts par lesquels la Cour de cassation a appliqué ce principe.

Dans le premier (**Civ. 1re, 11 févr. 2009, n° 08-10.341**, *Sté Afitex*, Rev. arb. 2009. 155, note F.-X. Train ; JCP 2009. I. 148, § 6, obs. C. Seraglini), la haute juridiction censure solennellement une cour d'appel qui avait cru pouvoir qualifier de manifestement nulle une clause compromissoire au motif qu'elle figurait dans un contrat caduc. L'arrêt était surmonté du visa suivant : « *Vu le principe compétence-compétence selon lequel il appartient à l'arbitre de statuer par priorité sur sa propre compétence* ». Un tel visa est significatif de la force de ce principe puisqu'il s'auto-suffit pour casser un arrêt d'appel sans être arrimé à un texte de droit positif. Si ce n'est certes pas la première fois que la Cour de cassation érige la compétence-compétence en principe général du droit susceptible de constituer un visa de cassation, c'est suffisamment important pour mériter d'être relevé à chaque fois (en dernier lieu : **Com. 10 nov. 2009, n° 07-21.866**, inédit), notamment parce que cela s'inscrit dans une jurisprudence constante, surtout depuis 2006, qui ne cesse de renforcer le principe compétence-compétence de telle manière qu'il faut aujourd'hui être très audacieux ou très aventurier pour saisir le juge judiciaire malgré une convention d'arbitrage.

Ce même visa est d'ailleurs repris dans un autre arrêt de la Cour de cassation (**Civ. 1re, 8 avr. 2009, n° 08-17.548**, *Sté Gefu Kuchenboss*, inédit) où une clause d'arbitrage prévoyait la désignation d'un arbitre, et ajoutait qu'en cas d'« impossibilité de mettre en oeuvre la

solution arbitrale », la compétence serait renvoyée au tribunal de commerce. Le défendeur ne choisissant pas d'arbitre, le demandeur finit par saisir la juridiction consulaire qui se reconnut compétente au motif que le tribunal arbitral ne parvenait pas à être constitué. Cela ne suffit pas selon la Cour de cassation pour caractériser la nullité ou l'inapplicabilité manifeste de la clause d'arbitrage. A juste titre.

Le même jour, la même Cour rendit un autre arrêt (**Civ. 1re, 8 avr. 2009, n° 08-14.255, Sté Wolfidis**, RTD com. 2009. 552, obs. E. Loquin  ; Rev. arb. 2009. 521, note M. Danis et B. Siino ; JCP 2009. I. 148, § 7, obs. C. Seraglini), à propos d'une clause compromissoire très compliquée qui prévoyait qu'un troisième arbitre ne serait nommé que si les deux premiers ne parvenaient pas à se mettre d'accord. Une partie saisit le juge d'appui qui la débouta au motif que la clause était manifestement inapplicable, ce qui fut confirmé en appel. Là encore, la haute juridiction censure pour violation de l'article 1454 du code de procédure civile qui fait obligation au juge d'appui de compléter le tribunal arbitral pair. Ce faisant, l'arrêt applique l'excellente jurisprudence constante selon laquelle la clause compromissoire interne qui prévoit un tribunal arbitral pair n'est pas manifestement nulle, ni inapplicable.


Le principe compétence-compétence a même trouvé à s'appliquer dans un cas extrême où il fallait prendre une décision dans les trois jours de la saisine de la juridiction judiciaire. Le litige portait en effet sur le refus d'autoriser un coureur cycliste à prendre le départ du Tour de France. Or le président du tribunal de grande instance de Nanterre se déclara, à juste titre, incompétent en raison de la clause compromissoire qui renvoyait à la chambre arbitrale du sport (**TGI Nanterre, ord. réf., 30 juin 2009, n° 09/01560, Boonen c/ ASO**, Rev. arb. 2009. 603, obs. M. Maisonneuve ; LPA 2010, obs. X. Favre-Bulle, à paraître). Mais il y avait certainement un peu de malice dans cette décision qui transmettait le litige à une institution d'arbitrage récemment créée et qui n'avait encore rendu aucune sentence. Comment allait-elle faire pour trancher le litige dans des délais aussi courts puisque l'ordonnance avait été rendue le 30 juin et le départ du Tour de France était prévu pour le 4 juillet. L'arbitrage risquait de se trouver devant ses propres insuffisances. Mais, le défi fut relevé puisque le tribunal arbitral fut constitué le lendemain, les audiences eurent lieu le surlendemain et la sentence fut rendue le 3 juillet, soit la veille du départ du Tour de France. Le coureur concerné put ainsi prendre part à la compétition pour finalement l'abandonner à la 14e étape...

C - Constitution du tribunal arbitral par le juge d'appui

« *Le lieu de l'arbitrage sera Paris, France. La langue de l'arbitrage sera l'anglais* ». Parfois la clause d'arbitrage n'est pas plus loquace. Confronté à un tel laconisme, un demandeur saisit le juge d'appui parisien. Celui-ci rendit une ordonnance le 10 avril 2008 reconnaissant sa compétence et invitant les parties à s'entendre sur le nombre d'arbitres et sur les modalités de leur désignation. C'est cette décision qui est attaquée par la voie de l'appel-nullité pour excès de pouvoir du juge d'appui (**Paris, 23 oct. 2008, n° 08/10510, Sté Limak Insaat San Vetic As**, inédit). Le raisonnement de l'appelant était intéressant en ce qu'il invoquait l'article 1444, alinéa 3, du code de procédure civile, lequel oblige le juge d'appui à refuser l'arbitrage quand la clause compromissoire est trop lacunaire, et cet article serait applicable à l'arbitrage international par le jeu de l'article 1493 du code de procédure civile (via l'art. 1457). Sauf que, comme répond fort bien la cour d'appel, le renvoi de l'article 1493 à l'article 1457 ne concerne que les modalités de la saisine du juge d'appui, et non pas le fond de la décision qu'il prend puisque les conditions de validité de la clause compromissoire internationale sont plus souples que celles de la clause compromissoire interne. Il s'agissait donc bien d'une tentative d'importer le droit interne de l'arbitrage vers la convention internationale d'arbitrage et la cour d'appel n'est pas tombée dans le piège. Dès lors que l'arbitrage se déroulait à Paris, le juge d'appui français était compétent pour désigner un arbitre aux termes de l'article 1493 du code de procédure civile. Il reste une question qui n'a pas été posée en l'espèce : on sait que, selon l'article 1457, alinéa 2, du code de procédure civile, si le juge d'appui refuse de désigner un arbitre, son ordonnance peut être frappée d'appel, alors que ce n'est pas le cas lorsqu'il désigne un arbitre (seul l'appel-nullité est ouvert). Alors que se passe-t-il quand, comme ici, il ne fait ni l'un ni l'autre ?

D - Indépendance de l'arbitre

En matière d'indépendance de l'arbitre, il y aura un avant et un après 2009. La cour d'appel de Paris a en effet rendu un arrêt particulièrement remarquable qui a transformé les modalités d'exercice de l'indépendance des arbitres, faisant littéralement disparaître l'exigence au profit de l'obligation de révélation qui, désormais, la remplace (**Paris, 12 févr. 2009, n° 07/22164, SA J&P Avax c/ Sté Tecnimont**, Rev. arb. 2009. 186, note T. Clay ; LPA 2009, n° 144, note M. Henry ; Spain Arb. rev. 2009/6, p. 155, note A. Munoz et T. Parigot). Ainsi, la cour d'appel de Paris annule une sentence arbitrale pour non-respect de l'obligation de révélation par l'arbitre, alors que son indépendance réelle n'est pas douteuse. On ne pourra qu'approuver cette conception réaliste du contrôle de l'indépendance que nous défendons depuis longtemps (T. Clay : *L'arbitre, op. cit.*, spéc. n° 378-405). Plus délicate est la détermination du champ de la révélation puisque ce qui est reproché ici à l'arbitre est d'avoir celé certains liens unissant le cabinet dans lequel il était *of counsel* et des sociétés intéressées par cet arbitrage. Que cet arbitre ignore ces liens ne change rien à l'affaire, il lui fallait les divulguer. En revanche, que les motifs de la récusation de l'arbitre n'aient pas été portés dans les délais devant le centre d'arbitrage comme le prévoyait le règlement d'arbitrage et servent à fonder le recours en annulation pourra offrir à la Cour de cassation, actuellement saisie d'un pourvoi, une occasion intéressante de se prononcer sur l'effet obligatoire de la procédure prévue dans un règlement d'arbitrage. L'arrêt rendu par la cour d'appel de Paris est malheureusement trop riche pour être restitué ici dans toute sa dimension. Qu'il nous soit permis de renvoyer au commentaire précité que nous en avons fait.

On ne peut pas ne pas constater que l'arrêt *Avax* tranche avec la jurisprudence suisse qui, de tout temps, a été particulièrement permissive avec les exigences d'indépendance de l'arbitre et qui semble même être exagérément tolérante lorsqu'il s'agit d'arbitrage rendu en matière sportive. On a déjà critiqué dans ces colonnes une décision du Tribunal fédéral qui avait validé une sentence rendue par un tribunal arbitral dont le président et un co-arbitre étaient membres d'un même organisme de *lobbying* auquel appartenait aussi le conseil d'une des parties, ce que l'autre partie et le troisième arbitre ignoraient (TF suisse, 20 mars 2008, D. 2008. Pan. 3111, spéc. 3115, obs. T. Clay  ; Gaz. Pal., cah. arb., 2-3 juill. 2008, p. 27, obs. A. Rigozzi ; *Arbitrage-adr* n° 1443, obs. L. Hirsch). Il semble que cette complaisance à l'égard du tribunal arbitral du sport vienne de franchir une étape supplémentaire dans une affaire où l'arbitre unique avait de multiples liens avec l'une des parties, ce qui n'était pas contesté (**TF suisse, 14 août 2008, 4A-234/2008, X.**, inédit). Au rebours du raisonnement de la cour d'appel de Paris dans l'arrêt *Avax*, le Tribunal fédéral refuse d'annuler la sentence au motif que c'est au requérant de connaître ces liens, qu'il aurait d'ailleurs « *choisi de rester dans l'ignorance* », ce qui « *peut être regardé (...) comme une manoeuvre abusive comparable au fait de différer l'annonce d'une demande de récusation* », qu'en tout état de cause, « *à supposer qu'il n'ait pas eu une connaissance effective du prétendu motif de récusation en temps utile, le requérant aurait pu l'acquérir en faisant preuve de l'attention voulue* », et que « *s'il l'a ignoré, ce ne peut être qu'en raison d'un manque de curiosité inexcusable* ». En d'autres termes, là où la jurisprudence française exige désormais une révélation quasi exhaustive des liens litigieux, la jurisprudence suisse attend des parties qu'elles procèdent elles-mêmes à une enquête sur l'arbitre. Cette inversion des rôles est curieuse : c'est sur celui qui ne sait pas que pèse la responsabilité de la mise au jour des faits ignorés, alors que celui qui sait est invité à se taire. Quelles que soient les critiques que l'on peut parfois adresser aux excès de la jurisprudence française, elle a le mérite de tirer l'arbitrage vers le haut, quand la jurisprudence suisse l'éloigne de plus en plus des exigences élémentaires de ce que doit être toute justice, même rendue en matière sportive.

C'est encore une révélation incomplète par l'arbitre qui fonde l'annulation d'une sentence arbitrale prononcée par la cour d'appel de Paris deux mois avant l'arrêt *Avax* (**Paris, 18 déc. 2008, n° 07/14342, SARM Avelines Conseil**, LPA 2009, n° 53, p. 6, note M. Madkour). Il faut dire que l'arbitre avait oublié de révéler que sa fille travaillait dans le cabinet d'avocats qui l'avait choisi. La cour d'appel sanctionne cette omission, soulignant ainsi que les liens entre arbitres et conseils doivent également être divulgués. L'arrêt annule aussi la sentence pour un second motif : la sentence ayant été rendue 48 heures après l'expiration du délai de

six mois accordé par les parties. Deux motifs d'annulation pour une même sentence, c'est assurément un exploit pour ce tribunal arbitral.

E - Honoraires de l'arbitre

Il est rare qu'une partie agisse à l'encontre des arbitres pour obtenir remboursement des sommes qu'elle a engagées dans l'arbitrage. Un jugement récent rendu par le tribunal de grande instance de Paris devrait encore moins inciter à de telles actions (**TGI Paris, 14 nov. 2008, n° 07/09402, Sté Optimal Conseil et Stratégie**, inédit). Cette décision apparaît en effet d'une particulière sévérité pour la demanderesse qui est d'emblée considérée comme « *particulièrement mal fondée* » en ce qu'elle est responsable d'avoir conclu une clause « *mal rédigée* », d'avoir choisi un arbitre, d'avoir mis en demeure son adversaire d'en faire autant, d'avoir maintenu le recours à l'arbitrage malgré la qualification contraire de son adversaire qui prétendait qu'il s'agissait d'une conciliation, de n'avoir cessé d'analyser la convention comme une clause compromissaire, d'avoir « *renié sa précédente position pour se ranger, de manière paradoxale, aux arguments de son adversaire* », d'avoir ainsi adopté une « *attitude incohérente (qui) lui interdit de faire le moindre reproche aux défendeurs* », et donc d'avoir agi « *avec une telle légèreté et sans le moindre souci de cohérence* » que les défendeurs ont subi un préjudice moral qui doit être indemnisé. Cette sévérité est légitime et on l'approuvera. Elle s'explique par la stratégie procédurale de la défenderesse et son changement de position en fonction de l'évolution du litige. C'est bien la violation de la loyauté procédurale, dont on sait qu'elle est consacrée dans l'arbitrage, qui est ici sanctionnée. Aussi, la question qui peut se poser est-elle de savoir ce qui se serait produit si la société qui réclamait le remboursement des frais était, non pas celle qui a toujours qualifié la procédure d'arbitrale, mais l'autre, c'est-à-dire celle qui l'a au contraire toujours contestée, mais qui avait dû participer aux opérations d'arbitrage, et donc avancer les frais pour exprimer sa contestation. N'aurait-elle pas été en droit de demander le remboursement des sommes engagées dans une procédure dont elle n'a jamais voulu, à laquelle elle a participé à son corps défendant ? Certes, en l'espèce, encore aurait-il fallu que les arbitres aient commis une faute, et la décision initiale du juge d'appui qui avait retenu la qualification d'arbitrage les met en quelque sorte à l'abri. Mais on est ici au carrefour d'une contradiction entre l'intérêt des parties et le travail accompli par les arbitres. Les parties doivent maintenant recommencer un procès sans que les arbitres n'aient démerité. Que doit-on alors faire des sommes qui ont été versées ?

III - Mission arbitrale

On sait que la mission de l'arbitre n'est pas toujours facile à appréhender et qu'il existe des pratiques qui parasitent le nom d'arbitrage sans pourtant en avoir la qualification. Elles sont au nombre de deux, et elles ont l'une et l'autre évolué en 2009.

La première est la mission de la Commission arbitrale des journalistes qui est enfin définie par la cour d'appel de Paris comme étant « *une juridiction étatique d'exception instaurée par le code du travail pour connaître du contentieux de l'indemnité des journalistes lorsque la durée des services excède quinze ans, bien que soient applicables à ses décisions les textes sur l'arbitrage* » (**Paris, 4 juin 2009, n° 08/04319, Sté Libération**, inédit). Cette clarification est bienvenue puisque le sujet opposait en doctrine ceux qui voyaient dans cette procédure un véritable arbitrage (H. Motulsky, *Ecrits*, t. 1er : *Etudes et notes de procédure civile*, Dalloz, 1973, p. 311 ; La nature de l'arbitrage, in H. Motulsky, *Ecrits*, t. 2 : *Etudes et notes sur l'arbitrage*, Dalloz, 1974, spéc. p. 19 ; note ss. Paris, 8 juill. 1957, JCP 1958. II. 10448 ; G. Flécheux, La Commission arbitrale des journalistes, *Rev. arb.* 1964. 34) et ceux qui lui refusait cette qualification (J.-M. Olivier, Arbitrage et droit du travail, in *Nouvelles perspectives en matière d'arbitrage*, Dr. et patr., mai 2002, n° 104, p. 52 spéc. p. 54 ; C. Jarrosson, *La notion d'arbitrage*, LGDJ, 1987, spéc. n° 23 ; R. Perrot, Fonctionnement de la Commission arbitrale des journalistes au regard du droit judiciaire privé, *Gaz. Pal.* 1996. II. Doctr. 1382, spéc. n° 4 ; T. Clay, L'arbitrage, justice du travail, in *Procès du travail, Travail du procès*, LGDJ, 2008, p. 99, spéc. n° 26-36). Cet arrêt s'écarte donc de la jurisprudence antérieure qui semblait retenir la qualification d'arbitrage pour la Commission arbitrale des journalistes puisqu'elle lui appliquait les dispositions du code de procédure civile sur l'arbitrage (Paris, 6 mai 1993, *Rev. arb.* 1997. 275, obs. C. Vergne ; 13 oct. 2005, *D.* 2005. Pan. 3050, spéc. 3062, obs. T. Clay

▣), quand bien même on avait déjà pu relever qu'il s'agissait surtout de solutions de circonstances destinées à sauver les sentences (T. Clay, *L'arbitrage, justice du travail, op. cit.*, spéc. n° 33). Il semble désormais acquis que cette Commission arbitrale des journalistes, qualifiée de « juridiction étatique », n'a plus d'arbitrage que le nom, ce qui est encore trop.

On regrettera d'autant plus alors que la loi dite de simplification du droit n'ait pas opéré la même clarification (**L. n° 2009-526, 12 mai 2009** de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures, JO 13 mai, p. 7920 ; D. 2009. Actu. lég. 1332 ▣ ; *Arbitrage-adr* 2009. 1621, obs. L. Degos ; JCP 2009. I. 295, § 12, obs. S. Bortoluzzi ; JCP 2009. I. 369, § 2, obs. T. Clay). Il a fallu un peu de temps pour s'en apercevoir, mais la nouvelle disposition est là, venue de nulle part, nichée au milieu de ce texte indigeste long de 140 articles et 66 pages du Journal officiel (D. 2009. Edito. 1329, obs. F. Rome ▣) qui étend considérablement les pouvoirs du bâtonnier dans la résolution des conflits entre avocats. Le bâtonnier s'impose comme arbitre, même à ceux qui ne veulent pas de lui. C'est un « arbitrage » plus forcé que jamais ; ce n'est donc pas un arbitrage du tout. Il fallait manifestement faire plaisir au bâtonnier de Paris. C'est chose faite.


IV - Procédure arbitrale

A - Loyauté procédurale

Face à la multiplication des moyens invoqués pour attaquer les sentences arbitrales, la cour d'appel de Paris s'embarrasse de moins en moins dans sa réponse et brandit l'arme absolue, tel le crucifix face au vampire : l'*estoppel* ! Le recourant ayant préalablement accepté ce qu'il dénonce, il n'est plus recevable à le critiquer. Les exemples se sont multipliés les dernières années (pour une remarquable étude récente : D. Houtcieff, *Essai de maïeutique juridique : la mise au jour du principe de cohérence*, JCP 2009. I. 463). C'est au tour de la Cour de cassation d'être contaminée par ce virus de l'*estoppel* et, pour la première fois, d'utiliser expressément l'expression (**Civ. 1re, 6 mai 2009, n° 08-10.281, SA Jean Lion**, Bull. civ. I, n° 86 ; D. 2009. AJ 1422, obs. X. Delpech ; RTD com. 2009. 546, obs. E. Loquin ▣ ; LPA 2009, n° 144, note D. Mouralis ; JCP 2009. II. 534, note G. Bolard ; JCP 2009. Actu. 255, obs. J. Béguin ; JCP 2009. I. 462, § 7, obs. J. Béguin ; Procédures 2009. 236, note B. Rolland), dont elle avait déjà consacré le principe dans un arrêt remarqué (Civ. 1re, 6 juill. 2005, *Golshani*, Bull. civ. I, n° 302 ; D. 2006. Jur. 1424, note E. Agostini, et 2005. Pan. 3050, obs. T. Clay ▣ ; RTD com. 2006. 309, obs. E. Loquin ▣ ; Rev. arb. 2005. 993, note P. Pinsolle ; Rev. crit. DIP 2006. 602, note H. Muir Watt ; Gaz. Pal., 24-25 févr. 2006, p. 18, obs. F.-X. Train ; Lettre jurist. affaires, 12 sept. 2005, n° 753, obs. E. Kleiman ; RDC 2006. 1279, obs. B. Fauvarque-Cosson). L'*estoppel* est utilisé ici pour sanctionner un comportement de particulière mauvaise foi d'un liquidateur judiciaire qui prétendait, dans le cadre d'un appel contre l'ordonnance d'exequatur d'une sentence arbitrale rendue à Londres, qu'il n'avait pas été valablement informé des différentes étapes de la procédure arbitrale au motif que c'est la société dont il est l'associé qui était destinataire des courriers, et non lui-même personnellement. Il ajoutait du même coup que les organes de la procédure collective n'avaient donc pas été mis en cause, ce qui contrevenait au principe, d'ordre public international, de suspension des poursuites individuelles. La Cour répond en examinant l'ensemble des pièces du dossier montrant que ce liquidateur avait été personnellement informé, même s'il n'était pas individuellement destinataire des courriers et refuse donc d'annuler la sentence. Cet arrêt attribue ainsi à l'*estoppel* un rôle à la fois nouveau et plus prégnant puisqu'il peut primer sur des principes d'ordre public international, comme le principe du contradictoire et celui de la suspension des poursuites individuelles en cas de procédure collective. Munie de l'*estoppel*, la haute juridiction en profite pour exprimer ses critiques à l'égard du liquidateur auquel elle reproche de s'être tenu « *en embuscade* » pour préparer son opposition à l'exequatur de la sentence en France. Et elle énonce que « *la règle de l'estoppel s'oppose (...) à ce que le liquidateur judiciaire qui n'a rien trouvé à dire pendant l'arbitrage tire désormais pour s'opposer à l'exécution de la sentence, des conséquences au plan des grands principes du procès d'événements dont il était parfaitement informé* ». L'irritation de la Cour est parfaitement perceptible. Pour être sûr de bien la faire comprendre, l'arrêt sanctionne le liquidateur indélicat à 50 000 € sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile.

B - Secret-défense



Assurément l'affaire des *frégates de Taiwan* a empoisonné la politique française depuis près de quinze ans, navigant dans les eaux troubles des commissions, rétro-commissions, corruption et autre secret-défense. Mais elle est aussi sur le point de contaminer le droit de l'arbitrage international de manière sans doute plus inattendue. Deux décisions rendues en 2009, l'une en France, l'autre en Suisse, concernent directement cette affaire.

Dès lors que nous avons approuvé dans ces colonnes l'arrêt de la cour d'appel de Paris qui avait autorisé le tribunal arbitral à poursuivre l'instance en dépit du fait qu'une partie du dossier est couverte par le secret-défense, solution d'autant plus logique que l'on sait que dans ce dossier le secret-défense ne sera jamais levé (Paris, 29 juin 2006, D. 2006. Pan. 3026, spéc. 3031, obs. T. Clay  ; *L'Express* 15-21 févr. 2007, p. 54, obs. J.-M. Pontaut), on sera autorisé à critiquer l'arrêt de la Cour de cassation qui casse l'arrêt parisien (**Civ. 1re, 11 févr. 2009, n° 06-18.746**, Bull. civ. I, n° 25 ; D. 2009. AJ 557, obs. X. Delpech ; Rev. arb. 2009. 517, note C. Jarrosson ; JCP 2009. I. 148, § 11, obs. J. Ortscheidt ; JCP 2009. Actu. 104, obs. G. Chabot ; *Global Arbitration Review* 20 févr. 2009). Surtout que la cassation est prononcée sur le terrain pour le moins inattendu de l'insuffisance de motivation (art. 455 c. pr. civ.) et non pas sur la question pourtant importante et inédite de l'arbitrabilité d'un litige dont une partie est couverte par le secret-défense. Qu'on en juge : « *Attendu que, pour rejeter le recours en annulation, l'arrêt décide que c'est à bon droit que le tribunal arbitral a estimé que les demandes dans leur objet étaient arbitrables et susceptibles d'être tranchées au terme d'un procès équitable ; qu'en se prononçant ainsi, par une clause de style, dépourvue de toute motivation précise et de toute référence explicite aux motifs des arbitres dont elle estimait le raisonnement pertinent, la cour d'appel n'a pas mis la Cour de cassation en mesure d'exercer son contrôle et, partant, n'a pas satisfait aux exigences du texte susvisé* ». Outre qu'elle tient de la leçon de rédaction d'arrêt infligée à la cour d'appel de Paris, cette décision surprend par sa... motivation ! Même s'il s'agit d'une cassation qui se veut purement disciplinaire, elle ne semble ni à la hauteur de l'enjeu de la question, ni particulièrement bienvenue de la part d'une Cour de cassation dont le moins que l'on puisse dire est qu'elle ne se caractérise pas par un style délié. Vivement l'arrêt de la cour de renvoi qu'on puisse connaître la suite de cette saga passionnante.

En attendant, on pourra patienter avec la décision rendue par le Tribunal fédéral suisse dans une autre partie de ce dossier tentaculaire (**TF suisse, 6 oct. 2009, n° 4A-596/2008**, *Arbitrage-adr* n° 1666, obs. L. Hirsch ; *Global Arbitration Review* 23 oct. 2009 ; *www.lexpress.fr* 30 oct. 2009, obs. E. Pelletier et J.-M. Pontaut). Cet arrêt est utile en ce qu'il récapitule de manière dépassionnée l'ensemble des faits de cette affaire complexe sur plus de dix pages qui se lisent comme un roman d'espionnage de haute tenue. Mais l'arrêt retiendra surtout l'attention en ce qu'il annule la sentence arbitrale CCI rendue le 31 juillet 1996 qui avait condamné la société Thomson (devenue Thales) à verser les commissions promises aux intermédiaires pour l'achat des six frégates vendues par la France à Taiwan (25 millions de dollars et 12 millions de francs). Cette décision est d'autant plus retentissante que le même Tribunal fédéral suisse avait déjà rejeté un recours en annulation contre cette même sentence le 28 janvier 1997. Se pose alors une série de questions : comment le Tribunal fédéral peut-il accueillir un recours à propos d'une question sur laquelle il a déjà statué ? Réponse : parce qu'il s'agissait cette fois-ci d'un recours en révision et non pas d'un recours en annulation dont on sait qu'il a été créé par la jurisprudence suisse en 1992 (TF suisse, 11 mars 1992, *ATF*, 118 II 199 ; Rev. arb. 1993. 115, note P.-Y. Tchanz), et confirmé depuis (TF suisse, 16 oct. 2003, *ATF*, 129 III 727 ; 14 mars 2008, *ATF*, 134 III 286). Comment un recours en révision, qui suppose un élément nouveau prouvant que la décision a été surprise par fraude, a pu être recevable en l'espèce ? Réponse : c'est l'ordonnance rendue par un juge d'instruction français, Renaud Van Ruymbeke, le 1er octobre 2008 qui fournit cet élément nouveau. Mais comment cette ordonnance peut avoir un tel effet alors qu'elle a conclu à un non-lieu ? Réponse : elle énonçait dans ses motifs qu'Alfred Sirven, l'intermédiaire du côté français du dossier, était l'auteur d'une escroquerie au procès arbitral « *consistant à avoir leurré les arbitres par une machination propre à faire condamner Thomson à payer des commissions indues* ». Et le fait que l'action publique contre lui soit éteinte en raison de son décès ne change rien, cette seule affirmation dans l'ordonnance du 1er décembre 2008 suffit à constituer le fait nouveau

susceptible de rendre recevable en Suisse le recours en révision contre la sentence arbitrale et, au final, d'annuler cette sentence. Cette sanction est le signe d'une coordination exceptionnelle entre les justices étatiques française et suisse pour venir à bout d'une sentence rendue dans des conditions douteuses, alors que les arbitres avaient estimé que le contrat d'intermédiaire litigieux n'était « entaché d'aucun vice de nullité », avait une « cause réelle et sérieuse » et ne constituait en rien la rémunération d'un trafic d'influence en France. L'arbitrage ne doit pas être le sanctuaire des pratiques illégales du commerce international, et les contrats de corruption ne doivent pas trouver en l'arbitre l'auxiliaire de leur exécution. Ironie de l'histoire : l'invitation lancée par le Tribunal fédéral aux arbitres ayant constitué le tribunal arbitral à se réunir à nouveau, même si l'un est décédé. Pas sûr que les deux autres en aient envie !





C - Anti-suit injunctions

Une fois n'est pas coutume, c'est d'une *anti-suit injunction* entre juridictions étatiques qu'il s'agissait dans une affaire qui a déjà fait grand bruit (**CJCE 10 févr. 2009, n° C-185/07, Allianz SpA c/ West Tankers**, LPA 2009, n° 53, note S. Clavel ; D. 2009. Jur. 981, note C. Kessedjian, et Pan. 2384, obs. S. Bollée ; RTD civ. 2009. 357, obs. P. Thery  ; RTD com. 2009. 644, obs. P. Delebecque  ; Rev. arb. 2009. 407, note S. Bollée ; Rev. crit. DIP 2009. 373, note H. Muir Watt ; JCP 2009. I. 148, § 3, obs. C. Seraglini ; JCP 2009. I. 462, § 4, obs. J. Béguin ; DMF 2009. 211, obs. R. Carrier ; JCP 2009. I. 181, § 18, obs. F. Riem ; JCP 2009. II. 227, note P. Callé ; Gaz. Pal., 17-18 juill. 2009, cah. arb. 2009/2, p. 20, obs. A. Mourre et A. Vagenheim). Mais cette *anti-suit injunction* était motivée par l'existence d'une convention d'arbitrage. Une partie avait en effet demandé à la juridiction judiciaire anglaise d'ordonner une *anti-suit* au juge italien pour qu'il renonce à se déclarer compétent dans un litige où cette partie était opposée aux assureurs de l'entreprise avec laquelle elle était liée par une clause compromissoire. La Chambre des Lords interrogea alors la CJCE. Après avoir rappelé que le règlement de Bruxelles n° 44/2001 exclut l'arbitrage de son champ d'application, et que l'*anti-suit* n'en relève pas non plus, la CJCE estima qu'« une injonction visant à interdire à une personne d'engager ou de poursuivre une procédure devant les juridictions d'un autre Etat membre, au motif qu'une telle procédure serait contraire à une convention d'arbitrage, est incompatible avec le règlement de Bruxelles n° 44/2001 ». En d'autres termes, cet arrêt privilégie le règlement de Bruxelles, et son « effet utile », au détriment de la convention d'arbitrage. Il est assez représentatif de la tendance actuelle visant à tenter de faire désormais entrer l'arbitrage dans le champ d'application du règlement de Bruxelles comme le préconise le très contestable rapport *Schlosser*, alors que chacun sait qu'une telle mesure constitue une attaque contre la conception délocalisée de l'arbitrage international et le conduirait à sa perte. Mais peut-être est-ce justement l'effet recherché ?

V - Sentence arbitrale

A - Contrôle de la sentence arbitrale



Depuis quelques années, le débat fait rage sur l'étendue du contrôle de la sentence arbitrale par le juge de l'annulation. Il emprunte deux voies dont on pourrait croire qu'elles sont éloignées, mais qui sont en réalité liées à la conception que l'on se fait de l'arbitrage et notamment de son degré d'autonomie par rapport à la justice étatique. Qu'il s'agisse du contrôle de la mission de l'arbitre devant statuer en équité ou du contrôle de l'application d'une règle d'ordre public, à chaque fois c'est bien l'autonomie de l'arbitrage qui est en jeu.

Sur la question du contrôle de l'application par l'arbitre de l'équité, la jurisprudence est clairement revenue à un contrôle formel par trois décisions récentes, alors qu'elle avait semblé prendre la direction inverse (Civ. 1re, 28 nov. 2007, Bull. civ. I, n° 369 ; D. 2008. AJ 26, obs. X. Delpech  , et Pan. 180, spéc. 187, obs. T. Clay  ; RTD com. 2008. 521, obs. E. Loquin  ; LPA 2008, n° 60-61, note L. Jaeger). Il n'aura fallu qu'un an pour que la première chambre civile de la Cour de cassation (**Civ. 1re, 17 déc. 2008, n° 07-19.915, SAS Odalys**, Bull. civ. I, n° 284 ; D. 2009. AJ 173, obs. X. Delpech ; RTD com. 2009. 550, obs. E. Loquin  ; JCP 2009. II. 10012, note J. Béguin ; LPA 2009, n° 53, note L. Coutelier ; JCP 2009. I. 148, § 1er, obs. J. Béguin ; JCP 2009. Actu. 30, obs. J. Béguin ; Spain Arb. rev. 2009/6, p. 148, note J.-M. Garcia Represa) entende les critiques formées contre sa précédente décision

qui semblait avoir abandonné un contrôle strictement cursif de la mission de l'arbitre amiable compositeur au profit d'une investigation plus poussée sur la réalité du fondement qui avait servi au raisonnement de l'arbitre. Cette position était intenable car elle impliquait nécessairement un contrôle du bien jugé de la décision (sur la question, cf. en dernier lieu : J. Béguin, L'étonnante liberté de l'arbitre amiable compositeur, *in* De Code en code, *Mélanges en l'honneur du Doyen Georges Wiederkehr*, Dalloz, 2009, p. 1). En sanctionnant la décision qui ne faisait « aucune référence à l'équité ou à la mission d'amiable compositeur qui lui avait été conférée », la Cour de cassation privilégie un contrôle purement formel selon que les mots « équité » ou « amiable composition » figurent ou non dans la sentence pour évaluer si celle-ci a été rendue en équité, sans s'intéresser à la réalité de la manière dont elle a été rendue. Elle met ainsi la distance nécessaire entre le juge et l'arbitre, et renvoie son arrêt du 28 novembre 2007 à l'état de parenthèse, soit mauvaise, soit mal interprétée.

D'autant que cette nouvelle jurisprudence a déjà été suivie, à la fois par la cour d'appel de Paris dans deux arrêts du même jour qui cantonnent le contrôle de la mission de l'arbitre à la recherche de la mention du mot « équité » (**Paris, 7 mai 2009**, *Sté Etablissement Ruze*, préc.), et par la même première chambre civile (**Civ. 1re, 8 juill. 2009, n° 08-17.536**, *Sté Grande Armée Investissement*, inédit), qui énonce que le contrôle de la décision des arbitres « une fois vérifiée la réalité de la référence à l'équité dans la limite de ses pouvoirs, échappe au juge de l'annulation ». Une précision finale qui n'est bien sûr pas anodine, compte tenu des débats sur ce sujet, lesquels devraient sans doute désormais être clos.

Et, pour mieux affirmer encore l'absolue impossibilité du juge de l'annulation d'empiéter sur le raisonnement de l'arbitre, la Cour de cassation a cassé un arrêt qui, non seulement avait outrepassé ce principe, mais qui en plus s'était trompé de raisonnement en plongeant dans l'analyse du rayonnement d'une enseigne de distribution en tenant compte du comportement des sociétés tierces à l'arbitrage (**Com. 26 mai 2009, n° 08-11.588**, *Sté Prodim*, JCP 2009. I. 462, § 1er, obs. J. Béguin ; CCC 2009. 223, note M. Malaurie-Vignal).

Si la question du contrôle de l'application de l'ordre public n'est pas moins controversée en doctrine, bien au contraire, elle est plus linéaire en jurisprudence où, depuis le célèbre arrêt *Thales*, cour d'appel de Paris et Cour de cassation se sont unies pour refuser d'annuler les sentences arbitrales qui ne violeraient pas l'ordre public international de manière « flagrante, effective et concrète ». La formule a fait florès et, même si elle a pu être critiquée en doctrine par certains auteurs qui proposent de remplacer un mot par un autre (C. Seraglini, Le contrôle de la sentence au regard de l'ordre public international par le juge étatique : mythes et réalités, *Gaz. Pal.*, 20-21 mars 2009, cah. arb. 2009/1, p. 5, spéc. n° 32), elle s'est désormais installée, surtout depuis qu'elle a été consacrée par la Cour de cassation dans l'arrêt *SNF* du 4 juin 2008, et qu'elle a été spectaculairement ralliée par la cour d'appel de Bruxelles (**Bruxelles, 22 juin 2009, n° 2009/4857**, *Rev. arb.* 2009. 574, note A. Mourre ; LPA 2010, note M. Iborra, à paraître), dans la même affaire *SNF*. La cour d'appel de Bruxelles infirme le jugement de première instance qui avait annulé des sentences arbitrales exequaturées en France (TPI Bruxelles, 8 mars 2007, D. 2007. Pan. 2562, spéc. 2571, obs. S. Bollée , et 2008. Pan. 180, spéc. 190, obs. T. Clay  ; *Rev. arb.* 2007. 303, note A. Mourre et L. Radicati de Brozolo). Par cette décision spectaculaire, le droit belge adopte la conception française minimaliste du contrôle de l'ordre public.

Dans la période sous chronique, on retrouve exactement la même formule sous la plume de la Cour de cassation dans une affaire qui, pour la première fois, ne concernait pas le droit de la concurrence, mais l'ordre public communautaire de protection des agents commerciaux (**Civ. 1re, 11 mars 2009, n° 08-12.149**, *A. de Premont*, *Bull. civ. I*, n° 48 ; D. 2009. AJ 880, obs. X. Delpesch ; LPA 2009, n° 144, note C. Tse ; JCP 2009. I. 148, § 10, obs. C. Seraglini). La haute juridiction a, une fois de plus, précisé que la cour d'appel ne devait pas entrer dans la révision au fond des sentences arbitrales. On retrouve encore la formule dans un arrêt plus récent de la cour d'appel du Paris qui refuse d'annuler une sentence pour une prétendue violation du droit de la réassurance qui serait d'ordre public international (**Paris, 5 nov. 2009, n° 08/12816**, *Sté Riverstone Insurance UK Ltd*, inédit).

Mais il ne faudrait pas déduire de ces différents refus d'annulation que l'ordre public ne ferait

plus l'objet que d'un contrôle factice. Ainsi, dans une affaire déjà citée (**Civ. 1re, 6 mai 2009, SA Jean Lion, préc.**), la Cour de cassation estima que la violation de l'ordre public était bien avérée. Il s'agissait du principe de suspension des poursuites individuelles en matière de procédures collectives qui n'avait pas été respecté. Est-ce à dire que l'ordre public procédural est plus solidement protégé que l'ordre public substantiel ? C'est en tous les cas, à ce jour, la seule décision, depuis l'arrêt *Thales*, qui retient une violation « flagrante, effective et concrète » de l'ordre public susceptible d'annuler une sentence arbitrale.

B - Exequatur de la sentence arbitrale

Jadis moquée pour son prétendu isolement, la conception française de l'arbitrage international ne cesse de rallier de nouveaux droits étrangers, et la force d'attraction qu'elle suscite voit s'effondrer une à une les résistances dans une sorte de course où, désormais, la question est de savoir qui sera le dernier à comprendre que l'arbitrage international n'a pas de frontière. Le dernier ralliement en date est le plus emblématique car il est celui du pays berceau de la Convention de New York et où la critique doctrinale à l'égard de la conception délocalisée de l'arbitrage international est sans doute la plus virulente. La symbolique est d'autant plus forte que le pas est franchi dans un contentieux aux dimensions inégalées, à savoir l'affaire *Youkos*. Sans qu'il soit possible d'entrer ici dans le détail de ce litige, on retiendra simplement que la cour d'appel d'Amsterdam a permis l'exécution aux Pays-Bas d'une sentence arbitrale qui avait été annulée au lieu du siège du tribunal arbitral, à savoir en Russie, pour absence d'indépendance d'un arbitre qui avait participé à un séminaire commercial avec l'un des associés du cabinet d'avocats d'une des parties (**Amsterdam, 28 avr. 2009, n° 200.005.269/01**, Rev. arb. 2009. 557, note S. Bollée ; LPA 2010, note M. Iborra, à paraître ; *Arbitrage-adr* n° 1616, obs. D. Litvinski). Quel que soit le motif invoqué à l'appui de cette annulation qui apparaît, il est vrai, fantaisiste, l'enseignement que l'on peut en tirer est clair : les sentences annulées au siège peuvent être exequaturées aux Pays-Bas. Et ceux qui plaident pour un refus automatique d'exequatur des sentences annulées en seront pour leurs frais. C'est bien à un examen au cas par cas de l'exequatur sollicité par le juge de l'Etat où celui-ci est demandé auquel il est procédé. Le pouvoir se transfère donc progressivement du juge du siège au juge de l'exequatur. Tel est très exactement le sens de la jurisprudence *Hilmarton-Putrabali* sur laquelle le droit positif néerlandais vient donc, à son tour, spectaculairement de s'aligner.

VI - Recours

Après la convention d'arbitrage, c'est maintenant la sentence qui semble devenir une forteresse imprenable tellement il est désormais difficile d'en obtenir l'annulation. Dès lors, certaines parties qui succombent ont tendance à chercher d'autres voies pour attaquer la décision, ou du moins pour en limiter les effets, en s'en prenant soit à la sentence par des recours extraordinaires, soit même aux acteurs de la procédure.

A - Recours extraordinaires contre la sentence

Rien que dans la période récente, on peut relever que le recours en révision a été soudainement sorti de l'oubli pour permettre l'annulation d'une sentence rendue dans une affaire sulfureuse treize ans plus tôt (**TF suisse, 6 oct. 2009**, affaire des *frégates de Taiwan*, préc.), et que la tierce opposition vient elle aussi d'être utilisée dans une affaire hors du commun qui invite à se transporter avec envie dans le Paris du XIXe siècle, lorsque la capitale française était l'épicentre de l'activité culturelle européenne, ce qui est pour le moins inusuel en droit positif de l'arbitrage international, et plus encore à propos d'un conflit ne concernant que des Polonais qui s'affrontent depuis plus d'un siècle à propos d'un immeuble situé dans ce qui s'appelait alors le quai d'Orléans (**Civ. 1re, 8 oct. 2009, n° 07-21.990**, *Association de défense de la bibliothèque polonaise*, à paraître au *Bulletin* ; Rép. com. Dalloz, act. nov. 2009, p. 6, obs. X. Delpech). C'est en 1865 que cet immeuble fut acquis par la Société historique et littéraire polonaise (SHLP), constituée dès 1832. Il sera cédé en 1893, avec le fonds d'ouvrages, d'archives et d'oeuvres d'art qu'il abritait, à ce qui deviendra ensuite l'Académie polonaise des sciences et des lettres (APSL). Près de soixante ans plus tard, en 1951, la cédante demande la révocation de la cession, demande qui sera déclarée irrecevable. Encore

quarante ans s'écoulaient avant que, en 1990, le président de la République polonaise ordonne la restitution des biens à la SHLP. S'ensuivront encore de multiples péripéties jusqu'à la conclusion d'un accord le 14 janvier 2002 prévoyant la constitution d'une association, l'Association de défense de la bibliothèque polonaise (ADBP), laquelle renvoie à l'arbitrage en cas de litige. Un compromis d'arbitrage fut conclu le 12 février 2002 et le 5 mars 2003 une sentence arbitrale fut rendue déclarant l'APSL propriétaire de l'immeuble et des biens qu'il contenait jusqu'en 1946, date à laquelle la SHLP a repris la gestion du lieu. Cette sentence sera exécutée le 26 mai 2003. Mais certains membres de la SHLP agissent alors en nullité, et sont rejoints par l'ADBP elle-même. Le recours en annulation est rejeté par la cour d'appel de Paris le 31 octobre 2006. Le pourvoi qui attaque l'arrêt est particulièrement dense puisqu'il contient trois moyens, les deux premiers composés de neuf branches, et le troisième de cinq, soit au total 24 arguments. Tous ne semblent pas pertinents, loin s'en faut, et ne méritent pas d'être commentés. La Cour de cassation rejette le premier moyen articulé sur une critique de fond de la sentence arbitrale en énonçant classiquement que la cour d'appel a bien répondu aux conclusions et qu'elle n'est pas tenue « de suivre les parties dans le détail de leur argumentation, ni de répondre à de simples allégations ou à des griefs inopérants ». Le message est clair. Le deuxième moyen est du même acabit : il reprochait à la cour d'appel de n'avoir pas annulé la sentence en raison de la nullité des délibérations prises par l'assemblée générale de la SHLP - dont celles qui ont permis le recours à l'arbitrage - qui auraient violé les règles de calcul des majorités, auraient été insuffisamment informées, voire manipulées, dont les décisions auraient été surprises par dol, avec des ordres du jour travestis, etc. Autant de moyens qui, s'ils ne paraissaient aussi attrape-tout, auraient pu soulever la seule question pertinente, à savoir la nullité de la convention d'arbitrage conclue dans des conditions non valables. Mais, encore aurait-il fallu pour cela que la question ait été d'abord discutée devant les arbitres, ce qui ne semble pas avoir été le cas ; les parties sont donc réputées avoir renoncé à s'en prévaloir. C'est pourquoi la première chambre civile n'a plus qu'à s'abriter derrière l'appréciation souveraine des juges du fond pour rejeter ce deuxième moyen. Quant au troisième moyen, il contestait l'irrecevabilité de la tierce opposition qui avait été formée contre la sentence par l'ADBP et certains de ses membres, au prétexte qu'il y avait eu une fraude dans leur représentation et que la tierce opposition serait en conséquence recevable. Mais, pour qu'un tel recours extraordinaire puisse être recevable, encore faut-il qu'il s'agisse d'arbitrage interne et non d'arbitrage international, puisque le premier accepte la tierce opposition (art. 1481, al. 2, c. pr. civ.) quand le second la refuse. Le pourvoi prétendait que l'arbitrage était interne puisqu'il n'y avait pas eu de franchissement de frontières, et que la nationalité étrangère des parties n'était pas suffisante à conférer une dimension internationale à cet arbitrage, ce qui est exact. Mais la Cour de cassation rejette également ce moyen au motif que l'immeuble litigieux avait été cédé et exploité à l'aide de capitaux étrangers, ce qui suffit à qualifier d'international cet arbitrage, et rend donc la tierce opposition irrecevable. La solution semble à l'abri de la critique, même si la cession s'était faite sans capitaux puisqu'il s'agissait d'une donation, mais parce que l'entretien et l'exploitation qui ont suivi ont nécessairement donné lieu à un « flux et reflux » de capitaux à travers les frontières.

B - Recours contre les acteurs de l'arbitrage

Parmi les autres recours intentés pour gagner autrement ce qu'on n'a pas obtenu du tribunal arbitral on relève une tendance à s'en prendre non plus aux sentences, mais aux acteurs de l'arbitrage. Les trois principaux ont été récemment mis en cause : l'arbitre, le centre d'arbitrage et le juge judiciaire saisi du recours en annulation.

Si une action en responsabilité civile récemment intentée contre des arbitres a été rejetée d'une manière qui n'en finit pas de surprendre (Paris, 6 nov. 2008, préc.), tel n'est pas le cas de l'action en responsabilité civile menée contre le centre d'arbitrage qui semblait, elle, logiquement vouée à l'échec (**Paris, 22 janv. 2009, n° 07/19492, SNF c/ CCI**, Clunet 2009. 617, note T. Clay ; LPA 2009, n° 143, obs. C. Jallamion ; JCP 2009. I. 148, § 12, obs. J. Ortscheidt ; *Journ. of Intern. Arb.*, vol. 26, n° 4, 2009. 579, obs. L. Kiffer ; Spain Arb. rev. 2009/6, p. 138, note V. Allan), même si les fondements juridiques de la décision ne convainquent pas en ce qu'ils opèrent une confusion, nous semble-t-il, tant sur le moment où est formé le « contrat d'organisation de l'arbitrage », c'est-à-dire le contrat conclu entre les parties et le centre d'arbitrage, que sur la validité de la clause limitative de responsabilité

insérée dans le règlement d'arbitrage (cf. notes préc. T. Clay ; C. Jallamion).

Encore plus audacieux était le pourvoi formé contre un arrêt de la cour d'appel de Paris (Paris, 6 déc. 2007, *A. de Premont*, D. 2008. Pan. 3111, spéc. 3118, obs. T. Clay ☞) articulé autour de deux moyens, l'un classique, l'autre original (**Civ. 1re, 11 mars 2009**, *A. de Premont*, préc.). Il était d'abord reproché à la sentence d'avoir violé les règles d'ordre public communautaire de protection des agents commerciaux (cf. *supra*). Il était ensuite contesté que la cour d'appel ait pu statuer en toute impartialité alors que l'un des juges la composant avait été auparavant secrétaire général de la cour d'arbitrage sous l'égide de laquelle la sentence avait été rendue. Le demandeur allant jusqu'à penser que la cour d'appel rechignerait du coup à annuler les sentences rendues sous l'autorité de ce centre d'arbitrage. Plutôt que de se laisser entraîner sur ce terrain désagréable, la première chambre civile répond en rappelant les fonctions réelles d'un centre d'arbitrage qui n'est pas de juger les litiges, mais d'organiser l'arbitrage : « *Attendu que la Cour internationale d'arbitrage (...) exerce seulement des fonctions d'organisation de l'arbitrage, n'a aucun pouvoir juridictionnel et n'intervient pas dans la mission juridictionnelle des arbitres, de sorte que l'impartialité de ce magistrat ne peut être légitimement suspectée* ». Ce faisant, la Cour de cassation reprend, presque mot pour mot, les termes de la jurisprudence antérieure qui distingue bien depuis plus de vingt-cinq ans entre les fonctions d'organisation de l'arbitrage dévolues au centre d'arbitrage, et les fonctions juridictionnelles propres aux arbitres (cf. déjà : TGI Paris, 28 mars 1984, *Raffineries de pétrole d'Homs et de Banias*, Rev. arb. 1985. 141 (1re esp.), et 235, obs. P. Fouchard ; RTD civ. 1984. 549, obs. J. Normand ; D. 1984. Flash. 16 ; Paris, 29 nov. 1985, *SCPA*, Rev. arb. 1987. 335, et 225, obs. P. Fouchard, spéc. n° 7 et 41 ; TGI Paris, 28 janv. 1987, *Rép. de Guinée*, Rev. arb. 1987. 371 (3e esp.), et 225, obs. P. Fouchard, spéc. n° 30, 33 s., et 42), ce qui a encore été rappelé récemment par la cour d'appel de Paris (13 mars 2008, *CETIM*, D. 2008. Pan. 3114 et 3116, obs. T. Clay ☞). Si la solution doit être approuvée car chacun sait que la première chambre C de la cour d'appel de Paris a été et demeure, même sous un autre nom et avec une autre composition, imperméable à toute forme de pression, et que son impartialité est à l'abri de toute forme de critique, il n'en demeure pas moins que la motivation adoptée dans l'arrêt de la première chambre civile ne semble pas pleinement satisfaisante parce que l'impartialité du magistrat ne saurait dépendre de la nature des fonctions précédentes qu'il exerçait au sein du centre d'arbitrage. Son impartialité aurait-elle été moindre si sa mission antérieure avait été plus interventionniste sur les sentences arbitrales ? N'est-ce pas plutôt parce que ses fonctions antérieures sont terminées depuis de nombreuses années, qu'elles sont notoires et que le litige soumis n'a aucun rapport avec ces fonctions que son indépendance et son impartialité sont garanties ? Toujours est-il que cette affaire souligne, une fois encore, la tendance actuelle au durcissement des recours contre l'arbitrage. Après s'en être pris aux arbitres, puis aux centres d'arbitrage, voilà qu'on s'en prend aux magistrats ayant siégé dans les formations qui rejettent les recours. Où s'arrêtera-t-on ?

Modes alternatifs de règlement des litiges

Les modes alternatifs de règlement des litiges continuent à gagner du terrain, parfois dans les matières les plus inattendues. Ainsi, par exemple, une circulaire du 7 septembre 2009 autorise et organise précisément la conclusion et l'exécution des transactions en matière de contrats de la commande publique (**Circ. 7 sept. 2009**, JO 18 sept., p. 15230 ; D. 2009. Actu. lég. 2273 ; JCP 2009, n° 40, p. 4 ; LPA 2009, n° 236, obs. J.-B. Bousquet).

Dans le même temps, les modes alternatifs gagnent aussi en intensité. C'est du moins ce qui ressort d'un important arrêt de la Cour de cassation qui a expressément étendu la clause de médiation de la célèbre jurisprudence *Saint-Valentin* sur la clause de conciliation (**Civ. 1re, 8 avr. 2009**, n° 08-10.866, *Sté MG international*, Bull. civ. I, n° 78 ; D. 2009. AJ 1284, obs. X. Delpech ; JCP 2009. I. 43, note O. Cuperlier, et I. 369, § 9, obs. S. Amrani Mekki, et I. 462, § 9, obs. J. Béguin ; Procédures 2009. 203, note H. Croze). La première chambre civile approuve en effet les juges du fond d'avoir décidé que le non-respect d'une clause de médiation constituait une fin de non-recevoir au sens de l'article 122 du code de procédure

civile. Elle consacre ainsi la force obligatoire de la clause de médiation au même titre que la clause de conciliation, et achève le processus d'assimilation de ces deux modes contractuels de résolution des litiges, que seuls certains débats doctrinaux très sophistiqués s'échinaient à vouloir distinguer. En vain manifestement.

Mots clés :

ARBITRAGE * Panorama 2009

(1) **Bibliographie : Ouvrages généraux** : J.-J. Arnaldez, Y. Derains et D. Hascher, *Recueil des sentences arbitrales de la CCI 2001-2007*, vol. V, ICC Publishing & Kluwer, 2009 ; P. Bernardini, *L'arbitrato nel commercio e negli investimenti internazionali*, 2e éd., Giuffrè, 2008 ; G. B. Born, *International Commercial Arbitration*, Wolters Kluwer, 2009 ; M. W. Bühler et T. H. Webster, *Handbook of ICC Arbitration. Commentary, Precedents, Materials*, 2e éd., Thomson, Sweet & Maxwell, 2008 ; L. Cadiet et E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, 6e éd., Litec, coll. Manuels, 2009 ; E. Canal-Forques, *Le règlement des différends à l'OMC*, 3e éd., Bruylant, 2009 ; D. Carreau, *Droit international*, 10e éd., Pedone, coll. Etudes internationales, 2009 ; S. Dauchy, V. Demars-Sion, A. Deperchin, T. Le Marc'hadour (dir.), et S. Castelain (coord.), *La résolution des conflits. Justice publique et justice privée : une frontière mouvante. Rapport de recherche*, Mission de recherche Droit & justice, Centre d'histoire judiciaire, 2008 ; J.-L. Delvolvé, G. H. Pointon et J. Rouche, *French Arbitration Law and Practice. A dynamic Civil Law Approach to International Arbitration*, 2e éd., Kluwer Law International, 2009 ; J. Fouret et D. Khayat, *Recueil des commentaires des décisions du CIRDI (2002-2007)*, préf. d'A. Pellet, Bruylant, coll. Mondialisation et droit international, 2008 ; E. Gaillard (dir.), *State Entities in International Arbitration, IAI Series On International Arbitration*, t. 4, JurisNet, 2008 ; M. Guillaume-Hofnung, *La médiation*, 5e éd., PUF, coll. Que-sais-je ?, 2009 ; S. Guinchard, G. Montagnier, A. Varinard et T. Debard, *Institutions juridictionnelles*, 10e éd., Dalloz, coll. Précis-droit privé, 2009 ; S. Guinchard (dir.), *Droit et pratique de la procédure civile. Droit interne, droit communautaire*, 6e éd., Dalloz Action, 2009 ; S. Guinchard, F. Ferrand et C. Chainais, *Procédure civile*, 1re éd., Dalloz, coll. HyperCours, 2009 ; K. J. Hopt et F. Steffek, *Mediation*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2008 ; S. Jarvin et A. Magnusson (dir.), *International Arbitration Court Decisions*, 2e éd., JurisNet, 2008 ; H. Kenfack, *Droit de commerce international*, 3e éd., Dalloz, coll. Mementos, 2009 ; G. Keutgen (dir.), *Le recueil de sentences arbitrales du CEPANI, 1996-2005*, Bruylant, 2009 ; A. M. Lorca Navarrete, *La anulaci3n del laudo arbitral*, Universidad Nebrija, Insituto vasco de derecho procesal, 2008 ; P. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gautier, *Les contrats spéciaux*, 4e éd., Defrénois, coll. Droit civil, 2009 ; J. Mestre et M.-E. Pancrazi, *Droit commercial. Droit interne et aspects de droit international*, 28e éd., LGDJ, coll. Manuel, 2009 ; F. Nammour, *Droit et pratique de l'arbitrage interne et international*, 3e éd., Bruylant et LGDJ, 2009 ; P. M. Patocchi et M. Scherer (dir.), *The Swiss International Law Reports*, Jurisnet, vol. 1 & 2, 2007 & 2008 ; L. A. Mistelis et S. L. Brekoulakis (dir.), *Arbitrability. International and Comparative Perspectives*, Kluwer, 2009 ; A. Mourre (dir.), *Les cahiers de l'arbitrage*, vol. IV, Gazette du Palais, 2008 ; Varii autoris, *L'arbitrage*, Dalloz, coll. Archives de philosophie du droit, t. 52, 2009 ; Varii autoris, *L'arbitrage et les tiers*, Colloque du CEPANI, 28 nov. 2008. Bruylant, 2009 ; Varii autoris, *La médiation*, Dalloz, coll. Société de législation comparée, 2009 ; Varii autoris, *La confidentialité dans l'arbitrage. Commentaires sur les textes, la jurisprudence et la pratique*, Bull. CIA de la CCI, suppl. spécial 2009, avant-propos de J. Beechey. **Mélanges** : *Mélanges dédiés à la mémoire du Doyen Jacques Héron*, LGDJ, 2009 ; *Liber amicorum Guy Keutgen*, Bruylant, 2009 ; *De code en code. Mélanges en l'honneur du Doyen Georges Wiederkehr*, Dalloz, 2009. **Thèses** : N. Abdallah, *Le rôle et limites de la volonté des parties dans l'arbitrage international. Étude comparée de droit libanais et de droit français*, thèse dactyl. Aix-Marseille III, sous la dir. de J. Mestre et G. Naffah, soutenue le 5 oct. 2007 ; C. Barnaud, *L'efficacité des clauses relatives aux litiges*, thèse dactyl. Versailles-Saint-Quentin-en-Yvelines, sous la dir. de T. Clay, soutenue le 27 nov. 2009 ; S. Bonomo, *Les Traités bilatéraux d'investissement : entre protection des investissements étrangers et sauvegarde de la souveraineté des Etats*, thèse dactyl. Aix-Marseille III, sous la dir. de J. Mestre et S. Manciaux, soutenue le 5 déc. 2009 ; C. A. Matheus López, *La independencia e imparcialidad del árbitro*, prólogo de A. M. Lorca Navarrete, Universidad Nebrija, Insituto vasco de derecho procesal, 2009 ; C. Panou, *Le*

consentement à l'arbitrage, étude méthodologique du droit international privé de l'arbitrage, thèse dactyl. Panthéon-Sorbonne (Paris I), sous la dir. de V. Heuzé, soutenue le 28 nov. 2008 ; I. Selim, *L'ordre public international : une favor arbitrandum*, thèse dactyl. Bourgogne, sous la dir. de E. Loquin, soutenue le 20 nov. 2009 ; A. C. Simoes e Silva, *Le consentement dans l'arbitrage CIRDI*, thèse dactyl. Panthéon-Sorbonne (Paris I,) sous la dir. de B. Stern, soutenue le 1er déc. 2009 ; M. Taok, *La résolution des contrats dans l'arbitrage commercial international*, préf. de R.-N. Schültz, Delta et Bruylant, 2009.

Recueil Dalloz © Editions Dalloz 2010