



Les rapports entre la justice étatique et la justice arbitrale : Etude comparative France-OHADA

Balbine Léa Modukpé Kouchanou

► To cite this version:

Balbine Léa Modukpé Kouchanou. Les rapports entre la justice étatique et la justice arbitrale : Etude comparative France-OHADA. Droit. Université de Perpignan, 2019. Français. $\langle$ NNT : 2019PERP0011 $\rangle$. $\langle$ tel-02281906 $\rangle$

HAL Id: tel-02281906

<https://theses.hal.science/tel-02281906v1>

Submitted on 9 Sep 2019

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



HAL Authorization



THÈSE

Pour obtenir le grade de
Docteur

Délivré par
UNIVERSITE DE PERPIGNAN VIA DOMITIA

Préparée au sein de l'École Doctorale Intermed-ED 544
et du Centre de Recherche sur les Sociétés
et Environnements en Méditerranée

Spécialité : Droit international privé

Présentée par
Balbine Léa Modukpè KOUCHANOU

TITRE DE LA THESE

Les rapports entre la justice étatique et la justice arbitrale

Étude comparative FRANCE-OHADA

Soutenue le 16 mai 2019 devant le jury composé de

M. Christian LE STANC, Professeur émérite à
l'Université de Montpellier.

Rapporteur

M. Eric WENZEL, Maître de Conférences HDR à
l'Université d'Avignon.

Rapporteur

M. Christophe JUHEL, Maître de Conférences
HDR à l'Université de Perpignan Via Domitia

Membre de jury

M. Frédéric LECLERC, Professeur à l'Université
de Perpignan Via Domitia

Directeur de thèse



Avertissement

La faculté n'entend donner aucune approbation, ni improbation aux opinions émises dans les thèses. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

A Toi mon Merveilleux Père Kosenibiire

OLUWA Mi,

Tu as su donner sens à ma vie pour tant de grâce et soutien ineffable dans mon parcours
académique.

Merci pour QUI TU ES

REMERCIEMENTS

Mes sincères gratitude à mon Directeur de Thèse, Monsieur Frédéric LECLERC qui m'a donné le privilège de concrétiser ce projet d'étude. Professeur, merci pour votre disposition, vos conseils sans lesquels je ne saurais réussir ce travail intellectuel.

Mes remerciements s'adressent également à Mme Éveline MICOU pour le suivi de thèse ainsi qu'à tous les professeurs et personnels de mon laboratoire de recherche DDCEF (Département de Droit Comparé des États Francophones) et de la bibliothèque.

À la famille KOUCHANOU, aux amis, et aux frères et sœurs de l'église des Assemblées de Dieu de Perpignan, je témoigne une reconnaissance infinie pour vos soutiens matériels et prières.

Soyez bénis au-delà de vos attentes

Les rapports entre la justice étatique et la justice arbitrale

Étude comparative FRANCE-OHADA

SOMMAIRE

SOMMAIRE	5
INTRODUCTION	9
PREMIÈRE PARTIE. LA COLLABORATION JUDICIEUSE DU JUGE ET DE L'ARBITRE AU COURS DE L'ARBITRAGE	28
TITRE I- Le concours du juge étatique à l'instance arbitrale	35
CHAPITRE I- La mission du juge étatique dans la phase liminaire de l'arbitrage.....	37
CHAPITRE II- Les missions conséquentes du juge étatique et de l'arbitre dans la prise des mesures provisoires et conservatoires	75
Conclusion de Titre I.....	111
TITRE II- Le contrôle du juge étatique sur les sentences arbitrales	113
CHAPITRE I- Un approfondissement sur l'efficacité des sentences arbitrales internationales	115
CHAPITRE II- La compétence exclusive du juge étatique inhérente à la sentence arbitrale en droit OHADA	153
Conclusion du Titre II.....	176
Conclusion de la Première Partie.....	178
DEUXIÈME PARTIE. L'ÉMERGENCE D'UN MÉCANISME PROTECTEUR DES MARCHÉS GLOBALISÉS	181
TITRE I- L'arbitrage : un dispositif d'affermissement de la sécurité judiciaire au sein de l'OHADA.....	187
CHAPITRE I- Le recours à l'arbitrage : une échappatoire aux insuffisances de la justice étatique en droit OHADA	189
CHAPITRE II- L'arbitrage : un instrument d'expansion et de maintenance de la sécurité judiciaire	218
Conclusion de Titre I.....	239
TITRE II- La compétence arbitrale au regard de l'ordre public français.....	240
CHAPITRE I- L'arbitrabilité des litiges en France	242
CHAPITRE II- L'étendue des différends non arbitrables	279
Conclusion du Titre II.....	309
Conclusion de la Deuxième Partie.....	310
CONCLUSION GÉNÉRALE.....	312
BIBLIOGRAPHIE	316
TABLE DES MATIÈRES	354

ABRÉVIATIONS

AAA	American Arbitration Association
AFDI	Annuaire Français du Droit International
AUA	Acte Uniforme sur l'Arbitrage
Bull	Bulletin
Bull civ	Bulletin civil de la Cour de cassation
CA	Cour d'Appel
Cah. arb.	Cahier d'arbitrage
C. Cass.	Cour de Cassation
Cass. civ.	Cour de cassation, Chambre civile
Cass. 1 ^{er} civ	Cour de cassation, Chambre civile première Chambre
Cass. 2 ^{ème} civ	Cour de cassation Chambre civile deuxième Chambre
Cass. soc.	Cour de cassation Chambre sociale
CCI	Chambre de Commerce Internationale
CCJA	Cour Commune de Justice et d'Arbitrage
CIRDI	Centre International pour le Règlement des Différends Relatifs aux Investissements
CJCE	Cour de Justice de la Communauté Européenne

CPC	Code de Procédure Civile
CNUDCI	Commission des Nation Unies pour le Droit Commercial International
EDJA	Édition Juridiques Africaines
IBA	International Bar Association
JCP	Jurisclasseur Périodique
JDI	Journal de Droit International
LGDJ	Librairie Générale de Droit et de jurisprudence
NCPC	Nouveau Code de Procédure Civile
OHADA	Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires
ONU	Organisation des Nations Unies
Ord Ref	Ordonnance de référé
RCDIP	Revue critique de droit international privé
RIDC	Revue Internationale de droit comparé
Rev. Arb.	Revue d'arbitrage
RTD. com	Revue trimestrielle de droit commercial
SFDI	Société Française pour le Droit International

La réalisation de cet ouvrage n'a été possible que grâce au travail aussi important que minutieux, et accompli ici en forme d'hommage, aux personnes qui ont longtemps été passionnées par l'arbitrage

INTRODUCTION

1. La justice avant d'être un concept « juridique » est un concept moral, historique et philosophique. Elle est universelle et reste incontournable depuis toujours au sein de la société. Elle détient une vertu pour réprimer les méfaits et pour gratifier les bienfaits de la cité. Riche en sa multiplicité de sens, elle est d'origine divine avant d'être humaine. En plus de sa diversité, la justice occupe une place importante au sein de l'humanité, et fait naître des distinctions voire discussions de tout genre. Par son insertion dans l'organisation institutionnelle de la société, elle a acquis, un particularisme plus ou moins marqué, une indépendance plus ou moins grande à l'égard de l'État. Elle a également acquis une spécificité fonctionnelle plus ou moins affirmée, une compatibilité plus ou moins réduite avec d'autres modes alternatifs de résolution des conflits.
2. Selon la logique institutionnelle, la justice est définie en tant qu'un ensemble d'entités, d'organes, de juridictions, de personnels, et de méthodes ou procédures régissant la conception des modes alternatifs de résolution des conflits. A travers sa conception, elle comporte deux branches distinctes vers lesquelles les usagers se tournent selon les contestations donnant matières à procès. Ces deux branches sont la justice publique et la justice privée. La justice publique est donc la justice rendue par l'État ou par le peuple. A côté de celle-ci, il y a la justice privée qui se fonde sur les modes alternatifs du règlement de conflits tels que l'arbitrage, la médiation, la conciliation ou la transaction. Bien qu'elle soit définie par une action unilatérale de propre justice, elle se déroule par le biais des juges privés non-étatiques approuvés par l'État.
3. Il est constaté que la force et les compétences propres à la justice étatique sont insuffisantes devant l'énormité des contentieux qui se manifestent. Suite à cette constatation de l'augmentation des conflits non gérables par la justice publique, la main secourable de la justice privée a relevé beaucoup de défis. Ce soutien complémentaire d'ordre judiciaire privé se déroule souvent par l'arbitrage, la conciliation ou par la médiation. L'arbitrage, dans son

essence et au-delà des distinctions souvent faites¹, a pour objet la gestion d'un différend que les parties ont librement choisi de détourner à l'appareil d'État « aux tribunaux ordinaires » pour le soumettre aux tiers. Ces derniers sont des arbitres qualifiés pour l'arbitrage interne, ou pour l'arbitrage à l'international. Défini en tant qu'une « *justice parallèle ou mode alternatif de résolution des conflits nationaux comme internationaux* », l'arbitrage est reconnu en tant qu'une justice privée qui procède de la volonté des parties. Celles-ci doivent confier à un tiers le pouvoir de juger². Toutes ces relations découlent directement d'une double caractéristique parce que l'arbitrage est une justice et l'arbitre est un « juge ». A cet égard, une sorte de concurrence certaine et indéniable se met en place entre l'arbitre et le juge du tribunal. Toutefois, la justice confère à l'arbitre un pouvoir de juger qu'il doit exercer à partir d'une convention d'arbitrage rédigée par les parties. L'arbitre est investi de la *juridictio* dans toute sa plénitude avec la souplesse qu'autorise le cadre dans lequel l'arbitrage se déroule. Ce cadre processuel ressemble de plus en plus à celui des tribunaux étatiques où se déroule un processus habituel selon toute institution judiciaire : dès l'instant où l'arbitre entend apporter aux plaideurs les garanties inhérentes à toute justice, il retrouve lui-même, par un cheminement naturel (et pas seulement dans l'arbitrage institutionnel), quoique sous des formes adaptées à ses propres exigences, les impératifs d'organisation et de fonctionnement qui s'imposent à toutes juridictions. Pour autant, les sociétés modernes de nos jours sont organisées dans un cadre étatique. La règle de droit et sa sanction sont édictées et mises en œuvre par les autorités publiques de l'État. La force obligatoire de l'arbitrage, c'est-à-dire tout ce qui découle de la convention initiale jusqu'à la sentence arbitrale, doit être soumise de manière générale à la volonté des législateurs, et dans chaque cas particulier, à la volonté du juge étatique. Ce dernier est appelé à prêter une main forte pour contraindre « *l'imperium* » les arbitrages le sollicitant. Ce constat révèle une sorte de « cristallisation » du droit positif. Cette dépendance du droit de l'arbitre par rapport au droit

¹ R. DAVID, *L'arbitrage commercial dans le commerce international*, Paris, Economica, 1981, p. 55.

² H. MOTULSKY, La nature juridique de l'arbitrage, cité par M. de BOISSESSON, *Le droit français de l'arbitrage interne et international*, Préface de P. Bellet, Joly, 1990 p. 696.

du juge étatique apparaît en pleine lumière dans les lois, dans les jurisprudences et dans les conventions internationales. En revanche, elle n'est pas sociologiquement la relation la plus cruciale ; car la majorité des arbitrages ne sont toujours pas présentés aux juges étatiques. Lorsqu'un tribunal étatique est saisi par les parties suite à sa procédure d'arbitrage, cela suppose que les litigants sont insatisfaits de l'arbitrage. Cette intervention de la justice étatique démontre par hypothèse que l'arbitrage est inadéquat en raison de l'échec du tribunal arbitral. Cet arbitrage n'est donc pas entièrement concrétisé sans l'intervention du juge étatique.

4. Cette réalité évidente contemporaine qu'est la collaboration ou la cohabitation de la justice étatique à l'arbitrage, reste le gage d'une sécurité judiciaire qui participe à la résolution des différends. C'est dans cette perspective que le choix du thème : « **les rapports entre la justice étatique et la justice arbitrale : étude comparative France-Ohada** » a été fait.
5. Si plusieurs législations arrivent à adopter l'arbitrage et les spécificités qui la composent, aucune d'elles n'a pu lui trouver une définition légale³. En effet, tous les États n'ont pas la même idéologie de l'arbitrage. En revanche, la doctrine n'a pas manqué de lui donner une définition institutionnelle. M. JARROSSON l'a défini comme « une institution par laquelle un tiers règle le différend qui oppose deux ou plusieurs parties, en exerçant la mission juridictionnelle qui lui a été confiée par celles-ci »⁴. Pour MOTULSKY, l'arbitrage est « un jugement d'une contestation par des particuliers choisis, en principe, par d'autres particuliers au moyen d'une convention »⁵. MM. POUDRET et BESSON n'ont pas hésité à rejoindre la définition de M. JARROSSON en complétant que le tiers se manifeste à titre personnel ou privé. Il n'est donc pas dans l'exercice d'une fonction publique. Suite à cette précision, ils définissent l'arbitrage en tant qu' « un mode conventionnel de règlement des litiges par des particuliers choisis directement ou indirectement par les parties et investis du pouvoir de juger à la place des juridictions étatiques par une décision ayant des effets analogues à ceux

³ J.- F. POUDRET, S. BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, Bruylant, 2002, n° 1, p.1.

⁴ Ch. JARROSSON, *la notion d'arbitrage*, LGDJ, 1987, n° 785, p. 372.

⁵ H. MOTULSKY, *Écrits, Étude et notes sur l'arbitrage*, Dalloz, 1974, p. 5.

d'un jugement »⁶. La diversité découlant de ces définitions doctrinales demeure relativement équivalente. Car si chacune d'elles démontre une autre manière de juger dans un autre cadre institutionnel, toutes les trois définitions ou conceptions résument l'arbitrage à un mode de résolution des différends. Selon cette procédure, les litigants s'accordent entre eux pour soustraire initialement l'examen de leur différend à la justice étatique. Ils choisissent, après consentement,⁷ d'investir volontairement le règlement de leur différend à une ou plusieurs personnes particulières qui auront la mission de juger leur litige selon d'autres alternatives. A travers ces définitions, la nature juridique de l'arbitrage est ainsi caractérisée par une dimension conventionnelle, juridictionnelle de l'institution arbitrale. La dimension conventionnelle de l'arbitrage vise d'une part à assurer le respect de la volonté des parties. D'autre part, elle porte sur la compétence de l'arbitre. Cette compétence est engagée par les parties dans la constitution du tribunal arbitral selon leur volonté exprimée. Même si elle se veut très limitée, la dimension juridictionnelle de l'arbitrage est une marque de confiance des États à l'égard de l'arbitrage. L'arbitre investi par les litigants, exerce ainsi une mission très analogue à celle du juge étatique. Certainement il est appelé à dire le droit afin de rendre une décision obligatoire tranchant la contestation entre les parties. Dans la même perspective, l'arbitre porte le manteau d'un juge exclusif ou particulier durant la procédure arbitrale qui le rapproche d'un procès.

6. L'histoire relate que le système de l'arbitrage remonte aux civilisations primitives. D'abord, au moyen âge c'est-à-dire entre le V^e et le XV^e siècle, la justice privée s'était infiltrée dans la société occidentale malgré l'aspect du milieu social seigneurial, violant la tradition afin de favoriser son exercice par ceux qui s'y trouvent. Trois principes philosophiques relatent l'aptitude d'une tierce personne nommée « juge » ayant pour mission de trancher les différends qui lui sont soumis. Le Doyen CARBONNIER parlant à ce propos, relève que lorsqu'une relation entre deux individus peut faire naître une controverse face à une tierce

⁶ J.-F. POUDRET, S. BESSON, Droit comparé de l'arbitrage international, op. cit., p. 3.

⁷ B. STERN, Un coup d'arrêt à la marginalisation du consentement dans l'arbitrage international, p. 403. Il a déclaré que « l'arbitrage international, qu'il se déroule en France ou à l'étranger, a un fondement nécessairement conventionnel et relève à ce titre exclusivement de la volonté commune des parties laquelle est seule à pouvoir habiliter l'arbitre en lui conférant un pouvoir juridictionnel », et ainsi refusé de reconnaître un « arbitrage forcé international ».

personne en tant qu'arbitre ou fonctionnaire d'État qui soit appelé à trancher un différend, « on doit conclure qu'elle n'appartient plus au domaine des mœurs, mais qu'elle est entrée dans le royaume incertain du droit »⁸. Ainsi la justice privée vient de la sorte succéder à la justice étatique afin de l'entraider dans la gestion des différends. Dès les XVIII^e et les XIX^e siècles avant Jésus-Christ, les marchands assyriens pratiquaient déjà l'arbitrage⁹. La trace de l'arbitrage était trouvée dans les cités grecques à partir du IV^e siècle avant Jésus-Christ. Dans l'orient ancien, il est important de se référer également à l'antiquité, pour découvrir qu'Aristote avait théorisé la personne de « l'arbitre ». Il distinguait l'arbitre du juge dans une formule à retenir : « l'arbitre vise à l'équité, le juge à la loi et l'arbitrage a été inventé pour que l'équité soit appliquée »¹⁰. À Rome, l'arbitrage était connu dès la plus haute antiquité (VI^e-IV^e siècle avant J.-C.) et la loi des 12 tables (environ 450 avant J.-C.) en porte mention écrite. Selon CICÉRON : « l'arbitrage est un moyen de ne pas gagner complètement un bon procès ni de perdre complètement un mauvais procès ». Pendant le Bas-Empire¹¹, la justice arbitrale s'était développée entre chrétiens. Le rôle d'arbitre était conféré à l'évêque qui devait trancher les différends au sein de sa communauté. Jusqu'au XVI^e siècle à Rome, l'arbitrage constituait un mode référentiel de résolution des différends qui était très réglementés dans les compilations de Justinien. En revanche, l'arbitrage n'est pas une institution uniquement gréco-romaine, car les livres saints (Bible, Coran Talmud,) ¹² le mentionnent.

7. À la veille de la Révolution française, l'arbitrage a été importé dans l'institution judiciaire royale qui tente par ce moyen de limiter son accroissement suite à la concurrence qu'il exerce. Il était pratiqué par les commerçants dans les foires. Dès 1789, le juge royal est discrédité et l'époque s'est caractérisée par la volonté de rendre la justice au peuple. A la

⁸ J. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, PUF, coll. *Thémis*, 1978, p.194.

⁹ S. LAFONTE, L'arbitrage en Mésopotamie : *Rev. Arb.*, 2000, cité par J. J.A. SOUYRIS et G. CHETTRITE, Guide pratique de l'arbitrage en droit interne, in *Droit en action*, p. 13.

¹⁰ J. J.A. SOUYRIS et G. CHETTRITE, *Guide pratique de l'arbitrage en droit interne*, in *Droit en action*, *op.cit.*, p. 13, à travers "Rhétorique I, 1374 b, Les Belles lettres, 1932"

¹¹ De 284 à 565 après J.-C.

¹² Ch. LEBEN, L'arbitrage par un tribunal rabbinique appliquent le droit hébraïque : *Rev. Arb.*, 2011 p.88. cité par J. J.A. SOUYRIS et G. CHETTRITE, in Guide pratique de l'arbitrage en droit interne, *Droit en action*, *op. cit.*, p 14.

révolution française, l'arbitrage fut revalorisé comme le prouvent les lois révolutionnaires et il fut inscrit dans la loi des 16 au 24 août 1790 qui disposait que : « L'arbitrage est le moyen le plus raisonnable de terminer les contestations entre citoyens ». Mais il n'eut pas le succès attendu d'autant puisse que la Cour de cassation¹³ a, en 1843, condamné la clause compromissoire (celle qui impose le recours à l'arbitrage en cas de survenance d'un différend) redoutant qu'elle devienne une clause de style susceptible à fragiliser la partie la plus faible. Au XIXe siècle, les codifications napoléoniennes ont freiné ce renouveau de l'arbitrage. Il fut arrêté et l'époque fut glorifiée par la justice étatique. Après ce changement, un mouvement de balancier s'est observé entre l'arbitrage et la justice étatique à travers la réforme du droit français de l'arbitrage en 2011. Nonobstant, les problèmes qu'il suscite sur le plan juridictionnel, l'arbitrage fût promu à travers le monde. Cependant cette promotion n'a toujours pas été le cas de certains pays du monde¹⁴ notamment en Afrique francophone.

8. L'histoire renseigne que le déroulement de l'arbitrage en Afrique subsaharienne fut émaillé d'embûches en dépit des avantages qu'il confère. Ce mécanisme a souffert de méfiance et de réserve en Afrique Subsaharienne sur plusieurs décennies. Pour illustrer le ressenti de l'Afrique francophone dans ce contexte, R. DAVID a précisé que « L'arbitrage est pour ces pays une justice qui trop souvent est rendue à l'étranger, par des étrangers, et ceux-ci risquent en bien des cas de faire application « d'usages du commerce international » qui aux yeux d'un Arabe ou d'un Iranien ne sont pas conformes à leur sentiment de justice. L'arbitrage est rarement "librement consenti" ; il est imposé par des contractants économiquement plus puissant ; la sentence qui le conclut apparaît souvent comme injuste, parce qu'elle ne tient pas compte des données de fait et de manières de voir qui, selon la partie qu'elle condamne, auraient dû être prises en ligne de compte. Dès que l'on pourra le faire, on répudiera des accords, prévoyant l'arbitrage, que l'on regarde comme une véritable limitation à la souveraineté de l'État »¹⁵. En revanche, l'hostilité de ces pays en développement à l'égard

¹³ Civ., 10 juillet 1843, *DP* 1843, I, 343.

¹⁴ R. DAVID, Le droit du commerce international Réflexion d'un comparatiste sur le droit international privé, in *Arbitrage et droit comparé*, RIDC, 1959, janvier-mars, n° 1, volume 11, p. 110.

¹⁵ DAVID, *L'arbitrage commercial dans le commerce international*, op.cit., p. 178 et 179.

de l'arbitrage disparu devant la réalité économique. L'Afrique francophone et d'autres États de l'Amérique Latine ont accepté l'arbitrage. De plus grands besoins sollicitant des capitaux et des échanges ont prouvé à ces pays leur nécessité de participer à l'arbitrage commercial international¹⁶. Selon J. PAULSSON, cette émergence ou progression constatée dans les années quatre-vingt, émane d'une nouvelle génération de leaders conscients de l'utilité incontestable de l'arbitrage¹⁷. Cette évolution a donc pour preuve la participation croissante de ces États aux divers arbitrages de la Chambre de Commerce Internationale (CCI) en France ou de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (CCJA) en Côte-d'Ivoire. Le changement d'état d'esprit de ces pays en développement a eu lieu après la sentence *American Independent Oil Company (Aminoil) c/ Koweït* du 24 mars 1982¹⁸. Pour amorcer le développement de la justice suite à la carence notifiée un peu plus haut, l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA) fut créée à Port-Louis Maurice le 17 octobre 1993. Celle-ci mettra quelques années plus tard l'accent sur le mode de règlement des différends notamment l'arbitrage. Malheureusement les États formant cette organisation furent préalablement victimes des facteurs tels que l'inexistence de moyens matériels et de spécialistes qualifiés face aux défis du commerce international. L'ampleur de la corruption au sein de la justice étatique fut un dysfonctionnement qui a fragilisé les institutions judiciaires africaines. M. JEOL écrit « Les moyens matériels, si indispensables à la distribution de la justice dans un continent où les populations sont souvent éparpillées sur d'immenses étendues et où les conditions géographiques sont particulièrement défavorables, restent liés à des stricts impératifs budgétaires que les Gouvernements ne peuvent transgresser. Le sous-développement actuel de l'Afrique ne lui permet pas de gonfler déraisonnablement le budget de sa justice »¹⁹. Abondant dans le même sens, un autre auteur a qualifié les institutions judiciaires africaines d' « institutions marginales et délabrées » ou

¹⁶ J. EL-HAKIM, Arbitre et tiers monde, in Aspect du droit privé en fin du 20^e siècle, Étude réunies en l'honneur de Michel Juglart, Paris, Montchrestien, 1991, p. 141- 153.

¹⁷ *Ibid.*, p. 4.

¹⁸ G. BURDEAU, Droit international des contrats d'États-la sentence, *Aminoil contre Koweït* du 24 mars 1982, p. 89.

¹⁹ M. JEOL, *La réforme de la justice en Afrique noire*, Paris, Ed. A. Pedone, 1963, p. 28.

encore de « *services publics en crises*²⁰ ». Le constat fulgurant lié à la corruption en Afrique éloignant les investisseurs étrangers, fut considéré comme un phénomène banal²¹. Selon cet auteur, la question de corruption dans la plupart des pays en voie de développement relève du quotidien de la population et des entrepreneurs, qui vivent dans le sous-développement. A l'instar d'une « tumeur rongeant », la corruption détruisait quotidiennement les secteurs d'activité économique et les actions publiques. L'institution judiciaire des pays de l'Afrique francophone n'a pas réussi à échapper à ses tentacules²². Cette réalité inconvenante va pousser les justiciables à se détourner de l'appareil judiciaire étatique pour se tourner vers l'arbitrage. Les États de l'OHADA vont désormais choisir cette justice adaptée aux contentieux commerciaux internes et internationaux. Ils lui accorderont une place prépondérante pour le développement de l'Afrique. Consciente de l'utilité indéniable et irréfutable de la sécurité juridique et judiciaire, la justice privée et la justice publique doivent coopérer au développement de ces États en quête de croissance économique. Cette vision ciblée par les élites africaines est issue des pays émergents. Car ils ont su travailler pour le bien être de toute leur institution juridique au point d'inspirer d'autres nations. Toutefois, cette réussite reste loin d'être une perfection parce qu'ils sont également confrontés à leur propre réalité qui entrave leurs secteurs judiciaires. A ce titre, le doyen OPPETIT à travers un raisonnement synthétique, entreprend trois différentes conceptions sur l'arbitrage et la justice étatique dans le contexte de ces États²³. A travers le modèle **autoritaire**, l'Etat s'empare de toute l'activité de la justice. Au sein du modèle **libéral**, l'Etat ne détient pas le monopole de la justice. Mais il tolère en dehors de lui, le déroulement d'une justice alternative à la justice étatique relevant de la liberté des parties que cela concerne. Quant au modèle **dirigiste**, l'Etat encadre d'une manière générale la reconnaissance de la justice

²⁰ E. AKIKA, La justice dans les pays francophones (Organisation et gestion), Agence de coopération culturelle et technique, Paris, 1995 p. 2- 5.

²¹ C. A. BOBOU, Mécanismes de lutte contre la corruption en Mauritanie, Penant, n° 868, 2009, p. 371.

²² H.C. SARASSORO, Justice, morale et droits de l'homme, la corruption et l'enrichissement sans cause en Afrique aujourd'hui, Afrique Contemporaine, n° 156, p. 195 à 206.

²³ B. OPPETIT, Les modes alternatifs de règlement des différends de la vie économique cité par M. de BOISSESSON, Le droit français de l'arbitrage interne et international, op cit, p. 119.

privée. Les similitudes et dissemblances entre la justice étatique et la justice arbitrale constituent une réalité en France et à l'international, parce qu'elles font rejaillir les rapports et les rôles respectifs qui dirigent leur relation. En revanche, d'après la brève précision faite un peu plus haut, le recours à l'arbitrage dépend nécessairement du consentement et de la volonté des parties litigantes, qui soustraient leur litige au jugement des tribunaux étatiques pour le soumettre à une personnalité de leur choix selon ce que stipule leur convention d'arbitrage.

9. Les sources du droit sur notre thème d'étude concernent les points de similitudes et dissemblances qui tiennent sur la grande diversité des sources de l'arbitrage. La plupart de ces sources nationales participent à la réglementation de l'arbitrage interne et de l'arbitrage international. Actuellement les sources nationales sont marquées par la prolifération des réformes législatives relatives à l'arbitrage en droit comparé. Cette multiplicité établit un rapprochement des législations qui provoque une importante émergence de « tronc commun » dans le domaine arbitral. Apparemment, cette progression a été effective grâce à l'adoption de la loi-type CNUDCI²⁴ élaborée en 1985 sous l'égide de la Commission des Nations Unies pour le droit du commerce international. Car le code de procédure civile de 1806 ne contenait que quelques dispositions (art. 1003 à 1028) relatives au seul arbitrage interne. En intégrant un alinéa à l'article 631 du Code de commerce autorisant la stipulation d'une clause compromissoire en matière commerciale, la loi du 31 décembre 1925 disposait le développement effectif de l'arbitrage malgré la prohibition de principe qui depuis longtemps disqualifie la clause compromissoire en droit français. La loi du 5 juillet 1972 a transféré dans le Code civil les articles 1003 et 1004 du Code de procédure civile posant des restrictions au recours à l'arbitrage. Ceux-ci sont devenus les articles 2059, 2060 et 2061 du Code civil. De façon générale, ces articles consacrent la prohibition du principe de la clause compromissoire résultant de la jurisprudence *Prunier*²⁵. Cependant, d'une manière progressive, la jurisprudence avait conçu un régime spécifique de l'arbitrage international,

²⁴ Commission des Nations Unies pour le Droit du Commerce International.

²⁵ Civ. 10 juill. 1843, S. 1843, I, 561.

par le biais des solutions applicables à l'arbitrage interne. Afin de favoriser l'arbitrage international, elle avait également élaboré des règles matérielles. La jurisprudence a imposée à l'arbitrage français l'indépendance de la clause compromissoire au contrat²⁶ détenant la validité de la clause compromissoire conclue par un État ou par une personne morale de droit public²⁷. Certainement, cette démarche jurisprudentielle s'est prolongée après la réforme de 1980 et 1981. Elle a maintenu la séparation sur la réglementation de l'arbitrage interne et l'arbitrage international. Le premier décret du 14 mai 1980 a réglementé 50 articles sur l'arbitrage interne²⁸, et un autre décret du 12 mai 1981 est venu compléter l'arbitrage international à travers quelques articles²⁹. Les articles 1442 à 1491 relatifs à l'arbitrage interne³⁰ et les articles 1492 à 1507 relatifs à l'arbitrage international³¹ ont été intégrés dans le livre IV du Nouveau Code de Procédure Civile³². L'élaboration des deux textes visait la promotion de l'institution arbitrale ainsi que son efficience. Les dispositions adoptées dans le cadre de l'arbitrage international, sont succinctes et moins nombreuses. Une plus grande liberté est conférée à la volonté des parties en la matière. L'essentialité des solutions jurisprudentielles antérieures sont approuvées malgré la réforme. Pour preuve, le garde des sceaux avait précisé lors de l'adoption du décret que « les dispositions nouvelles sur l'arbitrage international ne concernent que la jurisprudence de la Cour de cassation dans le cadre du régime juridique de l'arbitrage international [...] »³³. De manière exceptionnelle le décret de 1981 n'a pas délimité le champ d'application territorial à l'arbitrage international en dépit de sa « vocation universelle ». En raison de ces dispositions, la jurisprudence a défini après cette réforme, le régime exact de l'arbitrage en France tout comme à l'international.

²⁶ Civ. 1^{re}, 7 mai 1963, Gosset, *JCP* 1963, II, 13405, note B. GOLDMAN ; Ch. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT, *Droit de l'arbitrage interne et international*, 2013, p. 60.

²⁷ Civ. 1^{re}, 2 mai 1966, Galakis, *RCDIP* 1967, p. 553, note B. GOLDMAN – *JDI* 1966, p. 648, note P. LEVEL ; *D.* 1966, p. 575, note J. ROBERT ; Ch. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT, *ibid.*

²⁸ Ph. FOUCHARD, L'arbitrage commercial et le législateur, in *Étude dédiées à René Roblot*, LGDJ, 1984, p. 63.

²⁹ P. BELLET E. MEZGER, L'arbitrage international dans le nouveau Code de procédure civile, *RCDIP* 1981, p. 611.

³⁰ Titres I à IV.

³¹ Art. 1492 à 1497 et art 1498 à 1507) plus le titre VI sur « la reconnaissance et l'exécution forcée des voies de recours à l'égard des sentences arbitrales rendues à l'étranger ou en matière d'arbitrage international ».

³² Actuellement le Code de procédure civile.

³³ Rapport au Premier ministre, *JCP* 1981, n° 23, suppl. 3 juin 1981 et annexes, p. 1033.

Cette définition confirme ainsi la philosophie libérale portée par les deux décrets de 1980 et de 1981³⁴. En revanche, la réforme de 1980-1981, effectuée par voie réglementaire, souffrait d'une carence qui affaiblissait essentiellement l'arbitrage interne : aucune atteinte n'avait été portée aux dispositions législatives figurant dans les autres codes et particulièrement aux articles 2059 à 2061 du Code civil en matière internationale. En 2001 une totale refonte de l'article 2061 du Code civil relatif à la validité de la clause compromissoire sur les nouvelles régulations économiques entra en jeu par la loi du 15 mai. Cet article dispose que « sous réserve des dispositions législatives particulières, la clause compromissoire est valable dans les contrats conclus à raison d'une activité professionnelle ». Néanmoins, les étrangers considéraient cet article d'une faible lisibilité. Certes, la jurisprudence a le plus souvent ignoré l'application des dispositions les moins favorables à l'arbitrage d'après l'article 2061 du Code civil en matière internationale. Dans la même dynamique, le Comité français de l'arbitrage a présenté en 2006 un projet de réforme pour la clarification des acquis jurisprudentiels et du droit français afin d'assurer davantage le bon fonctionnement de l'arbitrage en France. Cette initiative contribuait à favoriser la lisibilité et l'attraction recherchées par les étrangers.

- 10.** En matière du droit comparé, l'arbitrage fait l'objet depuis quelques années d'une importante réforme qui s'étend vers les continents. La diversité de ces uniformisations législatives participe à l'éclosion et à la réussite de l'arbitrage. L'initiative de ces réformes contribue également au libéralisme de l'institution arbitrale selon la législation de chaque État. C'est ce qui prouve d'ailleurs la pluralité des sources nationales et internationales du droit de l'arbitrage notamment les conventions internationales et les sources d'origine privée. En réalité il n'existe pas concrètement de conventions internationales détenant des principes d'uniformisation recouvrant l'arbitrage et rassemblant un nombre significatifs d'États. Celles existantes, malgré leur restriction, favorisent le développement de l'arbitrage et la confirmation des principes libéraux sur la coopération internationale entre les États

³⁴ E. GAILLARD, La jurisprudence de la Cour de cassation en matière d'arbitrage international : *Rev. arb.*, 2007, p. 697.

signataires en matière de reconnaissance réciproque des sentences arbitrales. De surcroît, certaines conventions internationales s'intéressent principalement à la reconnaissance des conventions d'arbitrage et des sentences arbitrales. Car le développement de l'arbitrage a été impacté par le Protocole de Genève du 24 septembre 1923 relatif aux clauses d'arbitrage et par la Convention de Genève du 26 septembre 1927 sur l'exécution de la sentence étrangère. Ainsi la première convention demeure le premier dispositif transmis aux États signataires sur la validité du compromis et de la clause compromissoire dans les contrats du commerce international. La deuxième convention favorisait l'*exequatur* des sentences rendues sur le territoire d'un État contractant. Cependant, l'expansion de l'arbitrage est passée par l'incontournable Convention de New York du 10 juin 1958 sur la reconnaissance et l'exécution des sentences étrangères³⁵. Élaborée à partir d'un traité multilatéral conclu sous les auspices des Nations unies, la Convention de New York engage actuellement plus de cent cinquante pays³⁶. Elle s'applique aussi bien aux sentences « étrangères » dans le cadre d'un arbitrage interne, qu'aux sentences qui ne sont pas considérées comme nationales dans l'État où leur reconnaissance et leur exécution sont réclamées³⁷. De par sa vocation universelle, la Convention de New York s'applique au sein des pays signataires sans distinction de nationalité ou de résidence des litigants en dépit du lieu où la sentence a été rendue. Son application n'est pas soumise, à une condition de réciprocité. Néanmoins, les pays adhérents à cette convention peuvent formuler une réserve de réciprocité³⁸. Compte tenu du nombre conséquent de pays adhérents à la Convention, la restriction attachée à la réciprocité reste moins influente. En principe, la Convention, qui s'applique aux sentences arbitrales dans toutes les matières, confère aux États la possibilité d'émettre une réserve de « commercialité ». Par cette réserve, chaque pays a la possibilité d'appliquer uniquement la

³⁵ A. J. VAN DEN BERG, *The New York Arbitration Convention of 1958*, Kluwer, 1961.

³⁶ Depuis le 1^{er} janvier 2013, le nombre des pays membres consultable en ligne.

³⁷ Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, 1996, n° 257, p. 147.

³⁸ Ce qui, dans le cas de la France, est relativement indolore, puisque le droit français se montre plus libéral que la Convention en matière de reconnaissance et d'exécution des sentences. – L'article VII de la Convention prévoit que « toute partie peut se prévaloir du droit d'invoquer un régime plus favorable à l'exécution de la sentence, qui serait prévu par le droit du pays dans lequel la reconnaissance ou l'exécution est requise ».

Convention aux différends issus de rapports de droit contractuels ou non contractuels, considérés comme commerciaux par sa loi nationale. Dans ce contexte, la France après avoir formulé une telle réserve, a effectué sa levée le 17 novembre 1989. La réussite obtenue par la Convention de New York lui confère une opportunité qui accélère la circulation internationale des sentences arbitrales. En d'autres termes, l'application de ladite convention facilite l'exécution d'une sentence en dehors du pays où la sentence a été prononcée. Un simple contrôle allégé est ainsi effectué sur quelques points précis de la sentence pour sa reconnaissance d'après la convention de New York. Ce dispositif régit en France les demandes d'exécution des sentences arbitrales. Cette solution découle de l'article VII (1) de la Convention de New York. Elle concède la primeur aux traitements favorables en matière de reconnaissance et d'exécutions issues d'un traité qui concerne l'État d'accueil ou le droit commun de ce pays³⁹. Or le droit français est le droit qui favorise un traitement adéquat à la reconnaissance des sentences arbitrales étrangères. Les juges et les législateurs français sont relativement réservés à l'égard de la Convention de New York. Toutefois, cette convention est d'une grande importance pour l'arbitrage international en raison de son ampleur. L'arbitrage international peut être soumis à la loi des États du siège et de tous les États où l'exécution de la sentence arbitrale a vocation à déployer des conséquences. Ainsi, une sentence internationale jouit des plus grandes opportunités de reconnaissance internationale grâce à la Convention de New York. Bien que l'objet de la Convention de New York concerne l'élaboration d'un régime international favorisant la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales, la procédure arbitrale en elle-même et les voies de recours ouvertes contre la sentence arbitrale au siège du tribunal arbitral ne sont pas prises en compte. En outre, l'article II de cette convention est relatif à un objet autre que l'objet principal qui établit le principe général de validité sur la convention d'arbitrage selon la forme et certains de ses effets. Une autre convention internationale d'une grande importance pratique, est la Convention de Washington du 18 mars 1965 créant le CIRDI⁴⁰. Les États adhérant à cette

³⁹ Clause dite de la sentence la plus favorisée.

⁴⁰ Centre International pour le Règlement des Différends Relatifs aux Investissements.

convention jusqu'au 5 mai 2011 étaient au nombre de cent cinquante-sept⁴¹. Elle vise à établir un système d'arbitrage complet. Cette procédure spécifique est limitée au règlement des litiges d'après les transactions entre un État donné et les ressortissants d'autres États. Seuls les différends relatifs à un investissement opposant un pays ayant adopté la Convention à une personne privée et l'investisseur d'un autre pays contractant, peuvent être impactés par la Convention de Washington. Le CIRDI, dont le siège est à la Banque Internationale pour la Reconstruction et le Développement à Washington, est chargé de résoudre ces contentieux⁴². L'arbitrage assuré par le CIRDI est encadré par des droits étatiques qui disposent d'une grande autonomie. Celle-ci se caractérise notamment par le recours en annulation d'une sentence rendue par un tribunal arbitral devant un comité *ad hoc*. L'article 54 de la Convention impose à tout pays contractant d'admettre le caractère obligatoire d'une sentence CIRDI. Ceux-ci doivent s'assurer de l'exécution des obligations matérielles découlant par exemple d'un jugement définitif issu d'un tribunal fonctionnant sur le territoire dudit État. Tout pays contractant ne peut appliquer à une sentence CIRDI les motifs de refus de reconnaissance ou d'exécution prévus à l'article V de la Convention de New York. L'activité du centre a connu une forte augmentation, particulièrement en raison de la croissance des actes d'investissement et d'une interprétation assurée par les tribunaux arbitraux constitués par le CIRDI. Les garanties accordées par les pays d'accueil aux investisseurs étrangers, facilitent l'élaboration d'une clause pouvant éventuellement régler les litiges à un arbitrage CIRDI. Cette procédure devient effective lorsque les pays adhérents au traité ont également adhéré à la Convention de Washington. Selon les tribunaux arbitraux du CIRDI, la clause doit comporter l'acceptation par avance d'après l'État signataire. Ce dernier devra se soumettre au CIRDI et à toute réclamation émanant d'un investisseur d'un autre État adhérent au traité de protection des investissements étrangers et fondée sur la

⁴¹ Worldbank consulté en ligne le 15 février 2017

⁴² E. GAILLARD, La jurisprudence du CIRDI, Chronique annuelle tenue depuis 1986 au Journal de droit international (et la compilation dans deux volumes), Pedone, 2004, sur l'activité du CIRDI et les sentences rendues sous son égide et, plus généralement, sur l'arbitrage en matière d'investissement,

violation des engagements découlant dudit traité⁴³. La Convention de Washington est devenu un dispositif incontournable des différends relatifs au droit international de l'investissement. À cela, s'ajoutent d'autres conventions régionales adoptées en matière d'arbitrage international notamment, la Convention Interaméricaine de Panama du 30 janvier 1975⁴⁴, la Convention d'Amman du 14 avril 1987 créant un Centre Arabe d'Arbitrage Commercial⁴⁵, le Traité OHADA du 17 octobre 1993 qui a engendré un Acte Uniforme sur l'arbitrage du 11 mars 1999 et un règlement d'arbitrage du 11 mars 1999 de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage⁴⁶.

11. Dans le but de laisser la volonté des parties s'exprimer en matière d'arbitrage, la justice étatique établit les règles supplétives⁴⁷ conformes aux éventuelles questions qui peuvent surgir. Force est de constater la délocalisation de l'arbitrage international développée sur la base des droits étatiques facilitant progressivement l'essor des sources privées. Celles-ci découlent notamment des œuvres d'organismes privés, d'organisations professionnelles, et des professionnels de l'arbitrage. Au titre des dispositifs d'origine privée, la CNUDCI⁴⁸ a élaboré deux textes d'une importance indéniable. Le premier est le Règlement CNUDCI du 28 avril 1976⁴⁹ relatif aux différends découlant des relations commerciales internationales, en particulier par renvoi au règlement d'arbitrage dans les contrats commerciaux à travers une résolution de l'Assemblée Générale des Nations Unies du 15 décembre 1976. Le second texte est la loi-type CNUDCI⁵⁰ énumérant plusieurs articles. Ces articles forment un modèle de lois relativement complètes proposées aux États désirant moderniser leur droit de l'arbitrage. Durant la résolution du 11 décembre 1985, l'Assemblée Générale des Nations

⁴³ E. GAILLARD, L'arbitrage sur le fondement des traités de protection des investissements : Rev. arb., 2003, p. 853.

⁴⁴ Ph. FOUCHARD, Ecrits, droit de l'arbitrage, Droit du commerce international, Paris, Comité français de l'arbitrage, 2007p. 203.

⁴⁵ A. H. EL-AHDAB, *L'arbitrage dans les pays Arabes*, Paris Economica, 1988, p 254

⁴⁶ Ph. FOUCHARD, L'OHADA et les perspectives de l'arbitrage en Afrique, vol. 1 Bruylant, 2000.

⁴⁷ Règles de droit auxquelles on peut déroger, notamment par une convention qui stipulerait explicitement une clause non-conforme à la règle de droit. Les règles supplétives s'appliquent généralement lorsque les règles impératives font défaut.

⁴⁸ Commission des Nations Unies pour le Commerce International.

⁴⁹ Ch. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT, Droit de l'arbitrage interne et international, op.cit., p. 61.

⁵⁰ Loi-type sur l'arbitrage commercial international adopté le 21 juin 1985 et amendé en 2006

Unies a recommandé aux États de considérer la loi-type à l'occasion de la publication ou pendant la révision de leur législation sur l'arbitrage, afin de résoudre les questions relatives à l'arbitrage commercial international. Contrairement aux autres Conventions, la loi-modèle⁵¹ est sans contrainte. Sa simplicité a inspiré de nombreux pays lors de la modification de leur législation sur l'arbitrage⁵². Elle a également contribué à l'harmonisation des droits nationaux et internationaux de l'arbitrage. En dépit de sa vocation ultime à l'égard des arbitrages internationaux, les pays s'inspirant d'elle sont libres de s'étendre à l'arbitrage interne et à l'arbitrage international. En dehors de la CNUDCI et la loi-type CNUDCI qui jouent un rôle indéniable dans les contrats commerciaux, on note également les conventions-types d'arbitrage, proposées aux litigants par des associations professionnelles et des institutions d'arbitrage favorisant une meilleure rédaction. Celles-ci participent à l'efficience des clauses d'arbitrage insérées dans les contrats. En raison du succès de l'arbitrage institutionnel, l'importance pratique des règlements d'arbitrage, élaborés par les institutions d'arbitrage, est considérable. Le choix de l'arbitrage institutionnel emporte en effet l'application du règlement de l'institution en cause⁵³, selon les dispositions relatives à la constitution du tribunal arbitral, ou selon le déroulement de l'instance. De même, les législations étatiques peuvent essentiellement remplacer la règle supplétive en la matière par les dispositions du règlement en question⁵⁴. Aussi, plusieurs autres règlements d'arbitrage facilitent l'intervention de l'institution organisatrice de l'instance arbitrale pour le bon déroulement de la constitution du tribunal arbitral. Les organes au sein de l'institution auront pour mission d'intervenir en lieu et place du juge étatique du siège (juge d'appui) pour résoudre certaines difficultés et assurer le bon déroulement de l'instance arbitrale, à l'instar de la nomination d'un arbitre ou la prorogation du délai d'arbitrage. Selon certains auteurs, « ces règlements d'arbitrage se présentent en réalité comme de véritables petits Codes de

⁵¹ « *Model law* » en anglais.

⁵² Uncitral consultable [en ligne] sur la liste *Yearbook* 2005, p. 146.

⁵³ Ch. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT, Droit de l'arbitrage interne et international, op.cit. p.65.

⁵⁴ Art. 1509 CPC (rédaction issue du décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 ; et auparavant, art. 1494 CPC).

procédure arbitrales »⁵⁵. En outre, s'ajoute la mission d'organisations professionnelles ou d'associations de juristes promouvant des principes relatifs à l'arbitrage dans le cadre de l'harmonisation des pratiques. A titre d'exemple, on note, les règles établies par l'*International Bar Association* auxquelles les litigants peuvent se soumettre, en matière de preuve⁵⁶, ou de déontologie et d'impartialité des arbitres⁵⁷. A cela s'ajoutent les diverses Recommandations de l'Association de Droit International, adressées aux États ou aux arbitres, et particulièrement en dernier lieu, celles sur l'ordre public en tant que motifs de refus de reconnaissance ou d'exécution des sentences arbitrales internationales, celles sur la litispendance et l'autorité de la chose jugée en arbitrage, ou encore celles sur l'établissement de la teneur du droit applicable dans l'arbitrage du commercial international.

12. Pour une bonne compréhension de cette étude, il est important d'approfondir ses objectifs.

D'après le premier objectif, une étude sur les éventuelles similitudes ou dissemblances à travers les rapports entretenus par la justice étatique et la justice arbitrale, doit être dégagée avant la conclusion de leur unité profonde ou de leur irréductible dualité. Cette étude permettra de prendre en considération les rapports qui naissent dans la fonction de l'arbitre et du juge étatique. Les étapes respectives ainsi que les cas spécifiques suscitant l'intervention du juge étatique à l'arbitrage seront mis en exergue. Cette évocation se fera d'après une série de lois relatives à l'intervention du juge étatique dans l'arbitrage. Les évolutions qu'apportent ces lois seront prises en compte. Pour le second objectif, il sera question de faire une étude comparative sur le rôle du juge étatique à l'arbitrage en droit français et en droit Ohada pour après commenter leur impacte dans le domaine de la sécurité judiciaire notamment en ce qui concerne l'ordre public devant les litiges arbitrables ou non arbitrables. En ce sens, notre thème de recherche se portera sur l'arbitrage interne et sur l'arbitrage international. De surcroît, la notion d'ordre juridique, dans l'absolu, exprimant un

⁵⁵ Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, op.cit. p. 199.

⁵⁶ D. BENSAUDE, *Présentation des règles IBA 2010 sur l'administration de la preuve* : Rev. arb., 2011, p. 1109 (avec le texte reproduit en français p. 1149).

⁵⁷ D. A. LAWSON, *Impartiality and Independance of International Arbitrators; A Commentary on the IBA Guidelines*, Bull. ASA 2005, p. 22 – Th. CLAY, *Présentation des directives de l'IBA sur les conflits d'intérêts dans l'arbitrage international* : Rev. arb., 2004, p. 991.

idéal de cohérence, de rigueur et de logique mais, plus modestement, dans son fonctionnement concret, servira à décrire et à circonscrire un ensemble de normes de référence sur la base d'un critère matériel ou autre pour le champ d'application. Ainsi, les habitudes de pensées générées par le positivisme légaliste conduisent tout naturellement à songer d'abord au rattachement de l'arbitrage interne à l'ordre juridique de l'Etat, seul moyen concevable pour ceux qui n'imaginent pas qu'une relation juridique, quelle qu'elle soit, puisse relever d'autres règles que celles édictées par une loi nationale. L'arbitrage interne, bien qu'il ne puisse être considéré comme appartenant à l'ordre juridictionnel étatique, ainsi que la Cour de Justice de l'Union Européenne qui se refuse à y voir des juridictions d'un Etat-membre au sens de l'article 177 du Traité de Rome, n'en demeure pas moins inséré dans l'ordre juridique de l'Etat sur le territoire duquel il tranche les litiges. Leur organisation et leur fonctionnement sont assez largement encadrés par les textes régissant la procédure civile. Même si ceux-ci leur concèdent une marge de liberté utilisée par les milieux professionnels sous la forme de règlements corporatifs, et le contrôle de la régularité des procédures et sentences, une sorte de tutelle sur ces tribunaux privés est assurée par les tribunaux judiciaires. Cependant, tous les différends ne sont pas susceptibles d'être portés devant la juridiction arbitrale, parce que le principe de l'attribution générale de compétence aux juridictions étatiques émet des obstacles à leur arbitrabilité pour les matières intéressant l'ordre public. Il ressort de cette approche une mise à jour au sein du droit de l'arbitrage interne et du droit international dans l'espace européen.

13. Ce travail se veut être le bilan des prérogatives expresses ou tacites que reconnaissent les droits de l'arbitrage interne et international au juge étatique. L'aboutissement de ces objectifs permettra surtout de dégager les rôles respectifs des juges étatiques, des arbitres, sans oublier les parties qui y sont intéressées. Cela pose un principe qui admet de nombreux tempéraments. Ces énumérations seront utilisées, non pas pour dénaturer l'esprit de l'arbitrage, mais pour le rendre encore plus efficient surtout quand il s'agit par exemple d'éclairer l'opinion publique qui ne connaît pas grande chose dans ce domaine particulier.
14. Au regard de ce qui précède, il est important de se poser les questions suivantes : quels sont les pouvoirs, les prérogatives du juge étatique dans l'arbitrage ? Quelle est la nature de ces

pouvoirs ? S'agit-il des pouvoirs concurrentiels, exclusifs, ou plutôt complémentaires ? Pour mieux répondre à ces questions il conviendrait d'étudier la justice étatique et la justice arbitrale dans les rapports auxquels elles sont confrontées durant leur mise en œuvre. Pour atteindre ces objectifs cruciaux, il faudra appréhender les différents textes juridiques du droit français qui régissent l'arbitrage, particulièrement les dispositions relatives à la collaboration du juge étatique et de l'arbitre. Aussi, le recours aux revues spécialisées, aux textes législatifs africains, notamment le droit OHADA, s'avère indispensable. Sans vouloir prétendre parvenir à une meilleure restitution des problématiques que cette étude soulève, les tournures que la collaboration du juge et l'arbitre peuvent prendre durant l'arbitrage feront l'objet de la (**Première partie**). Après, il sera question d'étudier l'impact économique et juridique ressortant de l'arbitrage interne et international (**Seconde partie**).

15. PREMIÈRE PARTIE : LA COLLABORATION JUDICIEUSE DU JUGE ET DE L'ARBITRE AU COURS DE L'ARBITRAGE

16. DEUXIÈME PARTIE : L'ÉMERGENCE D'UN MÉCANISME PROTECEUR DES MARCHÉS GLOBALISÉS

PREMIÈRE PARTIE. LA COLLABORATION

JUDICIEUSE DU JUGE ET DE L'ARBITRE AU

COURS DE L'ARBITRAGE

*« Entre le juge et l'arbitre, il semble bien que la méfiance ait disparu ; à la place de la rivalité, s'est établie la coexistence, et cela sans que de la part du juge, il n'y ait volonté de récupération ou dépit ; le juge a laissé s'épanouir l'arbitrage, mais il s'est réservé le pouvoir de le contrôler. »*⁵⁸

P. SANDERS

17. Afin d'éviter les blocages au cours de l'arbitrage, la législation française a prévu la collaboration entre les juges étatiques et les arbitres. Cette association a pour but d'assurer l'efficacité et l'effectivité du déroulement de l'arbitrage à partir de certaines modalités précises. Ces modalités énoncent entre autres l'intervention du juge étatique à l'arbitrage pour résoudre les conflits liés à la composition du tribunal arbitral⁵⁹, ou pour régler les différends ayant trait à l'exécution de la sentence ou de l'*exequatur*. Le juge étatique peut intervenir afin de remplacer un arbitre décédé ou démissionnaire ou soupçonné d'une affinité envers une des deux parties. Il doit proroger le délai d'arbitrage en qualité de « juge d'appui ⁶⁰ ». Durant la collaboration, le juge du siège détient la capacité d'exécuter cet office à cause de sa proximité à l'arbitrage et à cause de ses prérogatives sur son territoire. La législation française permet aux parties de choisir un juge non rattaché au siège du tribunal de grande instance de Paris en tant que juge d'appui. Avant la réforme du 13 janvier 2011,

⁵⁸ P. SANDERS, L'intervention du juge dans la procédure arbitrale (de la clause compromissoire à la sentence), Rev. arb., 1980, p. 246.

⁵⁹ J.-F. POUDRET, S. BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, Bruylant, 2002, p. 361.

⁶⁰ Th. CLAY, L'appui du juge à l'arbitrage : *Cah. arb.*, 2011, p.331 et s.

une jurisprudence française⁶¹ a pu énoncer les dispositions applicables en la matière. En dehors de l'article 1505 du Code de procédure civile, peu de dispositions françaises sont consacrées à l'intervention du juge d'appui à l'arbitrage. À ce jour, la compétence matérielle du juge d'appui et l'ensemble des procédures qu'il doit exécuter sont formulées à travers un renvoi aux textes applicables à l'arbitrage interne⁶². Lorsque le juge d'appui est français, il est quasiment impossible de se détourner des textes en raison d'une quelconque convention spéciale. La procédure à suivre est souvent rattachée à l'organisation interne des juridictions françaises⁶³. Elle peut également être rattachée à l'organisation internationale. En réalité, la mission de la justice étatique a été préalablement clarifiée à travers une étude approfondie des droits nationaux. Ces droits vont prouver que le juge étatique est apte à ordonner les mesures provisoires et conservatoires malgré l'effectivité du tribunal arbitral. Cette immixtion doit tenir compte de la mission déléguée à l'arbitre ainsi de la procédure à suivre. Par ailleurs, le tribunal arbitral peut se heurter à plusieurs difficultés durant sa constitution. Au nombre de celles-ci, on trouve l'inaction d'une partie, l'intervention inappropriée du tiers désignée pour la nomination des arbitres, ou pour coordonner la procédure arbitrale et la rédaction erronée de la convention d'arbitrage. De plus, d'autres obstacles peuvent surgir après la constitution du tribunal arbitral, parce que l'un des arbitres souhaite abandonner la poursuite de sa mission pour diverses raisons. Dans le but de pallier ces difficultés et d'assurer le bon déroulement de l'arbitrage, il est important de solliciter un juge étatique. La disposition confirmant cette mission tire sa source du décret du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage. En ce sens, l'article 1454 du Code de procédure civile dispose que « tout autre différend lié à la constitution du tribunal arbitral est réglé, faute d'accord des parties, par la personne chargée d'organiser l'arbitrage ou, à défaut, par le juge d'appui »⁶⁴.

⁶¹ Req. 31 mars 1862, *DP* 1862, 1 p. 242.

⁶² L'art. 1506. 2° CPC renvoie ainsi aux articles 1452, 1453, 1454, 1456, 1457, 1458 CPC, qui conçoivent de multiples chefs de compétence du juge d'appui. De plus, l'article 1460 CPC traite des règles de procédure.

⁶³ E. GAILLARD et P. LAPASSE, Commentaire analytique du décret portant réforme du droit français de l'arbitrage : *Cah. arb.* 2011, p.263 – JARROSSON et J. PELLERIN, Le droit français de l'arbitrage après le décret du 13 janvier 2011 : *Rev. arb.*, 2011, p.61.

⁶⁴ Art. 1444, al. 3 ancien CPC énonçait que « si le litige né, la constitution du tribunal arbitral se heurte à une difficulté du fait de l'une des parties ou dans la mise en œuvre des modalités de désignation, le président du tribunal de grande instance désigné le ou les arbitres ».

D'autres dispositions énoncent certaines aptitudes particulières du « juge d'appui ». L'une d'elles exige le respect de la règle de la parité pour compléter un tribunal composé d'arbitres en nombre pair⁶⁵. Une autre, affirme l'entente des arbitres pour compléter le choix de deux parties⁶⁶ sur les questions évoquant le maintien de l'arbitre récusé⁶⁷, suite à son empêchement, son abstention, sa démission⁶⁸, ou suite à sa révocation⁶⁹, et pour la prorogation du délai de l'arbitrage⁷⁰. Dans ces contextes, la fonction du juge étatique est à double volet. D'une part, il peut venir compléter la mission de l'arbitre bien avant le démarrage de l'arbitrage et d'autre part, il peut suppléer la mission de l'arbitre après la saisine. Ce qui exprime concrètement la collaboration du juge étatique avant la saisine de

⁶⁵ Art. 1451 CPC: « Le tribunal arbitral est composé d'un ou de plusieurs arbitres en nombre impair.

Il est complété si la convention d'arbitrage prévoit la désignation d'arbitres en nombre pair.

Si les parties ne s'accordent pas sur la désignation d'un arbitre complémentaire, le tribunal arbitral est complété dans un délai d'un mois à compter de l'acceptation de leur désignation par les arbitres choisis ou, à défaut, par le juge d'appui mentionné à l'article 1459 ».

⁶⁶ Art. 1452 «En l'absence d'accord des parties sur les modalités de désignation du ou des arbitres :

1° En cas d'arbitrage par un arbitre unique, si les parties ne s'accordent pas sur le choix de l'arbitre, celui-ci est désigné par la personne chargée d'organiser l'arbitrage ou, à défaut, par le juge d'appui ;

2° En cas d'arbitrage par trois arbitres, chaque partie en choisit un et les deux arbitres ainsi choisis désignent le troisième ; si une partie ne choisit pas d'arbitre dans un délai d'un mois à compter de la réception de la demande qui lui en est faite par l'autre partie ou si les deux arbitres ne s'accordent pas sur le choix du troisième dans un délai d'un mois à compter de l'acceptation de leur désignation, la personne chargée d'organiser l'arbitrage ou, à défaut, le juge d'appui procède à cette désignation » et

1453 CPC. « Lorsque le litige oppose plus de deux parties et que celles-ci ne s'accordent pas sur les modalités de constitution du tribunal arbitral, la personne chargée d'organiser l'arbitrage ou, à défaut, le juge d'appui, désigne le ou les arbitres ».

⁶⁷ Art. 1456, al. 3, CPC « Le tribunal arbitral est constitué lorsque le ou les arbitres ont accepté la mission qui leur est confiée. A cette date, il est saisi du litige.

Il appartient à l'arbitre, avant d'accepter sa mission, de révéler toute circonstance susceptible d'affecter son indépendance ou son impartialité. Il lui est également fait obligation de révéler sans délai toute circonstance de même nature qui pourrait naître après l'acceptation de sa mission.

En cas de différend sur le maintien de l'arbitre, la difficulté est réglée par la personne chargée d'organiser l'arbitrage ou, à défaut, tranchée par le juge d'appui, saisi dans le mois qui suit la révélation ou la découverte du fait litigieux ».

⁶⁸ Art. 1457 CPC. « Il appartient à l'arbitre de poursuivre sa mission jusqu'au terme de celle-ci à moins qu'il justifie d'un empêchement ou d'une cause légitime d'abstention ou de démission.

En cas de différend sur la réalité du motif invoqué, la difficulté est réglée par la personne chargée d'organiser l'arbitrage ou, à défaut, tranchée par le juge d'appui saisi dans le mois qui suit l'empêchement, l'abstention ou la démission ».

⁶⁹ Art. 1458 CPC « L'arbitre ne peut être révoqué que du consentement unanime des parties. A défaut d'unanimité, il est procédé conformément aux dispositions du dernier alinéa de l'article 1456 ».

⁷⁰ Art. 1463 CPC «Un arbitre ne peut s'abstenir ni être récusé que pour une cause de récusation qui se serait révélée ou serait survenue depuis sa désignation.

Les difficultés relatives à l'application du présent article sont portées devant le président du tribunal compétent».

l'arbitre dans la perspective de permettre aux parties de librement choisir un arbitre. En effet l'article 2059 du code civil dispose que « toutes personnes peuvent compromettre sur les droits dont elles ont la libre disposition ». La capacité de compromettre est distinctement appréciée selon les catégories de personnes privées ou de personnes publiques. La justice arbitrale semble accessible à toute personne qui détient la libre disposition de ses droits. Néanmoins, toute personne dont la capacité juridique est réduite ne peut jouir de ses droits parce que la convention d'arbitrage est un acte juridique nécessitant la concrétisation de la volonté humaine. Dans le cadre de la complémentarité du juge étatique et de l'arbitre après la saisine du tribunal arbitral par les parties, le juge doit résoudre et combler les imperfections ou les défaillances de l'arbitrage. La compétence concurrente du juge étatique et de l'arbitre dans le cadre des mesures provisoires et conservatoires après la constitution du tribunal arbitral soit à l'interne soit à l'international prend tout son sens à ce niveau. Toutefois, l'acte⁷¹ qui octroie cette aptitude au juge ne lui permet pas de trancher le fond du litige et sa compétence se trouve ainsi limitée. En ce qui concerne ces mesures à l'international, rares sont les conventions internationales qui considèrent cette question. En revanche, une décision de la Cour de cassation a approuvé la compétence du juge des référés saisi dans le domaine interne d'une mesure provisoire. Les parties prises par un compromis d'arbitrage en dépit de la constatation de la clause compromissoire, sont exemptes de cette condition indispensable au référé-provision⁷². Dans le domaine de l'arbitrage international, l'intervention du juge français des référés prend une autre envergure. Au préalable son aptitude doit être reconnue et ensuite, les parties doivent notifier dans leur convention d'arbitrage « l'octroi express ou tacite » d'une provision. Assurément, l'autonomie dominante des règles privées à l'arbitrage international entraîne l'annulation de tout caractère d'ordre public relatif à la loi de la procédure française. La cour de Cassation a écarté, suite à la décision des parties, le recours

⁷¹ Civ. 17 juill.1957, *Bull. civ.* II, n° 546.

⁷² A ce sujet, la Cour d'appel estime que le Président du Tribunal de commerce, saisi d'une demande de provision sur le fondement de l'article 873, al.2 NCPC, doit la rejeter en présence d'une clause compromissoire, car il serait amené, dans le cas contraire, à porter, même provisoirement, une appréciation sur le fond du litige. *Adde* sur la condition d'absence de contestation sérieuse ; Trib. Gr. Inst. de Paris, ord. Réf., 3 janvier 1984, *Rev. arb.*, 1984.529 obs. Th. Bernard cité par Ph. FOUCHARD, *La coopération du président du tribunal de grande instance à l'arbitrage*, *Écrits, Droit de l'arbitrage droit du commerce international*, *op.cit.*, p. 6.

au référé-provision malgré les objections doctrinales ainsi que l'opposition de la cour d'appel et des tribunaux. D'après la cour de Cassation, le référé-provision est loin d'être rapproché de la mesure provisoire ou conservatoire tel qu'il est inscrit dans le règlement d'arbitrage de la Chambre de Commerce et d'Industrie (CCI). Le fait que la procédure d'arbitrage soit en cours⁷³ suspend la nécessité d'attribuer la provision. Les compétences du juge français des référés restent paralysées en raison des principes d'arbitrages internationaux. Car le caractère délocalisé de l'arbitrage international ne s'éclipse pas entièrement pendant l'exécution de la sentence. Le recours au juge étatique pour réclamer de force l'exécution de la sentence arbitrale, confère plusieurs facettes d'autonomies à la sentence. Ce particularisme s'explique d'une part par l'exécution de la décision sur plusieurs territoires selon le positionnement des actifs de la partie perdante. D'autre part, l'examen qu'effectue chaque pays sur la sentence est relatif aux effets contraignants à la sentence. Ainsi, lorsqu'un pays s'oppose à l'exécution de la sentence, un autre pays est en mesure de l'octroyer. L'article V (1) (e) de la Convention de New York du 10 juin 1958 sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères prévoit la suspension de la reconnaissance ou d'exécution lorsque la partie défenderesse atteste le caractère non obligatoire de la sentence. Ce refus est également valable pour toutes sentences annulées par une autorité compétente du pays dans lequel ou d'après la loi duquel, la sentence a été émise. En revanche, la révocation d'une sentence étrangère rendue en France n'est pas synonyme d'inefficacité des arbitres selon le droit français de l'arbitrage international. A titre illustratif, l'affaire *Norsolor*⁷⁴ rendue à Vienne et annulée par la Cour d'appel de Vienne a bénéficié d'une exécution sur le territoire français. La solution émise par la France était d'abord justifiée par l'article 1520 du Code de procédure civile⁷⁵. Cet article énonce concrètement les actions qui peuvent annuler la reconnaissance

⁷³ Cass. Civ. 1^{re}, 14 mars 1984, République islamique d'Iran c/ Commissariat à l'énergie atomique.

⁷⁴ Civ. 1^{re}, 9 oct. 1984, *Rev. arb.* 1985, p. 431, note B. GOLDMAN – *JDI* 1985, p. 679, note Ph. KAHN D. 1985, p. 101. – E. KLEIMAN et S. SALEH, *Célérité et loyauté en droit français de l'arbitrage international: quels pouvoirs et quelle responsabilités pour les arbitres et les parties: Cah. arb.* 2012, p. 99.834.

⁷⁵ Art. 1502 ancien CPC. « L'appel de la décision qui accorde la reconnaissance ou l'exécution n'est ouvert que dans les cas suivants :

1° Si l'arbitre a statué sans convention d'arbitrage ou sur convention nulle ou expirée ;

et l'exécution d'une sentence bien que celles-ci ne soient effectuées dans son pays d'origine. Ensuite, l'article VII de la Convention de New York du 10 juin 1958 prévoit que « *les dispositions de la Convention ne privent aucune partie intéressée du droit qu'elle pourrait avoir de se prévaloir d'une sentence arbitrale de la manière et dans la mesure admise par la législation ou les traités du pays où la sentence est invoquée* ». Par conséquent, l'article VII de la Convention confère une prérogative spéciale au juge d'État compétent pour être plus favorable à la reconnaissance et l'exécution de la sentence⁷⁶.

18. Aussi, il est crucial de mentionner que l'augmentation du zèle du juge étatique a un rapport avec le développement que connaît l'arbitrage. Même si les clauses compromissaires révèlent certaines failles non conformes au principe d'arbitrage international, les parties sont toujours aussi décidées pour saisir un juge étatique. Ce moyen confère à la partie engagée la possibilité de convaincre son adversaire lorsque ce dernier n'est pas disposé à faciliter la constitution du tribunal arbitral ou la mise en œuvre de l'instance. La particularité de l'arbitrage stipule une coopération à laquelle les parties, tout comme les arbitres, doivent se soumettre. Lorsque cet esprit de collaboration fait défaut des deux côtés, l'arbitrage est alors paralysé et c'est le président du tribunal de grande instance qui est sollicité sur la base des nouvelles dispositions pour trancher le litige. De ce constat, il découle la question de la gestion des conflits issus d'instance arbitrale suscitant la réforme portant sur le contrôle de la sentence. La croissance de la jurisprudence française depuis plus de trois décennies suffit largement pour exposer les rapports de collaboration entre la justice étatique et la justice arbitrale. Etant donné que c'est le juge étatique qui s'immisce dans l'arbitrage, son rôle se manifeste tout au long de l'arbitrage. Il est sollicité avant l'instance arbitrale (**Titre I**) pour la constitution du tribunal arbitral afin de récuser ou de remplacer un arbitre déjà désigné. Il doit régler les questions relatives à la mission arbitrale en cours de procédure suite à

2° Si le tribunal arbitral a été irrégulièrement composé ou l'arbitre unique irrégulièrement désigné ;

3° Si l'arbitre a statué sans se conformer à la mission qui lui avait été conférée ;

4° Lorsque le principe de la contradiction n'a pas été respecté ;

5° Si la reconnaissance ou l'exécution sont contraires à l'ordre public international ».

⁷⁶ J.-L. DELVOVÉ, L'intervention du juge dans l'arbitrage : *Rev. arb.*, 1980, p. 487.

d'éventuelles difficultés de prorogation. Lorsque la mise en œuvre de ce processus rencontre des obstacles après l'inadéquation de la convention d'arbitrage par les parties, la fonction du juge étatique s'étend jusqu'au contrôle de la sentence (**Titre II**).

TITRE I- Le concours du juge étatique à l'instance arbitrale

« En plus du contrôle a posteriori du juge étatique sur l'arbitrage lors des contestations portées devant lui pour l'exécution ou l'annulation de la sentence, d'autres fonctions lui ont été dévolues. Celles-ci le rapprochent davantage de l'arbitrage tout en le faisant participer intimement au début ou à la fin de l'instance arbitrale »⁷⁷.

M. BOISSÉSSON

19. Peu de temps avant la réforme de 2011 sur l'arbitrage, le code de procédure civile avait prévu en son article 1493, alinéa 2 la collaboration du juge français à l'arbitrage. Cette assistance avait pour but de résoudre les difficultés liées à la constitution du tribunal arbitral. Cet article précisait que « si pour les arbitrages se déroulant en France ou pour ceux à l'égard desquels les parties ont prévu l'application de la loi de procédure française, la constitution du tribunal arbitral se heurte à une difficulté, la partie la plus diligente peut, sauf clause contraire, saisir le président du tribunal de grande instance de Paris selon les modalités de l'article 1457 ». Bien que la jurisprudence ait su effectuer l'interprétation de ce texte pour élargissement d'aptitude du juge d'appui face aux difficultés qui peuvent surgir pendant le déroulement de la procédure arbitrale, ce texte demeure incohérent. Cette incohérence soulevée par des praticiens étrangers, était relative à la possibilité de saisir le juge pendant l'arbitrage. C'est ainsi que la réforme du décret n°2011-48 du 13 janvier 2011 a été adoptée pour déterminer et énoncer l'aptitude du juge d'appui, précisément en droit de l'arbitrage en France mais aussi à international. La collaboration du juge étatique n'est plus exactement réduite aux entraves issues de la constitution du tribunal arbitral. En revanche, le nouvel article 1506.2°

⁷⁷ M. BOISSÉSSON, Le droit français de l'arbitrage interne et international, *op.cit.*, p.90.

renvoie aux textes relatifs à l'arbitrage interne qui mentionnent la compétence matérielle du juge. Avant d'énoncer les missions conséquentes du juge étatique lors de sa collaboration à l'arbitrage (**Chapitre II**), il sera préalablement question d'aborder la mission du juge d'appui ainsi que ses limites dans la constitution du tribunal arbitral (**Chapitre I**).

CHAPITRE I- La mission du juge étatique dans la phase liminaire de l'arbitrage

« Au début, il s'agit pour le demandeur d'obtenir le concours du juge étatique dans la constitution du tribunal arbitral, lorsque, notamment, le mécanisme de désignation des arbitres n'est pas complètement opérationnel. Le magistrat à qui le nouveau Code attribue ces fonctions d'assistance, et qui est le plus souvent le Président du tribunal de grande instance de Paris, est presque devenu, au fil des ans, une sorte d'institution permanente d'arbitrage »⁷⁸.

J.-L. DELVOVÉ

21. La phase liminaire n'est rien d'autre que les différentes étapes qui se manifestent avant la sentence arbitrale. Cette phase comporte la désignation des arbitres et le déroulement de l'instance arbitrale. Une double mission est donc déléguée au juge d'appui lors du déroulement de cette phase. La constitution du tribunal arbitral peut se heurter à plusieurs sortes de difficultés. Notamment, la passivité de la volonté d'une des parties, les complexités suite à la collaboration du juge désigné pour nommer les arbitres ou pour administrer la procédure arbitrale. Aussi, des problèmes relatifs à la constitution du tribunal arbitral peuvent également naître après la désignation des arbitres. Par exemple, lorsque l'un des arbitres choisit, souhaite arrêter sa mission ou lorsqu'une partie pour diverses raisons souhaite que la mission s'arrête, cette objection peut freiner le bon déroulement de l'arbitrage. Dans la quête d'épargner l'instance arbitrale de ces différentes sortes d'inerties, il est parfois indispensable de solliciter le concours du juge d'appui. Le Code de procédure civile à cet égard dispose en son article 1454 que « tout différend lié à la constitution du tribunal arbitral est réglé, faute

⁷⁸ J.-L. DELVOVÉ, L'intervention du juge dans l'arbitrage : *Rev. arb., op.cit.*, p. 487.

d'accord des parties, par la personne chargée d'organiser l'arbitrage ou, à défaut, par le juge d'appui »⁷⁹. D'autres dispositions évoquent des aptitudes exclusives du juge d'appui pour suppléer un tribunal composé d'arbitres en nombre pair⁸⁰. Car dans le contexte où les parties ou les arbitres ne sont pas d'accord sur la nomination du ou des arbitres⁸¹, cette compétence exclusive du juge d'appui entre en jeu. L'abstention, la démission, l'empêchement, la récusation, la révocation sont des cas qui peuvent susciter l'aptitude exclusive du juge d'appui. Suite à ces différents contextes, le juge d'appui effectuera « une mission active et une mission passive ». Dans la mission active, le juge compense la déficience des parties lors de la constitution du tribunal arbitral dans le cas d'une récusation d'arbitre ou dans le cas de la vérification d'une preuve. Pour le déroulement de l'instance arbitrale, le juge d'appui a la possibilité d'assister l'arbitre dans sa fonction. Cette éventualité doit lui permettre au moment où il est saisi par voie principale d'une demande dont l'objet relève de l'aptitude arbitrale de se dessaisir au profit des arbitres. En revanche, le juge d'appui français ne peut collaborer sur tous les arbitrages internationaux se déroulant dans le monde. Aussi, une restriction venant de l'article 1505 du Code de procédure civile réduit la collaboration du juge aux arbitrages présentant une liaison quelconque avec la France. Ces précisions imposées au juge d'appui dans la phase liminaire de l'arbitrage (**Section II**) seront abordées après l'énonciation sur la constitution du tribunal arbitral (**Section I**).

SECTION I- La constitution judiciaire du tribunal arbitral

22. Il incombe aux litigants de confier au tribunal arbitral la mission de juger. Cette fonction qui se déclenche par la survenance d'un litige est suivie de la désignation des arbitres. A l'instar de l'arbitrage interne, le choix des arbitres impacte la sentence qui serait rendue. Les ordres

⁷⁹ L'article 1444, al. 3, ancien CPC énonçait que « si le litige né, la constitution du tribunal arbitral se heurte à une difficulté du fait de l'une des parties ou dans la mise en œuvre des modalités de désignation, le président du tribunal de grande instance désigne le ou les arbitres ».

⁸⁰ Art. 1451 CPC

⁸¹ Art. 1452 et 1453 CPC.

juridiques dans lesquels la sentence aura la vocation à être exécutée sont impactés. C'est la raison pour laquelle le choix des arbitres est vivement discuté par le juge d'appui qui est sollicité dans le cadre de la résolution des difficultés. En dépit de la liberté conférée aux litigants dans l'organisation de l'instance arbitrale, la majorité des droits étrangers relatifs à l'arbitrage, ainsi que le droit français de l'arbitrage sont rigides quant au choix d'arbitres. De prime abord, la question de la loi applicable peut être soulevée. Ainsi, la loi applicable à la procédure arbitrale, la loi du siège du tribunal arbitral, dont les règles absolues sont incontournables, la loi de l'institution d'arbitrage dont le règlement est applicable à la procédure arbitrale énumérant la responsabilité de l'arbitre, suivie des modalités de désignation et si possible de récusation des arbitres⁸² peuvent être évoquées. La majorité des États sont rigoureux sur la question de règles matérielles au point où le juge d'appui n'a de choix que d'appliquer sa loi. Le juge du siège saisi durant la procédure arbitrale ou le juge saisi du recours en annulation contre la sentence ne feront qu'appliquer leur loi. Et lorsqu'ils sont saisis d'une demande d'*exequatur* ils appliqueront toujours leur loi. Tout comme l'ancien article 1493 alinéa 1^{er}, relatif à la règle matérielle du droit français de l'arbitrage international, l'article 1508 Nouveau du Code de Procédure Civile l'est aussi. Il est appliqué à tout arbitrage et à toute sentence se déroulant en France et également lors d'une demande d'*exequatur*. Considérant la position des parties sur le règlement d'arbitrage ou sur les règles de procédure, le texte n'impose aucune référence à la loi étatique. Sous le régime de l'ancien droit, la Cour de cassation a énoncé que la recherche du juge sur l'intention commune des parties est légitime pour un arbitrage international, même soumis à une loi étrangère⁸³. Cette mention a été faite dans un arrêt de 04 décembre 1990 suite à la régularité de la constitution d'un tribunal arbitral approuvé et apprécié lors de l'*exequatur* de la sentence. D'après le principe de bonne foi, le principe d'effet utile ainsi que le principe d'interprétation *contra proferentem*⁸⁴, le juge et l'arbitre peuvent se référer aux règles générales d'interprétation de

⁸² Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial*, *op.cit.*, p. 576.

⁸³ Civ. 1^{re} 4 déc. 1990, *Rev. arb.*, 1991, p. 81, note Ph. FOUCHARD.

⁸⁴ Le premier de ces principes implique, selon la cour d'appel de Paris, de rechercher la volonté réelle des parties au-delà du sens littéral des termes et de ne pas permettre à l'une d'elles de se soustraire à des engagements librement consentis mais exprimés de manière maladroite. Le deuxième principe présume que l'intention des parties a été d'établir

la convention habituelle. Toutefois, la référence à ces règles générales nécessite le déroulement de la désignation judiciaire des arbitres (§ I). Après cette étape, les arbitres désignés doivent accepter leur mission (§ II) pour enclencher l’instance.

§ I- Le principe de la désignation judiciaire des arbitres

23. Le choix des arbitres par les parties requiert une importance fondamentale à l’arbitrage. Dans l’arbitrage interne ou international, la constitution du tribunal arbitral dépend avant tout des litigants. Ils sont donc libres de confier cette mission à un tiers. L’article 1508 leur confère le droit d’appliquer une loi de procédure arbitrale qui dirigera leur préoccupation⁸⁵. Les arbitres à ce niveau n’ont aucun choix que de se soumettre aux règles particulières posées par cette loi. Une première théorie fait croire que les règles impératives régissant la loi choisie par les parties pour la constitution du tribunal arbitral doivent nécessairement être respectées. Une autre conception révèle que ces règles doivent prévaloir, en cas de contrariété par une clause de la convention d’arbitrage. Au regard du droit français, cette conception semble impossible à respecter lorsque les parties sont libres de choisir une loi étatique ou non. Au cas où la convention d’arbitrage et la loi choisie sont en désaccord, une interprétation peut se faire sur la volonté des parties. Cette interprétation peut par exemple énoncer que les parties ont choisi de déroger à cette loi. Cependant, cette énonciation précède la détermination des clauses faisant l’objet de la composition du tribunal arbitral. Dans cette perspective, un arbitrage international est-il appelé à se soumettre aux principes élaborés par le droit français à l’arbitrage interne ? La réponse à cette question n’est pas affirmative du simple fait que l’article 1506 du Code de procédure civile prend en compte quelques articles du titre consacré à l’arbitrage interne⁸⁶. Lorsque les parties se mettent d’accord sur les

un mécanisme efficace pour le règlement des litiges visés par la clause compromissoire. Et le troisième conduit à témoigner contre celui qui a rédigé la clause obscure ou ambiguë.

⁸⁵ Ph. FOUCHARD, E. GAILLAIRD, B. GOLDMAN, *Traité de l’arbitrage commercial international*, op.cit., p. 469.

⁸⁶ La désignation des arbitres ou les modalités de leur désignation doivent figurer dans la convention d’arbitrage (art. 1444 CPC). Avant la réforme de 2011, le manquement à cette exigence emportait nullité de la convention d’arbitrage (pour la clause compromissoire : art. 1443, al.2, ancien CPC ; pour le compromis : art. 1448, al. 2, ancien CPC). Ce n’est

principes du droit français pour diriger l'arbitrage international, ces articles consacrés à l'arbitrage interne vont prévaloir dans l'arbitrage international. Ainsi, les parties peuvent choisir la loi française comme *lex arbitri*. D'après les textes de la réforme de 2011, il importe de considérer à l'avenir le renvoi effectué par l'article 1506.2° du Code de procédure civile notamment aux articles 1452 à 1458 sur la constitution du tribunal arbitral. Selon ce mouvement balancier, l'omission indirecte ou non référée à la clause de désignation des arbitres par les parties devant un arbitrage en France, ouvre la porte à l'application de l'article 1452. Cet article prévoit les clauses de constitution supplétive de la volonté des parties qui peut toutefois s'appliquer. Évidemment, il est toujours possible pour les parties de stipuler expressément d'autres dispositions, normalement réservées aux arbitrages internes, s'appliquant à l'arbitrage international. Et lorsque ce renvoi est délibérément effectué par les parties, la règle des articles 1450 et suivants du Code de procédure civile listés également dans l'article 1506 ne sera imposée « qu'à défaut de convention particulière » des parties. Ces dérogations que les parties ont le privilège d'apporter à ces dispositions doivent être minutieuses sinon, le caractère impératif de ces règles en droit interne perd son efficacité dans le domaine international⁸⁷. Les litigants doivent cependant bien préciser les dérogations qu'elles entendent apporter à ces dispositions, faute de quoi, celles-ci ne s'appliqueront point. Plus qu'à un dépeçage des règles du droit de l'arbitrage interne, l'article 1508 du Code de procédure civile crée un avantage pour les parties. Elles peuvent directement, ou par référence à une convention d'arbitrage, établir les clauses de constitution du tribunal arbitral.

24. Par ailleurs, la situation était différente avant l'adoption du décret de 13 janvier 2011. Le choix de la loi française de procédure ne conduisait pas à l'adoption des solutions libérales posées par la jurisprudence dans le cadre de l'arbitrage international. Mais à l'arbitrage interne, ce transfert est opérable. Car l'article 1495 de l'ancien Code de procédure civile indiquait expressément qu'un tel choix impliquerait l'application des principes énoncés dans

plus le cas depuis la réforme résultant du décret du 13 janvier 2011, la personne chargée d'organiser l'arbitrage ou le juge d'appui intervenant alors pour assurer la constitution d'un tribunal (art. 1444 et art. 1451 à 1454 CPC).

⁸⁷ E. GAILLARD et P. DE LAPPASSE, Commentaire analytique du décret portant réforme du droit français de l'arbitrage : Cah. arb., 2011, p. 263, spéc. n° 77.

les titres I, II, et III du livre IV. En revanche, toujours en vertu de l'article 1495, ces principes ainsi que les articles 1451 à 1457 du Code de procédure civile ne s'imposaient alors « qu'à défaut de convention particulière » des litigants. Ces principes perdaient tout leur caractère impératif. Quelles sont les différentes méthodes par lesquelles un arbitre peut être désigné par les parties (A) ? Ces méthodes sont-elles soumises à des limites (B) ?

A- Les méthodes de désignation des arbitres par les parties

25. Le plus souvent, les contractants énoncent les règles de désignation des arbitres dans la clause compromissoire. La volonté commune est primordiale pour effectuer une désignation après la naissance du différend. En dehors de l'unicité d'un arbitre et du président du tribunal arbitral, chaque arbitre est pris individuellement par l'une ou l'autre des parties. Néanmoins ces modalités de désignation diffèrent selon la nature « institutionnelle » ou « *ad hoc* » de l'arbitrage. D'une part, l'arbitrage institutionnel, laisse transparaître un rôle variable qui fait intervenir une forme de tiers préconstitué. D'après la jurisprudence française, le choix d'un centre d'arbitrage par les litigants implique l'applicabilité totale de son règlement⁸⁸. Les clauses stipulées pour choisir les arbitres seront en principe applicables. L'intervention du juge d'appui ne se manifesterait qu'en cas de carence dans l'exécution de sa mission à la constitution du tribunal arbitral. À ce niveau, il s'imprègne de sa mission complémentaire précisée dans les articles 1452 à 1454 du Code de procédure civile référencée à l'article 1506 2°. En réalité, les préoccupations qu'abordent les règlements d'arbitrage sont notamment le processus de nomination, de remplacement ou de récusation, le nombre d'arbitres ainsi que les qualifications ordonnées⁸⁹. Le juge étatique exerce donc une mission très simple en tant qu'assistant dans la constitution du tribunal arbitral. Au cas où il survient une complication entre les parties ou une insuffisance, le juge d'appui peut intervenir à titre complémentaire pour désigner l'arbitre. Souvent, certains règlements énoncent un étatisme accru dans cette

⁸⁸ Art. IV (1) (a) de la convention de Genève de 1961.

⁸⁹ Art. 3-2 du règlement GAFTA ; art. 1^{er} du règlement des cafés et poivres du Havre.

mission. En revanche, les règlements d'arbitrage confèrent une grande place aux litigants dans la désignation des arbitres. La plupart du temps, l'institution joue un simple rôle d'assistance dans la constitution du tribunal arbitral. Elle intervient à titre subsidiaire lorsqu'une difficulté survient entre les litigants ou lorsque l'un d'eux est confronté à une carence⁹⁰. Certaines dispositions parlent d'un plus grand interventionnisme de l'institution. À ce propos, il peut être prévu que l'institution devra confirmer l'arbitre choisi par les litigants⁹¹ ou que l'arbitre devra être désigné à partir d'une liste dressée par l'institution⁹². Parfois, l'institution doit expressément désigner l'arbitre. De plus, elle dispose du pouvoir pour s'opposer au choix des parties parce qu'elle estime que l'arbitre choisi n'est pas convenable⁹³. Le règlement d'arbitrage peut même permettre à l'institution de nommer un arbitre alors que la question du choix de ce règlement par les parties peut être discutée. Par conséquent, la CCI⁹⁴ peut décider *prima facie* d'après l'application de la convention d'arbitrage de nommer un arbitre qui doit se prononcer sur la régularité de sa mission⁹⁵. Peu importe ce qui adviendra, certaines clauses de la convention peuvent subir une dérogation selon ce que les parties ont spécifié⁹⁶. Et de surcroît la volonté de celles-ci devra être honorée par le tribunal arbitral⁹⁷. Selon la jurisprudence française, les décisions sur la sollicitation ou sur la confirmation des arbitres, ne sont pas d'ordre juridictionnel. Elles ne sont pas susceptibles de recours devant un juge étatique⁹⁸. Dans le cadre du contrôle ultérieur de la sentence rendue par le tribunal ainsi constitué, un litigant peut invoquer une irrégularité de constitution qui découlerait d'une décision de l'institution⁹⁹. Ainsi d'après la jurisprudence,

⁹⁰ Art. 12 et 13 du règlement CCI 2012 ; art 8 à 10 du règlement CNUDCI ; art. 6 du règlement AAA.

⁹¹ Art. 12-16 de la Convention de Washington pour l'arbitrage CIRDI.

⁹² Art. 12-16 de la Convention de Washington pour l'arbitrage CIRDI.

⁹³ Art. 5.5, 7. 1 et 11.1 du règlement LCIA.

⁹⁴ Art. 6.4 du règlement CCI 2012.

⁹⁵ Paris, 7 févr. 2002 *Rev. arb.*, 2002, p. 413, note Ph. FOUCHARD.

⁹⁶ Art. 11.6 du règlement CCI 2012, *op.cit.*

⁹⁷ Civ. 1^{er}, 4 déc. 1990, *Rev. arb.*, 1991, p. 81, note Ph. FOUCHARD.

⁹⁸ TGI Paris (Ord. réf.) 13 juill. 1988, *Rev. arb.* 1989, p. 97, note P. BELLET. – Trib. Féd. Suisse, 16 mai 1983, *Bull. ASA* 1984, p. 203, pour une solution analogue en droit comparé.

⁹⁹ Civ. 1^{re}, 4 déc. 1990, *Rev. arb.*, 1991, p. 81, note Ph. FOUCHARD – Paris, 11 févr. 1988, *Rev. arb.*, 1989, p. 683, note L. ZOLLINGER.

les clauses doivent être formulées suivant le principe d'égalité des parties dans la désignation des arbitres ; or cette prescription peut être compliquée à respecter dans le cas de l'arbitrage multipartite¹⁰⁰. D'autre part, il peut advenir que les parties décident de confier le règlement de leur litige à un arbitre unique. Ce procédé de désignation d'un arbitre unique se déroule souvent lors d'un arbitrage *ad hoc*¹⁰¹. Les litigants peuvent directement désigner cet arbitre dans la convention d'arbitrage soit nommément, soit par sa fonction. Ces procédés sont plus fréquents pour les cas de compromis. Par contre, pour les cas de clauses compromissoires¹⁰², ces procédés ne sont pas récurrents. Dans un arbitrage *ad hoc*, les litigants peuvent au préalable stipuler d'un commun accord la nomination d'un arbitre unique suite à un litige. Néanmoins, cette clause peut subir un frein dans sa mise en œuvre bien qu'elle soit usuelle. Une fois que le litige est né, un accord est compliqué à trouver par les litigants. En dehors d'une telle entente, l'absence d'un instrument collaborateur ou d'assistance durant l'instance arbitrale peut susciter des obstacles en cas de défaillance dans la mission de l'arbitre unique. La collaboration du juge étatique s'avère indispensable pour la résolution du litige. L'article 1452.1° du Code de procédure civile, adapté à l'arbitrage international par renvoi de l'article 1506.2° énonce que « c'est l'arbitre ou à défaut le juge d'appui qui est chargé d'organiser l'arbitrage » lorsqu'il y a défaut de convention contraire des parties sur le choix de l'arbitre unique. En outre, la juste application du principe d'ordre public procédural d'égalité des parties dans la désignation des arbitres ne soustrait en rien la nomination de l'arbitre unique par avance à une seule partie, même si dans une certaine mesure, la jurisprudence actuelle semble accepter ce procédé¹⁰³. La convention d'arbitrage peut envisager la désignation directe d'un arbitre unique par le biais d'un président d'une juridiction ou d'une chambre de

¹⁰⁰ L'arbitrage multipartite est celui qui implique plus de deux parties. Cf. notamment l'arbitrage complexe. Question de procédure, Bull. CCI. Suppl., déc. 2003, et plus spéc., pour la constitution du tribunal arbitral – A. M. WHITESEL et E. SILVA-ROMERO, *L'arbitrage à pluralité de parties ou de contrats : l'expérience récente de la chambre de commerce internationale*, p. 7.

¹⁰¹ *Ad hoc* est une expression latine qui qualifie un acte spécialement fait pour une formalité précise. Cette expression caractérise également une procédure d'arbitrage dont l'organisation n'a pas été confiée à une institution permanente spécialisée. Ce sont les litigants eux même qui se chargent d'organiser à partir des conseils de leurs avocats.

¹⁰² Pour la clause compromissoire, la pratique la plus répandue consiste à ne pas arrêter le choix de l'arbitre dans la convention d'arbitrage et à y prévoir seulement les modalités de sa désignation.

¹⁰³ Sur ce principe et les quelques atteintes qu'y porte la jurisprudence actuelle des juges du fond.

commerce¹⁰⁴, d'un syndicat professionnel ou d'une association coopérative à défaut d'accord entre les parties. Ainsi, d'une insuffisance manifeste auprès du tiers, la reconnaissance de la convention d'arbitrage reste effective. Cette effectivité permettra à nouveau au juge étatique d'intervenir dans le but de résoudre les questions relatives à la constitution du tribunal arbitral.

B- Les restrictions relatives aux désignations des arbitres par les parties

26. Les limites à la liberté des parties dans la désignation des arbitres sont en l'occurrence les questions rattachées à l'ordre public international¹⁰⁵. Au nombre de celles-ci, on trouve la question relative au respect du principe d'égalité des parties, celle relative aux exigences d'impartialité et d'autonomie de l'arbitre. Force est de constater qu'au sein de l'arbitrage international, tout comme dans l'arbitrage interne la dérogation à ces principes est inacceptable. La cour de cassation a depuis longtemps contraint les parties à respecter ce principe d'égalité fondamental lors de la désignation des arbitres afin d'éviter toute violation qui annulera la sentence rendue en France ou qui suscitera le refus d'*exequatur* de la sentence rendue à l'étranger. L'article 1510 du Code de procédure civile issu de la réforme du 13 janvier 2011 énonce que, « quelle que soit la procédure choisie, le tribunal arbitral garantit l'égalité des parties ». Cette règle revêt un caractère fondamental au point où elle est classée parmi celles qui sont qualifiées de « fondateur de l'arbitrage international »¹⁰⁶. Elle doit être respectée par le juge d'appui lorsqu'il intervient pour désigner un arbitre¹⁰⁷. Il est impossible au juge d'appui d'y renoncer même avant la survenance du litige¹⁰⁸ notamment, par la

¹⁰⁴ Civ. 1^{er}, 10 mai 1995, *Rev. arb.*, 1995, p. 605 (2^e esp.), note A. HORY, qui censure l'arrêt ayant déclaré irrecevable l'appel formé contre le jugement d'un tribunal de commerce qui statuant au fond avait nommé un arbitre alors même que la clause compromissoire prévoyait que la désignation devait être faite par le président de cette juridiction statuant en référé, cité par Ch. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT, *Droit de l'arbitrage interne et international*, *op.cit.*, p. 86.

¹⁰⁵ Civ. 1^{re}, 7 janv. 1992, *Rev. arb.*, 1992, p. 470, note P. BELLET, *ibid.*

¹⁰⁶ Cette expression peut être vérifiée dans Ch. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT *Droit de l'arbitrage interne et international* de, Montchrestien, n° 756, p. 687.

¹⁰⁷ Civ. 1^{re}, 8 juin 1999, *Rev. arb.*, 2000, p. 116, note E. LOQUIN, *ibid.*

¹⁰⁸ Civ. 1^{re}, 7 janv. 1992, *op.cit.*

soumission à un règlement d'arbitrage¹⁰⁹. La Cour de cassation sanctionne la dérogation à cette règle lorsqu'une institution contraint les codéfendeurs à un arbitre commun, tandis que le demandeur a choisi de son gré un arbitre¹¹⁰. En revanche, selon le juge français, cette règle prescrit une égalité de droit des parties dans la désignation des arbitres. Elle n'est pas à confondre avec le droit permettant à chaque partie de désigner « son arbitre »¹¹¹. Par conséquent, il a été jugé que la convention d'arbitrage peut assurément prévoir un cas de carence de l'une des parties dans la désignation d'un arbitre. A ce moment-là, l'arbitre nommé par l'autre partie pourra agir en tant qu'arbitre unique. La clause stipulant la sanction de la défaillance de la partie¹¹² concernée, ainsi que le principe d'égalité, ne s'opposeront qu'à la pratique des listes d'arbitres, lorsque que les contraintes deviennent imposantes¹¹³. En outre, les principes qui régissent le droit à un procès d'égalité mentionnés dans la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales à l'article 6 ainsi que l'article 14 du pacte de New York relatif aux droits civils et politiques et plus particulièrement le principe d'indépendance puis d'impartialité de l'arbitre demeurent incontournables dans la formation d'un tribunal arbitral¹¹⁴. Ces principes sont également relatifs au droit d'accès du juge arbitral. En ce qui concerne ce droit, la Cour de cassation a estimé dans son arrêt *État d'Israël/Soc. Nioc*, qu'il relève de l'ordre public international consacré par les règles de l'arbitrage international et par l'article 6 § 1 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales¹¹⁵. Les dispositions relatives à la constitution du tribunal arbitral ne doivent pas entraver le recours

¹⁰⁹ Paris, 21 avr. 2005, *JCP G* 2005, I, n° 5, Ch. SERAGLINI, *ibid*.

¹¹⁰ Paris, 7 oct. 1999, *Rev. arb.*, 2000, p. note D. BUREAU, *ibid*.

¹¹¹ Ph FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, *op cit.*, p. 485.

¹¹² JARROSSON, L'arbitrage et la convention européenne des droits de l'homme : *Rev. arb.*, 1989, p.573.

¹¹³ Cf. Civ. 2^e, 31 janv. 2002 *JCP G* 2003, I, 105, n°5, obs. Ch. SERAGLINI

¹¹⁴ Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, n° 785 – Ch. JARROSSON, L'arbitrage et la convention européenne des droits de l'homme : *Rev. arb.*, *op.cit.*, 1989, p.573.

¹¹⁵ Civ. 1^{re}, 1^{er} févr.2005, *Bull. civ.* I, n° 53; *JCP E* 2005, II, 447, note G. KESSLER.– *JCP g* 2005, I, 134, n°, obs. J. BÉGUIN; *Rev. arb.* 2005, p. 693, note H. MUIR WATT– *D.* 2005, pan., p. 3054, obs. Th. CLAY; *RDT com.* 2005, p.266, obs. E. LOQUIN– *Gaz. Pal.* 28 mai 2005, p. 37, note F.-X TRAIN–*D.* 2005, jur., p.2727, note S. HOTTE cité par SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT, *Droit de l'arbitrage interne et international*, *op. cit.*, p. 68.

effectif et égal à l'arbitrage¹¹⁶. Les représailles qui découlent de ces principes s'observent fondamentalement au niveau de l'*exequatur* ou pendant le recours en annulation. C'est la raison pour laquelle le juge français se voit contraint de vérifier la régularité¹¹⁷ de la constitution du tribunal arbitral ainsi que la conformité de la sentence aux règles d'ordre public international¹¹⁸. Les dysfonctionnements pouvant affecter le bon déroulement de l'arbitrage sont ainsi appréciés en fonction de la volonté des parties et des principes fondamentaux sus évoqués. Cependant, en amont, le principe de Compétence-Compétence s'impose au juge saisi d'une demande au fond qui relève d'une convention d'arbitrage semblant déprécier ou négliger le principe d'égalité des parties dans la constitution du tribunal. Le juge étatique devra se déclarer inapte, sauf pour le cas d'une violation incontestable du principe constituant une nullité manifeste de la convention d'arbitrage. En guise d'illustration, un arrêt de la cour de cassation déclare ceci : « L'assemblée générale de la Banque des règlements internationaux (BRI) ayant décidé de réserver la détention de ses actions aux banques centrales, des actionnaires évincés ont opposé une clause compromissoire statuaire, qui prévoyait que les arbitres seraient désignés par des gouvernements européens. Ce mode de constitution du tribunal arbitral était évidemment douteux au regard du principe d'égalité parce que les gouvernements pouvant être soupçonnés de vouloir favoriser leurs banques centrales »¹¹⁹. Au regard de cet arrêt, le juge étatique devait se déclarer inapte en raison de l'ineffectivité de la violation du principe d'égalité¹²⁰.

¹¹⁶ Sur le contenu du droit au juge au regard de la CEDH, Cf. notamment, S. GUINCHARD, *Convention européenne des droits de l'homme et procédure civile : Rep. Proc. Civ. Dalloz*, mars 2003, spéc. n° 123 -172.

¹¹⁷ Art. 1520. 2° CPC.

¹¹⁸ Art. 1520.5 CPC.

¹¹⁹ Ch. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT, *Droit de l'arbitrage interne et international op. cit.*, p. 689.

¹²⁰ Civ. 1^{re}, 23 mai 2006, *Bull. civ. I*, n° 252 ; *Rev. arb.*, 2008, p. 69, note E. LOQUIN – *JCP G* 2006, I, 187, n° 9, Ch SERAGLINI.

§ II- La procédure d'intervention du juge étatique dans la désignation des arbitres à l'arbitrage international

27. Comme dans l'arbitrage interne, l'appui du juge étatique revêt une importance capitale dans l'arbitrage international. Afin d'assurer l'effectivité et l'efficacité de la convention d'arbitrage durant l'arbitrage, la majorité des législations accordent, selon des modalités variables la collaboration de leurs tribunaux, en tant que juge d'appui à la résolution des difficultés. Lorsque le juge d'appui est sollicité à un arbitrage international, il doit résoudre les problèmes qui entravent la constitution du tribunal arbitral. Il doit également désengorger les éventuels obstacles qui sont susceptibles de perturber le bon déroulement de l'instance arbitrale. Au nombre de ceux-ci, on trouve, les modalités de désignation non précisées par les litigants ou tout dérèglement lié à un arbitrage institutionnel. Selon le texte le plus récent, le juge d'appui peut être saisi « soit par une partie, soit par le tribunal arbitral ou par l'un de ces membres ». En principe, le juge étatique qualifié pour cette fonction est le juge du siège du tribunal arbitral. Étant le plus proche de l'arbitrage, il est le seul garant détenant le pouvoir de contraindre sur son territoire pour exercer cette mission. En revanche, dans le droit français, les litigants sont libres de choisir en tant que juge d'appui, un juge qui n'est pas situé au siège du tribunal arbitral¹²¹. En effet, selon l'article 1505 du Code de procédure civile, « le juge d'appui est, sauf clause contraire, le président du tribunal de grande instance de Paris ». Nonobstant l'importance capitale que revêt l'arbitrage international, le droit français consacrait très peu de dispositions relatives à la mission du juge d'appui français avant la réforme du 13 janvier 2011. La seule source qui comblait le vide dans ce domaine, était essentiellement la jurisprudence. Elle était la seule référence qui édictait les règles applicables en la matière. C'est ainsi que se confirme la jurisprudence qui prône la saisine du juge d'appui¹²² par l'intermédiaire unique des arbitres, c'est-à-dire sans le concours des

¹²¹ Th. CLAY, *L'appui du juge à l'arbitrage: cah. arb.*, 2011, p. 331, spéc. n° 21 et s.

¹²² TGI Paris (Ord.réf.), 29 nov.1989, *Rev. arb.*, 1990, p. 525 cité par Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international, op. cit.*, p. 785.

parties. Cette sollicitation peut se dérouler par voie de requête et principalement par une assignation¹²³ selon l'article 1460 qui dispose que « l'assignation doit être formée, instruite et jugée comme en matière de référé ». Lorsqu'une défaillance est constatée dans cette sollicitation, l'assignation est entachée d'une irrégularité qui freine la constitution du tribunal arbitral. Le caractère contradictoire¹²⁴ de l'assignation, confère aux parties le moyen de saisir le juge d'appui par voie de requête conjointe. Après la saisine, la procédure doit se dérouler oralement. Toutefois, les parties sont autorisées à rédiger une preuve des prétentions pour l'audience. D'où l'entrée en jeu de la compétence du juge d'appui français avec pour prédominance la loi française. Au moment où la convention d'arbitrage est conclue et rédigée le 1^{er} mai 2011 ou lorsque cet accord est antérieur à cette date¹²⁵, ce sont les anciennes dispositions du Code de procédure civile qui orientent l'intervention du juge d'appui. De plus, d'après les conditions précisées par l'ancien article 1457 en vertu de l'article 1493, alinéa 2, du Code de procédure civile, « comme en matière de référé », le magistrat parisien peut être saisi par la partie la plus active ou par le tribunal arbitral. D'après la jurisprudence, « un seul arbitre » a la possibilité de jouir de cette aptitude¹²⁶. Même si la saisie intervient par voie de requête conjointe, elle est principalement faite par assignation sur la base d'une procédure contradictoire. Le processus suivi dans cette hypothèse est spécial et identique à celui prévu par les nouveaux textes.

28. Aujourd'hui, le juge d'appui doit exercer sa compétence matérielle pour le bon déroulement de la procédure qui lui revient en se référant aux textes applicables à l'arbitrage interne¹²⁷. Lorsqu'il est français, il lui est impossible d'enfreindre par convention spéciale les

¹²³ L'article 485 CPC, auquel renvoie l'article 492-1 relatif à la procédure devant le juge qui statue « comme en matière de référé », prévoit en effet que le juge des référés est saisi par assignation.

¹²⁴ Ph. FOUCHARD, La coopération du Président du tribunal de grande instance à l'arbitrage : *Rev. arb.*, 1985, p. 5 dans le cadre de l' assouplissement

¹²⁵ D. 13 janvier 2011, art. 3-1°. Même si cela peut paraître curieux, dans la mesure où la plupart des dispositions du décret entrent en vigueur le 1^{er} mai à zéro heure, les articles faisant l'objet de dispositions transitoires spéciales ne s'appliquent que si les événements visés (selon les cas : conclusion de la convention d'arbitrage, constitution du tribunal arbitral, prononcé de la sentence) se sont produits « après » le 1^{er} mai 2011, soit à partir du 2 mai à zéro heure.

¹²⁶ TGI Paris (*Ord. Réf.*), 29 nov. 1989, *Rev. arb.*, 1990, p. 525, pour une demande de prorogation de l'instance arbitrale – Ph. FOUCHARD, *La coopération du Président du tribunal de grande instance à l'arbitrage*, *Rev. arb.*, *op.cit.*, p. 5.

¹²⁷ L'art. 1506.2° CPC renvoie ainsi aux articles 1452, 1453, 1454, 1456, 1457, 1458 CPC, qui envisagent divers chefs de compétence du juge d'appui, et à l'article 1460 CPC, qui traite des règles de procédure suivies devant lui.

dispositions gouvernant la procédure qui touchent à l'organisation interne des juridictions françaises¹²⁸. Suite à ces observations, comment s'effectue l'encadrement du juge d'appui lors de cette procédure (A) ? Quelles sont les appréciations qui découlent de cet encadrement lors de la désignation des arbitres et à l'instance arbitrale (B) ?

A- L'assistance du juge d'appui au début de l'arbitrage international

29. Cet appui se déroule de différentes manières en fonction de la forme de l'arbitrage. En revanche, tout comme dans l'arbitrage interne, le juge d'appui est appelé à respecter le principe d'égalité dans l'arbitrage international. Cette notion est prise en considération avant la constitution du tribunal arbitral. La mission du juge étatique doit se dérouler suivant les clauses stipulées dans le contrat. Au cas où les parties souhaitent par exemple des qualités spéciales requises notamment professionnelles ou exclusives des arbitres, le juge d'appui doit se conformer à leur choix. Cependant, le respect de ce choix peut générer des conflits d'excès de pouvoirs du juge. Par exemple, la révélation de cette faute est effective lorsque le juge d'appui désigne un arbitre unique alors que la clause compromissoire prévoyait un arbitrage collégial¹²⁹.

30. Dans le cas d'un arbitrage multipartite les parties demanderesses peuvent s'opposer à un ou plusieurs défendeurs. Le principe d'égalité énonce que le juge ne peut imposer le choix d'un arbitre unique. Cette disposition restreint l'aptitude du juge, et la cour de cassation s'oppose à sa violation. En cas de désaccord sur la désignation d'un arbitre commun, chacune des parties codemanderesse ou codéfenderesse doit être libre de désigner leur arbitre. Elles peuvent également choisir de trouver un terrain d'entente pour se simplifier la tâche. Au cas où le juge d'appui omettrait d'accomplir sa mission, il commet également un excès de pouvoir. En cas d'impossibilité d'un choix adéquat d'arbitre malgré ces deux options, le juge

¹²⁸ Cf. E. GAILLARD et P. De LAPASSE, Commentaire analytique du décret portant réforme du droit français de l'arbitrage, *Cah. arb.*, 2011, p. 263, spéc. n° 77 – Ch. JARROSSON et J. PELLERIN, Le droit français de l'arbitrage après le décret du 13 janvier 2011 : *Rev. arb.*, 2011, p. 5, spéc. n° 86, p. 61.

¹²⁹ Civ. 2^e, 16 mars 1999, *RTD com.*, 2000, p. 583, obs. E. LOQUIN.

d'appui peut désigner le ou les arbitres. En outre, lorsque la désignation est paralysée par une interprétation sur la clause d'arbitrage, le juge d'appui doit de prime abord s'abstenir de désigner. Il peut donner une interprétation à cette clause pour aider les parties à mieux s'orienter dans la désignation. Depuis l'arrêt *Dutco* du 7 janvier 1992, les litigants sont libres de choisir l'organisation qui conduit la procédure arbitrale ou le juge d'appui qui peut procéder à la désignation d'un ou des arbitres selon les règlements d'arbitrage. Il peut décider que l'arbitrage soit effectué par un arbitre unique qu'il aura désigné. Néanmoins, la compétence du juge d'appui peut s'atténuer face aux difficultés de la constitution du tribunal arbitrale malgré la validité des conditions d'intervention, parce que l'une des parties souhaite solliciter un autre juge de fond pour des raisons d'incompétence du juge précédant. Afin d'épargner cette contestation aux litigants, le président du tribunal ne peut réfuter la désignation d'un arbitre pour n'importe quel motif. Il ne peut que respecter la désignation souhaitée¹³⁰ par les parties. En effet, aucun droit ne confère au juge étatique le remplacement du tiers mentionné dans la convention d'arbitrage. L'intervention du juge d'appui se limite à la correction des erreurs ou des manquements relatifs au règlement d'arbitrage applicable compliquant la résolution des problèmes découlant de la constitution du tribunal. Le juge conventionnellement désigné par les litigants pour trancher les difficultés de constitution du tribunal arbitral, exerce cette fonction en tant que mandataire. Suite aux insuffisances des modalités convenues par les litigants, ou à la défaillance du tiers choisi pour la mission arbitrale, la jurisprudence admet l'intervention immédiate du juge d'appui¹³¹. Évidemment, les articles 1452 à 1458 du Code de procédure civile ont prévu la consécration de cette solution applicable à l'arbitrage international lorsque la convention des litigants est contraire¹³².

¹³⁰ Lorsque le litige doit être soumis à l'arbitrage, le juge doit penser à la modification de l'ordonnancement juridique créée par la décision du juge de fond. Cf. D. FOUSSARD, *Retour sur l'excès de pouvoir en matière d'arbitrage : vers une consolidation des règles ?* *Rev. arb.*, 2004, p. 803.

¹³¹ TGI Paris *ord. Réf.*, 26 nov. 1998, *Rev. arb.*, 1999, p. 131, obs. A. HORY.

¹³² Art. 1506.2° CPC.

B- Les appréciations sur la mission du juge d'appui dans la désignation des arbitres

31. A la lumière des précédentes observations, la mission du juge d'appui à l'arbitrage international suppose l'existence d'un litige et d'une clause d'arbitrage valide¹³³ comme dans l'arbitrage interne¹³⁴. Selon les modalités reconduites par les textes issus de la réforme du 13 janvier 2011, la première modalité est tirée de l'article 1505 du Code de procédure civile traitant l'aptitude du juge d'appui à la procédure arbitrale. Elle interdit la sollicitation du juge d'appui à titre préventif pour corriger une clause d'arbitrage pathologique, avant qu'il ne soit nécessaire de la mettre en œuvre. Le juge d'appui, ne peut donc être saisi avant la naissance du litige entre les parties. Sinon sa saisine sera dépourvue d'intérêt après le prononcé de la sentence, en raison de l'inexistence de difficulté relative à la constitution du tribunal arbitral pouvant justifier son intervention¹³⁵. Selon la seconde modalité, le juge d'appui est appelé à vérifier l'effectivité de l'arbitrage afin d'éviter toute confusion avec une expertise ou une conciliation. Il doit également vérifier la validité ou l'applicabilité manifeste de la clause d'arbitrage. Car l'article 1506.2° du Code de procédure civile renvoie en effet à l'article 1455, qui énonce que « si la clause d'arbitrage est manifestement nulle ou manifestement inapplicable, le juge d'appui déclare n'y avoir lieu à désignation ». Mais, comment peut-on interpréter ces limites exceptionnelles à effet négatif du principe de Compétence-Compétence ? La clause d'arbitrage encore dite clause compromissoire "blanche" exprimant la volonté des litigants pour soumettre le litige à l'arbitrage sans plus de précision sur la désignation des arbitres, est-elle manifestement nulle ? Dans l'arbitrage interne¹³⁶, la

¹³³ Paris, 29 mars 2001, *Rev. arb.* 2002, p. 427 (3^e esp.), note Ph. FOUCHARD-*JDI* 2002, p. 498, note D. COHEN-*RTD com* 2001, p. 651, obs. E. LOQUIN.

¹³⁴ L'article 1444, alinéa 1^{er}, ancien du Code de procédure civile subordonnait expressément l'intervention du juge d'appui à l'existence d'un litige déjà né. Si cette exigence n'a pas été formellement reprise par les textes issus du décret du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage, elle est d'évidence : il ne peut y avoir de différend lié à la constitution du tribunal, au sens de l'article 1454 du Code de procédure civile, s'il n'existe pas de litige entre les parties supposant l'institution de l'arbitrage. L'aide du juge ne peut donc en principe être sollicitée en dehors de tout litige, la demande étant privée d'intérêt. Inversement, le juge ne peut non plus être saisi une fois le litige tranché par l'arbitre.

¹³⁵ TGI Paris *Ord. Réf.*, 2 juill. 1990, *Rev. arb.*, 1996, p. 483 (1^{re} esp.).

¹³⁶ Art. 1444 CPC et art. 3-1° du décret du 13 janvier 2011.

réponse n'est pas affirmative lorsque la conclusion de la clause entre en jeu après le 1^{er} mai 2011. Et en raison du silence du Code de procédure civile, il serait convenable d'étendre cette solution à l'arbitrage international, dont le régime est toujours plus libéral que celui de l'arbitrage interne ; d'ailleurs, l'article 1508 du Code de procédure civile prévoit une faculté, et non une obligation, pour les parties dans leur convention d'arbitrage internationale précisément sur les modalités de désignation des arbitres. Par conséquent, le juge d'appui qui rencontre ce type de clause « blanche » dans le cadre de l'arbitrage interne ou de l'arbitrage international doit contribuer à la constitution du tribunal arbitral. Lorsque la clause « blanche » est conclue le 1^{er} mai 2011 ou avant, le juge d'appui est confronté à une sorte d'hésitation sur sa compétence à cause de l'antériorité de la réforme. L'article 1444, alinéa 3, du Code de procédure civile précise que le juge devait déclarer qu'il n'y aurait lieu à désignation, « si la clause compromissoire était soit manifestement nulle, soit insuffisante pour permettre de constituer le tribunal arbitral ». Face à ces échéances, la clause insuffisante ou incomplète et la clause dite "blanche" peuvent limiter la compétence du juge d'appui pour constituer le tribunal arbitral¹³⁷.

¹³⁷ La clause « blanche » dans l'arbitrage interne, était nulle en application de l'ancien article 1443, alinéa 2, du Code de procédure civile. Cet article disposait que « *la clause compromissoire devait, à peine de nullité, désigner les arbitres ou prévoir les modalités de leur désignation* ». En revanche, l'article 1493 du Code de procédure civile n'avait pas prévu ces limites pour l'arbitrage international. Il semblait augmenter l'aptitude du juge d'appui car ce dernier devait intervenir lorsque « la constitution du tribunal arbitral se heurte à une difficulté » alors que l'article 1444 en matière interne, précisait que la difficulté naissait « du fait de l'une des parties ou dans la mise en œuvre des modalités de désignation ». Dans ces conditions, l'hésitation du juge d'appui était permise entre l'inapplicabilité et l'extension des restrictions relatives à l'article 1443, alinéa 3, du Code de procédure civile à l'arbitrage international. À ce propos, Philippe FOUCHARD¹³⁷ avait proposé une autre solution. Celle-ci était relative à l'applicabilité de la nullité manifeste parce qu'il serait déraisonnable et inutile d'imposer au juge la désignation d'un arbitre lorsqu'il n'y a pas d'accord à l'arbitrage. Cependant, celle relative à la clause insuffisante, y serait sans application du moment où

32. la jurisprudence était confrontée à une incertitude au sujet de la clause blanche. Elle justifiait parfois l'article 1444 du Code de procédure civile inapplicable dans le cadre de l'arbitrage international¹³⁸. D'autres fois, cet article était applicable dans le cadre de l'arbitrage interne et de l'arbitrage international¹³⁹. Il avait aussi été jugé que l'article 1444 du Code de procédure civile était applicable dans le cas où l'aptitude du juge est établie sur la loi française choisie par les litigants pour régir la procédure arbitrale. Suite à ces incertitudes, la restriction relative à la nullité manifeste de la clause fut reprise pour l'arbitrage international. La limite découlant de l'insuffisance de la clause d'arbitrage devait également être applicable à l'arbitrage international¹⁴⁰. Même si la clause blanche n'était pas interdite, encore fallait-il que le juge pût la mettre en œuvre. Cela semblait délicat pour une clause qui n'aurait précisé aucune information, ni sur la désignation des arbitres, ni sur le siège de l'arbitrage. La jurisprudence tâchait d'arranger les clauses défaillantes par les interprétations généreuses. Dans le cas d'une clause de désignation de l'arbitre unique par une seule partie, ou contrairement au principe d'égalité des parties dans la désignation des arbitres, le juge avait estimé qu'il était certes impossible de mettre en œuvre de telles modalités, parce que la convention d'arbitrage n'était pas nulle pour autant ; il préconisait aux parties de s'entendre sur l'arbitre unique et, à défaut, de nommer chacune un arbitre¹⁴¹. Le respect de la parole donnée pour recourir à l'arbitrage devenait incontestable selon la jurisprudence. Celle-ci fut consacrée par le décret du 13 janvier 2011. Il serait inutile d'imposer un arbitrage lorsque la clause d'arbitrage n'est pas manifeste. Cependant, la nullité doit être évidente car le principe

elle conduirait à étendre la prohibition interne de la clause blanche à l'ordre international, où elle ne s'applique manifestement pas.

¹³⁸ TGI Paris (*Ord. Réf.*), 3 juin 1985, *Rev. arb.*, 1987, p. 179 (1^{re} esp.), note Ph. FOUCHARD

¹³⁹ Paris, 9 juill. 1986, *Rev. arb.*, 1987, p. 179 (5^e esp.), note Ph. FOUCHARD ; TGI Paris (*Ord. Réf.*), 21 févr. 1983, *Rev. arb.*, 1983, p. 479 (1^{re} esp.), note B. MOREAU.

¹⁴⁰ Contra, Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, op. cit. n° 854, p. 511 – D. HASCHER, *Arbitrage du commerce international : Rép. Internat.*, op. cit., 96.

¹⁴¹ TGI Paris (*ord. réf.*), 26 nov. 1998, *Rev. arb.*, 1987, p. 179 (3^e esp.), note Ph. FOUCHARD.

demeure, et l'appréciation de la validité de la clause d'arbitrage relève d'abord du tribunal arbitral¹⁴².

SECTION II- Les restrictions relatives à la mission du juge étatique dans la phase liminaire de l'arbitrage

33. La collaboration du juge étatique à l'instance arbitrale suscite une sorte de coopération entre les litigants et les arbitres. Le juge étatique est confronté à des limites qui révèlent la réelle nature des droits dans l'arbitrage interne tout comme à l'arbitrage international. Peu importe la nature de l'arbitrage, la relation entre les arbitres et les parties reste toujours contractuelle, même si la mission de l'arbitre est de nature juridictionnelle. La convention d'arbitrage devient inconséquente lorsque le ou les arbitres désignés par les litigants s'opposent à l'exercice de la mission qui leur a été confiée. En France, il est impossible au juge d'appui d'obliger un arbitre à exercer sa fonction lorsque le litige est contraignant. En dépit d'une convention d'arbitrage conforme aux dispositions requises, et du choix du ou des arbitres, l'exercice de la fonction du ou des tiers ne serait effective après acceptation. L'article 1456, alinéa 1^{er}, du Code de procédure civile prévoit que « le tribunal arbitral est constitué lorsque le ou les arbitres ont accepté la mission qui leur est confiée ». Cette disposition s'applique à l'arbitrage interne et à l'arbitrage international, par renvoi de l'article 1506 2°. En effet, l'acceptation de la mission de l'arbitre n'est soumise à aucune condition particulière. Son consentement peut être tacite et notamment provenir de l'accomplissement des premiers actes de la procédure arbitrale. Les litigants, ou l'institution d'arbitrage qui intervient en tant que mandataire de ceux-ci dans la procédure de la constitution du tribunal arbitrale, doivent être au courant de cette acception. Généralement, elle doit être transmise par écrit, et au cas où l'arbitrage est institutionnel, elle est transmise par le biais de l'établissement à travers un

¹⁴² TGI Paris (ord. réf.), 26 nov. 1998, *Rev. arb.*, 1999, p. 131, obs. A. HORY.

acte de mission¹⁴³. L'exigence du consentement de l'arbitre pour parfaire la constitution du tribunal arbitral fut plutôt étendue à l'arbitrage international en tant que règle matérielle du droit français¹⁴⁴ bien avant la réforme de 2011. Cette position fut consacrée par la Cour de cassation dans un arrêt du 30 mars 2004. Sans se référer à un texte quelconque, elle a relevé « que l'instance arbitrale est en cours à partir du jour où le tribunal arbitral est définitivement constitué et peut donc être saisi du litige, c'est-à-dire à partir de l'acceptation par tous les arbitres de leur mission »¹⁴⁵. Toutefois, il est important d'identifier la mission de l'arbitre afin d'apprécier les différents contours du contrat émis par les parties.

34. L'arbitre doit absolument être en mesure de juger le fond et la forme de la convention d'arbitrage pour laquelle les parties l'ont sollicité sans aucun concours du juge étatique à l'arbitrage. Suite à l'énonciation de la responsabilité conférée à l'arbitre qui restreint l'intervention du juge étatique à l'arbitrage (§I), une accentuation se fera sur les principes fondamentaux applicables à toute procédure arbitrale (§II).

§ I- Le pouvoir du tribunal arbitral sur l'instance arbitrale

35. La nature juridictionnelle du pouvoir conféré à l'arbitre s'exerce à partir de la mission pour laquelle les parties l'ont sollicité. Pour rappel, l'acceptation de la mission de l'arbitre révèle des conséquences sur l'arbitrage. En principe, elle marque le point de départ de l'instance arbitrale et, à défaut de convention contraire, elle fait courir le délai durant lequel l'arbitre doit exercer sa mission. Toutefois, cette acceptation pour l'arbitre provoque d'autres conséquences notamment les obligations contractuelles et juridictionnelles. L'arbitre doit

¹⁴³ Cet acte a pour objet de définir plus précisément la mission des arbitres. Son contenu doit préciser la nature du litige, les prétentions respectives des parties, les points litigieux à trancher, ainsi que les modalités matérielles de l'arbitrage mis en place. Il peut sur certain point modifier les dispositions de la convention d'arbitrage, notamment sur le délai de l'arbitrage. De manière fréquente, il acte l'accord des parties sur l'investiture des arbitres et l'acceptation par ces derniers de leur mission. En principe, il n'est pas obligatoire. Mais il est parfois imposé dans les arbitrages institutionnels, en particulier par le règlement d'arbitrage CCI 2012 en son article 23. Cette pratique largement répandue dans l'arbitrage international se fait au début de la procédure arbitrale.

¹⁴⁴ Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDAMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, op. cit. p. 549.

¹⁴⁵ Civ, 1^{re}, 30 mars 2004, *Bull. civ.* I, n° 98 ; *Rev. arb.* 2005, p. 977, note J. PELLERIN-D., 2004, pan. P. 3183, obs. Th. CLAY-JCP G 2004, I, 179, n° 8, obs. J. ORTSCHIEDT.

s'engager à remplir et sceller la conclusion du contrat qui le lie au litigants. Les conséquences découlant de l'acceptation de la mission des arbitres sont identiques à l'arbitrage interne et à l'arbitrage international. Afin d'apprécier l'existence et la portée des différents liens contractuels qui s'établissent suite à cette acceptation, il faut essentiellement se référer aux règles applicables de l'arbitrage interne. La nature juridictionnelle de la mission confiée à l'arbitre et le contrat qui le lie aux litigants après son consentement donné suscitent certains droits à son profit en contrepartie desquels il supporte toute une série d'obligations. Afin de bien effectuer cette mission dans la quiétude loin de toutes contraintes, la personnalité de l'arbitre et sa renommée doivent être exemptes de tout mal-jugé ou de tout soupçon. Les litigants doivent préalablement bien se renseigner sur son parcours avant son choix. Toute faute inconciliable avec sa fonction juridictionnelle limite sa crédibilité. Toujours dans le but de sauvegarder l'exercice de sa mission, l'arbitre doit principalement éviter tout abus lors du déroulement de l'instance, lorsque par exemple il est confronté à un soupçon qui suscite sa récusation ou qui le rend inapte durant l'exercice de sa fonction. Cependant, il est libre de juger la solution retenue par les autres arbitres dans le cas où cette solution est inadéquate. Deux méthodes sont donc mises à sa disposition pour exercer ce pouvoir. Selon la première méthode, l'arbitre peut s'opposer à une sentence non-conforme à ses connaissances en extériorisant humblement ses impressions pour préserver le secret du délibéré. En second lieu, l'arbitre peut refuser d'apposer sa signature en signe de désaccord lorsque la sentence est prête d'être validée par les autres arbitres. C'est ainsi qu'il se dégage de sa responsabilité sans aucun péril, bien qu'il ait entièrement participé à l'instance arbitrale. Par conséquent, l'omission de sa signature révèle son désaccord à l'égard de la sentence émise par ses pairs. Les dispositions de l'article 1480 du Code de procédure civile demeurent à cet effet paralysées, et il est impossible que la sentence retienne ou mentionne ce refus dans son contenu. En dehors du pouvoir rattaché à la fonction juridictionnelle, un autre pouvoir est conféré à l'arbitre par le contrat qui le lie aux parties. Il s'agit de la rémunération de l'arbitre. Bien qu'elle ne soit point primordiale dans le cadre de la validation de la convention d'arbitrage, elle semble coûteuse. Habituellement, un montant précis de rémunération est stipulé dans la convention d'arbitrage. Selon le règlement d'arbitrage, il est prévu que le coût

d'arbitrage soit fixé par les arbitres¹⁴⁶ eux-mêmes, ou par les parties¹⁴⁷ ou plus encore par l'institut d'arbitrage. Les honoraires dépendent du principe choisi et de l'enjeu du litige qui a suscité l'arbitrage¹⁴⁸. Parfois ces honoraires dépendent d'une grille tarifaire qui équivaut aux heures ou aux jours effectués dans la gestion du conflit en question. En outre, la complexité de l'affaire, ou le coût du litige peuvent constituer des éléments¹⁴⁹ pertinents qui participeront à l'évaluation des honoraires. Toutefois, il peut advenir que la gestion d'un différend arbitral soit gratuite. Sans être hostile à une présomption d'onérosité au motif de la loi du plus grand nombre, le contrat d'arbitre est en principe onéreux. Néanmoins, il est assimilable sur ce point à un contrat d'entreprise, pour lequel un accord préalable sur le montant de la rémunération n'est pas un élément nécessaire à sa validité. En l'absence d'accord, il appartient au juge de fond de fixer la rémunération, compte tenu des éléments de la cause.

36. Dans l'arbitrage *ad hoc*, une pratique consiste à retenir le principe d'une rémunération et à renvoyer à l'arbitre le soin d'en fixer le montant plus tard, notamment dans sa sentence. Mais dans ce contexte, la sentence n'est pas revêtue de l'autorité de chose jugée. Aussi, l'évaluation des honoraires par l'arbitre est soumise au contrôle du juge compétent pour la modifier dans le cas d'une excessivité. En revanche, le pouvoir juridictionnel que détient l'arbitre peut imposer un caractère définitif à la répartition de la rémunération équitablement effectuée entre les deux parties.

37. Concernant l'arbitrage institutionnel, c'est le centre d'arbitrage qui fixe le montant des honoraires. Il a la responsabilité de s'occuper du recouvrement des arbitres¹⁵⁰. Généralement

¹⁴⁶ Art. 60 de la Convention de Washington pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États ; art. 40 du règlement CNUDCI ; art. 28.1 du règlement LCIA.

¹⁴⁷ Art. 60.2 de la Convention de Washington pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États.

¹⁴⁸ Art. 37 du règlement CCI 2012.

¹⁴⁹ Art. 41 du règlement CNUDCI ; art. 30 du Règlement de l'Institut d'arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm.

¹⁵⁰ Art. 36 du règlement d'arbitrage CCI 2012 ; art. 28 du Règlement LCIA. Cf. également art. 41 du règlement CNUDCI, qui a fixé un barème, précisant que le montant des honoraires des arbitres doit être raisonnable, compte tenu du litige, notamment la complexité de l'affaire, le temps consacré par les arbitres et toutes autres circonstances pertinentes de l'espèce.

les parties¹⁵¹ doivent prévoir à l'avance le paiement de leur provision. L'obligation au paiement d'une telle provision par les litigants existe indépendamment de toute stipulation du règlement éventuellement applicable ou de la convention d'arbitrage. Elle résulte, de l'obligation que supportent les parties à l'arbitrage afin de concourir loyalement à la conduite de la procédure¹⁵². La rémunération de l'arbitre reste due lorsque la sentence a été annulée ou si l'instance n'a pu parvenir à son terme indépendamment de toute faute de l'arbitre. Autrement dit, le droit honoraire ne dépend nécessaire pas d'une sentence rendue. Du moment où le travail a été accompli par l'arbitre et que le défaut de sentence n'est pas dû à sa négligence¹⁵³, l'honoraire doit être payé. Qu'en est-il des obligations qui incombent à l'arbitre ? Sont-elles d'une double nature ? **(A)**. Leurs méconnaissances sont-elles suivies de sanctions ? **(B)**.

A- Les obligations primordiales de l'arbitre à l'égard des parties

38. Les obligations auxquelles l'arbitre doit se soumettre s'apparentent à ses droits. Étant d'une double nature, ces engagements résultent d'une part de la fonction juridictionnelle de l'arbitre et d'autre part, elles sont contractuelles. L'obligation juridictionnelle de l'arbitre est liée à sa mission de « juge arbitre ». Il doit l'effectuer avec délicatesse afin de trancher le conflit qui lui a été soumis par les parties. D'après le Code de procédure civile, cette mission requiert un principe mentionné dans l'article 1457, alinéa 1^{er}, applicable à l'arbitrage international par renvoi à l'article 1506.2°. Il appartient à l'arbitre de poursuivre sa mission en examinant avec précaution et zèle les éléments de preuve qui lui sont soumis par les parties. Au cours

¹⁵¹ Art. 36 du règlement d'arbitrage CCI 2012 ; art. 24 du Règlement LCIA ; art. 41 du règlement CNUDCI ; art. 33 AAA.

¹⁵² Art. 1506.3° qui renvoie à l'art. 1464, al.3 CPC « sur l'obligation de loyauté dans la conduite de la procédure ». Cependant la Cour d'appel de Paris a annulé une sentence arbitrale, sur le fondement des articles 1520.4° (principe de la contradiction) et 1520.5° (contrariété de la solution à l'ordre public international) CPC ; celle-ci, faisant application de la décision de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI mettant en œuvre les pouvoirs qu'elle tire du règlement d'arbitrage CCI, n'avait pas examiné la demande reconventionnelle du défendeur, placée en liquidation judiciaire en Espagne, faute de paiement de sa part de provision de frais et honoraire d'arbitrage cité par F.-X. TRAIN, *Impécuniosité et accès à la justice dans l'arbitrage international (à propos de l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 17 novembre 2011 dans l'affaire LPC/Pirelli)* : *Rev. arb.*, 2012, p. 267.

¹⁵³ G. BLANLUET, Le nouveau régime de la TVA sur les honoraires d'arbitrage : *Rev. arb.*, 2010, p. 682.

de cet examen, il doit veiller à respecter l'égalité des parties, le principe de la loyauté des débats, ainsi que l'équité de la procédure. Il doit également veiller à la mise en œuvre de la procédure arbitrale. De surcroît, il doit également s'assurer du bon déroulement de la procédure arbitrale lorsque ce rôle n'est pas dévolu à une institution d'arbitrage en application du règlement auquel les litigants se sont référés. Au cas où le délai imparti par les litigants serait omis par l'arbitre, il peut toutefois solliciter le juge d'appui dans la quête de la prorogation du délai¹⁵⁴. Cette notion de célérité reste une obligation qui doit être respectée entre l'arbitre et les parties à l'arbitrage interne et à l'arbitrage international¹⁵⁵. La fonction juridictionnelle de l'arbitre touche également à la délibération et l'exécution de la sentence. C'est dans cette optique que la justice étatique veille au respect absolu de la liberté, d'équité, d'égalité et de la contradiction lors de la mission juridictionnelle de l'arbitre. En dehors de ces impératifs énumérés par la justice étatique, les règlements des institutions d'arbitrage précisent souvent la posture ou l'attitude de l'arbitre dans sa mission juridictionnelle. La déontologie arbitrale énonçant les devoirs incombant aux arbitres au sein de la Commission de l'arbitrage international de la CCI¹⁵⁶, en est une illustration. Dès lors, l'arbitre doit rester indépendant envers les parties et leurs représentants, tout en faisant preuve d'une entière impartialité. Il doit conduire la procédure de manière équitable, en respectant le principe d'égalité entre les parties et leur droit de se faire entendre. Sa mission doit être accomplie dans un délai raisonnable, par respect pour la confidentialité de l'arbitrage. Chacune de ces obligations imposées par le législateur diffère d'une législation à une autre. Certaines évoquent un véritable « statut » de l'arbitre international¹⁵⁷. Ces prescriptions arbitrales possèdent cependant une valeur normative et identique malgré la diversité de leur contenu.

¹⁵⁴ Civ. 1^{re}, 6 déc. 2005, *Bull. civ.* I, n° 462; *D.* 2006, p. 274, note P.-Y. GAUTIER—*D.* 2006, pan., p.3031, obs. Th. CLAY; *RTD civ.* 2006, p. 144, obs. Ph. THÉRY; *RDT com.* 2006, p. 299, obs. E. LOQUIN; *Rev. arb.*, 2006, p. 126, citée par Ch. JARROSSON et J. PELLERIN, *Le droit français de l'arbitrage après le décret du 13 janvier 2011*: *Rev. arb.*, 2011, p. 5.

¹⁵⁵ Art. 1506.3° qui renvoie à l'art. 1464, al. 3, CPC. Par ailleurs, le tribunal arbitral, comme les parties, supporte une obligation de célérité dans la conduite de la procédure, aujourd'hui consacré par l'article 1464, alinéa 3, du Code de procédure civile. Combinée avec son devoir de surveiller l'instance, cette obligation impose d'abord au tribunal arbitral de s'assurer que le délai de l'arbitrage est respecté pour éviter l'extinction de l'instance avant le prononcé de la sentence.

¹⁵⁶ Commission de l'arbitrage international de CCI, *Rapport final sur le statut de l'arbitre*, cité par Christophe SERAGLINI, Jérôme ORTSCHIEDT, *Droit de l'arbitrage interne et international op. cit.*, p. 717.

¹⁵⁷ Ph. FOUCHARD, *Le statut des arbitres dans la jurisprudence française* : *Rev. Arb.*, 1996, p. 325.

Elles représentent des obligations incontestables auxquelles l'arbitre ne doit pas déroger. Sinon il serait passible d'une faute grave qui lui coûterait des sanctions telles que l'annulation de la sentence par le juge du siège de l'arbitre, ou la méconnaissance de la sentence par le juge requis. Lors d'un dommage causé aux parties, la responsabilité personnelle de l'arbitre est engagée.

39. De surcroît, la mission juridictionnelle unissant l'arbitre aux parties à travers la convention d'arbitrage peut engendrer d'autres obligations incontournables par l'arbitre. En dehors de l'objet du litige ou de la matière sur laquelle se fonde le litige, certaines obligations peuvent habituellement résulter de la convention d'arbitrage. Il s'agit, en principe, d'obligations des moyens¹⁵⁸, puisque des aléas, liés notamment au comportement des litigants, peuvent affecter le bon déroulement de l'instance. Pour rappel, l'arbitre doit veiller à la constitution du tribunal arbitral en cas de difficulté quelconque pour l'efficacité de l'arbitrage. De plus, il doit veiller au respect du principe de confidentialité avant et après la procédure arbitrale. La confidentialité étant une qualité incontournable attendue des litigants de l'arbitre, fut consacrée par le juge français dans l'arbitrage international¹⁵⁹. Cependant, le principe a perdu sa valeur depuis la réforme de 13 janvier 2011 parce qu'il n'est plus exigé de l'arbitre international, dans la mesure où l'article 1506 du Code de procédure civile ne renvoie pas au quatrième alinéa de l'article 1464, qui le prévoit en matière interne¹⁶⁰. Pour commenter cette omission, l'arbitre peut respecter la confidentialité lorsque les litigants l'exigent dans l'arbitrage international. La demande du respect de ce principe par les parties est essentielle à l'arbitrage international. Toutefois, la prédominance de ce principe à l'arbitrage international, peut être écartée par les litigants mais aussi par des contentieux relatifs aux investissements¹⁶¹. Dans tous les cas, l'obligation de confidentialité résultant parfois d'une

¹⁵⁸Civ. 1^{re}, 17 nov. 2010, *D.* 2010, pan., p. 2933, obs. Th. CLAY cité par Christophe SERAGLINI, Jérôme ORTSCHIEDT, *Droit de l'arbitrage interne et international*, op. cit., p 718.

¹⁵⁹ Paris, 22 janv. 2004, *Rev. arb.*, 2004, p. 647, note E. LOQUIN, qui relève, de manière incidente, que la partie qui invoquait la violation du principe de confidentialité « s'abstient de s'expliquer sur l'existence et les raisons d'un principe de confidentialité dans le droit français de l'arbitrage international quelle que soit la nature de l'arbitrage et le cas échéant, sur la renonciation à ce principe par les parties en considération du règlement applicable ».

¹⁶⁰ Mais, c'est « selon les obligations légales et à moins que les litigants n'en disposent autrement »

¹⁶¹ Ch. JARROSSON et J. PELLERIN, Le droit français de l'arbitrage après le décret du 13 janvier 2011 : *Rev. arb.*, 2011, p. 5.

manière indirecte, du règlement d'arbitrage¹⁶² est prescrite par certains droits¹⁶³. Enfin, une dernière obligation est rattachée au contrat d'arbitre. Ce dernier est tenu de veiller à l'efficacité de sa sentence qui constitue l'ultime préoccupation des parties. Il doit mettre en œuvre son savoir-faire afin de préserver la sentence de l'annulation au siège ou d'un refus d'*exequatur* au lieu de son exécution. Toute désobéissance à ses responsabilités énumérées sera sanctionnée. Car le désintéressement sur le sort de sa sentence procède d'une déontologie curieuse, pouvant engager sa responsabilité¹⁶⁴.

B- Les sanctions relatives à la méconnaissance des obligations de l'arbitre

40. Selon le droit de l'arbitrage, l'arbitre qui faillit à sa responsabilité ou à ses obligations peut être évincé par les parties. Cette prérogative était admise en matière d'arbitrage international bien avant la réforme de 2011¹⁶⁵. D'après celle-ci, « l'arbitre ne peut être révoqué que sur consentement unanime des parties »¹⁶⁶. Lorsque l'arbitre ignore ses obligations contractuelles et juridictionnelles, sa responsabilité civile peut être engagée par des parties et, il peut être sanctionné par le droit de l'arbitrage. Cette sanction du droit de l'arbitrage dépend des parties. Certains contrats d'arbitrage peuvent prévoir à l'avance l'éviction de l'arbitre en cas d'échec dans ses fonctions¹⁶⁷ ou en cas d'incapacité d'exercice¹⁶⁸. En dehors des deux options, une autre éviction est reconnue par le code de procédure civile à l'article 1457 alinéa 2. Il énonce qu'« en cas de difficultés sur le maintien de l'arbitre, la difficulté

¹⁶² Art. 22.3 et 26.3 du Règlement CCI 2012 et art. 6 du Règlement intérieur de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI ; art. 19.4 et 30 du Règlement LCIA ; art. 34 du Règlement AAA ; art. 52 et 73 à 76 du Règlement OMPI ; art. 28.3 du Règlement CNUDCI.

¹⁶³ Art. 24.1 de la loi espagnole sur l'arbitrage de 2003.

¹⁶⁴ Ph FOUCHARD, Les conflits de lois en matière d'arbitrabilité des litiges de propriété industrielle : Rev. arb., 1977.

¹⁶⁵ Th. CLAY, *L'arbitre, Nouvelle Bibliothèque de Thèses*, Dalloz, 2001, spéc. n° 893, p. 680 – Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, n° 1140, *op cit.*, p. 632. – En droit comparé, cf. J.-F. POUDRET, S. BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, n° 431, *op cit.*, p. 383. La loi-type de la CNUDCI énonce à ce propos que l'éviction peut intervenir en cas de carence ou d'incapacité de l'arbitre (art. 14).

¹⁶⁶ Art. 1458 différé à l'article 1506 2° du code de procédure civile.

¹⁶⁷ Art. 10.2 du règlement LCIA ; art. 15 du Règlement CCI 2012.

¹⁶⁸ Art. 14 du Règlement CNUDCI ; art. 10.1 du Règlement CCI 2012.

est réglée par la personne chargée d'organiser l'arbitrage ou, à défaut, tranchée par le juge d'appui, saisi dans le cadre de la révélation ou la découverte du fait litigieux »¹⁶⁹. Juste après la réforme de 2011, tous les tribunaux arbitraux composés avant le 1^{er} mai 2011 peuvent être évincés sans le consentement des parties par le juge d'appui. En d'autres termes, les litigants peuvent engager la responsabilité de l'arbitre lorsqu'il manque à ses obligations contractuelles ou juridictionnelles. Si le premier manquement évoque une responsabilité contractuelle, le second contexte suscite une responsabilité délictuelle. Si tout manquement de l'arbitre à ses obligations positives est susceptible d'engager sa responsabilité contractuelle¹⁷⁰ le simple fait de commettre des erreurs dans sa mission de juger le rend incompétent¹⁷¹. Afin de bien mener sa mission, l'arbitre doit bénéficier d'une immunité de jugement. La jouissance des pouvoirs indépendants et impartiaux de ce dernier, nécessite une préservation de tout ressentiment du litigants insatisfait de la décision. La responsabilité personnelle de l'arbitre, pour des faits tenant à l'exercice de sa mission juridictionnelle, ne peut être engagée que de manière exceptionnelle. Sa mission est exerçable en toute sérénité suite à une protection contre toutes les actions intempestives de la partie mécontente. Il doit être capable de bien trancher l'affaire sans aucun reproche de mauvais jugement¹⁷². En ce sens, la jurisprudence française a consacré une immunité de principe au profit de l'arbitre en plus des clauses limitatives de responsabilité qui figurent dans les règlements d'arbitrage. L'arbitre est donc protégé du reproche qui pourrait lui être fait de mal trancher une affaire à cause d'une erreur de raisonnement¹⁷³. En revanche, cette immunité de l'arbitre durant l'exercice de ces pouvoirs juridictionnels est limitée par toute faute personnelle qui révèle « un manquement incompatible avec la fonction juridictionnelle »¹⁷⁴. Par exemple, l'arbitre peut être tenu pour responsable des dommages d'un mal jugé qui résulte d'un dol, d'un déni

¹⁶⁹ Sur les conditions et le régime de l'intervention du juge d'appui.

¹⁷⁰ Paris, 12 oct. 1995, *Rev. arb.*, 1999, p. 324, note Ph. FOUCHARD.

¹⁷¹ Paris 22 mai 1991 *Rev. arb.*, 1996, p. 480 (2^e esp).

¹⁷² Ph. FOUCHARD, Le statut de l'arbitre dans la jurisprudence française : *Rev. arb.*, 1996, p. 325.

¹⁷³ Cf. notamment, Paris 1^{re} mars 2011, *D.* 2011, Pan., p. 3023, obs. Th. CLAY ; TGI Paris 13 juin 1990 et Paris, 22 mai 1991, *Rev. arb.*, 1996, p. 476.

¹⁷⁴ Paris, 22 mai 1991, *op.cit.*

de justice, d'une faute pénale ou d'une fraude¹⁷⁵. Il peut porter la responsabilité des conséquences de l'annulation de la sentence qui découle de sa méconnaissance de l'obligation de révéler les faits suscitant de doute sur son indépendance ou sur son impartialité ou en raison d'un manquement au principe de la contradiction. A ce propos, la Cour d'appel de Paris prévoit que « dans l'accomplissement de leur convention d'arbitrage, les parties engagent la responsabilité civile des arbitres en raison de l'inexécution ou de la mauvaise exécution de leur mission qui leur serait imputable à faute »¹⁷⁶. La violation aux obligations d'indépendance et d'impartialité incombant à l'arbitre est susceptible d'une faute grave. La sanction relative à cette faute condamne l'arbitre à verser des dommages et intérêts à la partie victime¹⁷⁷. La liberté reconnue aux parties et aux arbitres dans la conduite de la procédure arbitrale est limitée. Certains principes d'ordre procédural, considérés comme fondamentaux par le juge susceptible d'opérer un contrôle sur la sentence, doivent être respectés dans les toutes instances relatives à l'arbitrage international.

§ II- La privatisation des principes fondamentaux dans l'arbitrage international

41. Les principes directeurs applicables à la procédure arbitrale n'ont toujours pas la même connotation au cœur du droit naturel. Lorsqu'il est question d'un élément d'extranéité dans un différend, les principes fondamentaux ne sont jamais identiques. En raison de l'importance indéniable de ces principes¹⁷⁸, le droit de l'arbitrage exige leur respect absolu.

¹⁷⁵ Th. CLAY, *L'arbitre, Nouvelle Bibliothèque de thèses*, Dalloz, 2001, spéc. n° 578, p. 465. Aussi selon un arrêt rendu le 12 oct. 1995 par la Cour d'appel de Paris (*Rev. arb.* 1999, p. 324, note Ph. FOUCHARD) peut cependant être interprété comme ayant assoupli les conditions dans lesquelles la responsabilité de l'arbitre peut être retenue. La jurisprudence a en effet relevé que « l'arbitre ne peut se soustraire aux principes de responsabilité de droit commun en imposant [...] la preuve d'une faute lourde qu'il aurait commise ; que la responsabilité de l'arbitre à l'égard des parties peut donc être engagée pour tout manquement à ses obligations positives »

¹⁷⁶ Paris, 06 nov. 2008, *D.* 2008, pan., p. 3111, citée par Ph. LEBOULANGER, *L'arbitrage international Nord-sud*, in *Études offertes à Pierre Bellet*, Paris, Litec, 1991, p. 311.

¹⁷⁷ TGI Paris, 12 mai 1993, *Rev. arb.*, 1996, p. 411 (2^e esp.).

¹⁷⁸ J.-F. POUDRET, S. BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, *op cit.*, p. 498.

Au nombre de ceux-ci, on trouve les principes d'égalité des parties¹⁷⁹ et les principes de la contradiction. En droit interne, il est possible de déroger aux principes directeurs mentionnés dans le Code de procédure civile, malgré leur caractère impératif. Toutefois, cette aptitude reconnue aux parties et au tribunal arbitral est confrontée à une restriction. Avant la réforme de 2011, les textes établis sur la reconnaissance et l'exécution des sentences rendues à l'étranger étaient indirectement énoncés. Il est prévu par l'ancien article 1502.4° du Code de procédure civile qu'une sentence pouvait perdre son efficacité ou sa valeur en France, lorsque « le principe de la contradiction n'est pas respecté ». A ce jour, cette disposition est reprise par l'article 1520.4° du Nouveau Code de Procédure Civile. En outre, l'article nouveau 1510 du même code précise que : « quelle que soit la procédure choisie, le tribunal arbitral garantit l'égalité des parties et respecte le principe de la contradiction ». C'est ce que confirment les engagements procéduraux exigés par le droit français en matière d'arbitrage international qui proviennent exclusivement du principe de la contradiction¹⁸⁰. Cependant, il est impossible d'admettre que les lois régissant les principes s'appliquent *in extenso* dans l'arbitrage international.

42. L'arbitrage interne subit une atténuation de par l'article 1464, alinéa 2 du Code de procédure civile. Ce qui n'est pas trop le cas dans l'arbitrage international. Le juge français chargé de vérifier l'authenticité de la sentence d'après les règles matérielles essentielles à l'arbitrage international, doit veiller au respect des principes directeurs sans oublier les clauses rattachées à la justice étatique. Dans la même lancée, la loi-type CNUDCI dispose en son article 18 que « chaque partie doit avoir la possibilité de faire valoir ses droits ». Par conséquent, le principe de la contradiction reste commun et primordial à tous les systèmes juridiques. Bien que le juge français n'adhère pas entièrement à la vision de ce principe en matière d'arbitrage international, les tribunaux arbitraux doivent le respecter. Du reste, l'abrogation de la sentence sera effective dans le cas où la solution qu'elle consacre n'est pas

¹⁷⁹ *Ibid.*, p.499-508.

¹⁸⁰ C. CHAINAIS, L'arbitre, le droit et la contradiction : l'office du juge arbitral à la recherche de son point d'équilibre : *Rev. arb.*, 2010, p. 3.

conforme à l'ordre public international français selon l'article 1520.5° de l'ancien code de la procédure civile. Ces obligations deviennent incontournables pour les parties et les arbitres, quand il s'agira de respecter le principe de la contradiction (A) ainsi que l'ordre public procédural (B).

A- Les prescriptions contraignantes du principe de la contradiction

43. Elles ont une particularité commune en matière d'arbitrage interne et international. Bien que le principe de la contradiction soit entendu de façon « dénationalisée », il possède des règles contraignantes qui alimentent l'arbitrage interne et l'arbitrage international. Ces règles manifestent une ressemblance à laquelle les parties et les arbitres ne peuvent déroger. Selon la cour d'appel, ce principe est dominant et incontournable au sein de la justice. Il participe à la consolidation de la loyauté des discussions ainsi qu'au caractère équitable du procès de l'instance. Cette règle confère aux parties la capacité de connaître la décision afin d'émettre d'éventuelles revendications de fait et de droit. Tous les documents auxquels les arbitres ont accès pour le bon déroulement de l'instance doivent être connus des deux parties sans distinction et sans discrimination. Aucun moyen de fait ou de droit ne peut être mise en œuvre sans le commentaire¹⁸¹ ou l'avis des parties. Ensuite, le tribunal arbitral doit accorder un temps favorable aux parties pour extérioriser leur souhait ou leur sollicitation. Ce principe implique tout d'abord l'instruction de la procédure arbitrale engagée contre la partie concernée à l'instance arbitrale¹⁸². Dès lors, l'acte introductif de l'instance arbitrale doit lui être notifié¹⁸³. Cette notification n'est soumise à aucune forme particulière. Certains règlements prévoient une forme particulière que les parties et les arbitres doivent absolument

¹⁸¹ Ph. FOUCHARD Paris, *Rev. arb.*, *op. cit.*, 2007, p. 644.

¹⁸² Paris 7 févr.1991, *Rev. arb.*, 1992, p. 634, obs. J. PELLERIN ; Paris, 25 mars 1983, *Rev. arb.*1984, p.363, note J.ROBERT.-A. DIMOLITSA, *L'office de l'arbitre dans les procédures par défaut : Cah. arb.*, vol. V, Pedone, 2011, p.68.

¹⁸³ Paris, 14 sept. 1994, *RTD com.* 1995, p. 753, obs. E. LOQUIN Paris, févr. 1985, *Rev. arb.*, 1987, p. 325, note P. LEVEL.

respecter juste après l'applicabilité du règlement¹⁸⁴. La procédure peut se dérouler par défaut mais doit toujours être contradictoire. Si une partie refuse de participer à l'instance, elle ne pourra, se prévaloir d'éventuelles irrégularités affectant l'arbitrage¹⁸⁵. Même si cette règle au regard du droit français exige l'oralité de la discussion selon l'arbitrage international, les prétentions peuvent être rédigées¹⁸⁶ par d'autres législations¹⁸⁷. Toutefois, dans la pratique de l'arbitrage international, les débats oraux sont réguliers. D'ailleurs de nombreux règlements d'arbitrage prévoient que l'audience orale est organisée au cas où l'un des litigants effectue une réclamation¹⁸⁸. Lorsqu'un litigant ne participe pas à l'instance, la procédure est qualifiée de sentence par défaut. L'absence de la confrontation ou de la contradiction empêchera ainsi la partie absente de se prévaloir des illégalités qui l'affectent. Néanmoins, elle pourra obtenir gain de cause si les informations sur l'instance arbitrale lui sont parvenues à l'avance. A l'instar de la précision susmentionnée, ce principe engage les deux parties pour la confrontation audible de leur prétentions respectives¹⁸⁹ à partir des moyens de fait et de droit. Les énonciations de la sentence sont revêtues d'une force probante particulière¹⁹⁰. C'est la raison pour laquelle le principe de la contradiction exerce une influence plus positive sur les parties. Tel qu'il a été rappelé au préalable, le tribunal arbitral doit veiller et vérifier la réciprocité de la communication des documents soumis au tribunal par les parties¹⁹¹. Cette action doit se dérouler d'une manière spontanée dans un délai plus précis afin que les parties aient le temps de vérifier et de répondre aux éventuelles pièces et mémoires. Cependant, vu le manque de juridisme sur cette action de la communication des

¹⁸⁴ Civ. 1^{re}, 5 mars 2008, *JCP G* 2008, I, 164 n° 5, obs. J. ORTSCHIEDT – *D.* 2008, pan., p. 3111, obs. Th. CLAY ; Paris 14 févr. 1985, *Rev. arb.*, 1987, p. 325, note P. LEVEL

¹⁸⁵ Paris, 21 avr. 2005, *JDI* 2004, p. 161, note C. KESSEDJIAN – Paris, 1^{er} juill. 1999, *Rev. arb.* 1999, p. 834, note Ch. JARROSSON.

¹⁸⁶ *Ibid.*

¹⁸⁷ J.-F. POUDRET, S. BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, *op. cit.*, p. 500.

¹⁸⁸ Cf., art.25.2 et 25.6 du règlement CCI 2012 ; art. 19.1 du règlement LCIA ; art. 17.3 du règlement CNUDCI. Le règlement CIRDI prévoit une phrase écrite puis une phase orale (art. 29-32). Certaines lois sur l'arbitrage prévoient aussi cette faculté pour les parties sollicitant l'organisation d'une audience : art. 30.1 de la loi espagnole sur l'arbitrage de 2003 ; art 24 de la loi suédoise sur l'arbitrage de 1999 ; art 24-1 de la loi-type CNUDCI.

¹⁸⁹ C.KESSEDJIAN, *Principe de la contradiction et arbitrage* : *Rev. arb.*, 2015, p. 381

¹⁹⁰ *Ibid.*, p. 381.

¹⁹¹ Cf. Loi-type CNUDCI, art. 24.3.

pièces, il est difficile d'établir une preuve de respect. Dans ce cas, la jurisprudence française opte pour le versement des pièces aux débats¹⁹² c'est-à-dire la communication des demandes ou des conclusions analysées ou visées dans une sentence. Au cas où un prétendant contredirait le respect de ce principe ou le désapprouverait, il faudrait pour ce dernier des éléments d'informations pour défendre sa cause¹⁹³. De succroît, les exigences imposées par le principe de la contradiction, envers le tribunal arbitral lors de l'instruction d'une instance arbitrale, ont été notifiées par la cour d'appel de Paris en ces termes : « La juridiction arbitrale doit impérativement respecter et faire respecter le principe de la contradiction ; ce principe suppose que chaque partie ait été en mesure de faire valoir ses moyens de fait et de droit, de connaître ceux de son adversaire et de les discuter, ensuite qu'une écriture et qu'aucun document n'aient été portés à la connaissance des arbitres sans être également communiqués à l'autre partie, enfin qu'aucun moyen, de fait ou de droit ne soit révélé d'office par le tribunal arbitral sans que les parties aient été invitées à présenter leur observations »¹⁹⁴. D'après cette disposition, toutes pièces servant à l'élaboration de la sentence ne doivent pas passer inaperçues lors de la discussion contradictoire¹⁹⁵. Pour se conformer au principe de la contradiction, le tribunal arbitral doit préalablement permettre aux parties¹⁹⁶ d'ouvrir le débat avant l'exécution de moyen de fait ou de droit. Il doit, approfondir ses investigations personnelles tout en se référant nécessairement aux parties¹⁹⁷. Le tribunal arbitral ne peut non plus changer le fondement de l'indemnisation réclamée¹⁹⁸ ou le taux d'intérêt conventionnel, sans débat contradictoire préalable. Il peut cependant épargner les parties du principe contradictoire. En revanche, même s'il est aujourd'hui plus strictement appliqué, le

¹⁹² C.KESSEDJIAN, Principe de la contradiction et arbitrage, *op.cit.*, p.381.

¹⁹³ *Ibid*, p. 530.

¹⁹⁴ Ch. JARROSSON, J. PELLERIN, Le droit français de l'arbitrage après le décret du 13 janvier 2011, *Rev. arb.*, *op.cit.*, p. 834.

¹⁹⁵ D. COHEN, L'acte de mission et les limites de la coopération du juge étatique : *Rev. arb.*, n° 4, 1996, p. 439.

¹⁹⁶ Civ. 1^{re}, 29 juin 2011, *Rev. arb.*, 2011, p. 678, note C. CHAINAIS – *Cah. arb.*, 2012, p. 183, note P. MAYER Civ. 1^{re}, 23 juin 2010, *Rev. arb.* 2011, p. 442, note C. chainais – Paris, 19 juin 2008, *JPC G* 2008, I, 222, n°6, obs. J. BÉGUIN ; – D. BENSUAUDE, *Les moyens relevés d'office par l'arbitre en arbitrage international* : *Cah. arb.*, vol. III, *Gaz. Pal.* éd. 2006, p. 45.

¹⁹⁷ Civ. 2^e, 10 nov. 1998, *Bull. civ.* II, n° 266.

¹⁹⁸ Civ. 1^{re}, 29 juin 2011, *Rev. arb.*, 2011, p. 678, note C. CHAINAIS.

principe contradictoire n'oblige pas les arbitres à soumettre le raisonnement juridique qui étaye la motivation de leur sentence à une discussion préalable et contradictoire des parties¹⁹⁹. Les arbitres ne sont pas obligés de soumettre leurs arguments ou leurs logiques relatant leur sentence à un préalable débat des parties²⁰⁰. La jurisprudence quant à elle, estime que si les litigants doivent en principe pouvoir être présents durant les opérations d'expertise, « l'absence d'une parties aux opérations d'expertise arbitrale n'est pas à elle seule susceptible de donner lieu à l'annulation de la sentence lorsque le rapport a été soumis à une discussion contradictoire »²⁰¹.

B- Les règles de procédure issues de l'ordre public procédural

44. Pour énumération, les obligations liées au respect de l'ordre public procédural stipulent la parité entre les parties, la probité de la procédure, la préservation, la rapidité de la procédure puis les aptitudes du président du tribunal arbitral. Explicitement, l'inexistence de ces obligations rend le procès inéquitable. L'ordre public procédural international enrobe certaines règles de procédure « en absence desquelles on ne pourrait parler de justice, qui transcendent tous les particularismes techniques et nationaux »²⁰². La disposition sur l'égalité entre les parties²⁰³, mentionnée à l'article 1510 du Code de procédure civile après le décret du 13 janvier 2011 énonce que « quelle que soit la procédure choisie, le tribunal doit assurer la parité entre les parties ». Les parties doivent toujours être soumises au même traitement. La portée de ce principe, indissociablement liée à la fonction de dire le droit, est identique

¹⁹⁹ Paris 18 janv. 2007, *Rev. arb.*, 2007, p. 134 – Civ. 1^{re}, 14 mars 2006, *JCP G* 2006, I, 148, n°8, obs. J. ORTSCHIEDT, Paris, 12 févr. 2004, *Rev. arb.*, 2004, p. 448 – Paris, 25 mars 2004, *Rev. arb.*, 2004, p.671, p. 619 – Paris, 23 mai 2002, *Rev. arb.*, 2002, p. 971, note J.-B. RACINE.

²⁰⁰ J.-B. RACINE, Le nouvel arbitre, in le nouveau droit français de l'arbitrage, (sous la direction de) Thomas CLAY : *Rev. arb.*, 2011, p. 70-77.

²⁰¹ P. MAYER, *Imperium de l'arbitre et mesures provisoires*, in *Etudes de procédure et d'arbitrage en l'honneur de Jean-François Poudret*, 1999, p. 437.

²⁰² B. OPPETIT, *Théorie de l'arbitrage*, PUF, 1998, p. 29.

²⁰³ D. HASCHER, Principe et pratique de procédure dans l'arbitrage commercial international, *Rec. Cours*, La Haye, 1999, p. 126.

dans l'arbitrage interne et international. Elle évoque une « égalité des armes », qui « représente un élément du procès équitable protégé par l'ordre public international ». Aussi implique-t-elle « l'obligation d'offrir à chaque partie une possibilité raisonnable de présenter sa cause, dans les conditions qui l'épargnent d'une situation de désavantage total par rapport à son adversaire »²⁰⁴.

45. Connu de l'arbitrage interne et international, la probité de la procédure reste un principe exposé par la Cour de cassation²⁰⁵. Lorsque les parties agissent avec déloyauté au cours de l'instance, l'arbitre peut exercer son pouvoir de contraindre pour rendre la procédure plus efficiente. L'article 1464 en son alinéa 3, du code de procédure civile, applicable à l'arbitrage international par renvoi de l'article 1506.3°, dispose que « les parties et les arbitre doivent agir avec probité dans la conduite de la procédure ». A cet effet, les parties doivent réciproquement s'échanger les pièces et les moyens dans un délai précis tel qu'il avait été précédemment mentionné afin d'éviter « toutes raisons dilatoires »²⁰⁶ pouvant porter atteinte au processus. De même, elles sont contraintes de faire part à l'arbitre de toutes failles ou anomalies corrélatives à la procédure²⁰⁷, sinon le juge de contrôle peut déclarer ces moyens irrecevables. Après énonciation de la sentence, il est interdit de relever devant ce juge de contrôle un moyen d'annulation avec la position adoptée devant l'arbitre. Celui qui a formé la demande d'arbitrage ne peut ainsi solliciter l'annulation de la sentence en invoquant l'absence ou la nullité de la convention d'arbitrage²⁰⁸. En outre, le principe de l'*estoppel* étant applicable dans l'arbitrage international²⁰⁹, interdit à une partie de revenir sur une déclaration ou un comportement s'il a été pris en compte par l'autre partie et si cette prise en considération est suivie soit d'un avantage pour la première partie, soit d'un dommage pour

²⁰⁴ D. BENSUADE, Présentation des règles IBA 2010 sur l'administration de la preuve : *Rev. arb., op. cit.*, p. 87.

²⁰⁵ D. COHEN, L'acte de mission et les limites de la coopération du juge étatique: *Rev. arb., op.cit.*, p. 54.

²⁰⁶ E. LOQUIN, Les obligations de confidentialité internationale, un trompe l'œil, 2005, p. 263.

²⁰⁷ Paris, 28 févr. 2008, *D.* 2008, p. 1325, note R. MEESE; *D.* 2008, pan., p. 3111, obs. Th. CLAY– *RTD com.* 2008, p. 516, obs. E. LOQUIN– *JCP E* 2008, p. 1582, note Ch. CARON– *Civ. 1^{re}*, 31 janv. 2006, *Bull. civ. I*, n° 37; *RTD com.*, 2006, p. 310, obs. E. LOQUIN–(1^{re} esp.), cité par J.-B. RACINE, *Rev. arb., op.cit.*, p. 311.

²⁰⁸ *Civ. 1^{re}*, 6 juill. 2005, *D.*, 2005.

²⁰⁹ *Ibid* .

la seconde²¹⁰. Pour conclure, la probité engage les parties à collaborer à l’instruction de la cause et notamment, à assister aux mesures d’instructions ordonnées par les arbitres. Les arbitres doivent aussi faire preuve de la droiture lors de la procédure tout en respectant les principes d’indépendance et de parité, dans le but d’éviter de choquer les parties.

46. Imposés par l’article 6-1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales, les droits de la défense de l’ordre public procédural sont plus larges. En dehors du principe de la contradiction, ils englobent l’équité et la liberté qui enjoignent un respect absolu auquel les parties et les arbitres ne peuvent déroger en matière de l’arbitrage international²¹¹. D’après les contraintes²¹² que reflète ce texte, l’arbitre doit préserver sa sentence de l’annulation, et veiller également à ce qu’elle n’enfreigne pas l’ordre public français international. L’égalité²¹³ constitue un principe incontournable pendant l’instance arbitrale qui s’effectue efficacement²¹⁴ dans un délai précis et judicieux²¹⁵. A titre d’exemple, « les parties et les arbitres doivent agir avec célérité et loyauté dans la conduite de la procédure »²¹⁶ selon l’article 1464, alinéa 3, du Code de procédure civile, renvoyé à l’article 1506.3° dans le cadre de l’arbitrage international. Par ailleurs, la diligence observée dans le règlement d’arbitrage²¹⁷ oblige les parties à respecter le calendrier de la procédure. Ainsi, elles se soumettent aux normes de la procédure de ce calendrier en s’abstenant de tout imprévu qui peut inutilement freiner le déroulement puis l’efficacité²¹⁸ de l’instance.

²¹⁰ Ph. PINSOLLE, note sous Civ. 1^{re}, 6 juill. 2005, *Rev. arb.*, 2005, p. 993, spéc. n° 25, p. 1009.

²¹¹ Sur l’exigence d’indépendance et d’impartialité de l’arbitre.

²¹² Ch. JARROSSON, L’arbitrage et la convention européenne des droits de l’Homme : *Rev. arb.*, 1989, p. 573 – A. MOURRE, Le droit français de l’arbitrage international face à la convention européenne des droits de l’Homme : *Cah. arb.*, vol. I, *Gaz Pal.* éd. 2002, p. 22.

²¹³ D. HASCHER, Principe et pratique de procédure dans l’arbitrage commercial international : *op. cit.*, p. 108 et s.

²¹⁴ A. MOURRE, Le droit français de l’arbitrage international face à la convention européenne des droits de l’Homme : *op.cit.*, p. 22.

²¹⁵ Ph. FOUCHARD, Les rapports entre l’arbitre et les parties et l’institution arbitrale : *Écrits, Droit de l’arbitrage droit du commerce international*, 2007, p. 434.

²¹⁶ E. KLEIMAN et S. SALEH, Célérité et loyauté en droit français de l’arbitrage international : quels pouvoirs et quelles responsabilités pour les arbitres et les parties, *Cah. arb.*, 2012, p. 99.

²¹⁷ Art. 22.1 du règlement CCI 2012. Cf aussi, art. 17.1 du règlement CNUDCI, qui oblige le tribunal arbitral à conduire la procédure « *dans la quête d’épargner les retards* ».

²¹⁸ Dans cette perspective, le règlement d’arbitrage de la CCI 2012 (art.11.2 et 13.1) impose à « l’arbitre de procéder à une déclaration de disponibilité avant d’accepter sa mission, qui l’oblige à indiquer le nombre d’affaire dans lesquelles il est impliqué et les autres qui peuvent l’occuper dans les 12 à 18 mois à venir ».

47. D'un autre côté, la législation française a consacré une obligation d'instruction collégiale de l'arbitrage en cas de pluralité d'arbitres²¹⁹. Cette obligation peut être rattachée à certains égards à un principe de l'ordre public procédural, au moins de protection²²⁰. Afin de bien délibérer et aussi de bien instruire collégialement, les arbitres sont contraints de se référer à l'exigence de l'ordre public international français. En effet, elle est rattachée à l'indépendance et à l'impartialité des arbitres et de la convention des parties qui ont choisi de soumettre leur litige à plusieurs arbitres. Ce moyen conduit les arbitres à prendre unanimement les décisions procédurales les plus importantes. Il suppose « que chaque arbitre ait la faculté de débattre de toute décision avec ses collègues »²²¹. En revanche, l'un des arbitres, le plus souvent le président du tribunal arbitral, peut sans problème se voir déléguer des pouvoirs d'administration de l'instance arbitrale²²². D'ailleurs, l'article 1467, alinéa 1^{re} dispose que « le tribunal arbitral procède aux actes d'instructions nécessaires à moins que les parties ne l'autorisent à commettre l'un de ses membres ». Un arbitre peut donc effectuer seul certains actes d'instruction²²³. En outre, à défaut de convention contraire des parties, le président du tribunal arbitral est habituellement autorisé à exercer seul certaines prérogatives relatives à l'organisation matérielle des réunions et d'audiences, ou même à l'organisation du délibéré²²⁴. Par ailleurs, certains règlements d'arbitrage confient les pouvoirs de cette nature au président du tribunal²²⁵, ou ils prévoient que les arbitres peuvent les lui déléguer²²⁶.

²¹⁹ Ch. DELANOY, La cour de cassation et le principe de collégialité en droit français de l'arbitrage : *Cah. arb.*, 2010, p. 863 – P. DUPREY, Le délibéré à l'épreuve du principe de la collégialité : *Rev. arb.*, 2009, p. 360 – Ph. LEBOULANGER, Principe de collégialité et délibéré arbitral, in *Mélanges en l'honneur de F. Knoepfler, Helbing & Lichtenhahn*, Genève, 2005, p. 262.

²²⁰ Les parties pourraient ainsi y renoncer, une fois les effets de la règle acquis.

²²¹ Civ. 1^{re}, 29 juin 2011, *Rev. arb.*, 2011, p. 959, note V. CHANTEBOUT – *JCP G* 2011, I, 1432, n°7, obs. J. ORTSCHIEDT – Civ. 1^{re} 8 juill. 2009, *D.* 2009, pan., p. 2959, obs. Th. CLAY – *Cah. arb.*, 2010, p. 863, note L.-C. DELANOY.

²²² Paris, 16 janv. 2003, *JDI* 2004, p. 161, note KESSEDJIAN sur le rôle du président du tribunal arbitral.

²²³ Paris, 26 avr. 1985, *Rev. arb.*, 1985, p. 311, note E. MEZGER.

²²⁴ Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, op. cit., p. 698.

²²⁵ Art. 13 (1), 14 (1), 14(3), 21 (1), 35 (1) du règlement CIRDI.

²²⁶ Art. 26 (1) du règlement CIRDI ; art. 14.3 du règlement LCIA ; art. 26.2 du règlement AAA.

Conclusion du Chapitre I

48. En somme, la référence à la justice étatique est le seul espoir de la partie demanderesse, lorsque la partie adverse n'est pas disposée à faciliter la constitution du tribunal arbitrale ou le bon déroulement de l'instance arbitrale. Aussi, l'organisation de l'instance arbitrale selon le respect des principes fondamentaux, relève au premier chef de la volonté des parties. Celle-ci peut s'exprimer soit directement, soit par référence à un règlement d'arbitrage ou à une loi étatique. Les règlements établis par des institutions d'arbitrages énoncent souvent d'autres principes relativement précis sur le déroulement matériel de la procédure d'arbitrage notamment l'audience, l'échanges des mémoires et pièces, la langue, les mesures d'instructions et le siège. Après étude, il est constaté que les principes d'organisation et d'instruction de l'instance arbitrale au sein du droit français dans l'arbitrage international sont moins détaillés²²⁷. C'est pourquoi, lorsque les parties n'expriment pas leur volonté, il revient au tribunal arbitral de s'inspirer au besoin des directives élaborées par les institutions d'arbitrage pour définir les règles qui dirigeront l'instance. Toutefois, il est impossible aux arbitres de surpasser les incidents relatifs à l'instance arbitrale parce qu'ils sont dépourvus d'impérium. Le caractère privé de l'arbitrage suppose un esprit de coopération d'abord entre les parties, et ensuite entre le juge privé et le juge étatique. A défaut de ces collaborations il est impossible aux parties de s'accorder. L'immixtion du juge étatique dans les contextes précités s'avère primordiale, notamment pour la mise en place du tribunal arbitral, et dans la progression de l'instance arbitrale. L'efficacité de la mission du juge d'appui à l'arbitrage est donc soumise à des conditions de fond principalement souples et à des règles de procédure relativement simples. Après analyse, force est de constater que ces conditions de fond sont d'une part extérieures à la convention d'arbitrage et d'autre part, elles lui sont propres. Le déroulement d'une instance arbitrale peut concrètement obéir à des figures diverses. En dehors de celles qui ont été précédemment étudiées, il faudra rajouter les mesures provisoires

²²⁷ J.-F. POUDRET, S. BESSON, Droit comparé de l'arbitrage international, *op. cit.*, p. 528.

et conservatoires, afin de mieux commenter les missions conséquentes du juge et de l'arbitre dans la poursuite de l'instance arbitrale.

CHAPITRE II- Les missions conséquentes du juge étatique et de l'arbitre dans la prise des mesures provisaires et conservatoires

« Quel aspect paradoxal : voci d'honorables commerçants qui décident en toute connaissance de cause de se passer des services de la justice étatique et voilà qu'à la première difficulté ils se trouvent obligés d'aller à Canossa et de demander à ces mêmes juges, qu'ils voulaient les solliciter pour la résolution des difficultés de leur litige »²²⁸.

Ph. BERTIN

49. La poursuite de l'instance arbitrale suscite souvent d'autres préoccupations plus importantes que celles manifestées pendant la constitution du tribunal arbitral. Ainsi, les mesures provisoires et conservatoires s'avèrent importantes dans l'attente de la solution du différend sur le fond. Elles se manifestent, soit pour préserver une situation de fait ou pour consolider une relation juridique, soit pour sauvegarder un élément de preuve, soit encore, pour prévoir l'octroi d'une provision²²⁹. Depuis quelques années, la jurisprudence a admis que le tribunal arbitral dispose d'un pouvoir étendu pour arrêter des mesures durant l'instance, le cas échéant assorties d'injonctions et d'astreintes²³⁰. Ces pouvoirs ont été confirmés par le décret du 13 janvier 2011 et par le nouvel article 1468, alinéa 1^{er}, du Code de procédure civile. Il dispose que « le tribunal arbitral peut ordonner aux parties, dans les conditions qu'il détermine et au besoin à peine d'astreinte, toute mesure conservatoire ou provisoire qu'il juge opportune. Toutefois, la juridiction de l'État est seule compétente pour ordonner des

²²⁸ Ph. BERTIN, L'intervention des juridictions au cours de la procédure arbitrale : Rev. arb., 1982, p. 332.

²²⁹ M. A. BAHMAEI, L'intervention du juge étatique des mesures provisoires et conservatoires en présence d'une convention d'arbitrage. Droit français, anglais et suisse, préf. J. BÉGUIN, LGDJ, 2002, p. 19.

²³⁰ Paris, 7 oct. 2004, Rev. arb. 2004, p. 982– D. 2005, pan. 3062, obs Th. CLAY – JDI 2005, p. 341, note A. MOURRE et P. PÉDONE – JCP G 2005, I, 134, n° 5 et 7, obs. J.ORTSCHEIDT.

saisies conservatoires et sûretés judiciaires »²³¹. Cette restriction qui précédait la réforme, régit les mesures conservatoires destinées à préparer l'exécution future de la sentence. En rendant un bien indisponible, ces mesures ne relèvent pas de la *jurisdictio* du tribunal arbitral²³². De même, l'article précité ne spécifie pas si une mesure conservatoire ou provisoire est prenable dans une sentence arbitrale. Par conséquent, elles peuvent être prises par voie d'ordonnance de procédure. Mais par souci d'efficience et dans le but d'effectuer éventuellement des mesures d'exécution forcée, seule la sentence peut recevoir l'*exequatur*. Il est donc souhaitable que les mesures provisoires et conservatoires soient arrêtées par des sentences partielles. L'article 1468, alinéa 2, spécifie que « le tribunal arbitral peut modifier ou compléter la mesure provisoire ou conservatoire qu'il a ordonnée ». L'exigence n'est pas la même dans le cadre du tribunal arbitral comme d'un juge des référés²³³. Il a besoin d'une nouvelle circonstance pour modifier ou compléter la mesure. En revanche, du fait que l'arbitre ne dispose pas des mêmes pouvoirs que le juge étatique, et parce que les mesures provisoires ou conservatoires sont momentanément urgentes avant le déroulement de l'instance arbitrale, l'arbitre doit partager son aptitude avec le juge étatique. Bien que les parties aient la capacité ou la liberté d'écarter la justice étatique à partir de leur convention, elles ne peuvent obtenir les mesures provisoires ou conservatoires que par le concours du juge étatique dans l'arbitrage. Avant d'examiner l'impact de ces mesures à l'arbitrage international (**Section II**), la question des mesures provisoires et conservatoires (**Section I**) sera analysée à travers les compétences respectives qui reviennent à chaque acteur dans l'arbitrage interne.

²³¹ Ch. SERGLINI, J. ORTSCHIEDT, Droit de l'arbitrage interne et international, *op. cit.*, p. 335

²³² P. MAYER, Impérisme de l'arbitre et mesure provisoire, in Étude de procédure et d'arbitrage. Mélanges Jean-François Poudret, Faculté de Droit de Lausanne, 1999, p. 437.

²³³ Art. 488 CPC.

SECTION I- Le prononcé des mesures provisoires et conservatoires dans l'arbitrage interne

50. Connues pour un concept éluif et imprécis, les mesures provisoires et conservatoires en droit français sont très diversifiées selon les contextes qui les suscitent. Bien qu'elles semblent aller de pair, force est de constater qu'elles constituent deux différentes notions. D'après la définition habituelle, « une mesure provisoire » constitue une décision de justice susceptible de révision sur la preuve d'un fait nouveau, et modifiable à travers les données génératrices du droit²³⁴ en raison de son objet ou de sa nature²³⁵. Les décisions judiciaires attribuant la garde des enfants à la mère après divorce ainsi que la condamnation du père à verser une pension alimentaire²³⁶ sont bien des exemples qui peuvent constituer une décision provisoire. Car le juge peut réviser ses décisions en cas de nouvelles circonstances. Dans un autre contexte, une décision de justice prise par une entité quelconque peut faire l'objet d'une mesure provisoire. En d'autre terme, elle peut valoir une décision de justice suite à la limitation du pouvoir juridictionnel du juge principal. L'ordonnance des référés de l'article 488 alinéa. 1 du Code de procédure civile prévoit la deuxième catégorie de mesure provisoire²³⁷. Rendue par la juridiction de référé pendant la procédure simplifiée et accélérée de nature contentieuse, elle est aussi appelée « procédure de référée ». Elle connaît une efflorescence qui avantage les parties dans la résolution des différends liés au droit des affaires. Selon certains éminents auteurs²³⁸, « le développement du référé à notre époque est un fait majeur qui, de proche en proche, pourrait bien transformer l'aspect traditionnel de la justice moderne ». Un autre auteur énonce que « le référé, en particulier, devenu une auberge espagnole, sinon une bonne à tout faire, donne lieu à des applications toujours plus variées et plus nombreuses, en même temps qu'il tend parfois à suppléer ou à éviter la saisine du

²³⁴ G. CORNU, Vocabulaire juridique, Presse Universitaire de France, *op.cit.*, p. 630.

²³⁵ Art. 488, Nouveau Code de Procédure Civile.

²³⁶ Art. 282 Code Civil

²³⁷ Y. STRICKLER, *Le juge des référés, juge du provisoire, th.*, Strasbourg 1993, p. 22.

²³⁸ H. SOLUS & R. PERROT, *Droit judiciaire privé, t. III*, Sirey, 1991, p. 1060, n° 1256.

juge du fond, mais il suscite d'incessantes interrogations sur son domaine, sur sa portée et sur les mesures susceptibles d'être ordonnées »²³⁹. Semblable au service d'aide médicale d'urgence (SAMU)²⁴⁰, la procédure de référé est appelée à intervenir dans divers domaines. Le juge des référés, en qualité du juge de fond, doit prononcer les mesures adéquates selon les différends pour lesquels il a été ultérieurement saisi. Le juge de fond peut ordonner cinq (5) différentes mesures provisoires notamment, le référé classique en cas d'urgence, le référé de remise en état, le référé préventif, le référé-provision et le référé-injonction²⁴¹. Leur ensemble participe à la complémentarité, l'adaptation ou la suppression de la décision de justice²⁴².

51. Les mesures conservatoires sont définies en tant que « toutes mesures urgentes qui tendent à sauvegarder un bien ou un ensemble de biens soit dans l'intérêt du propriétaire, exemple (nomination d'un administrateur aux biens d'un absent), soit dans l'intérêt des créanciers, exemple (saisie conservatoire, inscription provisoire d'hypothèque judiciaire), soit à des fins diverses (inventaire, mise sous séquestre d'un bien, apposition de scellés) »²⁴³. Cette notion en droit français est aléatoire et recouvre une sphère très vaste. D'après une étude de lois et de la jurisprudence française, les mesures conservatoires reflètent des éléments diversifiés très efficaces pour les contentieux particuliers. Réparties en deux (2) catégories²⁴⁴, « les mesures conservatoires sont prescrites soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite »²⁴⁵. Touchant au droit civil, la première partie est relative à l'apposition des scellés, la désignation d'un séquestre ou d'un administrateur de bien, l'inventaire lors d'une succession, la protection des intérêts familiaux, la suspension des constructions ou encore à la défense des droits de la personnalité. Rattachée aux voies

²³⁹ P. ESTOUP, La pratique des procédures rapides, référés, ordonnances sur requête, procédures d'injonction, Litec. 1998, p. 10.

²⁴⁰ J. NORMAND, Les mesures provisoires en droit belge, in français et italien, Bruxelles 1998, p. 86.

²⁴¹ P. ESTOUP, La pratique des procédures rapides, référés, ordonnances sur requête, procédures d'injonction *op. cit.*, p. 71 et s. n°67 et s.

²⁴² G. CORNU, Vocabulaire juridique, Presse Universitaire de France *op. cit.*, p 629-630.

²⁴³ *Ibid*, p 190.

²⁴⁴ J-R., Mirbeau-Gauvin, Réflexions sur les mesures conservatoires, D. 1989, p. 47.

²⁴⁵ Art. 809, al. 1 (TGI) et 873, al. 1 (T. com) CPC.

d'exécution, la seconde partie est fondée sur la loi n° 91-650 du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution²⁴⁶. Nonobstant, la promulgation de la Loi du 12 novembre 1955 sur ces mesures, le droit ancien reste le fondement de la nouvelle loi. Cependant, une actualisation remarquable observée au sein du droit français²⁴⁷ n'a pas manqué de consacrer un chapitre entier aux mesures conservatoires²⁴⁸. Les démembrements du droit de propriété, du droit de créance peuvent faire l'objet des saisies conservatoires. À leur tour, elles rendent indisponibles les biens ou les créances²⁴⁹. Les saisies conservatoires peuvent s'effectuer si les principes de la créance sont approuvés, et si les modalités du recouvrement de la créance²⁵⁰ sont en danger. Il revient au juge de l'exécution, ou le cas échéant au président du tribunal de commerce²⁵¹, situé au lieu où demeure le débiteur, et disposant du pouvoir exclusif, d'ordonner une mesure conservatoire sur les biens du débiteur²⁵². Il faut préciser que l'aptitude de ce juge est d'ordre public. Son immixtion n'empiète pas sur l'aptitude de l'arbitre. Afin d'autoriser la mesure conservatoire, le juge doit vérifier seulement le bien-fondé de la créance invoquée et la menace qui pèse sur son recouvrement²⁵³. Le créancier doit intenter une action en validité²⁵⁴ ou une action au fond avant la date butoir fixée par le juge²⁵⁵ afin d'éviter toute caducité relative à la mesure.

52. Le caractère contractuel de l'arbitrage qui participe au prononcé des mesures provisoires et conservatoires démontre que le juge étatique peut coopérer avec la force publique pour exécuter ces décisions. Malheureusement, cette coopération n'est pas faisable avec l'arbitre

²⁴⁶ Loi n° 91-650 du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution, *D.* 1991 L. 317 et Décret d'application n° 92-755 du 31 juillet 1992, *D.* 1992 L. 451, entrés en vigueur le 1^{er} janvier 1993. Pour le commentaire sur cette réforme.

²⁴⁷ M. DONNIER, *Voies d'exécution et procédures de distribution*, 3^e éd., Paris 1993—E. BLANC, *Les nouvelles procédures d'exécution*, 2^e éd., Paris, 1994

²⁴⁸ Article 67 à 79 de la Loi n° 91-650 du 9 juillet 1991.

²⁴⁹ Art. 74 de la Loi n° 91-650 du 9 juillet 1991.

²⁵⁰ Art. 67, al. 1 de la Loi n° 91-650 du 9 juillet 1991.

²⁵¹ Art. 69 de la Loi n° 91-650 du 9 juillet 1991.

²⁵² Art. 67 et 69 de la loi du 9 juillet 1991 et art. L. 311-12-1 COJ.

²⁵³ R. PERROT et Ph. THÉRY, *Procédure civiles d'exécution*, p. 679 et s.

²⁵⁴ En droit français, l'action en validité a pour objet l'examen de la validité de la saisie et permet de transformer la mesure conservatoire en une saisie-exécution. Cette action en validité s'exerce au for du lieu où la saisie a été prononcée.

²⁵⁵ Le délai est de 2 ou 3 mois.

malgré son pouvoir de *juridictio*²⁵⁶, parce qu'il ne possède pas l'*impérium*²⁵⁷ qui est le pouvoir de dicter les ordres aux parties. Sa décision est démunie de la force exécutoire et les parties ne peuvent que se tourner vers la procédure d'*exequatur*. Car seule cette procédure attribue à la décision de l'arbitre la force exécutoire dont elle était dénuée. De plus, l'absence d'*impérium* peut également restreindre les prérogatives de l'arbitre dans le cadre de certaines mesures qu'il doit prendre. Quelques une d'entre elles à l'instar des mesures de saisie²⁵⁸ sont reconnues par l'État et possèdent un effet contraignant. La doctrine française considère que l'arbitre n'a pas le droit de prendre une mesure conservatoire, ou d'ordonner une sûreté judiciaire²⁵⁹. Ainsi, la notion des mesures provisoires et conservatoires avec toutes les faiblesses énumérées et la question sur le mécanisme du juge étatique en tant « qu'auxiliaire incontournable à l'arbitrage »²⁶⁰, sont primordiaux. Mais comment peut-on interpréter la coopération du juge et de l'arbitre dans le prononcé des mesures provisoires et conservatoires (§ I) ? Qu'en est-il des aptitudes exclusives qui leur reviennent pendant la prise de ces décisions (§ II) ?

§ I- La compétence partagée du juge étatique et de l'arbitre dans les mesures arbitrales

53. Les principes régissant le prononcé des mesures provisoires et conservatoires par le juge et l'arbitre sont propres à chaque système juridique. Ces entités sont libres de choisir selon, par exemple la loi de la CNUDCI ou selon la Convention de Genève du 21 avril 1961. Dans ce contexte, la règle de l'article VI paragraphe 4 de la Convention de Genève énonce qu' « une demande de mesure provisoires ou conservatoires adressée à une autorité judiciaire ne doit

²⁵⁶ C'est-à-dire le pouvoir de dire le droit en tranchant le fond du litige.

²⁵⁷ Ch. JARROSSON, Réflexion sur l'impérium, Etudes offerte à P. BELLET, *op.cit.*, p. 245 et s.

²⁵⁸ Ph. OUAKRAT, L'arbitrage commercial international et les mesures provisoires, *op.cit.*, p. 249.

²⁵⁹ Ph. FOUCARD, E. Gaillard, B. Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, *op. cit.*, p. 733 et s.

²⁶⁰ J.-L. DELVOLVÉ, L'intervention du juge dans l'arbitrage : *Rev. arb.*, *op. cit.*, p. 607.

pas être considérée comme incompatible avec la convention d'arbitrage ». Néanmoins, ce principe est approuvé aujourd'hui et même bien en dehors du champ d'application de la Convention de Genève. Il est impossible de contredire l'aptitude partagée des deux acteurs pour prononcer une mesure provisoire ou conservatoire. Selon une jurisprudence française, le juge des référés peut être sollicité pour une mesure destinée à élire un expert suite à une convention d'arbitrage²⁶¹. Une autre jurisprudence élaborée par la Cour d'appel de Paris sur la base de l'arrêt du 27 octobre 1995 a décidé que « tant que le tribunal arbitral n'est pas saisi, l'existence d'une clause compromissoire n'est pas de nature à faire échec au pouvoir reconnu au juge des référés d'ordonner une mesure conservatoire ou même, en l'absence d'urgence, d'accorder une provision ou instituer une expertise sur le fondement de l'article 145²⁶² du Nouveau Code de Procédure Civile ». Quant à la Cour de cassation, à travers l'affaire *Euro-disney*²⁶³ « l'existence d'une convention d'arbitrage ne fait pas obstacle au pouvoir du juge des référés d'ordonner, sur le fondement de l'article 145 du Nouveau Code de Procédure Civile, toutes les mesures d'instruction légalement admissibles, qui ne se limitent pas aux constatations ». En revanche, l'idée préconise que le choix d'un expert selon l'article 145 n'est pas contraire à l'arbitrage. L'expert sollicité par le juge des référés doit exposer son opinion, les pièces et débats. Mais l'arbitre ne serait-il pas privé du droit d'apprécier l'opportunité de l'expertise ? Car la désignation de l'expert ainsi que la détermination de sa fonction seront démunies de certains pouvoirs dans la pratique de l'article 145 du Nouveau Code de Procédure Civile. La sollicitation d'une modération semblerait nécessaire pour ralentir les atteintes aux pouvoirs des arbitres, en vue de répertorier les témoignages tangibles auxquels il procède. Comme cela, le rapport d'expertise ne s'imposera plus aux arbitres et ces derniers pourront l'écarter. Le caractère de mesures mentionnées d'après l'article 145 du Nouveau Code de Procédure Civile, révèle l'inexistence d'une convention d'arbitrage. Son objectif réside à cet effet dans la prescription des mesures

²⁶¹ Cass. civ. 3^e, 20 déc. 1982.

²⁶² Cass. civ. 2^e, 11 oct. 1995, « société *Eurodisney* c/ Société *Impresa Pizzaritti* (2 arrêts) » et « société *Eurodisney* c/ société *Torno* ».

²⁶³ Ibid.

à caractère éphémère qui doit différer totalement de la solution du juge des référés. Ainsi la décision fera preuve de la fonction du juge des référés car elle ne tiendra pas l'autorité qui sera saisie au fond. Tout porte à croire qu'en dépit d'une convention d'arbitrage, l'effet de l'ordonnance de référé à l'égard du tribunal arbitral s'oppose à l'application de la règle d'inaptitude du juge étatique. Quoique le juge des référés soit chargé également de l'urgence, l'arbitrage manque de méthodes adéquates pour le déroulement d'urgence. La justice privée arbitrale est confrontée à ces imperfections qui entre autres privilégient le juge des référés jusqu'à lui donner la place d' « auxiliaire de la justice arbitrale »²⁶⁴. Les rapports entre la procédure des référés et l'arbitrage révèlent une perception habituelle qui dérange l'extension de la compétence du juge des référés²⁶⁵. Bien que la mission ordinaire du juge des référés soit de prononcer les mesures provisoires et conservatoires dans le but de préserver le droit des parties avant la décision au fond, l'usage du dispositif du référé-provision lui pose un problème. Etant donné que ce mécanisme a pour mission d'anticiper la solution destinée à établir la juridiction compétente sur le fond, il surpasse cependant l'idée de la préservation. La mission du juge des référés pour ordonner les mesures provisoires et conservatoires (A) peut être exempte d'obstacle malgré l'existence de la convention d'arbitrage car elle ne reflète pas moins d'équivoque en matière de référé-provision (B).

A- L'articulation des mesures provisoires et conservatoires ordinaires en présence d'une convention d'arbitrage.

54. Habituellement, le juge étatique est appelé à prononcer les mesures provisoires et conservatoires destinées à défendre les intérêts existants et à administrer les preuves. Les intérêts existants sont ceux énumérés par l'article 808 du Nouveau Code de Procédure Civile, ou ceux prévenant un préjudice imminent dans le cadre de suspendre une manifestation

²⁶⁴ B. OPPETIT, Justice étatique et justice arbitrale, *op cit.*, p. 415.

²⁶⁵ R. PERROT, La compétence du juge des référés : *Gaz. Pal.*, 1974, doct. 2.895–J. VIATTE, Les pouvoirs du juge des référés : *Gaz. Pal.*, 1976, p. 7.

illégale d'après l'article 809 al. 1 du Nouveau Code de Procédure Civile. Ainsi, l'article 808 du Nouveau Code de Procédure Civile dispose que « dans tous les cas d'urgence, le président du tribunal de grande instance peut ordonner en référé toutes les mesures qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse ou que justifie l'existence d'un différend »²⁶⁶. La convention d'arbitrage ne paralyse pas à cet effet l'aptitude du juge des référés quand il doit statuer sur des mesures conservatoires²⁶⁷ pressantes. L'article 809 alinéa. 1 du Nouveau Code de Procédure Civile dispose : « le président peut toujours, même en présence d'une contestation sérieuse, prescrire en référé les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour cesser un trouble manifestement illicite »²⁶⁸. En dépit de l'imprécision de l'article 809 alinéa. 1 du Nouveau Code de Procédure Civile, l'urgence confère au juge des référés la compétence de prononcer les mesures conservatoires dans le cadre de prévenir « un dommage imminent », ou pour cesser « un trouble manifestement illicite ». L'obligation de prévenir un préjugé critique ou d'arrêter une perturbation évidente illégale évoque la paralysie de l'instance au fond²⁶⁹. Cette logique a été évoquée et approuvée par Mrs BERTIN et MARTIN qui considèrent que l'urgence résulte nécessairement de l'imminence du dommage²⁷⁰. Ces remarques sont effectives à condition que le juge des référés intervienne à l'occasion d'une procédure arbitrale. Néanmoins, la Cour d'appel de Paris s'est opposée à l'aptitude du juge des référés suite à un référé-provision par l'arrêt du 3 juillet 1979. La cour a précisé que « si le juge des

²⁶⁶ M.-A. BAHMAEI, L'intervention du juge étatique des mesures provisoires et conservatoires en présence d'une convention d'arbitrage : Droit français, anglais, suisse, préf. de Jacques BÉGUIN, L.G.D.J, p.32 : « Les mesures de sauvegarde, d'expulsion, d'information ou d'instruction sont des mesures susceptibles d'être prises par le juge des référés sur la base de l'article 808 du Nouveau Code de Procédure Civile. Néanmoins, certaines de ces mesures, comme les mesures d'instruction ou d'information, sont souvent ordonnées sur la base de l'article 145 du Nouveau Code de Procédure Civile si le procès précède tout ».

²⁶⁷ G. PLUYETTE, *Une vue française*, in *Mesures conservatoires et provisoires en matière d'arbitrage international*, Publication CCI n° 519, Paris 1993, pp. 81-82 : « Cass. 1^{re} civ., 12 juill. 1957 : Bull. Civ. 1 n° 546 ; « Dans la même option, le juge parisien des référés, par une ordonnance rendue le 21 janvier 1986, affirme que le texte de l'article 1458 du Nouveau Code de Procédure Civile ne s'oppose pas à l'application des dispositions de l'article 808 du même code. Cet article autorise le juge des référés à prescrire, en cas d'urgence, des mesures conservatoires dès lors que leur prescription est sans incidence sur les pouvoirs des arbitres ».

²⁶⁸ Des mesures comme la désignation d'un administrateur provisoire, sont des mesures qui peuvent être prises sur la base de l'article 809 al. 1. Il faut souligner que l'article 873 du Nouveau Code de Procédure Civile confère les mêmes pouvoirs au président du tribunal de commerce.

²⁶⁹ R. Martin, *Le référé, théâtre d'apparence*, D. 1979, Chron., p. 158.

²⁷⁰ Ph. BERTIN, *Le grand Noël du procédurier*, Gaz. Pal. 1976, doct., p. 153.

référés reste compétent, malgré l'existence d'une clause compromissoire, pour prescrire, en cas d'urgence, des mesures conservatoires ou de remise en état justifiées par le différend, il n'en est pas ainsi lorsqu'il est saisi d'une demande de provision ; qu'en effet, il est tenu de rechercher, dans un tel cas, si l'existence de l'obligation est ou non sérieusement contestable, il devra porter une appréciation sur le fond du litige que les parties, de convention expresse, ont décidé de soustraire à l'autorité judiciaire de droit commun »²⁷¹. Aussi, la Cour d'appel de Rouen a approuvé la position de la Cour d'appel de Paris par son arrêt du 7 septembre 1995. Elle précise : « Même dans le cas où il existe une convention d'arbitrage et une procédure d'arbitrage en cours, le juge des référés a compétence pour prendre des mesures conservatoires ou des mesures d'administration de la preuve, que le tribunal soit ou non formé ». « Le trouble imminent illicite » reste non vérifié²⁷² pour la Cour d'appel. Il découle de la première analyse, que l'aptitude du juge pour prendre les mesures susmentionnées en présence d'une convention d'arbitrage, est confirmée par la nature temporaire et de l'indépendance de la juridiction arbitrale. La nature provisoire des mesures en question rend compétent le juge étatique avant et après la sollicitation des arbitres.

55. Les mesures provisoires semblent établir des preuves qui supplantent la législation française²⁷³ dans le domaine arbitral. Il peut advenir, avant ou pendant le procès, une situation réclamant les mesures urgentes dans le but de conserver le témoignage qui doit participer à la mise en œuvre de la sentence. Dès lors, le juge des référés sera appelé pour prononcer cette mesure à partir des différents textes non identiques. La disposition approuvant cette compétence au juge des référés se situe à l'article 808 du Nouveau Code de Procédure Civile. Elle prévoit que « dans tous les cas d'urgence, le président du tribunal de grande instance peut ordonner en référé toutes les mesures qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse ou que justifie l'existence d'un différend ». Même si la justice arbitrale

²⁷¹ Paris, 3 juillet. 1979, « S. A. Sellier Leblanc Agrégats Matériaux (S.L.A.M.) c/ Société pour l'étude, la recherche et l'Exploitation des sols (S.E.R.E.S.) », JCP. 1980, II, 19389 (1^{er} esp.), note G.COUCHEZ ; *Rev. arb.* 1980, p. 78, note COUREAULT.

²⁷² Rouen, 7 sept. 1995, « Société Rotem Amfert Negev c/ Société Grande paroisse, *Rev. arb.* 1996, p. 275 (1^{re} esp).

²⁷³H. SOLUS & R. PERROT, *Droit judiciaire privé, t. III*, Sirey, 1991, p. 663.

a été sollicitée par le fond du litige, le juge étatique, notamment le juge des référés, est compétent pour intervenir par le biais de cet article. Cette prépondérance s'explique par le caractère transitoire de l'ordonnance du juge suite à la paralysie du tribunal arbitral face aux imprévus. De surcroît, suite aux trois arrêts du 7 mai 1982 de la chambre civile de la Cour de cassation, le juge des référés est préservé des conditions imposées par l'article 808²⁷⁴ même s'il est confronté à l'application de l'article 145. Cette décision fut approuvée en face d'une clause compromissoire, dans un arrêt du 20 février 1984 rendu par la Cour d'appel de Paris²⁷⁵. Le juge jouit ainsi « d'une liberté ou d'une autonomie institutionnelle » à l'égard du référé promu. Il échappe d'ailleurs aux conditions habituelles des référés notamment l'urgence et l'absence de grave contestation. La requête sollicitant une mesure d'instruction *in futurum* en présence d'une convention d'arbitrage, doit précéder l'arbitrage devant le juge des référés. Il lui incombera de vérifier la véracité des motifs légitimes afin de réunir les preuves pouvant participer à la confirmation du procès. Ainsi, il pourra sans contrainte ordonner toute mesure d'instruction légalement recevable. La compétence du juge des référés reste donc primordiale pour prononcer les mesures provisoires et conservatoires ordinaires en présence d'une convention d'arbitrage. Elle n'en est pas moins injustifiée pour le référé-provision étant donné que son office entraîne une préoccupation sur le fond du droit.

B- L'accentuation des référés-provision en présence d'une convention d'arbitrage

56. Le référé-provision en droit français est une fonction juridique qui évoque à l'heure actuelle des polémiques²⁷⁶ surtout au sein de la doctrine. Il a été émis par le décret n° 73-1122 du 17

²⁷⁴ Cass. ch. Mixte, 7 mai 1982, D. 1982, p. 581, note Cabannes ; *Gaz. Pal.* 1982. 2. 571 note J. VIATTE. *RTD. civ.* 1982, p. 786, obs. R. PERROT-*RTD. civ.* 1983, p. 185, obs. J. NORMAND-Cass. 1^{re} civ., 9 févr. 1983 Bull. civ., 1, n° 56-Paris 5 févr. 1993, D. 1993 IR, p.99, cité par M.-A. BAHMAEI, *L'intervention du juge étatique des mesures provisoires et conservatoires en présence d'une convention d'arbitrage*, op. cit., p. 44.

²⁷⁵ Paris, 20 févr. 1984, *Rev. arb.* 1986, p. 233, 2^e esp. Dans le même sens, Paris, 30 juill. 1986, *Rev. arb.* 1989, p. 113, obs. J. PELLERIN, citée par M.-A. BAHMAEI, *L'intervention du juge étatique des mesures provisoires et conservatoires en présence d'une convention d'arbitrage* op. cit., p. 51

²⁷⁶ J. VINCENT, *Les pouvoirs du juge en matière de provision*, Mélanges P. KAYSER, t. II, Presse universitaires d'Aix-Marseille, 1979, p. 471 et s. pour une vue générale sur le référé-provision. -R. PERROT, *Les incidents de provision :*

décembre 1973 et introduit à l'article 809 alinéa 2 (et à l'article 873 alinéa 2 en matière commerciale) du Nouveau Code de Procédure Civile²⁷⁷. D'après l'alinéa 2 de l'article 809 du Nouveau Code de Procédure Civile, le juge des référés détient la compétence pour octroyer une provision au créancier « dans le cas où l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable ». Selon une partie de la doctrine, le référé-provision est une mesure qui concerne le fond du droit. La preuve d'une obligation incertaine conduit nécessairement à un jugement sur le fond qui doit être réservé au juge du fond. Cette manifestation prend une autre envergure lorsque les parties choisissent d'écarter l'aptitude du juge étatique sur le fond du litige après la conclusion de leur convention d'arbitrage. Les prétextes qui ont suscité l'analyse de cette procédure se trouvent par ailleurs dans la célèbre formule du Doyen Normand. Pour cet éminent juriste, ce qui fonde le référé-provision « est d'abord la volonté d'assurer la protection immédiate du créancier, et par-delà, de moraliser les relations juridiques en déjouant les calculs de ceux qui, malgré l'évidence de leur dette, comptant sur la répugnance de l'adversaire à engager un procès et sur les lenteurs inhérentes à toute procédure, pour retarder une échéance qu'ils doivent pourtant savoir inéluctable »²⁷⁸. Le but originel du référé-provision est d'accorder une célérité au créancier de bonne foi. Pour ce qui est de l'interprétation jurisprudentielle, le référé-provision n'a « d'autre limite que le montant non sérieusement contestable de la dette alléguée »²⁷⁹. Il tolère « la provision à 100% ». Le juge des référés reçoit ainsi de la Cour de la cassation la compétence ou la capacité d'émettre une provision qui correspond à la totalité de la créance. Le référé reflète ainsi « une technique commode pour évacuer rapidement une partie du contentieux »²⁸⁰ à travers « une véritable voie de délestage »²⁸¹ regorgeant de conflits et dont la sentence n'a

Gaz. Pal., 1980, doct. 314 – G. COUCHEZ, *Le référé-provision : mesure ou démesure ?*, *Mélanges P. RAYNAUD*, Dalloz- Sirey, 1985, p. 161 et s. ; – H. SOLUS & R. PERROT *Droit judiciaire privé, op.cit.*, p. 124 et s. ; J. HÉRON, *Droit judiciaire privé*, spéc, n° 336-340, cité par M.-A. BAHMAEI, *L'intervention du juge étatique des mesures provisoires et conservatoires en présence d'une convention d'arbitrage, op. cit.*, p. 55.

²⁷⁷ JORF du 22 déc. 1973, p. 13670, *ibid.*

²⁷⁸ J. NORMAND, *Les mesures provisoires en droit belges, in français et italien*, éd. Bruylant, Bruxelles 1998, p. 468.

²⁷⁹ Cass. com. 20 janv. 1981, Bull. civ., IV, n° 40, p. 30 cité par J. NORMAND *op. cit.*, p. 86.

²⁸⁰ J. HÉRON, *Droit judiciaire privé*, Montchrestien, 1991, p. 234.

²⁸¹ J. NORMAND, *Les mesures provisoires en droit belges, in français et italien, op.cit.* p.469

aucune importance majeure. Étant donné que la solution émise par le juge du référé prononce l'achèvement du conflit, le rôle de la justice du provisoire est de remplacer le juge du fond. Par conséquent, la fonction du référé-provision attribue au juge des référés la capacité d'accorder une provision quand l'urgence est dépourvue de tout conflit. Il doit être en mesure d'évaluer le fond à partir de l'ampleur de la contestation. Mais qu'est-ce que le législateur a voulu ainsi démontrer ? Selon COUCHEZ, le législateur fait remarquer par cette procédure un « référé indirect au fond »²⁸². Quant à OPPETIT, le référé-provision « procède davantage d'une modalité de jugement rapide du fond du litige que d'une justice du provisoire et du conservatoire »²⁸³. Le rapport entre la justice étatique et la justice arbitrale n'affronterait aucune complexité de taille lorsqu'il est question des mesures provisoires et conservatoires ordinaires. En revanche, la mise en œuvre du référé-provision ainsi que ses exigences que le président de la juridiction des référés doit exécuter, peuvent parfois porter atteinte à la compétence de l'arbitre. La caractéristique du référé-provision et son écueil pour l'arbitrage constitue selon la jurisprudence un moyen de restriction des manœuvres du juge des référés lorsqu'il est en face d'une convention d'arbitrage. Pour illustration, la Cour de cassation a soumis l'immixtion du juge des référés-provision au respect de l'absence de la saisine de l'arbitre et de l'urgence. A travers ce critère, la jurisprudence a précisé l'aptitude du juge du référé-provision en présence d'une convention d'arbitrage²⁸⁴. Lorsque l'aptitude au fond revient à la juridiction étatique, le référé-provision n'est pas soumis à l'urgence. Bien entendu, cette condition n'est pas obligatoire pour accorder une provision d'après le droit commun. Selon la consécration que la jurisprudence a effectué de « l'autonomie » dans le cadre des hypothèses de recours à la juridiction des référés, il en découle que l'urgence n'est plus obligatoire dans le support de la saisine. Néanmoins, la jurisprudence a reconnu en dépit de la particularité du référé, l'avantage de préciser l'usage du référé-provision en face d'une convention d'arbitrage dans la quête de préserver le juge approprié de tout recours abusif.

²⁸² G. COUCHEZ, Le référé-provision : mesure ou démesures, Mélanges. P. RAYNAUD, Dalloz-Sirey, p. 164.

²⁸³ B. OPPETIT, Justice étatique et justice arbitrale, *op. cit.* p. 104.

²⁸⁴ Cass. 1^{re} civ., 6 mars 1990, *Rev. arb.* 1990 (2^e esp.), p. 633, note H. GAUDEMET-TALLON.

L'immixtion du juge étatique doit absolument recouvrir une couverture exceptionnelle nommée « urgence caractérisée ». L'arbitrage international a nécessairement besoin de l'urgence pour activer la compétence du juge des référés. De plus, la créance ne doit pas constituer un frein au principe car le montant doit être évident. « Cette évidence est souvent très difficile à établir, notamment lorsque la loi de fond applicable au litige est une loi étrangère. Ceci limite considérablement et à juste titre, l'intervention du juge étatique en matière d'arbitrage international »²⁸⁵.

§ II- La compétence exclusive du juge étatique et de l'arbitre dans les mesures provisoires et conservatoires

57. Le juge étatique ou l'arbitre peuvent être amenés à exercer une aptitude exclusive en matière de mesures provisoires et conservatoires. L'exercice de cette compétence dépend des raisons relatives ou non à la volonté des parties. Le juge étatique est appelé à exercer sa compétence exclusive dans le cas d'une exécution forcée des décisions de justice, notamment les jugements ou les sentences arbitrales. L'exécution d'une sentence arbitrale peut susciter des difficultés parce que les litigants s'y opposent volontairement et un jugement peut aussi subir les mêmes conséquences à cause de son exécution à l'étranger. Lorsque l'exécution de ces mesures se déroule dans l'État où elles ont été prononcées, elles sont exemptes de toutes difficultés. Toutefois, les mesures prononcées par un tribunal arbitral situé à l'étranger ou prise par un juge étranger sont souvent génératrices de complications.

58. Quant à l'arbitre, son aptitude exclusive en matière de mesures provisoires et conservatoires se déroule à partir de trois hypothèses. Les deux premières découlent de l'article II § 3 du chapitre I de la Convention de New York de 1958 et de l'article 26 Chapitre II de la convention de Washington de 1965. Selon l'interprétation issue des deux différents textes, les tribunaux d'un État contractant doivent se déclarer inaptes et s'abstenir d'ordonner une

²⁸⁵ G. PLUYETTE, Une vue française, in Mesures conservatoires et provisoires en matière d'arbitrage international *op.cit.*, p.88.

mesure provisoire ou conservatoire, dans le cadre d'une contestation sur la convention d'arbitrage. Les textes conventionnels énoncés confèrent ainsi une exclusivité de compétence aux arbitres. Il peut advenir que les litigants éliminent par leur convention l'aptitude du juge étatique. Cette troisième hypothèse favorise également l'arbitre pour exercer sa compétence exclusive selon la volonté des parties.

59.Après avoir, étudié l'exécution des mesures provisoires ou conservatoires rendues par un tribunal arbitral ou par un juge à l'occasion d'une procédure arbitrale en France (**A**), il sera question d'aborder le principe de l'exclusion conventionnelle effectué par les litigants qui disqualifie l'aptitude du juge étatique pour ordonner les mesures arbitrales (**B**).

A- Le mécanisme d'incorporation des mesures provisoires et conservatoires à l'égard d'une sentence arbitrale dans le système juridique français.

60.La conception extensive de la sentence dans le droit français découle du droit néerlandais qui avait prévu qu' « une sentence en référé arbitral a la même valeur qu'une sentence arbitrale »²⁸⁶. Cette solution reprise par d'autres systèmes juridiques qualifie la compétence du juge étatique pour attester le caractère exécutoire de la décision de l'arbitre. Dans ce contexte, la mission du juge étatique se limite sommairement au contrôle du contenu de la sentence. Il lui serait ainsi impossible de réviser la sentence sur le fond. Aussi, il ne peut modifier la décision de l'arbitre. Au cas où la sentence rendue présenterait une irrégularité quelconque, le juge étatique doit s'opposer à son caractère exécutoire. L'incorporation d'une mesure provisoire dans la sentence peut uniquement être exécutée sur le territoire national par la compétence exclusive du juge étatique. En dépit de cette prérogative reconnue au juge étatique, la cour de cassation avait cassé un arrêt de la Cour d'appel de Riom et avait annulé une sentence arbitrale. Le prétexte évoqué était le non-respect de l'autorité de la chose jugée liée à une sentence précédente. D'après la Cour suprême, « la sentence ainsi annulée rendait

²⁸⁶ Art. 1051 du Code de procédure civile néerlandais.

définitives les dispositions provisoires de la première »²⁸⁷. Peu de temps après, la Cour d'appel de Paris confirme une autre décision en déclarant que les points tranchés ne devaient obligatoirement pas figurer dans la sentence²⁸⁸. Ce concept distancé de la sentence fut délaissé par la Cour d'appel de Paris dans une décision du 25 mars 1994. Car seul les actes « des arbitres qui tranchent de manière définitive, en tout ou en partie, le litige qui leur a été soumis, que ce soit sur le fond, sur la compétence ou sur un moyen de procédure qui les a conduit à mettre fin à l'instant » sont susceptibles de sentence²⁸⁹. De différents instruments sont mis en place par la doctrine pour consolider le suivi des mesures rendues par un tribunal arbitral situé sur leur territoire. Après par exemple le prononcé des mesures provisoires par le juge national pendant un arbitrage, c'est le juge du droit interne qui est compétent. D'après l'article 514 al. 2 du Nouveau Code de Procédure Civile, sont exécutoires de droit à titre provisoire « les ordonnances de référé, les décisions qui prescrivent des mesures provisoires pour le cours de l'instance, celles qui ordonnent des mesures provisoires durant l'instance, celles qui ordonnent des mesures conservatoires ainsi que les ordonnances du juge de la mise en état qui accordent une provision au créancier ». La nature exécutoire absolue défend la suspension provisoire de l'ordonnance du président de la cour d'appel. Malgré cette disposition, deux auteurs français présument que les arbitres peuvent incorporer les mesures provisoires dans une sentence qui possède une nature provisoire, ou qu'ils peuvent rendre provisoires à l'instar de l'aptitude d'un juge de référé²⁹⁰. Selon Jean ROBERT, « les arbitres saisis pourront, s'ils en sont requis par le compromis, rendre une sentence provisoire avant de dire droit et laisser intacte le fond du litige, qu'ils résoudront par une sentence définitive. Les arbitres revêtiront cette sentence de l'exécution provisoire. De la même manière que pour les autres sentences, définitives ou préparatoires, ces sentences provisoires ne pourront venir à l'exécution forcée que revêtues d'une ordonnance d'exécutoire »²⁹¹. Ainsi les

²⁸⁷ Cass. 9 janvier 1979, *Rev. arb.* 1979, p. 478, note Ph. FOUCHARD.

²⁸⁸ Paris 25 juin 1982, *Rev. arb.*, 1983, p. 344..

²⁸⁹ Paris 25 mars 1994, *Rev. arb.* 1994, p. 391, note Ch. Jarroson.

²⁹⁰ Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, *op. cit.*, p. 730.

²⁹¹ J. ROBERT, *Arbitrage civil et commercial*, Paris 1967, p.263 et 264.

sentences introduites par les mesures provisoires sont temporairement exécutoires d'après l'ordonnance du juge des référés²⁹². Défendant la même cause, Mr PLUYETTE précise en partant du droit français que « les principes d'exequatur des sentences arbitrales sont à la fois faciles, dotés de célérité et préservés de toutes complications protocolaires ». Il pense que l'*exequatur* se fait après une sollicitation faite par le juge de l'exécution qui a pour mission de vérifier le défaut de contradiction à l'ordre public international ainsi que le caractère de l'acte sous forme de sentence arbitrale. De plus, lorsque la sentence est transitoire c'est-à-dire non achevée, elle est transférée par voie de reconnaissance ou d'*exequatur* à son détenteur, intitulé sous la mention « d'exécution forcée » par l'action publique. Dans le cas où l'ordonnance recommandant les mesures provisoires sont disqualifiées d'une décision arbitrale et sont viciées d'*exequatur*, l'auteur précise que l'effet juridique peut demeurer en France. Ainsi ce précepte peut approuver la compétence du juge étatique avec le soutien de l'action publique dans le but de consolider les mesures prononcées par les arbitres ou astreintes par le droit. Que la sentence soit définitive ou provisoire, la décision de l'arbitre doit être exécutée sans polémique. L'insertion d'une mesure provisoire dans une décision arbitrale française est bien approuvée malgré les différents points de vue en jurisprudence. Cette procédure facilite au juge l'acquisition des affirmations exécutoires de la sentence ainsi que la vérification du contenu, et les parties ne doivent pas avoir convenu d'exclure son aptitude.

B- L'exclusion conventionnelle de l'aptitude du juge étatique en matière de mesures provisoires dans le droit Français

61. La reconnaissance du principe de l'exclusion conventionnelle de l'aptitude du juge étatique pour ordonner les mesures provisoires en France, a beaucoup préoccupé la jurisprudence.

²⁹² Les ordonnances de référé émanant du juge sont exécutoires de plein droit à titre provisoire selon l'article 514 alinéa 2 du Nouveau Code de Procédure Civile qui prévoit précisément que sont notamment exécutoires de droit, à titre provisoire, les ordonnance de référé, les décisions provisoires qui prescrivent des mesures provisoires pour les cours de l'instance ; celles qui ordonnent des mesures conservatoires ; ainsi que les ordonnances du juge de la mise en état qui accordent une provision au créancier.

Selon la jurisprudence traditionnelle, l'aptitude du juge étatique pour ordonner les mesures provisoires et conservatoires était d'ordre public. Les litigants n'avaient donc aucun moyen de déchoir le juge étatique de cette compétence même pour les cas d'urgence²⁹³. En revanche, quelques décennies plus tard, la jurisprudence semble accorder la faveur aux litigants afin d'exclure par le biais de la convention d'arbitrage, l'aptitude du juge étatique. Cette ambivalence fut consacrée par la Cour de cassation à travers la solution d'un arrêt du 18 novembre 1986 dans l'affaire *Atlantique Triton*²⁹⁴. La Cour de cassation énonce que « le pouvoir du juge étatique pour ordonner les mesures conservatoires ne peut être écarté que par une convention expresse des parties ou par une convention implicite résultant de l'adoption d'un règlement d'arbitrage qui comporterait une telle renonciation ». En dépit de la reconnaissance de ce principe aux litigants par la haute juridiction, l'arrêt précité fut rendu dans le cadre d'un arbitrage C.I.R.D.I. Cet arrêt fut rendu lors d'une saisie conservatoire. Beaucoup pensait que la Cour suprême allait décerner la faculté de dessaisir l'aptitude du juge étatique aux litigants, même dans le cadre des mesures conservatoires proprement dites au profit de l'arbitre malgré son inaptitude dans ce domaine. Selon certains auteurs²⁹⁵, la portée de cette solution énoncée par la haute juridiction reste générale. Force est de constater que la question du référé-provision a facilité le renforcement du caractère d'ordre public relatif à l'exclusion de l'aptitude du juge des référés dans le droit français. Après la réforme de 1973, les tribunaux français se sont réservés quant à l'acceptation du référé-provision en présence d'une convention d'arbitrage. Ils ont ensuite restreint la faculté de saisir un juge des référés par une demande de provision. Enfin, ils ont reconnu aux litigants la faculté

²⁹³ Cass. civ. 17 juill. 1957, Bull. civ. 1957 II n° 546. La Cour de cassation avait considéré que « l'existence d'une clause compromissoire ne pouvait faire échec à la compétence d'ordre public de la juridiction des référés ». Cf. Cass. civ., 4 déc. 1953, D. 1954, p. 108. – Paris 20 janv. 1988, *JDI* 1989, p. 1032, note E. LOQUIN, où la juridiction parisienne décide que « la compétence du juge des référés, dans la limite de ses pouvoirs, est d'ordre public ».

²⁹⁴ Cass. civ 1^{re} 18 nov. 1986, *JDI* 1987, p. 125, note E. GAILLARD ; *Rev. crit. DIP* 1987, p. 760, note B. Audit ; *Rev. arb.*, 1987, p. 315, note G. Flecheux.

²⁹⁵ A.HORY, *Mesures d'instruction in futurum et arbitrage* : *Rev. arb.*, 1996, p. 191. – M. de BOISSÉSSON, *Le droit français de l'arbitrage interne et international*. Selon le premier auteur, la possibilité de renoncer à la protection qu'offre la jurisprudence étatique des référés a été reconnue par la Cour de cassation, dans cet arrêt, par un attendu de portée générale. Le second auteur estime que la solution de la Cour dépasse le cadre de l'arbitrage C.I.R.D.I et peut donc être applicable d'une manière générale en matière d'arbitrage international. Il considère également que par cet arrêt, la Cour de cassation a consacré la licéité de la renonciation par les parties à leur droit de saisir les juridictions étatiques en matière de mesures conservatoires et même a fortiori en matière de mesures provisoires.

d'abandonner volontairement le recours à une mesure de référé-provision²⁹⁶. A cet égard, l'urgence ne peut le cas échéant, justifier l'aptitude exceptionnelle du juge étatique afin de statuer les mesures provisoires ou conservatoires. En réalité, elle conditionne le pouvoir juridictionnel du juge des référés, suite à l'admission de son aptitude. Pour preuve, le risque de déni de justice, résultant de l'impossibilité de prononcer des mesures conservatoires et provisoires, peut susciter la saisine du juge des référés malgré une convention contraire des parties²⁹⁷. Le déni de justice est en effet un chef de compétence du juge français²⁹⁸, plus particulièrement dans le domaine de l'arbitrage. Il faut ajouter dans ce cas, qu'il n'y a pas à redouter un empiètement du juge étatique sur les pouvoirs de l'arbitre, puisque ce dernier n'a de toute façon pas le pouvoir de se prononcer sur la mesure en question. Par ailleurs, le droit en cause, soit le droit de solliciter une mesure provisoire ou conservatoire, est très largement disponible. Il est cependant possible d'y renoncer par avance. Mais peut-on la priver de certains de ses effets ? Les parties ont pu souhaiter que le travail du tribunal arbitral et, plus généralement, l'instance arbitrale ne soit pas troublée par d'éventuelles instances annexes devant la juridiction étatique. Aussi, tout devrait dépendre de la rédaction de la disposition portant renonciation au recours du juge étatique, et se résumer à une interprétation de la volonté des parties. Mais qu'advierait-il si le juge français conférerait l'*exequatur* à une décision provisoire tranchée par un tribunal arbitral de la France ? La nature exécutoire de la sentence du tribunal arbitral siégeant à l'extérieur serait-elle réclamée par le juge français ? Nonobstant la jurisprudence dans ce contexte, le juge français doit forcément décerner l'*exequatur* à la sentence intermédiaire émise par le tribunal arbitral situé à l'extérieur du moment où l'ordre juridique français approuve le prononcé d'une pareille sentence.

²⁹⁶ Cass. civ. 2^e, 20 mars 1989, *Rev. arb.* 1989, p. 494, 2^e esp., note couchez. C'est par cet arrêt que la Cour de cassation a reconnu cette faculté au litigants à l'occasion d'un arbitrage interne où elle avait décidé qu' « à défaut de stipulation expresse, l'existence d'une clause compromissoire s'appliquant sans autre précision à tous les litiges ne saurait, tant que le tribunal arbitral n'est pas saisi, faire échec à la compétence du juge des référés pour accorder une provision au créancier d'une obligation non sérieusement contestable » ; et qu' « il ne résulte ni de l'arrêt attaqué ni des productions que la saisine du juge des référés ait été expressément exclue par la convention d'arbitrage ». Ce qui postule, a contrario, que les parties pourraient exclure la compétence du juge des référés par leur convention.

²⁹⁷ E. GAILLARD et P. DE LAPASSE, commentaire analytique du décret portant réforme du droit français de l'arbitrage : *Cah. arb.*, 2011, p. 263, spéc. n° 26 ; – G. PLUYETTE, *Une vue française, in Mesures provisoires et conservatoires en matière d'arbitrage international, op.cit.*, p. 77, pour l'arbitrage international.

²⁹⁸ P. MAYER et V. HEUZÉ, *Droit international privé*, Montchrestien, 10^e éd., 2010, spéc. n° 288, p. 212.

SECTION II- L'impact des conventions internationales sur les mesures provisoires et conservatoires dans l'arbitrage international

- 62.** Dans ce domaine, l'accent sera mis sur les conventions internationales multilatérales qui impactent fortement l'exécution des mesures provisoires et conservatoires. Au nombre de ces conventions par ordre chronologique il y a la Convention de Genève du 26 septembre 1927, la Convention de New York du 10 juin 1958, la Convention de Genève du 21 avril 1961, la Convention de Washington de 1965 et enfin la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968. De toutes ces conventions, seule la convention de New York a suscité d'innombrables altercations suite à l'exécution des mesures arbitrales.
- 63.** La convention du 26 septembre 1927 a été promulguée le 25 juillet 1929. Elle est la première convention internationale multilatérale qui évoque la question de l'exécution des sentences arbitrales à l'international²⁹⁹. Elle énumère les principes adéquats de reconnaissance et d'exécution des sentences arbitrales internationales. D'après elle, le juge d'accueil de la décision internationale, n'a le droit d'accorder l'*exequatur* que si la décision est complète et définitive dans son pays d'origine³⁰⁰. Cette disposition n'impacte que les sentences rendues au sein de l'un des États de la partie demanderesse puis de la partie défenderesse. Après ce principe, d'autres principes réformés ont été attestés et détaillés par la convention de New York. Cette réussite remportée par la convention de New York a exclu ou pénalisé la convention de Genève, parce qu'elle intervient que dans les conflits venant des parties dont la nationalité n'est pas rattachée à la convention de New York. Bien que la convention de Genève soit homologuée par 27 pays dont la France, tous les États membres excepté quelques-uns se sont ralliés à la convention de New York.
- 64.** La convention de Genève du 21 avril 1961 a été signée par vingt-deux États dont la France les 14 et 21 décembre 1961. Élaborée le 7 janvier 1964, elle a été spécialement ratifiée par

²⁹⁹ Pour la liste des Etats liés, avec les dates de ratification ou d'adhésion, cf. J.-Cl. Dr.Int, Fasc. 588.

³⁰⁰ Cf. art 1 à 4 de la convention de Genève du 26 septembre 1927.

la France le 1^{er} décembre 1966 et est entrée en vigueur après trois mois³⁰¹. Cette convention a fait progresser l'arbitrage commercial international en s'accentuant sur l'aptitude des arbitres, du juge étatique³⁰² et sur l'autonomie des parties et des institutions d'arbitrage dans l'organisation arbitrale³⁰³. Le principe d'autonomie de cette convention porte davantage sur la liberté des parties pour établir le tribunal arbitral ainsi que la procédure et le respect de la compétence de l'arbitre pour statuer sur la règle et les restrictions de son investiture. Contrairement à la convention de New York, les éléments d'application à l'arbitrage ne dépendent pas du lieu d'arbitrage. La disposition de l'article 6³⁰⁴ de la convention en question, n'admet pas à l'instar de la convention de New York l'exécution des mesures provisoires.

65. Les clauses d'exécution des sentences arbitrales conçues par la Convention de Washington du 18 mars 1965 se trouvent dans son article 54. Il dispose que « chaque État contractant reconnaît toute sentence rendue dans le cadre de la présente Convention comme obligatoire et assure l'exécution sur son territoire des obligations pécuniaires que la sentence impose comme s'il s'agissait d'un jugement définitif d'un tribunal fonctionnant sur le territoire dudit État ». En dépit de sa grande autonomie sur l'exécution des sentences arbitrales ces articles 47 et 54 disposent l'inexécution des mesures provisoires. C'est pourquoi l'article 47 confère au tribunal arbitral CIRDI l'aptitude de recommander. L'article 54 confirme les décisions achevées sur le droit des parties pour jouir du principe de l'autonomie dans le cadre de la reconnaissance et d'exécution. Néanmoins, les conventions internationales multilatérales précédemment citées, peuvent perdre leur applicabilité devant l'*exequatur* des mesures provisoires prononcées par un tribunal arbitral à l'étranger. Les conventions bilatérales établies entre États sont rapidement examinées. Ces conventions sont réservées avec la reconnaissance des mesures provisoires étrangères. Certains auteurs échangent la

³⁰¹ Elle a été publiée par décret du 26 janvier 1968 (JORF, 9 février 1968).

³⁰² Art. V et VI de la convention de Genève du 21 décembre 1961.

³⁰³ Art. IV et annexe de la convention de Genève du 21 décembre 1961.

³⁰⁴ « Qu'une demande de mesure provisoire ou conservatoire adressée à une autorité judiciaire ne doit pas être considérée comme incompatible avec la convention d'arbitrage, ni comme une soumission de l'affaire quant au fond au tribunal judiciaire ».

reconnaissance des mesures provisoires contre des jugements ordinaires³⁰⁵. D'autres privilégient la reconnaissance et l'exécution des mesures provisoires et conservatoires issues d'un des deux États³⁰⁶. Toutefois, ces conventions ne prévoient que la reconnaissance des décisions provisoires rendues par le juge d'un État membre, et non celles rendues par un arbitre. Aussi, sera-t-il question d'une part de relater l'impact de la convention de New York sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (§ I). D'autre part, une appréciation critique sur les mesures arbitrales internationales sera donnée à partir du droit commun (§ II).

§ I- La reconnaissance et la force exécutoire des mesures arbitrales internationales selon la convention de New York

66. La Convention de New York fut consacrée pour substituer à la Convention de Genève du 26 septembre 1927. Elle élargit, le domaine de la reconnaissance et d'exécution des sentences arbitrales. D'abord, elle procède à l'inversion de la charge et à la vérification de la partie demanderesse ou à l'exécution d'une sentence non achevée dans le cadre de rétablir la sentence³⁰⁷ pour les autorités compétentes. Il revient à la partie demanderesse de prouver un des cas de refus de reconnaissance ou d'exécution qui sont mentionnés à l'article V (1)³⁰⁸. Ensuite, les questions de refus de reconnaissance sont amoindries et limitées parce qu'elles ne sont plus importantes. Le double *exequatur* a été ainsi suspendu car l'*exequatur* d'une sentence peut se faire sans complications dans un autre pays où la sentence n'a pas été tranchée. Une mission spéciale peut être conférée à la justice étatique d'où provient la sentence. Ainsi, les demandeurs non satisfaits peuvent se tourner vers ces tribunaux étatiques spéciaux pour réclamer ou solliciter l'annulation de la sentence. La sécurité et la célérité sont

³⁰⁵ Par ex : la Convention germano-néerlandaise et les conventions Italo-sanmarinoise de 1946 et Italo-espagnole de 1973.

³⁰⁶ Convention franco-italienne, convention germano-autrichienne et celle liant l'Espagne et la Tchécoslovaquie.

³⁰⁷ Art. V de la convention de New York.

³⁰⁸ Cf. Van den Berg, *The New York Convention of 1958*, p.9.

garanties par la Convention dans le cadre d'exécution de la sentence. En outre, afin de paralyser toutes tentatives d'exécution forcée de la sentence venant des parties avenantes, l'article VI de ladite convention dispose que « Si l'annulation ou la suspension de la sentence est demandée à l'autorité compétente du pays dans lequel ou d'après la loi duquel la sentence a été rendue, l'autorité devant qui la sentence est invoquée peut, si elle l'estime approprié, surseoir à statuer sur l'exécution de la sentence ; elle peut aussi, à la requête de la partie qui demande l'exécution de la sentence, ordonner à l'autre partie de fournir des sûretés convenables ». Dans la perspective de compléter les principes de la Convention de Genève sus-précisée, la convention de New York a énoncé d'autres règles sur l'autonomie des parties pour élaborer le tribunal arbitral et coordonner la procédure. La procédure en elle-même doit être appropriée à la convention des parties ou à la règle du lieu de l'arbitrage. La loi du siège d'arbitrage devient par conséquent supplémentaire³⁰⁹. Son champ d'application couvre les sentences internationales, c'est-à-dire des sentences venant de tout pays étranger adhérant ou non. De plus, la nationalité des parties à la convention d'arbitrage ou à la sentence n'impacte pas l'application. A titre d'exemple, la Cour d'appel de Paris et la Cour de cassation ont appliqué la Convention de New York pour l'exécution en France d'une sentence arbitrale rendue à Vienne dans l'affaire *Norsolor* sans tenir compte de la nationalité du bénéficiaire de cette sentence. En effet, le bénéficiaire représentait une société turque et à l'époque, la Turquie n'était pas liée par cette convention³¹⁰. Toutefois, deux limites sont imposées au champ d'application de la Convention de New York. La première restriction figurant à l'article 1^{er}, paragraphe 3, dispose que les États peuvent déterminer et réduire leur étendue territoriale et matérielle pendant la confirmation ou l'homologation. Tout pays peut imposer à son application une stipulation mutuelle ou réciproque. Il appliquera ainsi la convention à la reconnaissance et à l'exécution des seules sentences tranchées en dehors du pays contractant. Au cas où le droit commun utilisé pour la vérification de la décision est plus

³⁰⁹ J.-D. BREDIN, *JDI* 1960, p. 1022.

³¹⁰ Paris 19 nov. 1982, *Rev. Arb.* 1983, p. 465, 3^e esp., et le commentaire de B. Goldman, p. 379 ; Cass. Civ. 1^{re}, 9 oct. 1984, *Sté Pabalk Ticaret Ltd Sirketi c/ Sté Norsolor*, *Rev. arb.* 1985, p. 431, note B. GOLDMAN-*JDI* 1985, p. 679, note Ph. Khan.

large que celui de la Convention de New York³¹¹ à l'instar de la France, cette option est sans but. La deuxième limite est relative à la commercialité selon laquelle tout pays s'engage à attribuer la convention seulement aux conflits qui suscitent des rapports de droit, contractuels ou non et qui sont commerciaux d'après la loi nationale. Dans ce contexte, il faudra vérifier la coexistence entre la convention de New York et les règles de droit interne sur l'arbitrage sans oublier les accords bilatéraux ou multilatéraux. La convention de New York stipule que « les dispositions de la présente convention ne portent pas atteinte à la validité des accords multilatéraux ou bilatéraux conclu par les États contractants en matière de reconnaissance et d'exécution de sentence arbitrale et ne privent aucune partie intéressée du droit qu'elle pourrait avoir de se prévaloir d'une sentence arbitrale de la manière et dans la mesure admises par la législation ou les traités du pays où la sentence est invoquée »³¹². Le principe mentionné dans cet article favorise la prédominance de la législation de l'État requis ou d'une autre convention internationale autre que celle de New York dans le cadre de la reconnaissance ou de l'exécution de la sentence³¹³. Pour preuve, sur plusieurs aspects dans ce contexte, le droit français est plus avantageux que la convention de New York. D'ailleurs, elle est rarement exécutée par les juridictions françaises³¹⁴. Lorsque le droit national ou le droit international concède l'*exequatur* de la sentence, le juge français n'est pas compétent pour s'opposer à l'accord sur le fondement d'une disposition de la Convention de New

³¹¹ M. BOISSÉSON, Le droit français de l'arbitrage interne et international, op.cit., p. 434, n° 525.

³¹² Article VII paragraphe 1 de la Convention de New York.

³¹³ Cf. Cass. 1^{re} civ. 23 mars 1994, « Hilmarton », Bull. I, n° 104; *Rev. arb.*, 1994, 327, note Ch. JARROSSON ; *JDI* 1994, p. 701, note E. GAILLARD ; *RTD. Com* 1994, p. 702, obs DUBARRY et LOQUIN ; *Rev. Crit. DIP* 1995, p. 356, note B. OPPETIT, où il a été décidé que « c'est à juste titre que l'arrêt attaqué décide qu'en application de l'article VII de la convention de New York..., la Société OTV était fondée à se prévaloir des règles françaises relatives à la reconnaissance et à l'exécution des sentences rendues à l'étranger en matière d'arbitrage international et notamment de l'article 1502 du Nouveau Code de Procédure Civile qui ne retient pas, au nombre des cas de refus de reconnaissance et d'exécution, celui prévu par l'article V de la Convention de New York ». Dans le même sens, voir Cass. 1^{re} civ. 9 oct. 1984, *Sté Pabalk Ticaret Ltd Sirketi c/ Sté Norsolor*, *Rev. arb.*, 1993, p. 255, 2^e espèce, note D. HASCHER ; *JDI* 1993, p. 360, 1^{re} espèce, note Ph. KHAN.

³¹⁴ Pour les décisions écartant la Convention de New York, cf. Civ. 1^{re}, 29 juin 2007, *Putrabali*, Bull. civ. I, n° 250-D. 2008, chron., 1429, note L. DEGOS-D. 2008, pan., p. 180, obs. Th. CLAY ; *RTD com.* 2007, p. 682, E. LOQUIN ; *Rev. arb.* 2007, p. 499, rapp. J.-P. ANCEL et note E. GAILLARD-*JDI* 2007, p. 1236, obs. Th. CLAY ; LPA 2007, n° 192, note M. DE BOISSÉSON-*Cah. arb.*, vol. IV, Pedone, 2008, p. 110, note Ph. PINSOLLE-*JCP G* 2007, I, 216, n° 7, obs. Ch. SERAGLIN-*JDA* 2007, p. 883, obs. J.-P. ANCEL-*RCDIP* 2008, p. 109, note S. BOLLÉE-*Bull. ASA* 2007, p. 826, note P.-Y. GUNTER-Civ. 1^{re}, 7 juin 2006, *Rev. arb.*, 2006, p. 945, note E. GAILLARD-*JDI* 2006, p. 1384, note A. MOURRE-*JCP G* 2006, I, 187, n° 8, obs. Ch. SERAGLIN-Civ. 1^{re}, 17 oct. 2000, *Rev. arb.*, 2000, p. 648, note P. MAYER-Paris, 2 avr. 1998, *Rev. arb.*, 1999, 821, note B. LEURENT.

York³¹⁵ à cause de l'annulation de la sentence dans son État d'origine. En revanche, le principe du traitement plus favorable, influence moins la sentence lorsque le droit national relatif à la reconnaissance, et l'exécution des sentences adoptent des solutions semblables à celles consacrées par la Convention. Et elle n'en a aucun s'il est purement et simplement renvoyé à la Convention pour l'*exequatur* des sentences³¹⁶. Suite à ces précisions, il convient d'étaler l'application de ladite convention sur la reconnaissance et l'exécution des mesures provisoires (A). Les controverses doctrinales sur la mise en œuvre de la convention vis-à-vis de l'exécution des mesures provisoires suivies d'une analyse personnelle seront présentées (B).

A- L'application de la convention de New York à la reconnaissance et à l'exécution des mesures provisoires

67. Les litiges sollicitant l'intervention ou l'application de la convention de New York pour la reconnaissance et l'exécution des mesures provisoires n'étaient pas récurrents. Le seul arrêt qui a suscité cette application était rendu le 29 octobre 1993 par la Cour suprême de *Queensland* en Australie à l'occasion de l'affaire «*Resort Condominiums*»³¹⁷. En effet, la société américaine «*Resort Condominiums International Inc (RCI)*», dont la direction se situe à l'Indiana, possède ses filiales commerciales fonctionnant dans d'autres pays. Sa principale activité était relative aux échanges permanents et rapides pour des voyageurs de court séjour un peu partout dans le monde. Ainsi, le dispositif permettait l'usage réciproque des logements d'autres personnes résidant à l'étranger. « Un contrat de licence (*Licence Agreement*) avec *Resort Condominiums (Australia) Pty. Ltd (RCI Aust.)* fut rédigé le 18 février en 1986. Ce contrat stipule que *RCI Aust* pouvait effectuer la même activité sur

³¹⁵ Civ. 1^{re}, 21 nov. 2006, *Bull. civ.* I, n° 502-*Rev. arb.*, 2006, p. 1086 ; Civ. 1^{re}, 10 mars 1993, *Rev. arb.* 1993, p. 255 (2^e esp.), note D. HASCHER-*JDI* 1993, p. 360 (1^{re} esp.) note Ph. KAHN-Civ. 1^{re}, 9 oct. 1984, *Rev. arb.*, 1985, p. 431, note B. GOLDMAN-*JDI* 1985, p. 679, note Ph. KAHN-*RCDIP* 1985, p. 551 (2^e esp.), note B. DUTOIT-*D.* 1985, p. 101, note J. ROBERT.

³¹⁶ J.-F. POUDRET, S. BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, p. 889.

³¹⁷ YCA 1995, p. 628 et s.

l'Australie, aux Fiji, en Nouvelle Zélande et à Tahiti à travers la même marque. La contrepartie, de la *RCI Aust* devait être versée par des redevances. La clause prévoyant d'éventuelles résolutions en cas de survenance d'un litige choisissait le règlement arbitral à Indianapolis en Indiana selon les principes spécifiques de l'Association Américaine de l'Arbitrage (A.A.A). Une autre stipulation était relative à la forme de la décision qui serait « *final* » and « *binding* ».

68. Effectivement une procédure arbitrale fut engagée par RCI à travers la Cour d'Indiana pour une « *injunctive relief* » suite à un différend. A ce propos, une injonction préliminaire suspendant *RCI Aus* fut élaborée le 14 juillet 1993 par le juge fédéral d'Indiana en attendant la prononciation définitive de la sentence d'après les clauses du contrat de la « *Licence Agreement* ». Une ordonnance fut de même émise par ce juge afin que la partie défenderesse ne délaisse aucun point d'ombre ou erreur rattachés au contrat. Le « *Interim Arbitration Order and Award* » détenant de multiples termes communs selon l'ordonnance du juge fut rendu par l'arbitre. La décision devait être exécutée par la Cour suprême de *Queensland* d'après le souhait de *RCI*. Cependant, le juge Lee de la Cour suprême de *Queensland* s'opposa à l'*exequatur* de cette décision par un arrêt rendu le 29 octobre 1993. Car, la décision de l'arbitre n'était pas conforme à une sentence arbitrale selon ce que stipule la Convention de New York. Elle n'est ni une décision internationale au sens de l'*International Act* de *Queensland*. Ainsi le juge évoque que « les ordonnances de l'arbitre, ainsi que les ordonnances prononcées le 14 juillet 1993 par le District Court, sont clairement de nature provisoire et procédurale. Elles ne visent en aucune manière à trancher définitivement des litiges soumis à l'arbitrage par RCI ou, à statuer définitivement sur les droits des parties. Elles sont seulement provisoires et susceptibles d'être révoquées, suspendues, modifiées ou reconsidérées par le tribunal arbitral qui les a prononcées³¹⁸ ». La suite de son analyse s'énonce comme suit : « La sentence des différends relatifs au caractère de la Convention de

³¹⁸ « These orders, as well as the orders made by the District Court judge on 14 July 1993, are clearly of an interlocutory and procedural nature and in no way purport to finally resolve the disputes or any of them referred by RCI for decision or to finally resolve the legal rights of the parties. They are provisional only and liable to be rescinded, suspended, varied or reopened by the tribunal which pronounced them », YCA 1995, p. 630, n° 1.

New York s'attache distinctement à l'élément du litige soumis à l'arbitrage par les parties et non aux mesures procédurales qui ne tranchent pas le conflit. Lorsque l'usage du terme « différend » s'accorde avec les procédures arbitrales, il est autrement perçu. Toutefois, une ordonnance détenant une sentence à l'instar de celle prononcée le 16 juillet, peut prévenir des controverses provisoires qui correspondent à l'arbitrage ». En dépit de la définition d' « arising »³¹⁹ une telle conception est inadéquate car d'autres indices dans la Convention peuvent servir de conclusions. De plus d'après le juge Lee, l'article V (1) (c) est une référence facilitant le refus ou l'exécution de la sentence à la justice étatique. En vertu de cette disposition, la sentence visée par la Convention est uniquement une décision émise d'un litige soumis à l'arbitrage. Elle n'est pas issue d'une ordonnance ou des controverses procédurales³²⁰. Un tribunal à l'international est compétent pour suspendre toute sentence relative à l'article V (1) (e) de la Convention, c'est-à-dire une décision tranchée sur tout ou partie des controverses exposées à l'arbitre et non une ordonnance transitoire³²¹. La décision finale de la Cour suprême de *Queensland* énonce que « la référence aux sentences arbitrales dans la Convention n'inclut pas une ordonnance provisoire rendue par un arbitre, mais uniquement une sentence qui statue définitivement sur les droits des parties³²².

³¹⁹ « Differences within the meaning of the Convention clearly refer to the subject matter of the dispute referred by the parties to arbitration for resolution, rather than to some interlocutory or procedural direction or order which does not resolve the disputes referred. The term « difference » has a clear meaning when used in connection with arbitration proceedings. However, an award, if it encompasses an order of a type made on 16 July, can, during the course of an arbitration, arise out of or result from procedural or interlocutory questions which aid or in some way bear upon the conduct of the arbitration proper and so indirectly « arise » out of the differences referred. Even though the expression « arising out of » is of very wide import, such a construction is not correct », YCA, p. 636, n° 17 et 18.

³²⁰ « In this provision, it is clear that the award referred to contemplates only an award which deals with a « difference » referred and not to an order which merely deals with procedural or interlocutory matters », YCA 1995, n° 19 p. 636-637.

³²¹ The award referred to in article V (1) (e) of the Convention is to a type of award which a foreign court may set aside or suspend viz. an award which has determined some or all of the issues submitted to the arbitrator for determination rather than to an interlocutory order of an arbitrator of the kind referred to in this application, YCA 1995, n° 29 p. 638.

³²² « The reference to arbitral awards in the Convention does not include an interlocutory order made by an arbitrator but only an award which determines the rights of the parties », YCA 1995, p. 640, n° 31.

B- Les controverses doctrinales relatives à l'applicabilité de la convention de New York face pour l'exécution des mesures provisoires.

69. À la différence de l'arrêt de la Cour suprême de *Queensland* dans l'affaire *RCI*, plusieurs auteurs ont réfuté l'applicabilité de la Convention de New York sur l'exécution d'une mesure provisoire associée à une sentence arbitrale. Selon HOFFMANN, une sentence transitoire susceptible de retouche par l'arbitre ne doit pas obligatoirement être impactée par la Convention de New York. Il conçoit que les clauses internationales relatives à la reconnaissance et à l'exécution des décisions internes ou internationales ne doivent constituer la norme référentielle face à l'exécution des sentences provisoires révocables par l'arbitre³²³. D'après le Professeur LALIVE, cette référence à la Convention demeure une embûche devant l'exécution des mesures provisoires prononcées dans les États sous forme de sentences arbitrales³²⁴. Sur la question de l'*exequatur* des sentences momentanées, Van den BERG déclare que la reconnaissance et l'exécution ne doivent normalement pas dépendre de la convention pour leur mise en œuvre³²⁵. Axel BÖSCH à partir de son rapport considère que la Convention de New York s'applique uniquement aux sentences définitives (*final*) et obligatoires (*binding*) et non aux décisions provisoires (*provisional awards*). Les conventions bilatérales relatives à la reconnaissance et l'exécution des décisions arbitrales selon ce dernier doivent être aussi consacrées aux sentences définitives. Monsieur BESSON³²⁶ intervient à partir de certaines clauses de la Convention pour démontrer que « la conception de la sentence arbitrale que défend cette Convention ne couvre pas les ordonnances de mesures provisoires ou les sentences contenant des mesures provisoires. L'article V § 1 (e) et l'article VI de la Convention établissent clairement un lien entre la

³²³ V-B HOFFMANN, *International Construction Arbitration*, in *Essays on international Commercial Arbitration*, Londres, Dordrecht, Boston 1989, p. 344.

³²⁴ P. LALIVES, *Assurer l'exécution des sentences arbitrales* in : *Travaux du 60^e anniversaire de la CCI*, Publication CCI., n° 412, Paris 1984, p. 344.

³²⁵ YCA 1991, p. 447.

³²⁶ S. BESSON, *Arbitrage international et mesures provisoires*, Zurich, 1998, n° 597-598, p 343, cité par M.-A. BAHMAEI, *L'intervention du juge étatique des mesures provisoires et conservatoires en présence d'une convention d'arbitrage*, op. cit., p. 247.

sentence arbitrale et un ordre juridique d'origine ; mieux, la notion de sentence arbitrale est associée à une décision pouvant faire l'objet d'une procédure étatique en annulation devant le juge de cet ordre juridique de référence. Il paraît bien d'exclure la soumission du régime de reconnaissance et d'exécution prévu par la Convention des ordonnances de mesures provisoires qui ne peuvent faire l'objet ni d'un recours en annulation devant les autorités judiciaires du siège, ni d'une procédure d'exéquatur dans cet État »³²⁷. « Les mesures provisoires qui sont assimilées en vertu de leur droit d'origine à des sentences proprement dites (sentence en référé), peuvent faire l'objet d'un recours en annulation et d'une procédure d'exéquatur dans cet État. Il est possible de déduire de l'article V § 1 (e) de la Convention que ces mesures ne concernent que des décisions définitives, c'est-à-dire des décisions tranchant de façon irrévocable une question qui ne s'applique pas aux mesures provisoires. Selon cette disposition, une partie peut s'opposer à la reconnaissance et à l'exécution d'une sentence qui n'est pas encore devenue obligatoire (binding) pour les parties »³²⁸. Par conséquent, il n'est pas question d'admettre le « caractère obligatoire » à une décision transitoire. Le principe de la reconnaissance et de l'exécution mentionné dans la Convention de New York concerne les sentences définitives. Il n'est pas non plus pour les mesures provisoires qui sont modifiables ou rétractables suite à une situation inattendue³²⁹. Afin d'approuver que la Convention ne s'attribue qu'aux sentences définitives et non aux mesures provisoires, l'auteur déclare que les griefs tirés de la nullité de la clause compromissoire (article V § 1 et. a) ou d'infraction des droits de la défense (article V § 1 et. b) ne sont pas adaptés à des mesures provisoires destinées à résoudre les circonstances les plus pressantes. En outre, les mesures provisoires prononcées par l'arbitre à partir d'un contrôle *prima facie* de son aptitude et qui peuvent susciter un examen de la partie visée en dépit d'un débat contradictoire subséquent³³⁰ ne sont pas solvables. Cependant, l'applicabilité de la

³²⁷ S. BESSON, Arbitrage international et mesures provisoires, *op.cit.*, n° 596 p. 343.

³²⁸ *Ibid.*, n° 594-598, p. 341- 343.

³²⁹ *Ibid.*, n° 599, p. 344-345.

³³⁰ *Ibid.*, n° 600, p. 345,.

Convention de New York dans le cadre de la reconnaissance et de l'exécution des décisions provisoires ont été acceptées par quelques auteurs. Mr BOISSÉON³³¹ considère à partir d'une interprétation libérale inspirée de l'esprit de la Convention, que les décisions momentanées peuvent jouir du principe de la reconnaissance et d'exécution conçu par la Convention de New York. M. HAUSMANINGER partant de l'expression « décision » souligne qu'elle présume « une mesure provisoire³³² » surtout à la lumière de l'article I § 1 de la Convention de New York. D'après M. Yves DERAIS, la sentence constitue une décision finale et obligatoire parce qu'elle est tranchée par un arbitre suite à un litige. Après ces dissemblances, cette définition peut être attribuée à l'ordonnance de référé arbitral, parce qu'une telle ordonnance est définitive dans le cadre restreint du litige soumis à l'arbitre statuant en référé³³³. Lors d'un récent rapport, M. REINER³³⁴ considère la limitation de la mesure provisoire dans le temps par une incompatibilité avec la qualification de la sentence selon la Convention de New York. Il constate que plusieurs décisions sont restreintes dans le temps. Les sentences contraignant les parties à la souscription d'une clause non-concurrente pour une durée déterminée en est une illustration.

70. Pour analyse personnelle, les raisonnements des défenseurs de « l'applicabilité » de la Convention sont assez moins soutenus pour confronter les adeptes de « l'inapplicabilité » de la Convention. D'ailleurs, les décisions suscitant les mesures provisoires ne peuvent être exécutées selon la Convention de New York relative à la reconnaissance et à l'exécution des décisions internationales arbitrales. L'adaptation de la Convention de New York n'est pas conciliable avec la mission et le caractère des sentences suscitant les mesures provisoires. Celles-ci sont erronées parce qu'elles sont en réalité des décisions provisoires susceptibles de suspension, de modification par le tribunal arbitral composé. Dans la même lancée, le

³³¹ M. BOISSÉON, Le droit français de l'arbitrage interne et international, *op. cit.*, n° 755, p. 750.

³³² Ch. HAUSMANINGER, The ICC Rules for a Pre- Arbitral Referee Procedure: A step Towards Solving the problem of Provisional Relief in International Commercial Arbitration : *ICSID Rev.*, 1992, p. 91.

³³³ Y. DERAIS, Expertise Technique et référé arbitral, *Rev. arb.*, 1982, p. 247 et s.

³³⁴ A. REINER, Les mesures provisoires et Conservatoires et l'arbitrage international, notamment l'Arbitrage CCI, JDI, 1998, p. 853.

droit d'être entendu³³⁵ est pris en considération et respecté par la Convention de New York. De ce fait, toutes exécutions de mesures provisoires et conservatoires prononcées à l'insu du débiteur ne peuvent subir aucune application de la part de la Convention New Yorkaise. Elle révèle ainsi un fondement inadapté à l'exécution des mesures arbitrales. Il faudra judicieusement attribuer le principe de la reconnaissance et de l'exécution de la Convention de New York aux sentences achevées. Ce postulat, est approuvé d'une part par la mention sans équivoque relatée par le texte de la Convention pour s'appliquer aux « sentences arbitrales étrangères ». D'autre part, la Convention de New York a été rédigée au moment où la plupart des pays non pas encore attribué la compétence de prononcer les mesures provisoires aux arbitres. Suite à ces précisions, il n'est pas convenable de croire que les auteurs de la Convention aient pensé maintenir l'exécution des mesures que l'arbitre ne pouvait pas prendre. D'où l'importance de poursuivre cette évaluation à la lumière du droit commun.

§ II- Une appréciation critique sur les mesures arbitrales à l'international à partir du droit commun

71. Avant la Convention de New York, le droit commun était réticent à la reconnaissance et l'exécution des décisions internationales sollicitant des mesures provisoires et conservatoires (A). A l'exception d'une convention bilatérale, la mise en œuvre de celles-ci n'était pas la règle générale. D'où l'interrogation de connaître le motif de cette réticence à l'usage des mesures arbitrales internationales. D'après un regard rétrospectif sur l'exposé de M. DELAPORTE³³⁶ au Comité français du Droit International Privé, de différents prétextes prêtent à confusion sur les ordonnances relatives aux mesures arbitrales internationales (B).

³³⁵ Art. V § 1 let. b de la Convention de New York.

³³⁶ V. DELAPORTE, Les mesures provisoires et conservatoires en droit international privé, in, trav. Com.fr. DIP., 1987-1988, ed., C.N.R.S, Paris, 1989, p. 147-170 – G. de LEVAL, Le juge et l'arbitre, les mesures provisoires : *RID. Comp.*, 1993, p. 12 et s.

De plus Lawrence COLLINS, Professeur au *Queen Mary college* de Londres aborde la même question dans la même logique que M. DELAPORTE. Il fait part d'autres arguments après avoir observé de près pendant longtemps le développement des mesures provisoires et conservatoires surtout la « *mareva injunction* » du droit anglais.

A- La réticence du droit commun à la reconnaissance et l'exécution des sentences internationales

72. Bien que le principe de proximité soit délégué au juge étatique pour prendre les mesures, il doit également les sauvegarder afin d'éviter tous incidents pouvant menacer la quiétude ou assaillir les biens d'autrui. La compétence pour le prononcé des mesures arbitrales n'était pas reconnue au juge étatique. Les parties ne doivent pas recourir aux mesures urgentes lorsque les procédures de l'*exequatur* sont en cours d'exécution dans un État étranger. Quant à la survenance de l'urgence, il serait mieux de saisir automatiquement le juge étatique rattaché à l'État où les mesures doivent être exécutées. La majorité des mesures provisoires et conservatoires rattachées aux voies d'exécution doivent exclusivement être conférées aux juges étatiques des pays où elles sont pratiquées. Leurs exportations peuvent discréditer la souveraineté de ces pays. La réfutation de la reconnaissance ou l'exécution de ces mesures à l'international est vivement conseillé dans ce cas. L'incompatibilité du prononcé de ces mesures avec les principes ordinaires de la compétence internationale, doivent être suivis de la restriction d'aptitude qui les renforce. Les mesures provisoires et conservatoires révèlent une déficience infuse quant à leur autorité et à leur force exécutoire. Principalement dépourvues de l'autorité de la chose jugée, elles peuvent subir une désapprobation spéciale du juge du territoire du for. L'amoindrissement de la force exécutoire des sentences ordonnant les mesures provisoires et conservatoires, est irrémédiable face aux sentences définitives. Il serait bien qu'elles demeurent ainsi jusqu'à l'intervention d'une décision définitive émise en force de chose jugée. Dans la même perspective, l'opposition à la reconnaissance et à l'exécution des sentences internationales prononcées à titre provisoire ou conservatoire se fondent sur d'authentiques réflexions. Une faible authentification de

bien-jugé immédiate et disponible est attribuée aux sentences sur mesures temporaires. Elles sont obtenues par surprise ou par complicité lorsque le demandeur a pour objectif d'entraver une tierce personne non sollicitée à l'instance. Toutefois, l'admission d'une sentence internationale à un ordre juridique constitue une dérogation à la règle de la souveraineté nationale approuvée par la nature de la décision rendue. De surcroît, une sentence prononcée sur mesure provisionnelle ne diffère en rien des voies d'exécution forcée expressément et subjuguée à la règle territoriale. D'ailleurs, le fait de contester l'exécution à l'étranger d'une mesure provisionnelle n'endommage pas le plaideur. Il peut se prévaloir de la règle du for du lieu de l'exécution et revendiquer parallèlement une même mesure à travers plusieurs États sans aucune opposition d'irrecevabilité. Les mesures arbitrales prises au cours d'une procédure simplifiée peuvent enfreindre les droits de la défense. Étant donné qu'elles ne sont pas immuables, leur reconnaissance et exécution à l'international susciteraient des controverses si elles doivent subir l'annulation dans leur État d'origine. Dans le cadre d'un différend international, le défendeur ne peut être dédommagé d'une faute non approuvée d'une mesure provisoire. Comparativement aux jugements ordinaires, les mesures provisoires sont peu fiables malgré leur célérité. Néanmoins, lorsque la procédure doit être dotée de la reconnaissance et d'exécution à l'international, la célérité des mesures arbitrales perd son efficacité. Par conséquent, le simple renoncement à leur reconnaissance en dehors du pays où elles ont été ordonnées est conseillé. D'où la réticence des juridictions nationales pour légitimer et exécuter les décisions internationales ordonnant les mesures provisoires ou conservatoires.

B- La tolérance du droit conventionnel sur la reconnaissance et l'exécution des sentences internationales

73. Malgré la rigidité de la notion de la reconnaissance et de l'exécution des sentences internationales en droit commun, la doctrine moderne valorise ce concept pour de

nombreuses raisons³³⁷. D'une part, le juge compétent pour connaître la contestation au fond, est plus apte à rendre une décision provisoire conforme au droit par le juge du lieu d'exécution³³⁸. Son aptitude lui confère le droit de rendre une décision rapide et justifiée par les circonstances de l'espèce. Il discerne mieux les faits de la cause et apprécie mieux le besoin de protection provisoire qu'un juge à l'international. Dans ces conditions, il est plus facile et rapide de reconnaître économiquement une mesure prononcée par le juge qui est saisi du fond que de recommencer la procédure devant un juge moins bien équipé, dans le but de considérer le bien-fondé d'une nouvelle requête de mesure provisoire³³⁹. D'autre part, la nécessité de devoir reprendre *ab ovo* la procédure sur mesures provisionnelles dans un pays étranger fait la belle part au débiteur qui fuit ses obligations. En outre, quand le besoin de protection se révèle dans plusieurs pays, les décisions autonomes rendues par les autorités de différents pays peuvent conduire à des décisions judiciaires contradictoires. Il faudrait également préciser que la reconnaissance et l'exécution des mesures arbitrales étrangères avantagent les parties. Le demandeur n'est pas contraint d'intenter une action dans tous les différents lieux où la protection est réclamée. Particulièrement, le caractère que révèlent les procédures parallèles dans plusieurs pays peut constituer un instrument de découragement à l'égard du plaideur financièrement faible. L'ensemble des procédures consécutives fera accroître la divulgation des informations indépendamment du débiteur qui détruirait tout effet de surprise. Ainsi la célérité et les dépenses peuvent être préservées suite à toutes mesures conservatoires uniques. Pour illustration, la reconnaissance et l'exécution des mesures provisoires assurent aussi les intérêts du défendeur quand l'autorité de la chose jugée d'une décision empêche son adversaire de renouveler la procédure pour obtenir une mesure qui lui serait plus favorable. Le défendeur peut également jouir de la reconnaissance des mesures conservatoires ordonnées et exécutées à l'international de façon à éviter qu'il ne soit

³³⁷ E. JEULAND, Les effets des jugements provisoires hors du territoire du for : *Revue de la Recherche juridique*, 1996-1, p. 173 et s – H. MUIR-WATT, Au pays des merveilles : le contentieux du provisoire dans l'ordre international, *Justices* 1997, p. 27 et s. Pour une analyse générale, G. CUNIBERT, Les mesures conservatoires portant sur les biens situés à l'étranger, n° 4 et s. LGDJ 2000 – O. MERKT, Les mesures provisoires en droit international privé, *Zürich* 1993, n° 431 et 432, p. 173.

³³⁸ *Ibid.*

³³⁹ *Ibid.*

la victime d'un cumul de mesures visant le même but. En dépit de ce mouvement doctrinal qui approuve la reconnaissance et l'exécution des mesures provisoires et conservatoires étrangères, le droit commun des pays fait preuve de prudence. Cependant le droit conventionnel à l'exception de certaines conventions bilatérales est plus tolérant à l'égard de telles décisions.

Conclusion du chapitre II

75. Si les principes relatifs à la prise des mesures provisoires et conservatoires ainsi qu'à leur exécution à l'interne sont moins rigides, ce n'est pas du tout le cas à l'international. Force est de constater que les systèmes juridiques qui font l'objet de cette étude diffèrent d'un pays à l'autre voir même d'un continent à l'autre. Par conséquent, une mesure provisoire prise par un tribunal arbitral situé à l'étranger, peut être exécutée dans d'autres pays soit à travers le droit conventionnel soit par le droit commun. De surcroît, la compétence spéciale de l'arbitre en matière de mesures provisoires et conservatoires s'étale sur trois postulats. Les deux premiers postulats sont conventionnels. Leurs dispositions sont interprétées par l'article 26 de la Convention de Washington de 1965 puis dans la Convention de New York de 1958 à l'article V. Le principe rattaché à ces deux dispositifs s'oppose à l'aptitude des tribunaux d'un État contractant. Ainsi, ces tribunaux doivent se déclarer incompétents lorsqu'il est question d'ordonner une mesure provisoire ou conservatoire. Quand la mesure est ordonnée dans le cadre d'un conflit ayant fait l'objet d'une convention d'arbitrage tout juge étatique rattaché au tribunal contractant demeure incompétent. Toutefois, la porte est grandement ouverte pour les arbitres d'après les deux conventions précédemment citées et ils sont aptes à ordonner les mesures en question. Le troisième et le dernier postulat révèle que le juge étatique peut se voir exclu par les parties. Ce qui confirme l'autonomie des parties sollicitant ou choisissant à l'avance l'arbitre pouvant prendre les mesures dans le cadre de leur litige.

Conclusion de Titre I

77. D'après ce qui a été dit sur l'instance arbitrale, l'article 1459 énonce une règle sur l'aptitude du juge d'appui. Celle-ci a déjà été énoncée à l'article 1446 pour la nullité éventuelle de la clause compromissoire. Elle intervient pour déclarer apte le président du tribunal de grande instance ou le président du tribunal de commerce. Les dispositions de l'article 1459 ainsi énoncées ont pour objet d'imprimer aux « règles communes » un caractère obligatoire, mais en même temps, elles limitent les aptitudes du juge d'appui face à l'existence d'une convention d'arbitrage valide ou nulle. Aussi, la convention d'arbitrage est comme une épée à double tranchant. Lorsqu'elle fait l'objet d'un litige, elle suscite l'intervention de la justice étatique et la juridiction arbitrale pour cohabiter. En revanche, il existe également une difficulté tangible découlant de l'indisponibilité permanente des tribunaux arbitraux. En dépit de la permanence des juridictions étatiques, les tribunaux arbitraux peuvent successivement se constituer après le conflit³⁴⁰ pour trancher un litige. Car les mesures provisoires et conservatoires sont sollicitées après la naissance du conflit et pendant la constitution du tribunal arbitral. La constitution du tribunal peut être retardée pendant plusieurs semaines, parce qu'une partie reste indécise et refuse de choisir son arbitre. La bonne foi de l'autre partie peut vaciller lorsqu'elle s'en tient uniquement à la juridiction arbitrale. La disqualification du juge étatique de l'urgence à l'arbitrage suite au principe de l'effet négatif de la convention d'arbitrage exposerait les parties à une privation juridictionnelle de long moment³⁴¹. Une seconde difficulté matérielle à l'égard de l'arbitrage évoque une déférence au principe de la contradiction. L'arbitre n'est donc pas apte à trancher le litige sans écouter auparavant les parties. Néanmoins, cette prescription de statuer devant les parties paralyse surtout les mesures conservatoires prises à l'insu du défendeur pour produire son effet. Ces mesures doivent être ordonnées par voie de requête par le juge.

³⁴⁰ Ph. OUKRAT, L'arbitrage commercial international et les mesures provisoires : Etude générale, D.P.C.I., 1988, n°22, p. 245.

³⁴¹ B. GOLDMAN, Mesures provisoires et arbitrage international : R.D.A.I. 1993, p. 5-6.

78. En dehors de ces obstacles matériels, l'arbitre est soumis à d'autres obstacles juridiques dans le prononcé des mesures provisoires et conservatoires. D'une part, les lois qui régissent l'arbitrage préconisent que la compétence des arbitres soit uniquement exercée à l'égard des parties qui ont volontairement choisi ce mode privé de règlement des différends. Seuls les tiers³⁴² qui ont librement sollicité le concours du tribunal arbitral pour résoudre leur différend, peuvent se voir soumis aux obligations les concernant. Cette dépendance à laquelle l'arbitre est tenue de se soumettre face aux tiers peut être renversée par le juge étatique. Il peut librement prononcer une mesure nécessaire et exercer des prérogatives propres à lui-même en absence d'une clause compromissoire³⁴³. En outre, peu importe le caractère que possède l'acte, qu'il soit un jugement ou une sentence arbitrale, le juge étatique est appelé à exercer une aptitude exceptionnelle et exclusive sur les décisions de justice. L'exécution des mesures provisoires et conservatoires rendues dans le domaine arbitral n'est pas si compliquée en France. Aucune difficulté majeure n'est liée aux mesures prises ainsi qu'à leur exécution en France. Cependant elles peuvent l'être lorsque les parties ont du mal ou refusent de se soumettre volontairement à l'exécution de ces mesures rendues par un tribunal arbitral à l'international ou par un juge étranger. Les mesures prononcées à l'arbitrage international sont souvent protocolaires et pénibles à exécuter pour les parties. La suite de la présente tâche exposera les aptitudes respectives des deux acteurs qui gouvernent la mise en œuvre de l'arbitrage. Des appréciations suivies d'une prise de position voire des recommandations feront partie de ce deuxième titre.

³⁴² E.-A. SCHWARTZ, Les pouvoirs de l'arbitre et l'expérience des institutions arbitrales : Pratique et expérience de la Cour de la CCI, in : Mesure conservatoire et provisoire en matière d'arbitrage international, Publication CCI, n° 519, Paris 1993, p.61.

³⁴³ B. GOLDMAN, Mesures provisoires et arbitrage international : R.D.A.I., *op. cit.*, p. 6.

TITRE II- Le contrôle du juge étatique sur les sentences arbitrales

« Ce n'est pas une révision, ce n'est pas une réformation : le juge étatique est alors le juge de l'arbitrage, il n'est pas le juge du fond, à un second degré, à la place de ou après les arbitres. Ce n'est pas réduire ou limiter son rôle que de le cantonner à cette mission de contrôle ; c'est au contraire le situer à son niveau exact, et à son plus haut niveau. Sauf si les parties le souhaitent – et il n'y a aucun inconvénient à leur permettre – on ne voit pas pourquoi le juge tenterait de « récupérer » l'examen du fond d'un litige qu'elles ont voulu lui soustraire »³⁴⁴.

P. SCHLOSSER

80. L'exécution de la sentence arbitrale à l'international, révèle une sorte de repositionnement, qui sollicite l'assistance du juge étatique. A ce niveau, lorsque la partie condamnée s'oppose à l'exécution volontaire de la décision arbitrale, le recours à l'exécution forcée de la sentence doit être effectué. Le monopole des procédures de contraintes est concédé à chaque pays selon sa souveraineté. Ainsi, la coopération du juge territorial s'avère primordiale pour contraindre la partie défaillante à l'exécution forcée de la décision arbitrale. Il revient à l'ordre juridique du pays concerné d'appliquer les conditions requises pour rendre la sentence effective sur son territoire. Dans le cas de l'arbitrage international, tous les pays sont préalablement contraints à une procédure d'*exequatur* de la sentence. Celle-ci doit précéder l'exécution forcée de la sentence arbitrale. La sollicitation de la justice étatique n'est pas toujours obligatoire lorsque la partie défaillante exécute spontanément la sentence.

³⁴⁴ P. SCHLOSSER, Droit de l'arbitrage Droit du Commerce International, in Écrits Ph. FOUCHARD, 2007, p. 219.

Cette exécution volontaire découle majoritairement de la bonne foi qu'éprouve la partie coupable malgré sa défaillance. Dès lors, son adversaire obtiendra certainement d'une manière aisée l'exécution de la décision finale. L'arbitrage international n'est plus soumis aux obligations imposées par le droit dans le cadre de l'accord d'*exequatur* aux sentences arbitrales. Une sorte de relativisation est concédée à l'exécution volontaire des décisions arbitrales à l'international³⁴⁵. L'efficacité de la sentence arbitrale internationale dépend en partie de l'application des conditions de la juridiction du siège du tribunal arbitral. En effet, le recours en annulation s'effectue souvent devant cette juridiction. Et il revient au juge étatique de vérifier dans ce contexte si l'arbitre a bien effectué sa mission. Le contrôle du juge étatique sur la sentence arbitrale internationale se manifeste à travers une aptitude exclusive. Pour mieux comprendre le déroulement de cette compétence par le juge étatique dans le cadre de la sentence arbitrale, nous l'aborderons dans le contexte du droit OHADA (**Chapitre II**). Ce cas illustratif sera exposé après une étude approfondie de la sentence arbitrale à l'international (**Chapitre I**).

³⁴⁵ P. MAYER, L'autonomie de l'arbitre internationale dans l'appréciation de sa propre compétence : RCADI 1989, p. 325, spéc. n° 39, p. 36.

CHAPITRE I- Un approfondissement sur l'efficacité des sentences arbitrales internationales

« Le juge français peut et doit adopter face à la sentence étrangère une attitude aussi libérale que celle du droit français face à l'arbitrage international »³⁴⁶ ?

M M. HABIB-DELONCLE

82. Le caractère délocalisé de l'arbitrage international reste perceptible dans le cadre de l'exécution de la sentence arbitrale. Au fond, le recours obligatoire vers le juge étatique pour contraindre la partie défaillante à exécuter d'une manière forcée la sentence arbitrale, révèle une multilocalisation de la sentence. D'une part, l'*exequatur* peut se faire en divers lieux selon la localisation des actifs de la partie condamnée. D'autre part, la vérification qui doit être exercée par le juge étatique dépendra des lois internes de chaque pays. Il revient à chaque pays d'accorder ou non des effets obligatoires à la sentence sur son territoire. Dans le cas où un pays s'y oppose, un autre peut tout l'accepter. Pour que la sentence internationale soit validée, une autonomie accrue du juge du siège est sollicitée pour rassurer particulièrement les autres États qui sont impliqués par la décision arbitrale. Cette relocalisation devient considérable lorsqu'une décision annulée par le juge du siège sur son propre territoire reste inacceptable sur un autre territoire. Les principes du droit qui régissent chaque État deviennent ainsi indispensables pour tous les arbitres dans le but de rendre la sentence efficace. Cependant, les États effectuant un recours en annulation contre la décision du juge sont très réticents. Ils n'accordent aucune confiance au juge du siège qui ne s'attarde pas sur le recours en annulation. La plupart de ces pays considèrent que la décision du juge du siège qui suspend une sentence, préjudicie l'efficacité sur leur territoire. A ce propos, la Cour d'appel de Paris a précisé que « dans le cadre d'une procédure d'exéquatur, le juge français

³⁴⁶ MM. HABIB-DELONCLE et Von BREITENSTIEN, Colloque, 1^{re} séance, in *Écrits, Droit du Commerce International*, Ph. FOUCHARD.

procède au contrôle de la sentence, en dépit du recours en annulation devant le juge du siège³⁴⁷». Le droit comparé n'a pas hésité à adopter cette solution de manière unanime³⁴⁸. En revanche, certains pays réfutent la reconnaissance de cette décision qui donne un avis favorable à la validité de la sentence du juge du siège ainsi qu'à toutes ses conséquences sur leur territoire. Cette confiance limitée envers la décision du juge du siège, n'est pas manifestée par tous les États. C'est le cas de la France, qui n'accorde aucune importance à l'avis du juge qui suspend la sentence. Cependant, on aurait pu contester qu'une sentence annulée dans son pays d'origine reçoive l'*exequatur* dans un autre quelconque pays. Et la contestation s'amplifie lorsqu'on pense que cette annulation peut susciter un autre arbitrage qui fera naître une seconde sentence. L'article V (1) (e) de la Convention de New York du 10 juin 1958 sur la reconnaissance ou l'exécution des sentences arbitrales est proscrit lorsque la partie défenderesse évoque l'acceptation facultative de la sentence. Aussi, lorsque l'annulation ou la suspension est effectuée par une autorité compétente de l'État dans lequel, ou d'après la loi duquel la sentence a été rendue, le droit conventionnel s'oppose à la reconnaissance de cette sentence. Selon le droit français, dans l'arbitrage international, l'annulation de la sentence à l'étranger ne ressort pas de son inefficacité en France. Pour preuve, dans l'affaire *Norsolor*³⁴⁹, une sentence rendue à Vienne et annulée par la cour d'appel de Vienne, a pu obtenir l'*exequatur* en France. Dans ce contexte, la solution française découle d'une part de l'article 1520 du Code de procédure civile qui dispose que « les griefs qui sont opposables à la reconnaissance et à l'exécution d'une sentence en France, ne précisent pas son annulation dans son État d'origine »³⁵⁰. D'autre part, l'article VII de la Convention de New York du 10 juin 1958 conçoit le caractère de non suspension du droit que la partie intéressée peut se prévaloir sur une sentence arbitrale selon la législation du pays où la sentence est invoquée. Cette disposition conventionnelle relate ainsi la règle du

³⁴⁷ Paris, 12 févr. 1993, *Rev. arb.* 1993, p. 255, note D. HASCHER.—Paris, 10 sept. 1998, *Rev. arb.*, 2001, p. 583 (1^{re} esp.), obs. J-B. RACINE.

³⁴⁸ J.-F. POUDRET. S. BESSON, Droit comparé de l'arbitrage international, *op.cit.*, p. 90.

³⁴⁹ Civ. 1^{re}, 9 oct. 1984, *Rev. arb.*, 1985, p. 431, B. GOLDMAN—*JDI* 1985, p. 679, note Ph. KAHN.

³⁵⁰ Art. 1502 ancien CPC

traitement favorable qui prévoit que « les dispositions de la présente convention ne portent pas atteinte à la validité des accords multilatéraux ou bilatéraux conclus par les États contractants en matière de reconnaissance et d'exécution de sentences arbitrales et ne privent aucune partie intéressée du droit qu'elle pourrait avoir de se prévaloir d'une sentence arbitrale de la manière et dans la mesure admises par la législation ou les traités du pays où la sentence est invoquée »³⁵¹. Lorsque la constitution du pays requis, ou une convention internationale applicable favorise la reconnaissance ou l'exécution de la sentence au-delà de la convention de New York, cette législation ou ce traité reste prédominant³⁵². Suite à ces précisions apportées, nous aborderons le rôle du droit conventionnel sur le contrôle du juge étatique dans la sentence (**Section II**). Mais auparavant, une analyse sera préalablement faite sur l'impact du droit commun français dans le cadre des voies du contrôle étatique de la sentence (**Section I**).

SECTION I- La particularité du contrôle étatique sur les sentences arbitrales en droit français

83. Les principes régissant le contrôle étatique s'appliquent aux sentences arbitrales rendues en France, en matière internationale. Ils s'appliquent également aux sentences rendues à l'étranger³⁵³ dans le cadre d'un arbitrage interne ou international. D'après les intérêts que présente le commerce international, les conditions d'*exequatur* qui s'appliquent à la sentence étrangère ne sont pas contraires aux conditions qui prévalent sur la sentence rendue en France³⁵⁴. De même, dans les deux cas, les recours ouverts contre la sentence demeurent identiques. Cette opinion préconçue révèle l'avantage d'une simplicité qui nécessite

³⁵¹ Art VII de la Convention de New York du 10 juin 1958.

³⁵² FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, op. cit., p. 152 et s. – J.-F. POUDRET, S. BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, op. cit., p. 872 et s.

³⁵³ A l'exception de celles qui relèveraient d'un régime dérogatoire, comme les sentences CIRDI.

³⁵⁴ Art. 1514 à 1517 CPC. – Civ. 1^{re}, 17 oct. 2000, *Rev. arb.*, 2000, p. 648, note P. MAYER.

quelques nuances³⁵⁵. Lorsqu'une sentence rendue en France ne contredit pas les intérêts du commerce international, elle ne doit pas subir le même sort qu'une sentence internationale évoquant la question d'*exequatur* en raison du recours suspensif dans son pays d'origine³⁵⁶, où elle y a été annulée³⁵⁷. L'éventualité de cette question suscite le respect de la position de l'ordre juridique étranger alors que la sentence ne peut absolument pas prédominer une décision de justice internationale selon les termes de l'arrêt *Putrabali*³⁵⁸. En effet, cet arrêt illustre de façon globale la vision poussée que le droit français adopte sur la question de l'autonomie dans le cadre de l'arbitrage international³⁵⁹. D'après cette conception, l'arbitrage international délocalisé et dénationalisé serait séparé des ordres juridiques étatiques. Si certains auteurs la jugent excessifs³⁶⁰ d'autres valorisent cette conception sur l'autonomie de l'arbitrage international afin de la consacrer en tant qu'un principe général du droit de l'arbitrage international. Par conséquent, le contrôle efficace de la sentence en France jouit d'une faveur particulière. Les dispositions arbitrales contenues dans le « quatrième Livre » du « sixième Titre » avant la réforme de 2011 étaient désignées par « la reconnaissance, l'exécution forcée et les voies du recours à l'égard des sentences arbitrales rendues à l'étranger ou en matière internationale ». Il était attribué aux deux différents chapitres de part et d'autre l'énoncé qui suit : « sentences arbitrales rendues à l'étranger ou en matière d'arbitrage international ». Force est de constater que cette distinction ou précision n'a pas été faite à propos des sentences émises en France et à l'étranger. Les praticiens internationaux avaient de la peine à se servir des articles 1501 à 1507 de l'ancien Code de procédure civile. Cette question a inspiré les législateurs de la réforme du 13 janvier 2011 pour approfondir les dispositions concernant les voies de recours en matière d'arbitrage international. Selon les différents principes directeurs élaborés dans cette réforme, il est question de confirmer

³⁵⁵ Art. 1525 CPC.–Paris, 18 févr. 1986, *Rev. arb.*, 1986, p. 583, note G. FLÉCHEUX

³⁵⁶ P. MAYER, note sous Civ. 1^{re}, 17 oct. 2000, *Rev. arb.*, 2000, p. 648, spéc. n° 7, p. 654.

³⁵⁷ E. GAILLARD, note sous Paris, 14 janv. 1997, *Chromalloy*, *JDI* 1998, p. 750 à 752.

³⁵⁸ 05-18.053 Arrêt n° 1021 du 29 juin 2007 - Cour de cassation - Première chambre civile

³⁵⁹ J.-B. RACINE, Réflexion sur l'autonomie de l'arbitrage commercial international : *Rev. arb.*, 2005, p. 305.

³⁶⁰ R. GOODE, The role of the *lex loci arbitri* in international commercial arbitration: *Arb. int.*, 2001, p. 19.

les connaissances jurisprudentielles présentées suite aux décrets de 1980 et 1981. Le renouvellement et la modernisation des textes inadaptés³⁶¹ sont également sollicités pour les rendre plus accessibles aux praticiens et aux spécialistes. Afin de spécifier les règles concernant l'arbitrage international sur les voies de recours, une nuance est effectuée sur les articles relatifs aux sentences rendues en France et à l'international³⁶². Une actualisation des voies de recours s'établit davantage pour l'intérêt des parties à l'arbitrage international afin qu'elles jouissent d'une sentence définitivement tranchée sans corruption mais rapide et efficace. Les décisions de justice assujetties à la lenteur, aux contradictions et parfois même à la corruption et l'ineffectivité, sont tant de maux qui ont déclenché l'élaboration de nouveaux principes par le décret de 2011. Ceux-ci sont principalement relatifs au droit comparé, afin d'accentuer l'autorité et l'authenticité de la sentence³⁶³. La réforme du 13 janvier 2011 a ainsi effectué une mission de vulgarisation à travers les dispositions relatives à l'efficacité de la sentence arbitrale. On constate un amoindrissement sur le juridisme des demandes précédant les sentences manifestes. Toutefois cet abrègement facilite la célérité des sentences à travers l'annulation des conséquences suspensives des appels. La consolidation sur la prépondérance de la sentence internationale émise en France, peut créer une éventuelle contestation de la sentence par un recours extraordinaire. C'est d'ailleurs ce qui explique le repositionnement de la sentence devant le tribunal arbitral et non devant des juridictions étatiques. Nous apprécierons d'une part la reconnaissance et l'*exequatur* de la sentence (§ I) puis d'autre part nous effectuerons l'étude du recours en annulation (§ II).

³⁶¹ Rapport au Premier ministre relatif au décret n° 2011- 48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage, *JORF* 14 Janv. 2011.

³⁶² Art. 1518 à 1524 CPC pour les sentences émises en France– Art. 1525 CPC pour les sentences rendues à l'international.

³⁶³ J. ORTSCHIEDT et Ch. SERAGLINI, La nouvelle articulation des recours en arbitrage international, in *Le nouveau droit français de l'arbitrage*, Lextenso éditions, 2011, p. 189 et s. –Ch. SERAGLINI, L'efficacité de l'autorité renforcées des sentences arbitrales en France après le décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 : *cah. arb.*, 2011, p. 375.

§ I- La démarcation entre la reconnaissance et l'*exequatur* de la sentence en droit français

84. Par le passé, les articles 1501, 1502, 1503, 1504, 1505, 1506 et 1507 du Code de procédure civile issus du décret du 12 mai 1981, ne distinguaient pas les sentences rendues en France de celles rendues à l'étranger. Cette imprécision ternissait la clarté des deux différentes sentences. Suite à l'entrée en vigueur du décret n° 2011-48 du 13 janvier, les décisions du juge français sur l'*exequatur*³⁶⁴ sont traitées à partir de nouvelles règles relatives aux voies de recours. En dépit de l'uniformité de ces règles, quelques modifications s'affichent en matière des voies de recours, entre les textes applicables aux sentences rendues en France et celles rendues à l'étranger. Ces règles représentent les principes directeurs qui opèrent dans le cadre des sentences rendues en France et celles rendues à l'étranger. D'après le Code de procédure civile, la fusion des articles 1523, 1524 et 1525, prouve que la décision réfutant la reconnaissance ou l'exécution peut faire l'objet d'un recours en appel. Celle qui admet l'*exequatur* ne peut faire l'objet d'un recours en appel que si, d'une part, la sentence a été rendue dans un autre pays ou si les litigants ont délaissé le recours en annulation exercé à l'étranger par le biais d'une convention spéciale³⁶⁵. D'autre part, le recours de la décision sollicitant l'*exequatur* est possible au cas où les parties ont démissionné de l'appel en annulation par une convention spécifique. La partie souhaitant l'*exequatur* d'une décision rendue en France pour un arbitrage international doit effectuer en plus d'un recours à l'ordonnance d'*exequatur*, un appel contre la sentence elle-même. Pour revenir à la

³⁶⁴ J. BÉGUIN, J. ORTSCHIEDT, Ch. SERAGLINI, Un second souffle pour l'arbitrage, Arbitrage international sur le décret du 13 janvier 2011, JPC G 2011, 467, n° 17.

³⁶⁵ Avant la réforme du décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011, les litigants ne pouvaient pas préalablement délaissé le recours en annulation dans le domaine de l'arbitrage interne. Néanmoins, le décret a voulu vulgariser l'efficacité de cet arbitrage et l'autorité des sentences qui en découlent. L'arbitrage français devient une justice avantageuse parce que la mission des arbitres est revêtue d'une autorité incontestable. En matière d'arbitrage international, la restriction relative aux possibilités de la sentence selon la volonté du décret est plus transparente. Car l'une des mesures pour restreindre toutes éventuelles contestations d'une sentence rendue en France, est d'accorder aux litigants le choix de délaissé préalablement un recours contre cette sentence. Ainsi, l'autorité de la sentence arbitrale et celle du tribunal arbitral est renforcée parce que ce choix voulu par les litigants restreint préalablement leur droit de contester la décision qui sera rendue par ce tribunal. Le décret du 13 janvier 2011 adopte une innovation par l'article 1522 du Code de procédure civile qui dispose que « *par convention spéciale, les parties peuvent à tout moment renoncer expressément au recours en annulation* » contre les sentences rendues en France.

démarcation entre la reconnaissance et l'*exequatur* de la sentence, le droit français confère l'autorité de la chose jugée à la sentence arbitrale une fois qu'elle est rendue. En revanche, même s'il n'existe pas d'obstacles majeurs au principe contraire³⁶⁶, il ne possède pas entièrement une force exécutoire. La sentence arbitrale est donc dépourvue de tout attribut d'un jugement français. D'où le caractère officieux ou la nature privée de la décision arbitrale et plus précisément de l'arbitrage. Selon le droit commun, la force exécutoire de la sentence est avant tout soumise à une procédure de reconnaissance ou d'*exequatur*. L'article 1514 du Code de procédure civile distingue la reconnaissance en tant qu'une admission issue de l'ordre juridique français de l'existence de la sentence en dehors de l'autorité qui est immédiatement attachée dès son prononcé. Suite au prononcé de la sentence, une reconnaissance immédiate lui est attribuée par l'ordre juridique français. Ce dispositif devient profitable lorsqu'un litigant envisage invoquer une sentence de manière incidente dans un autre litige, notamment pour se prévaloir de l'autorité de la chose jugée par le tribunal³⁶⁷. Cet instrument facilite également la constatation d'une sentence arbitrale par un juge français lorsque la demande de la partie concernée est irrecevable selon le tribunal arbitral ou quand il les a rejetés au fond parce que sa décision ne peut pas subir une mesure d'exécution forcée. L'*exequatur* confère donc à la sentence arbitrale une reconnaissance d'existence ainsi qu'une force exécutoire. A titre illustratif, « les sentences arbitrales sont reconnues ou exécutées en France si leur existence est établie par celui qui s'en prévaut et si cette reconnaissance ou cette exécution n'est pas manifestement contraire à l'ordre public international »³⁶⁸. Outre l'amélioration et la lisibilité des dispositions applicables en la matière, les nouveaux articles 1515 à 1517 du Code de procédure civile mentionnent minutieusement la procédure d'*exequatur*. Bien qu'elle ressemble à une sentence interne, l'efficacité de la sentence est accentuée par l'amélioration d'autres procédures d'*exequatur*.

³⁶⁶ S. BOLLÉE, Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des sentences arbitrales, préf. P. MAYER, Economica, 2004, p. 192.

³⁶⁷ T. com. Nanterre, 5 sept. 2001, *Rev. arb.*, 2002, p. 455, note D. BUREAU.

³⁶⁸ Art. 1514 du Code de procédure civile.

La jurisprudence³⁶⁹ retient sur la base de l'article 1516, alinéa 2³⁷⁰ et alinéa 3³⁷¹ que dans le cas où le président du tribunal de grande instance serait saisi par une demande non contradictoire, ce sera pour contourner une étude minutieuse de la sentence attribuée à la Cour d'appel³⁷². Cette demande prend la forme d'un écrit sur la sentence qui sollicite l'intervention du juge pour accorder l'*exequatur*. Néanmoins il faut retenir le caractère contradictoire de la procédure en présence, soit du conseiller de la mise en état ou devant le président de la Cour d'appel saisi sur la justification de l'article 1521 du Code de procédure civile. Depuis le 1^{er} mai 2011, l'apposition de l'*exequatur* peut se faire sur le document de la sentence arbitrale précisant les conditions authentiques³⁷³.

85. La notification d'*exequatur* selon l'article 1516 du Code de procédure civile qui énonce que « la sentence arbitrale n'est susceptible d'exécution forcée qu'en vertu d'une ordonnance d'*exequatur* » est attribuée par voie d'ordonnance à l'instar du domaine interne arbitral. Bien que cette disposition soit contraire aux principes établis par article 493 et suivant du Code de procédure civile³⁷⁴, l'ordonnance n'est pas nécessaire lorsque l'*exequatur* est suivi d'une preuve matérielle authentifiée³⁷⁵ par le cachet du juge sur la copie originale de la sentence. Toutefois, selon l'exigence de l'article 1517, alinéa 3, du Code de procédure civile, c'est le refus³⁷⁶ d'*exequatur* qui suscite la nécessité de l'ordonnance. Après l'apposition de l'*exequatur* sur la sentence, il s'en suit à l'immédiat les mesures d'exécution forcée. Il n'est plus question que l'ordonnance soit accompagnée d'une exécution temporaire ou

³⁶⁹ Civ. 1^{re}, 9 déc. 2003, *JPC* G 2004, I, 119, n°8, obs. J. BÉGUIN –Orléans, 5 oct. 2000, *RCDIP* 2001, p. 354, obs. H. MUIR WATT *op.cit.*

³⁷⁰ Art. 1516, alinéa 2 du Code de procédure civile « la procédure relative à la demande d'*exequatur* n'est pas contradictoire ».

³⁷¹ Art. 1516, alinéa 3 du code de procédure civile « la requête est déposée par la partie la plus diligente au greffe de la juridiction ».

³⁷² Rapport de la Cour de cassation, 2003, La Documentation française, p. 578 et s.

³⁷³ Art. 1517, alinéa 1^{er}, « l'*exequatur* est apposé sur l'original ou, si celui-ci n'est pas produit, sur la copie de la sentence arbitrale répondant aux conditions prévue au dernier alinéa de l'article 1516 ».

³⁷⁴ D. HASCHER, Arbitrage du commerce international : Rep. Internat., Dalloz, n° 155.

³⁷⁵ Art. 1517 CPC et art. 1478, al. 1, et 1500 ancien CPC.–Ph. FOUCHARD, E GAILLARD, B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, *op.cit.*, 1996, p. 910.

³⁷⁶ Art. 1478, alinéa 2 et 1500 ancien CPC.

transitoire³⁷⁷. Ces mesures d'exécution peuvent intervenir quand même la sentence est non exécutoire par transition et quand l'échéance pour effectuer l'appel n'est pas encore expirée. Car le recours n'est plus interrompu pour le cas des sentences rendues après le 1 mai 2011. Mais celles qui sont rendues jusqu'à cette date ne peuvent plus faire l'objet de mesures d'exécution forcée. Suite à l'obtention de l'*exequatur*, c'est comme si l'exécution temporaire était suspendue ou que l'échéance d'appel était expirée. Par conséquent, la reconnaissance et l'exécution des sentences rendues en France ou à l'étranger sont presque soumises à la même procédure de contrôle par le juge (A). Cependant, les appels ouverts contre les décisions relatives à l'*exequatur* sont caractérisés par le lieu où la sentence a été rendue (B).

A- La procédure de la reconnaissance et d'*exequatur* de la sentence

86. Avant le décret de 2011 l'arbitrage international se référait aux dispositions applicables³⁷⁸ de l'arbitrage interne ou aux articles 1477 à 1479 de l'ancien Code de procédure civile. Lorsque l'*exequatur* devient obligatoire en raison du blocage que suscite l'exécution spontanée de la sentence, le juge compétent n'est pas le même en dépit du lieu où la sentence a été rendue. La procédure d'*exequatur* d'une sentence rendue en France ou à l'étranger dans le cadre d'un arbitrage international, est similaire à celle effectuée pour les sentences dérivées d'un arbitrage interne. En principe, le prononcé sur la demande d'*exequatur*³⁷⁹ était reconnu au président du tribunal de grande instance. Néanmoins, les sentences rendues par le juge français sont différentes de celles rendues par le juge étranger. Dans le cadre des sentences rendues en France, le Code de procédure civile délègue la compétence au juge du siège de

³⁷⁷ Paris, 2 juin 2005, *Rev. arb.*, 2005, p. 1015, note P. CALLÉ. La solution peut cependant être discutée lorsque l'ordonnance d'*exequatur* n'est pas une ordonnance sur requête dont l'exécution immédiate peut être entreprise et qu'aucun texte ne déroge, à son égard, au principe général du caractère suspensif de l'appel. – J. ORTSCHIEDT, *L'octroi et l'arrêt de l'exécution provisoire des sentences arbitrales en France* », *Rev. arb.* 2004, p. 9, spéc. n° 18, p. 27. – D. HASCHER, *L'exécution provisoire des sentences arbitrales en arbitrage international*, in *Études de procédure et d'arbitrage en l'honneur de J.-F. POUDRET*, Lausanne, 1999, spéc. p. 413, qui admet que le juge peut arrêter ou ordonner l'exécution provisoire d'une ordonnance d'*exequatur*. Et, sur le pouvoir du conseiller de la mise en état pour accorder l'exécution provisoire à Paris (Ord.), 22 sept. 2005, *Rev. arb.*, 2005, p. 1095.

³⁷⁸ Art. 1500 de l'ancien Code de procédure civile.

³⁷⁹ Civ. 1^{re}, 9 déc. 2003, *JPC G* 2004, I, 119, n°8, obs. J. BÉGUIN –Orléans, 5 oct. 2000, *RCDIP* 2001, p. 354, obs. H. MUIR WATT *op.cit.*

l'arbitrage³⁸⁰. En revanche, les dispositions n'émettent aucun critère de compétence sur les sentences rendues à l'étranger. Le demandeur pouvait solliciter son juge en fonction du lien entre le procès et le tribunal saisi³⁸¹ ou selon les résolutions qui régissent le bon déroulement de la justice. La mission de l'article 42 du Code de procédure civile destituée dans ce domaine³⁸², cède au choix du tribunal de grande instance de Paris. Bien entendu, il faudrait que ce juge soit exempté de toute faute et jugé apte en fonction de l'internationalité du conflit³⁸³. Les nouveaux textes de la réforme de 2011³⁸⁴ ont reconduit le même arrangement concernant le juge compétent pour ordonner sur le recours à l'*exequatur*. Le juge compétent pour les sentences rendues en France est, soit le président du tribunal de grande instance soit le juge du siège de l'arbitrage selon le ressort duquel la sentence a été rendue. Seul le tribunal de grande instance est compétent pour les sentences rendues à l'étranger. Cette procédure amplifie les recours ouverts contre les ordonnances émises par la Cour d'appel de Paris³⁸⁵. Aussi, deux conditions suscitent une exception qui disqualifie la compétence du président du tribunal à l'*exequatur* de la sentence. La première condition a rapport avec l'appel en annulation formé contre la sentence émise en France selon l'article 1524 du Code de procédure civile. « Elle emporte de plein droit dans les limites de la saisine de la cour et le recours contre l'ordonnance du juge ayant statué sur l'*exequatur* ou sur le dessaisissement de ce juge »³⁸⁶. Toute ordonnance prise par le juge de l'*exequatur* suite à ce dessaisissement à cause du recours en annulation serait frappée de suspension par la cour d'appel saisie du

³⁸⁰ C'est-à-dire le président du tribunal de grande instance qui a siégé pour l'arbitrage selon l'art. 1477 ancien CPC, par renvoi de l'art. 1500 ancien.

³⁸¹ Lieu de situation des biens à saisir, domicile du défendeur tel qu'indiqué sur la sentence. – Paris, 22 sept. 1995, *Rev. arb.*, 1996, p. 100, note E. GAILLARD.

³⁸² Civ. 1^{re}, 3 nov. 2004, n° 01-03262 ; Paris, 22 févr. 2001, *Rev. arb.*, 2002, p. 723 (2^e esp.) – Paris, 18 janv. 2001, *Rev. arb.*, 2002, p. 723 (1^{re} esp.) – Paris 10 juill. 1992, *Rev. arb.*, 1994, p. 142, note P. LEVEL.

³⁸³ Paris, 31 janv. 2008, *Rev. arb.*, 2008, p. 163 – Paris, 4 mai 2006, *Rev. arb.*, 2006, p. 488 – Civ. 1^{re}, 3 nov. 2004, n° 01-03262 ; Paris, 22 févr. 2001, *Rev. arb.*, 2002, p. 723 (2^e esp.) – Paris, 18 janv. 2001, *Rev. arb.*, 2002, p. 723 (1^{re} esp.) – Paris 10 juill. 1992, *Rev. arb.*, 1994, p. 142, note P. LEVEL *op. cit.*

³⁸⁴ Décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011.

³⁸⁵ Ch. JARROSSON et J. PELLERIN, Le droit français de l'arbitrage après le décret du 13 janvier 2011, *Rev. arb.*, 2011, p. 5, p. 69.

³⁸⁶ Art. 1504, al. 2, ancien CPC remplacé par l'art. 1524 du Nouveau Code de Procédure Civile.

recours effectué pour la sentence³⁸⁷. Selon l'article 1527 du Code de procédure civile³⁸⁸, « le rejet [...] du recours en annulation confère l'*exequatur* à la sentence arbitrale ou à celles des dispositions qui ne sont pas atteintes par la censure de la cour ». Le rejet que subit l'arrêt de la cour d'appel qui a statué sur le recours en annulation, attribue l'*exequatur* à la sentence. L'attachement immédiat de l'*exequatur* à la décision de rejet³⁸⁹ paralyse le prononcé de la cour d'appel sur cette particularité. La deuxième condition qui disqualifie l'aptitude du président du tribunal de grande instance sur l'octroi de l'*exequatur*, est énoncée par l'article 1521 du Code de procédure civile³⁹⁰. Il prévoit que lorsque « la sentence internationale rendue en France a été frappée d'un recours en annulation, par hypothèse avant de recevoir l'*exequatur*, elle peut être conférée par le premier président de la cour d'appel ou par le conseiller chargé de la mise en état dès qu'il est saisi ». En outre, le juge de l'*exequatur* n'est pas apte à changer la sentence ou pour condamner par exemple le perdant à un paiement de dommages-intérêts³⁹¹. Les sentences rendues jusqu'au 1^{er} mai 2011 dont l'échéance d'appel et les appels susceptibles d'annulation, sont privées de la compétence du président du tribunal de grande instance. Toutefois, il est capable d'attribuer l'exécution provisoire à une sentence dépourvue d'*exequatur*³⁹². Nonobstant les nouvelles dispositions sur l'exécution, il est concevable que le premier président de la cour d'appel ou le conseiller de la mise en état octroie l'exécution provisoire à la sentence. Et ce bien sûr en cas d'appel d'une ordonnance interdisant l'*exequatur* à une sentence émise en France puis en cas d'appel d'une ordonnance interdisant ou acceptant l'octroi d'*exequatur* à une sentence rendue à l'étranger.

³⁸⁷ Paris, 28 juin 2001, *Rev. arb.*, 2001, p. 729, note H. LÉCUYER (rendue en matière interne, la solution est transposable dans l'arbitrage international).

³⁸⁸ Art. 1479 et 1500 ancien CPC.

³⁸⁹ Paris, 14 déc. 1999, *Rev. arb.*, 2000, p. 471, note J.-B. RACINE.

³⁹⁰ Art. 1479 et 1500 ancien CPC.

³⁹¹ Civ. 1^{re}, 14 déc. 1983, *Rev. arb.*, 1984, p. 483, note M.-C. RONDEAU-RIVIER.

³⁹² Paris (ord. Réf.), 27 juill. 2000, *Rev. arb.*, 2004, p. 91 et les obs. – J. ORTSCHIEDT, *L'exécution provisoire des sentences arbitrales*, p. 27. Contra, Paris (Ord.), 22 sept. 2005, *Rev. arb.*, 2005, p. 1095, et Paris (Ord. Réf.), 27 juill. 2000, *Rev. arb.*, 2004, p. 91, qui refusent d'appliquer l'art. 1479 CPC en cas d'appel d'une ordonnance d'*exequatur* d'une sentence rendue à l'étranger.

B- La procédure du recours contre la reconnaissance ou l'*exequatur*

87. Les dispositions communes relatives à l'instruction devant la Cour d'appel sont, la reconnaissance et le principe d'*estoppel*³⁹³. L'appel de l'ordonnance du juge de l'*exequatur* est régi par les dispositions adéquates à l'appel des jugements³⁹⁴. Bien que les textes applicables à l'arbitrage interne n'y renvoient pas précisément sur l'appel des décisions du juge de l'*exequatur*³⁹⁵, l'article 1527 du Code de procédure civile mentionne que « l'appel de l'ordonnance ayant statué sur l'*exequatur* » est conçu, instruit et jugé selon « les règles relatives à la procédure en matière contentieuse prévues aux articles 900 à 930-1 ». Lorsque l'appelant considère que ses intérêts sont menacés, il peut réclamer l'assignation de son adversaire à jour fixe³⁹⁶ auprès du premier président. Cependant le jugement des appels n'est pas traité par les articles 900 à 930-1 du Code de procédure civile afin que le renvoi ne soit pas affaibli par les dispositions applicables dans ce domaine. Les auteurs du décret ne sont pas au courant de la dérogation liée aux articles 430 et suivants du Code de procédure civile sur les échanges et la formes des jugements et arrêts. De même, une sentence rendue à l'étranger et acceptée par son demandeur, n'est plus susceptible de recours pour l'ordonnance attribuant l'*exequatur* de cette sentence. L'irrecevabilité de l'appel est due à l'inexistence du droit de l'appelant d'*exequatur* d'une sentence rendue³⁹⁷. De surcroît, la cour d'appel a été saisie d'un recours relative à l'*exequatur* avant la loi n° 2007-291 du 5 mars 2007³⁹⁸. Le principe qui devait gouverner ce recours était l'article 4 du Code de procédure pénal³⁹⁹ qui dispose que « le criminel tient le civil en l'état ». La cour d'appel devait ajourner le cours du

³⁹³ Le principe d'*estoppel* découle de la loyauté des débats dans le système de common-law. Il proscrie l'autocontradiction d'un litigant au dépens de son adversaire afin d'éviter toute peine d'une fin de non-recevoir de sa prétention. Ce principe confère le droit au plaideur afin de changer sa stratégie de défense.

³⁹⁴ Sur la portée de ce renvoi.

³⁹⁵ Art. 1495 CPC.

³⁹⁶ La procédure « à jour fixe » est une mesure d'instruction très courte que sollicite un plaident dont le droit est en difficulté pour le jugement rapide d'une affaire. Cette procédure relevant d'un tribunal de grande instance est soumise aux principes de la représentation obligatoire. Cf Art. 917 à 925 CPC.

³⁹⁷ Paris, 10 nov. 1987, *Rev. arb.*, 1989, p. 669, note A. D. BOUSQUET.

³⁹⁸ F.-X. TRAIN, Modification de l'article 4 du Code de procédure pénale : *Rev. arb.*, 2007, p. 145

³⁹⁹ Paris, 20 juin 2002, *Rev. arb.*, 2002, p. 971 (2^e esp.), note J.B. RACINE – Paris, 7 sept. 1999, *Rev. arb.*, 2001 (2^e esp.), p. 583, obs. J.-B. RACINE.

jugement lorsque l'action publique avait été engagée sur le territoire français. Elle devait également vérifier si les accusations étaient une infraction influant immédiatement sur la décision du différend soumis à la cour. Lorsque l'appel est formé contre une ordonnance attribuant l'*exequatur*, le juge peut proroger le jugement suite à une incidence immédiate sur l'une des doléances prévues par l'article 1502 du Code de procédure civile. Car seules ces accusations peuvent prévaloir devant la cour d'appel⁴⁰⁰. Au cas où l'appel est effectué contre une ordonnance qui s'oppose à l'*exequatur*, les accusations constituant une infraction influent immédiatement sur la décision de la cour. La Cour d'appel est ainsi contrainte de différer face à une convention internationale entre le pays où s'effectue l'instruction pénale l'imposition de la prorogation⁴⁰¹ au juge français. Seule cette coïncidence peut encore pousser le juge à ajourner le recours d'un jugement. Suite à la réforme de 2007, le juge est contraint uniquement de sursoir au jugement de l'action civile en compensation de préjudice causé par manquement, « exercée devant la juridiction civile tant qu'il n'a pas été prononcé définitivement sur l'action publique lorsque celle-ci a été mise en mouvement ». Par conséquent, le juge peut bien contourner un sursis⁴⁰² à statuer quand il n'est pas saisi de l'action civile selon la précision faite à l'article 2 du Code de procédure pénale. Le sursis est donc optionnel pour le juge du contrôle de la sentence à condition qu'une convention ou un traité l'impose. C'est la raison pour laquelle il est conçu que « la mise en mouvement de l'action publique n'impose pas la suspension des autres actions exercées devant la juridiction civile, de quelque nature qu'elles soient, même si la décision à intervenir au pénal est susceptible d'exercer, directement ou indirectement, une influence sur la solution du procès civil »⁴⁰³.

⁴⁰⁰ *Ibid.*

⁴⁰¹ Civ. 1^{re}, 6 mai 2003, *JCP G* 2003, I, 164, n° 7, obs. J. ORTSCHIEDT.

⁴⁰² Le sursis est une condamnation à une peine dont l'exécution est suspendue durant le délai des preuves.

⁴⁰³ Art. 4 al. 3 du Nouveau Code de Procédure Civile

88. Pour ce qui est de la reconnaissance et l'*estoppel*⁴⁰⁴, lorsque les parties sont devant le tribunal arbitral⁴⁰⁵, elles ne sont pas autorisées à évoquer un moyen quelconque qui n'avait pas été l'objet d'une évocation devant la cour d'appel. D'après les textes d'ordre public auxquels les parties ne peuvent résigner, l'article 1466 du Code de procédure civile invite les parties à s'abstenir sagement de toute prédominance exceptionnelle non fondée pour l'invoquer en son temps au tribunal arbitral. Cette ordonnance qui est venue entériner le principe antérieur révélé par la jurisprudence, est imputable à l'arbitrage international selon l'article 1506.3°. Autrement, en plus des textes auxquels les parties ne peuvent résigner, même suite à un différend, l'irrecevabilité de la requête de la partie qui a été sans réserve à l'arbitrage est fort indéniable. D'où l'effectivité de la règle de l'*estoppel* « pour soutenir par un moyen la juridiction qui doit trancher sans convention d'arbitrage ou sur une convention nulle »⁴⁰⁶.

§ II- La pertinence du recours en annulation de la sentence française

89. Dans l'arbitrage interne, tout recours contre la sentence au siège de l'arbitrage⁴⁰⁷ n'aurait pu être envisageable. Mais cette proposition a été revue dans la doctrine en tant que moyen possible pouvant permettre de délaissier la jurisprudence *Hilmarton*⁴⁰⁸. Car les parties peuvent s'assurer de ce moyen afin d'émettre un recours en annulation contre la sentence

⁴⁰⁴ L'*estoppel* est une règle juridique d'origine anglaise (de common law) selon laquelle une partie ne saurait se prévaloir de prétentions inconcevables aux dépends de ses adversaires. En France ce principe désigne généralement « l'interdiction de se contredire au dépend d'autrui », ou principe du non concedit venire contra factum proprium (de se contredire au dépend d'autrui) de la *lex mercatoria*. Son usage en français est largement instruit par une objection qui empêche un État de contredire sa justification antérieure dans la même instance. L'*estoppel* est reconnu par la jurisprudence judiciaire alors qu'en droit administratif il n'est pas reconnu.

⁴⁰⁵ Paris, 31 janv. 2008, *Rev. arb.*, 2008, p. 487 note L.-M. PILLEBOUT, qui déclare irrecevable le moyen contestant la composition du tribunal arbitral, composé uniquement d'arbitres chinois, qui n'a pas été remise en cause devant les arbitres ; Paris, 4 mai 2006, *Rev. arb.*, 2006, p. 488, qui déclare irrecevable le moyen tiré de l'irrégularité de la composition du tribunal arbitral, celle-ci n'ayant pas été contestée devant les arbitres et aucune demande de récusation n'ayant été formé devant eux – Paris, 18 mars 2004, *Rev. arb.*, 2004, p. 917, note J.-Y. GARAUD et R. ZIADÉ, qui rejette, comme non fondé, le moyen de nullité de la clause compromissoire, la partie l'invoquant ayant activement participé à toutes les phases de l'arbitrage.

⁴⁰⁶ Civ. 1^{re}, 6 juill. 2005, D. 2005, pan., p. 3060, obs. Th CLAY.

⁴⁰⁷ Sur l'intérêt des recours dans l'arbitrage interne.

⁴⁰⁸ Ph. FOUCHARD, La portée internationale de l'annulation de la sentence arbitrale dans son pays d'origine : *Rev. arb.*, 1997, p. 329, spéc. n° 40, p. 351.

arbitrale au siège du tribunal arbitral. Bien que ce recours soit possible, il est préférable de préserver ses principes fondamentaux de toutes dérives corrélatives aux procédures juridictionnelles d'arbitrage. Le respect de la volonté des parties en tant que principe incontournable à ce mode de résolution des litiges est prioritaire. Les parties devront également sollicitées l'immixtion du juge étatique pour ordonner l'exécution de la sentence avant l'initiative de la partie vainqueur dans le cadre d'une exécution forcée. Voilà pourquoi la solution décrétée⁴⁰⁹ par les praticiens de ce domaine est restée idoine pour la plupart des législations à l'arbitrage⁴¹⁰. En revanche, certaines législations ont choisi d'évincer ce recours d'une manière immédiate et cette méthode a été également ouverte aux parties sans inconvénient⁴¹¹. D'autres parties désapprouvent cette méthode et préfèrent la cohabitation du juge étatique pour vérifier le bien-fondé de la sentence. Malgré l'exactitude de cette option, l'exclusion de tout recours en annulation contre la sentence arbitrale au siège du tribunal arbitral risque de prolonger l'irrégularité de cette sentence qui ne peut être entièrement annulée. Son exécution suscitera la renonciation et l'exécution de la sentence par chaque État selon leur propre perspective sur leur territoire. La partie perdante n'aura pas le choix que de se soumettre aux procédures rigides de son commanditaire, qui peut en tout temps la menacer au cas où l'*exequatur* de la sentence est retardé. Parfois, d'autres cas suscitent des complications à l'égard du demandeur parce que la sentence peut s'avérer anormale et entraîner une annulation qui ralentit l'instauration d'un arbitrage secondaire. Plusieurs parties s'avisent de cette anomalie et préfèrent éviter tout piège⁴¹² pouvant leur coûter cher. Nonobstant ces avantages et inconvénients, cette procédure est accessible en droit français pour toutes les sentences émises sur le territoire français. A cet effet, la réforme de 2011 a attribué aux parties la possibilité d'abdiquer au recours en annulation. Dans le cas où le

⁴⁰⁹ Le décret du 12 mai 1981 a donc décidé qu'un recours en annulation était toujours à l'encontre des sentences en France.

⁴¹⁰ J.-F. POUDRET, S. BESSON, Droit comparé de l'arbitrage international, *op cit.*, p.742 et s.

⁴¹¹ Sur ces législations, *ibid.* ; p. 826 et s.

⁴¹² Sur les limites, en droit français, de l'utilité d'un recours en annulation lorsque la sentence a été rendue à l'étranger.

tribunal arbitral serait instauré le 2 mai ou après⁴¹³, l'article 1522 du Code de procédure civile énonce que « par convention spéciale, les parties peuvent à tout moment renoncer expressément au recours en annulation »⁴¹⁴. Considérant que l'organisation des recours est d'ordre public, la dérogation aux textes portant sur les voies de recours dans le domaine arbitral n'est pas permise à cause du caractère indisponible de cette matière⁴¹⁵. Selon la Cour de cassation, « le régime interne ou international de l'arbitrage détermine, notamment, celui des voies de recours à l'égard des sentences qu'il n'appartient pas aux parties de modifier, fut-ce par un accord exprès conformément à l'article 12 du Code de procédure civile »⁴¹⁶. Nonobstant l'anomalie découlant de la renonciation au recours en annulation, il est impossible pour les parties de s'allier pour déchoir aux règles procédurales sur les voies de recours contre les sentences en France. Les formules dont la Cour de cassation s'est servie, prouvent que les parties ne peuvent unanimement pas imaginer une voie de recours non reconnue par le législateur. Cependant, lorsque le tribunal arbitral est postérieurement élaboré au 1 mai 2011 suite à la réforme du 13 janvier 2011, il est quasiment impossible pour les parties d'abdiquer par une convention spéciale⁴¹⁷. Les effets de la décision du juge sur le recours en annulation lors de l'arbitrage (**A**) seront suivis d'une étude analytique sur la compétence du juge pour aménager ou arrêter l'exécution immédiate de la sentence (**B**).

⁴¹³ Art. 3.2° du décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011.

⁴¹⁴ Si le tribunal arbitral a été constitué le 1^{er} mai 2011 ou avant, le droit antérieur à la réforme s'applique et les parties ne peuvent renoncer par avance au recours en annulation, qui peut toujours être exercé même lorsque la convention des parties ou le règlement d'arbitrage applicable exclut toute possibilité de recours contre la sentence (Paris, 16 avr. 1989, *Rev. arb.* 1989, p. 711, note L. IDOT).

⁴¹⁵ Ch. SERAGLINI, *Lois de police et justice arbitrale internationale*, préf. P. MAYER, Dalloz, 2001, spéc. n° 375, p. 181.

⁴¹⁶ Civ. 1^{re}, 6 avr. 1994, *Rev. arb.* 1995, p. 263, note P. LEVEL – Paris, 11 juin 2009, *Rev. arb.* 2009, p. 652 – Paris, 19 févr. 2004, 2 oct. 2003 et 19 oct., 2000, *Rev. arb.* 2004, p. 858 (1^{re}, 2^e et 4^e esp.), note L. JAEGER – Paris, 29 mars 2001, *Rev. arb.* 2001, p. 543, note D. BUREAU – Paris, 27 oct. 1994, *Rev. arb.* 1995, p. 263, note P. LEVEL – Paris, 12 déc. 1989, *Rev. arb.* 1990, p. 863, note P. LEVEL.

⁴¹⁷ Ch. SERAGLINI, *Lois de police et justice arbitrale internationale*, *op cit.*, spéc. n° 375, p. 181.

A- L'étendue de la décision du juge étatique pendant le recours en annulation

90. Le sens et la portée de la compétence du juge étatique durant le recours en annulation sont d'une importance indéniable quel que soit le domaine arbitral. Force est de constater que le recours en annulation ne bloque pas l'instance arbitrale⁴¹⁸. Car celle-ci peut suivre son cours malgré le risque, couru *in fine*, lorsque la suspension d'une première sentence par le juge paralyse la validité de la sentence finale. Logiquement, le recours en annulation emporte de plein droit sur le recours contre l'ordonnance du juge de l'*exequatur* ou de son dessaisissement lorsqu'il a préalablement été saisi d'une requête déclarant la sentence exécutoire⁴¹⁹. Une fois que le recours en annulation est formé, le juge de l'*exequatur* doit automatiquement se dessaisir. Dans le cas où il rendrait une ordonnance, elle doit être annulée par la cour d'appel qui statue sur ce recours⁴²⁰. Aussi, « le rejet de l'appel ou du recours en annulation confère l'*exequatur* à la sentence arbitrale ou à celles de ses dispositions qui ne sont pas atteintes par la censure de la cour » selon l'article 1527, alinéa 2, du Code de procédure civile. Lorsque la cour d'appel reçoit le recours en annulation, elle peut annuler la sentence en toutes ses dispositions ou restreindre l'étendue de l'annulation qu'elle prononce selon l'article 1527, alinéa 2 susmentionné. L'annulation de la sentence est limitée à un chef de la sentence lorsqu'il est séparable des autres. A titre illustratif, dans ce cas, on peut citer l'annulation de la condamnation à payer des intérêts moratoires sur une condamnation principale⁴²¹. Peu importe la forme que prend l'annulation, soit complète ou partielle, la cour d'appel ne peut ensuite connaître le fond du litige⁴²² ainsi que la solution

⁴¹⁸ Civ. 1^{re}, 19 mars 2002, *JPC G* 2003, I, 105, n° 13, obs. J. ORTSCHIEDT.

⁴¹⁹ Art. 1524, al. 2 CPC ; art. 1504, al. 2 ancien CPC.

⁴²⁰ Paris, 14 déc. 1999, *Rev. arb.* 2000, p. 471 (2^e esp.), note J-B RACINE.

⁴²¹ Cf. Paris 30 juin 2005, *Rev. arb.* 2006, p. 687, note R. LIBCHABER.

⁴²² Selon Éric LOQUIN, dans sa note sous Paris du 7 juil. 1987, *Rev. arb.*, spé. p. 302 ; J. PELLERIN *L'instance au fond devant la cour d'appel après annulation de la sentence* : *Rev. arb.* 1993, p. 199, spéc. n° 4, p. 202. Avant la réforme intervenue par le décret du 12 mai 1980, lorsque la cour d'appel accueillait un appel-nullité, création prétorienne, elle se bornait à annuler la sentence sans trancher le litige sur le fond. Pour accélérer la procédure, dissuader les éventuels recours dilatoires et afin d'offrir une issue raisonnable en cas d'échec de la procédure arbitrale, au moment de créer le recours en annulation, le décret précité a complété son dispositif par l'article 1485 du Code de procédure civile, qui disposait que « lorsque la juridiction saisie d'un recours en annulation annule la sentence arbitrale, elle statue sur le fond dans les limites de la mission de l'arbitre sauf volonté contraire de toutes les parties ». La règle a été reprise, presque mot pour mot, par le décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011. Le nouvel article 1493 du Code de procédure civile dispose en effet : « lorsque la juridiction annule la sentence arbitrale, elle statue sur le fond dans les limites de la mission

retenue pour l'arbitrage interne non reprise en matière d'arbitrage international. Les effets découlant de l'annulation d'une sentence partielle sur un arbitrage se déroulant en France, ressortent exclusivement des circonstances qui sollicitent le juge. On peut citer deux circonstances pouvant susciter la sollicitation du juge dans le cadre d'un arbitrage interne. La première circonstance est relative à l'annulation complète de la sentence partielle du fait que le tribunal arbitral est dépourvu de sa compétence pour trancher le conflit. Cette incompétence peut être due à une fausse aptitude déclarée par le tribunal arbitral selon l'article 1520. 1° CPC. Par ailleurs, cette inaptitude peut aussi découler de la constitution irrégulière du tribunal arbitral à travers l'article 1520. 2° CPC. Ainsi il ne peut que s'en suivre d'une manière directe, la suspension finale émise par le tribunal arbitral. D'où l'annulation complète ou définitive d'une sentence limitée issue de l'aptitude du tribunal arbitral d'après le motif sans preuve qui « *prive obligatoirement les arbitres de toute aptitude pour se prononcer sur le fond du litige* »⁴²³. Toutefois, dans le premier cas, la suspension de la sentence partielle produit indéniablement un effet sur l'arbitrage en cours quand le tribunal arbitral n'a pas encore connu un dessaisissement de la sentence finale. Certes, aucune disposition n'oblige cette suspension immédiate de l'arbitrage. Sauf l'article 1464, alinéa 3, du Code de procédure civile auquel renvoie l'article 1506.3° qui peut obstruer l'instance arbitrale pour trancher d'après les doléances des parties qu'elles soient ou non prononcées dans la sentence annulée. Dans le cas où le tribunal arbitral ferait ce choix, on constaterait une défaillance qui peut provoquer l'annulation de la sentence par le juge français à cause de la précédente annulation. Suite à l'information de la suspension de la sentence partielle, le tribunal arbitral doit relever son indisponibilité quitte à ce que le juge étatique tranche le

de l'arbitre sauf volonté contraire de toute les parties ». Sous certaine condition, tenant au sens de la décision et à la volonté des parties, le juge de la régularité de la sentence se voit confier le soin de trancher le fond du litige alors même que la voie de l'appel a été préalablement exclue. Il ne s'agit pas d'une évocation du litige par la cour d'appel qui a annulé la sentence puisque, précisément, ce litige a déjà été tranché par un juge. Une fois la sentence annulée, le litige est dévolu à la cour, en droit comme en fait, quelle que soit la convention d'arbitrage, l'article 1493 précité n'opérant aucune distinction entre la clause compromissoire et le compromis. La juridiction étatique se substituant au tribunal arbitral, on peut qualifier la procédure instituée devant elle de véritable « arbitrage judiciaire ».

⁴²³ Paris, 18 nov. 2004, *Rev. arb.*, 2006, p. 755, obs. P.DUPREY– Paris, 21 nov. 2002. *Rev. arb.*, 2003, p. 240 note P. DUPREY

conflit⁴²⁴. Concernant l'annulation d'une sentence partielle au cours de l'arbitrage multipartite, quelques différences sont remarquables à cause de l'effet qu'il produit, malgré la destinée commune à laquelle les deux formes d'arbitrage sont vouées. Lorsque la sentence partielle subit une annulation suite à la composition irrégulière du tribunal arbitral, la suspension de la sentence finale doit être immédiate⁴²⁵. Même si le différend est inarbitrable, c'est la suspension automatique qui s'en suit. Peu importe le caractère complet ou limité de la suspension, la cour d'appel ne peut se prononcer sur le fond du différend. Car la conclusion admise à l'arbitrage interne n'est pas reconductible à l'arbitrage international. L'action ne peut plus faire l'objet d'un renvoi au tribunal arbitral selon les dispositions allemandes d'arbitrage⁴²⁶. Néanmoins, une nouvelle instance arbitrale peut naître pour suivre librement son cours quand l'effectivité de la convention d'arbitrage est toujours reconnue par les arbitres⁴²⁷. Il a été aussi retenu que la suspension d'une sentence ne pouvait surseoir à une demande d'arbitrage au cas où la cour compétente reste saisie⁴²⁸. Par ailleurs, le recours en annulation révèle une suprématie à l'égard de l'ordonnance du juge de l'*exequatur*, surtout quand il a été saisi d'une demande d'exécution⁴²⁹ de la sentence. Le dessaisissement automatique du juge de l'*exequatur* suite à la formation du recours en annulation entraîne la suspension de toute éventuelle ordonnance par la cour d'appel qui se prononce sur cet appel⁴³⁰. Dans la même lancée, « le rejet de l'appel ou du recours en annulation confère l'*exequatur* à la sentence arbitrale ou à celles de ces dispositions qui ne sont pas atteintes par la censure de la cour » selon l'article 1527, alinéa 2, du Code de procédure civile⁴³¹ confirmé par la cour d'appel dès son prononcé⁴³². Le juge détient ainsi la compétence d'annuler toutes

⁴²⁴ Art. 1457 et 1506. 2° CPC.

⁴²⁵ Paris, 22 mars 2007, *Rev. arb.*, 2008, p. 704, note P. DUPREY

⁴²⁶ J.-F. POUDRET, S. BESSON, Droit comparé de l'arbitrage international, *op cit.*, p. 820.

⁴²⁷ B. MOREAU, Les effets de la nullité de la sentence arbitrale, in Étude offertes à P. BELLET, Litec, 1991, p. 403, sur les effets de l'annulation de la sentence.

⁴²⁸ Civ. 2^e, 29 févr. 1984, *Rev. arb.*, 1986, p. 43, note B. MOREAU, qui rejette le pourvoi formé contre Paris, 8 janv. 1982, *Rev. arb.*, 1982, p. 62, note B. MOREAU.

⁴²⁹ Art. 1524, al. 2, CPC ; art. 1504, al. 2, ancien CPC.

⁴³⁰ Paris, 14 déc. 1999, *Rev. arb.*, 2000, p. 417 (2 esp.), note J.-B. RACINE.

⁴³¹ Art. 1490 et 1507 ancien CPC.

⁴³² Paris, 14 déc. 1999, *Rev. arb.*, 2000, p. 471 (2^e esp.), note J.-B. RACINE, *op.cit.*

les résolutions⁴³³ de la sentence ou d'amoindrir les conséquences qui rejaillissent de l'annulation quand elle reçoit le recours en annulation. C'est le cas de la suspension de toute accusation principale⁴³⁴ au paiement des dommages moratoires. Bien plus, étant donné que le juge de contrôle n'a pas constaté l'inaptitude des arbitres et le dessaisissement ou non du tribunal arbitral, il détient ainsi la compétence pour statuer à nouveau sur les doléances tranchées par la sentence partielle annulée. Comme il avait déjà été précisé, « l'annulation de la sentence n'anéantit pas la demande d'arbitrage, dont l'institution compétente demeurerait saisie »⁴³⁵. Pareillement, les actes de procédures qui précèdent la sentence arbitrale à l'instar d'un rapport d'expertise, sont admissibles⁴³⁶. D'une manière exhaustive, les causes de nullité affectant la sentence partielle et la nullité de la seconde sentence émises, doivent être réclamées. Il n'y a pas d'annulation immédiate de la seconde par l'effet de l'annulation de la première. En effet, au sein des règles propres à l'arbitrage, il ne figure aucun texte similaire à celui de l'article 625, alinéa 2, du Code de procédure civile, qui prévoit que la cassation « entraîne, sans qu'il y ait lieu à une nouvelle décision, l'annulation par voie de conséquence de toute décision qui est la suite, l'application ou l'exécution du jugement cassé ou qui s'y rattache par un lien de dépendance nécessaire ». Le recours en annulation formé contre une première sentence n'emporte donc pas recours en annulation contre une sentence ultérieure⁴³⁷. Nonobstant le prononcé d'une sentence partielle sur l'aptitude ou sur le principe de la responsabilité suscitant l'annulation à cause de l'un des griefs énoncés à l'article 1520 du Code de procédure civile, la suspension de la sentence définitive ne serait pas systématique. D'où la saisine à nouveau du juge de l'annulation⁴³⁸.

⁴³³ Civ. 1^{re}, 30 oct. 2006, *Bull. civ. I*, n° 440; *Rev. arb.*, 2008, p. 307, note D. COHEN.

⁴³⁴ Paris, 30 juin 2005, *Rev. arb.*, 2006, p. 687, note R. LIBCHABER.

⁴³⁵ Civ. 2^e, 29 févr. 1984, *Rev. arb.*, 1986, p. 43, note B. MOREAU, qui rejette le pourvoi formé contre Paris, 8 janv. 1982, *Rev. arb.*, 1982, p. 62, note B. MOREAU *op.cit.*

⁴³⁶ Civ. 2^e, 18 mai 1989, *Bull. civ. II*, n° 111 B. MOREAU.

⁴³⁷ Paris, 24 févr. 1995, *Rev. arb.*, 1996, p. 141, obs. Y. DERAIS.

⁴³⁸ Paris, 18 nov. 2004, *Rev. arb.*, 2006, p. 755, obs. P. DUPREY, qui annule une sentence rendue sur le fond du litige, après avoir annulé une sentence partielle sur la compétence au motif que « l'annulation définitive de la sentence initiale statuant sur la compétence de l'arbitre a privé nécessairement celui-ci de tout pouvoir pour statuer sur le fond ».

B- Étude analytique sur la compétence du juge étatique pendant l'exécution immédiate de la sentence

91. La qualification de cette aptitude du juge étatique durant l'exécution automatique de la sentence est déclenchée par le caractère non suspensif du recours. En effet, ce principe découle de la réforme des sentences postérieures au 1^{er} mai 2011. Il n'est pas possible d'engager une mesure d'exécution forcée de la sentence, si elle n'était pas au préalable exécutoire par provision avant le délai d'expiration du recours. Tant que le recours n'a pas été formé durant l'instant devant la cour d'appel, cette impossibilité demeure. Malheureusement, ce principe devenait un dispositif dilatoire de premier niveau⁴³⁹ pouvant conférer à une partie récalcitrante l'idée d'exécuter la sentence arbitrale. En revanche, la mise en œuvre de ce principe fut recalée par le régime d'exécution provisoire des sentences arbitrales⁴⁴⁰. L'article 1526 du Nouveau Code de Procédure Civile qui s'applique aux sentences arbitrales rendues après le 1^{er} mai 2011⁴⁴¹, vient heurter toute l'ordonnance de la doctrine pour établir un autre principe d'exécution immédiate de la sentence arbitrale en matière internationale. Les concepteurs de ce principe ont pris le soin de l'assortir de garde-fou⁴⁴² en vue de le protéger⁴⁴³. Ce principe prévoit que « le recours en annulation formé contre la sentence et l'appel de l'ordonnance ayant accordé l'*exequatur* ne sont pas suspensifs ». Ce texte est appliqué par le droit français et le droit suisse dans la perspective de cordonner et d'encourager le système juridique de l'arbitrage. Mise à part la nature

⁴³⁹ A travers cet instrument, il suffisait à la partie récalcitrante d'effectuer un recours malgré l'inexistence d'une opportunité de succès contre l'ordonnance d'*exequatur*, ou contre la sentence rendue en France pour ralentir l'exécution de celle-ci. Certes, afin de contourner ce principe, le tribunal arbitral ou le juge étatique peuvent sur demande assortir la sentence d'exécution provisoire. Ceci permettrait d'entamer automatiquement les mesures d'exécution forcée après l'*exequatur* de la sentence.

⁴⁴⁰ J. ORTSCHIEDT, L'exécution provisoire des sentences arbitrales : *Rev. arb.*, 2004, p. 9.

⁴⁴¹ Art. 3.3° du décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011.

⁴⁴² E. GAILLARD et P. DE LAPASSE, Commentaire analytique du décret portant réforme du droit français de l'arbitrage : *Cah. arb.*, 2011.–Ch. JARROSON et J. PERLLERIN, Le droit français de l'arbitrage après le décret du 13 janvier 2011 : *Rev. arb.*, 2011, p. 5 – J. ORTSCHIEDT et Ch. SERAGLINI, La nouvelle articulation des recours en arbitrage international, in *Le Nouveau droit français de l'arbitrage*, op. cit., p. 189 – Ch. SERAGLINI, L'efficacité et l'autorité renforcée des sentences arbitrales en France après le décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 : *Cah. arb.* 2011, op. cit., p. 375.

⁴⁴³ C'est-à-dire la possibilité pour le juge d'aménager ou d'arrêter l'exécution immédiate de la sentence.

abrégée et exécutoire de droit par provision, la sentence est consécutivement exécutoire privant le recours de toute suspension. Dès qu'elle est revêtue de l'*exéquatur*, elle peut entraîner une exécution forcée bien qu'elle soit dépourvue de l'exécution provisoire. La sentence arbitrale en sort indéniablement valeureuse et accentuée. Et l'arbitrage en droit français devient plus efficace et plus affermi malgré l'absence d'effet suspensif des recours étroitement liés au double degré de juridiction⁴⁴⁴ qui n'ont pas encore leur place dans l'arbitrage international. Pour décrire les différents avantages découlant de ce principe, nous constatons d'une part qu'il facilite et accélère l'exécution de la sentence arbitrale. D'autre part, il n'est plus question, pour le créancier par exemple, d'attendre le délai d'expiration de recours afin d'entamer les mesures d'exécution forcée. Aussi, le tribunal arbitral ou le juge n'auront plus à délivrer au créancier l'exécution provisoire de la sentence. Ces derniers réduisent les questions relatives au régime de l'exécution provisoire des sentences arbitrales. L'une des questions éliminées était relative à la convention des parties sur l'exécution ponctuelle par provision de la sentence. Une autre question était liée aux conditions dans lesquelles le juge peut octroyer l'exécution provisoire de la sentence⁴⁴⁵. Par ailleurs, le nouveau principe participe à la réduction des recours entièrement dilatoires ayant pour mission le ralentissement d'exécution de la sentence dans le cadre d'insolvabilité. Enfin, la suppression de l'effet suspensif qui émane de ce principe devrait vulgariser la fiabilité des mesures provisoires ou conservatoires prononcées par le tribunal à travers une sentence⁴⁴⁶. Étant donné que les recours ne sont plus suspensifs, une sentence qui se borne à ordonner des mesures provisoires ou conservatoires est automatiquement susceptible de recours. Indépendamment de la sentence qui tranche tout ou partie du litige au fond, ces mesures pourront rapidement être exécutées en dépit d'un possible recours contre la sentence qui les ordonne. En raison des dangers potentiels découlant de l'exécution automatique ou

⁴⁴⁴ J. MOURY, De la règle de l'effet suspensif de l'appel en matière civile, in Étude offertes à J. NORMAND, Justice et droit fondamentaux, Litec, 2003, p. 353, spéc. n° 13-14.

⁴⁴⁵ J. ORTSCHIEDT, L'exécution provisoire ou conservatoire par voie de sentence arbitrale : *Rev. arb.*, 2004, p. 9.

⁴⁴⁶ Paris, 4 et 11 avr. 2002, JCP G 2003, I, 105, n° 12, obs. J. ORTSCHIEDT, *Rev. arb.* 2003, p. 143 – Paris, 1 juill. 1999, *Rev. arb.*, 1999, p. 834, note Ch. JARROSSON.–Un arrêt de la cour d'appel de Paris (Paris, 7 oct. 2004, *Rev. arb.* 2004, p. 982 ; *D.* 2005, I ? 134, n° 5 et 7, obs. J. ORTSCHIEDT) a toutefois admis qu'un arbitre pouvait « choisir » de couler des mesures provisoires qu'il prend dans une sentence ou une ordonnance de procédure.

immédiate de la sentence présente, l'article 1526 du Code de procédure civile prévoit un garde-fou pour ce nouveau principe. A l'instar des dangers que peuvent générer l'exécution immédiate des sentences, le nouvel article⁴⁴⁷ ne spécifie pas les « conséquences manifestement excessives ». Une largesse se révèle ainsi à travers l'exécution obligatoire de la sentence « susceptible de léser gravement les droits de l'une des parties »⁴⁴⁸. En revanche, étant donné que les affaires qui sollicitent ce principe sont d'ordres pratiques et judiciaires, il serait bien d'énoncer à l'avance quelques observations.

92. En amont, le premier président ou le conseiller de la mise en état doit interpréter l'arrêt en vue d'aménager l'exécution immédiate de la sentence. Il préservera ainsi le nouveau principe de tout effet imminent. Il doit garder à cœur le caractère immédiat de la sentence qui peut constituer une exception. De même le caractère sauvegardant l'exception doit être absolu, parce que la disposition précise les dommages⁴⁴⁹. Il est inutile de démontrer que le principe en question déclenchera des dommages inédits des droits. D'où l'importance d'élaborer la susceptibilité de cet effet réduisant le fardeau de la preuve en tant qu'instrument. En aval, le retranchement du magistrat lors de l'appréciation des chances de succès ou d'échec du recours doit le conduire à s'attacher aux effets de l'exécution directe de la sentence sur les droits de la partie concernée. Au reste, la disposition énonce les prérogatives des parties, afin de permettre au juge de retenir éventuellement les dommages relatifs aux prérogatives d'une partie autre que ceux astreints par la sentence. Le magistrat est donc libre dans l'aménagement de l'exécution directe de la sentence faite, de précision par l'article 1526, alinéa 2, du Code de procédure civile. La consignation des astreintes, les échéances pour le paiement, la caution bancaire ou les mesures adéquates doivent ensuite être prévues par le juge. De surcroît, le prononcé en référé du premier président doit se faire à travers une procédure contradictoire d'après l'énonciation de l'alinéa 2 de l'article 1526 du Code de

⁴⁴⁷ Art. 1526 NCPC

⁴⁴⁸ Contra: Paris (Ord. Prem. psdt), 18 oct. 2011, *Rev. arb.* 2012 (1^{re} esp.), p. 393, note Ch. JARROSSON et J. PERLLERIN.

⁴⁴⁹ Cf. Ch. JARROSSON et J. PERLLERIN, Le droit français de l'arbitrage après le décret du 13 janvier 2011 : *Rev. arb., op.cit.* p. 75.

procédure civile. Il faut également que la procédure du conseiller de la mise en état soit nécessairement contradictoire. Aucune spécificité n'est marquée sur les voies de recours contre la décision du juge par le décret. Il conviendrait de se tourner vers le droit commun pour identifier l'autorité compétente qui doit ordonner. L'ordonnance prononcée par le premier président sur l'arrêt de l'exécution provisoire surseoit l'instance et peut déclencher une autre demande⁴⁵⁰. Normalement la solution devait être conforme à l'ordonnance émise à partir de l'article 1526, alinéa 2, parce qu'elle suspend la procédure engagée devant le magistrat. Toutefois, l'ordonnance du conseiller de la mise en état, n'est pas en principe qualifiée d'une demande autre que l'arrêt sur le fond. Afin de surseoir la procédure devant le juge, l'ordonnance peut être conférée à la cour d'appel dans les quinze jours selon la mention faite par l'article 914, alinéa 2, du Code de procédure civile. Si, d'après la décision du premier président, la conclusion du conseiller de la mise en état statuant sur l'arrêt ou si la coordination relative à l'exécution immédiate de la sentence suspend la procédure engagée dans son ressort, l'ordonnance peut être concédée à la cour d'appel selon les précisions relatives au texte susmentionné. Deux voies de recours naissent ainsi pour un même type de décision suivant son auteur. Pour conclure cette étude analytique, peu d'applications peuvent influencer l'exercice de ce principe. A titre d'exemple, le conseiller de la mise en état est appelé à se prononcer sur l'arrêt ou la coordination de l'exécution de la sentence en application de l'article 1526, alinéa 2, du Code de procédure civile dans le but de confirmer ainsi le caractère du contrôle qu'il effectue.

SECTION II- Le droit conventionnel face au contrôle étatique de la sentence

93. Le domaine de la reconnaissance et d'exécution des sentences requiert une autonomie spéciale qui confère aux parties la capacité de s'abstenir de toute convention internationale

⁴⁵⁰ Civ. 2^e, 30 mars 2002, n° 00-20638 ; Ass. Plén., 2 nov. 1990, *Bull. Ass. Plén.*, n° 11, note Ch. JARROSSON et J. PERLLERIN.

pour solliciter l'*exequatur* d'une sentence⁴⁵¹ en droit français. Néanmoins, les nombreux accords bilatéraux peuvent d'une manière directe ou indirecte bouleverser les conditions de reconnaissance et d'exécution des sentences avec d'autres pays⁴⁵². D'après la convention de New York⁴⁵³, certains droits étatiques jouissent d'une prérogative favorisant la reconnaissance ou l'exécution de la sentence. Force est de constater que les dispositifs d'*exequatur* élaborés par les conventions internationales dominantes présentent un intérêt dans une perspective comparatiste. Cette analyse comparatiste permet de contrôler la gestion des difficultés issues des tribunaux arbitraux des pays étrangers impactés par ces conventions dans le cadre du droit français. De plus, cette étude énumère les critères adéquats sur les sentences tranchées en France, afin de favoriser leur exécution dans les pays signataires des conventions.

94. Au début du XXe siècle, de nombreuses conventions internationales multilatérales ont été adoptées par la France. Parmi tant d'autres, le Protocole de Genève du 24 septembre 1923, relatif aux clauses d'arbitrage envisageant la protection des pays contractants par une assurance en vue de rattacher l'exécution des sentences arbitrales à leurs droits nationaux. Nous notons également la Convention de Genève du 26 septembre 1927 relative à la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, puis la Convention de Genève du 21 avril 1961 relative à l'arbitrage dans le domaine du commerce international. Quant à la Convention de Washington du 18 mars 1965, elle engage le règlement des conflits relatifs aux investissements entre États et citoyens. Elle est ratifiée le 5 mai 2011⁴⁵⁴ par la France et par 156 autres pays. Elle a cependant abrogé tout contrôle étatique de la sentence au stade de l'*exequatur*⁴⁵⁵ et accorde aux sentences rendues sous l'appui du CIRDI un recours

⁴⁵¹ Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, op. cit., p. 979. – Paris 29 sept. 2005, *JCP G* 2005, I, 148, n° 7, obs. Ch. SERAGLINI qui écarte le Traité d'entraide judiciaire entre la France et les Émirates Arabes Unis du 9 sept. 1991.

⁴⁵² Cf. Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, op. cit., p. 121 et s.

⁴⁵³ La convention de New York du 10 juin 1958.

⁴⁵⁴ Au 5 mai 2011, 147 États, dont la France (le 21 août 1967), avaient déposé leurs instruments de ratification. (cf. Worldbank. icsid. [Site internet]).

⁴⁵⁵ Art. 53 et 55 de la Convention de Washington. Pour les sentences CIRDI, les dispositions de l'article 1498 et s. du CPC ne sont donc pas applicables – (Civ 1^{re}, 11 juin 1991, *Bull. civ. I*, n° 193, *JDI* 1991, p. 1005, note E. GAILLARD). Il n'est toutefois pas interdit de saisir le juge français de demandes de mesures conservatoire (Civ. 1^{re}, 18 nov. 1986, *Bull. civ. I*, n° 269 ; *JDI* 1987, p. 125, note E. GAILLARD) op.cit.

en annulation devant la commission *ad hoc*⁴⁵⁶. Les principaux dispositifs qui doivent faire l’objet de cette étude sont notamment la Convention de New York du 10 juin 1958 pour la reconnaissance et l’exécution des sentences étrangères (§ I) puis la Convention de Genève du 21 avril 1961 sur l’arbitrage commercial international (§ II).

§ I- Le principe de la primauté du champ d’application de la Convention de New York du 10 juin 1958

95. Le principal dispositif gouvernant la reconnaissance et l’exécution des sentences arbitrales étrangères, est la Convention de New York du 10 juin 1958. Elle est appliquée aux sentences rendues à l’international, et à celles rendues sur un territoire considéré comme nationales⁴⁵⁷. En revanche, quelques imprécisions de la Convention de New York sur la notion de la sentence et la question de la détermination du droit applicable suscitent une polémique⁴⁵⁸. On constate une exception de réciprocité et de commercialité reconnue par l’article 13 de la Convention de New York⁴⁵⁹. Selon la première exception de corrélation, un pays contractant peut subordonner l’application de la Convention à la reconnaissance et l’exécution des sentences tranchées uniquement sur le territoire d’un autre pays contractant⁴⁶⁰. La seconde exception commerciale conserve l’exécution de ladite Convention dans les conflits découlant

⁴⁵⁶ Art. 52 de la Convention de Washington et 50 à 55 du Règlement d’arbitrage CIRDI. Pour un examen détaillé de la procédure d’annulation instituée par ces textes. – E. GAILLARD, *La jurisprudence du CIRDI*, Pedone, 2004, p. 189-191 et p. 245-252 pour les sentences CIRDI, les dispositions des articles

⁴⁵⁷ J.-D. BREDIN, La Convention de New York du 10 juin 1958 pour la reconnaissance et l’exécution des sentences arbitrales étrangères, JDI 1960, p. 1002, – A. J. VAN DEN BERG, The New York Arbitration Convention of 1958. Towards a Uniform Judicial Interpretation, Kluwer, La Haye, 1981, spéc. p. 23

⁴⁵⁸ J.-F. POUDRET, S. BESSON, Droit comparé de l’arbitrage international, *op. cit.*, p. 860-870.

⁴⁵⁹ Art. I.3 de la Convention. « Tout État contractant pourra dénoncer la présente Convention par notification écrite adressée au Secrétaire général de l’Organisation Internationale des Nations Unies. La dénonciation prendra effet un an après la date où le Secrétaire général de l’Organisation des Nations Unies aura reçu la notification.

Tout État qui aura fait une déclaration ou une notification conformément à l’article X pourra notifier au Secrétaire général de l’Organisation des Nations Unies que la Convention cessera de s’appliquer au territoire en question un an après la date à laquelle le Secrétaire général aura reçu cette notification.

La présente Convention demeurera applicable aux sentences arbitrales aux sujets desquelles une procédure de reconnaissance ou d’exécution aura été entamée avant l’entrée en vigueur de la dénonciation ».

Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *Traité de l’arbitrage commercial international*, *op. cit.*, p. 149-150.

⁴⁶⁰ A la fin de l’année 2010, 73 États, dont la France, avaient fait cette réserve.

des rapports considérés comme commerciaux par le droit étatique⁴⁶¹. L'usage de la première ou de la seconde exception permet à l'État requis d'appliquer son droit national sur la reconnaissance ou sur l'exécution des sentences, ou, d'un traité multilatéral ou d'une convention bilatérale, qui conserve une fonction résiduelle. L'immixtion du droit national ou d'un autre traité international malgré la sentence, constitue un avantage en raison du principe de traitement mentionné à l'article VII.1 de la Convention.

96. L'article VII.1 de la Convention de New York confirme la primauté de la règle du traitement plus favorable en disposant que « les dispositions de la présente convention ne portent pas atteinte à la validité des accords multilatéraux ou bilatéraux conclus par les États contractants en matière de reconnaissance et d'exécution de sentences arbitrales et ne privent aucune partie intéressée du droit qu'elle pourrait avoir de se prévaloir d'une sentence arbitrale de la manière et dans la mesure admise par la législation ou les traités du pays où la sentence est invoquée ». On constate une recrudescence⁴⁶² du droit national ou d'un traité international qui favorise la reconnaissance ou l'exécution de la sentence mieux que la Convention de New York. Et pour preuve, dans plusieurs conflits, le droit français est sauvegardé par les juridictions françaises⁴⁶³ comparativement à la Convention. Par conséquent, l'accord de l'*exequatur* de la sentence ne peut être réfuté par le juge français en raison de l'annulation de la sentence dans son pays d'origine, à partir du moment où le droit national ou international⁴⁶⁴ l'autorise. Par ailleurs, le principe de la primauté du champ d'application est confronté à un effet restreint. Cette restriction se manifeste lorsque la législation du pays qui doit impacter la reconnaissance et l'exécution des sentences consacrent des règles similaires à celles qui sont mentionnées par la Convention. Suite à ces précisions, il est convenable de

⁴⁶¹ A la fin de l'année 2006, 45 États avaient fait cette exception. Elle a été levée par la France le 17 nov. 1989.

⁴⁶² Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, op. cit., p. 152 et s. – J.-F. POUDRET, S. BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, op. cit., p. 872 et s.

⁴⁶³ Pour les décisions écartant la Convention, cf. Civ. 1^{re}, 29 juin 2007, Putrabali, *Bull. civ. I*, n° 250, *D.* 2008, chron., 1429, note L. DEGOS – Civ. 1^{re}, 7 juin 2006, *Rev. arb.*, 2006, p. 945, note E. GAILLARD – Civ. 1^{re}, 17 oct. 2000, *Rev. arb.*, 2000, p. 648, note P. MAYER, op. cit – Paris, 2 avr. 1998, *Rev. arb.*, 1999, 821, note B. LEURENT.

⁴⁶⁴ Civ. 1^{re}, 21 nov. 2006, *Bull. civ. I*, n° 502; *Rev. arb.*, 2006, p. 1086 note D. HASCHER – Civ. 1^{re}, 10 mars 1993, *Rev. arb.*, 1993, p. 255 (2^e esp.), note D. HASCHER – Civ. 1^{re}, 9 oct. 1984, *Rev. arb.*, 1985, p. 431, note B. GOLDMAN.

relater d'abord les trois premiers motifs susceptibles de bloquer l'*exequatur* dans le but de décrédibiliser la primauté rattachée au principe de ladite Convention (A) avant d'exposer les trois derniers motifs affectants la composition de la procédure arbitrale pouvant entraîner la suspension de la sentence (B).

A- Les premiers motifs susceptibles d'ajourner l'*exequatur* de la sentence

97. Ces griefs énumérés par la Convention de New York participent au respect des règles de procédure. En effet, ils peuvent susciter un refus de reconnaissance et d'exécution de la sentence. Après étude, la charge de la preuve du grief relate : l'invalidité ou la nullité de la convention d'arbitrage, la méconnaissance du caractère contradictoire de la procédure, le dépassement des termes de la convention d'arbitrage, l'irrégularité paralysant la composition du tribunal arbitral ou la procédure arbitrale et le caractère non obligatoire qui suscite l'annulation ou la suspension de la sentence dans le pays d'origine.
98. Concernant la charge de la preuve du grief, la Convention de New York du 10 juin 1958 s'est opposée à la règle de la preuve mentionnée par la convention de Genève du 26 septembre 1927. Cette règle avait prévu la spécification de la validité de la sentence pour sa reconnaissance et son exécution par le demandeur à l'*exequatur*. Il revient à la partie contre laquelle la reconnaissance et l'exécution de la sentence sont invoquées de prouver à l'autorité compétente du pays requis les motifs de refus d'*exequatur* selon la Convention. Dans le cadre d'invalidité de la convention d'arbitrage, le premier motif est prévu par le traité de New York. Il énonce que la reconnaissance et l'exécution de la sentence sont réfutées lorsque la partie opposante atteste que « les parties à la convention visée à l'article II [clause compromissoire ou compromis] étaient, en vertu de la loi applicables, frappées d'une incapacité, ou que ladite convention n'est pas valable en vertu de la loi à laquelle les parties l'ont subordonnée ou à défaut d'une indication à cet égard, en vertu de la loi du pays où la

sentence a été rendue »⁴⁶⁵. Le refus de l'*exequatur* sera effectif en vertu de la constatation d'une incapacité et d'une incompétence survenant d'une des parties à la convention en tant que représentant d'une personne morale ou d'une personne publique⁴⁶⁶. Selon la Convention, cet examen doit s'effectuer au regard de la « loi [...] applicables » aux parties notamment la loi personnelle qui permet aux pays contractants d'exécuter leur propre règle de conflit afin de la déterminer. La méconnaissance et l'inexécution de la sentence peuvent également être issues de l'invalidité de la convention d'arbitrage d'après la loi qui régit la convention d'arbitrage ou de la loi du lieu où la sentence a été rendue. L'arbitrabilité subjective⁴⁶⁷, la validité de la convention ou les erreurs affectant le consentement des cocontractants sont vérifiables à partir de l'une ou l'autre de ces lois. Pour ce qui est de la méconnaissance du caractère contradictoire de la procédure, une opposition peut surgir contre la reconnaissance et l'exécution de la sentence en vertu de l'article V. 1. b de la Convention de New York lorsque « la partie contre laquelle la sentence est invoquée n'a pas été dûment informée de la désignation de l'arbitre ou de la procédure d'arbitrage, ou qu'il lui a été impossible, pour une autre raison, de faire valoir ses moyens »⁴⁶⁸. Théoriquement, tout manquement lié à la nature contradictoire de la procédure d'arbitrage du début du prononcé de la sentence suscite l'opposition à l'*exequatur* par l'autorité compétente de l'État d'accueil. Les règles rattachées au respect du principe de la contradiction par le tribunal arbitral varient en fonction des différents États requis nonobstant le choix du traité pour élaborer une règle matérielle ou du moins pour s'orienter vers une autre loi quelconque⁴⁶⁹. Quoi qu'il arrive, le refus d'*exequatur*, en fonction de l'article V.1.b de la Convention de New York, peut intervenir sans que la partie défenderesse n'ait plus à prouver l'irrespect de la règle de la contradiction

⁴⁶⁵ Art. V. 1 de la Convention de New York du 10 juin 1958.

⁴⁶⁶ Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, op. cit., p. 999.

⁴⁶⁷ J.-F. POUDRET, S. BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, op. cit., p. 883.

⁴⁶⁸ Art. V. 1.b de la Convention de New York du 10 juin 1958.

⁴⁶⁹ Ainsi, l'autorité compétente d'un pays peut par exemple, comme le juge français, considérer que le tribunal arbitral n'a pas invité les parties à s'expliquer sur le point de départ des intérêts légaux assortissant une condamnation principale, ni même à leur soumettre le fruit de son analyse comparative de documents comptables produits devant lui mais non discutés. Cf. en ce sens, Paris, 25 mars 2004, *Rev. arb.* 2004, p. 671, note J. ORTSCHIEDT – Civ. 2^e, 3 oct. 2002, *Rev. arb.*, 2004, p. 585 et la note de la G. BOLARD.

qui a causé un grief. Aussi, le tribunal arbitral peut systématiquement relever le motif au sein des pays dans lesquels la règle de contradiction est conférée à l'ordre public⁴⁷⁰. Quant à l'expiration de la convention d'arbitrage, le traité de New York dispose que la reconnaissance et l'exécution de la sentence peuvent subir un ajournement lorsque « la sentence porte sur un différend non visé dans le compromis ou n'entrant pas dans les prévisions de la clause compromissoire, ou qu'elle contient des décisions qui dépassent les termes du compromis ou de la clause compromissoire ; toutefois, si les dispositions de la sentence qui ont trait à des questions non soumises à l'arbitrage, les premières pourront être reconnues et exécutées »⁴⁷¹. Cette disposition est contraire à celle introduite par le Code de la procédure civile tolérant l'ajournement de l'*exequatur* dans le cas où « le tribunal arbitral a statué sans se conformer à la mission qui lui avait été confiée »⁴⁷² ; autrement il survient un cas d'*ultra* ou d'*infra petita* selon les doléances individuelles de chaque partie soumises au tribunal arbitral durant la procédure. En réalité, la compétence du tribunal arbitral devrait être estimée à partir du traité de New York en fonction des clauses relatives à la convention d'arbitrage. Elles sont quasiment généralisées sans aucune précision sur les aspects conflictuels à statuer. De toutes les façons, la mise en œuvre de l'article V.1.c, de la reconnaissance et de l'exécution de la sentence peut subir un ajournement total ou partiel.

⁴⁷⁰ L'article V.2.b de la Convention de New York admet également que l'autorité compétente de l'État refuse de reconnaître ou d'exécuter une sentence si elle constate « que la reconnaissance ou l'exécution de la sentence serait contraire à l'ordre public de ce pays ». Le droit comparé enseigne comme l'article 1520.5° du Code de procédure civile français que : « c'est l'ordre public dans sa conception internationale qui est visé, et non pas l'ensemble des règles impératives internes du droit de l'État d'accueil. Il n'est pas question d'un éventuel ordre public transnational ou véritablement international, qui demeure de toute façon, au mieux, à l'état embryonnaire. Dans ces conditions, certains arbitres choisissent de se tourner vers un ordre public véritablement international lorsqu'ils décident, au nom de principes ou de règles considérées comme supérieurs à la volonté des parties, de ne pas donner effet au choix qu'elles ont effectué pour une certaine loi ou, plus souvent, au contrat qu'elles ont conclu. On constate ainsi une pratique séductrice découlant de cette idée et l'on peut effectivement d'ores et déjà dégager certains principes de l'ordre public qui sont véritablement internationaux. Ils peuvent être qualifiés de nécessaire dans l'ensemble des systèmes juridiques étatiques et difficilement contestables. Ce sont notamment, l'interdiction de la corruption et du trafic de drogue, la prohibition de l'esclavage, la protection du patrimoine commun de l'humanité, etc. En revanche, malgré son succès indéniable auprès des arbitres, cet ordre public véritablement international, joue un rôle nécessaire mais limité. Son contenu reste désuet puisque, par hypothèse, ses règles résultent de la constatation d'un consensus en droit comparé. Aussi, en raison du contenu très limité et, dans les faits, de la forte orientation occidentale d'un tel ordre public, il n'est pas certain que son application conduise toujours à un résultat satisfaisant ».

⁴⁷¹ Art. V.1.c de la Convention de New York du 10 juin 1958.

⁴⁷² Art. 1520.3° du Code de la procédure civile.

Le tribunal arbitral aurait ainsi tranché sur un différend qui n'est pas impacté par le champ d'application personnel ou matériel de la convention d'arbitrage⁴⁷³.

B- Les griefs secondaires suspensifs de la sentence

99. D'après l'article V.1.d de la Convention de New York, la méconnaissance et l'inexécution de la sentence peuvent se manifester « lorsque la constitution du tribunal arbitral ou la procédure d'arbitrage n'a pas été conforme à la convention des parties ou, à défaut de convention non conforme à la loi du pays où l'arbitrage a eu lieu »⁴⁷⁴. Il revient aux litigants de mentionner dans leur règlement d'arbitrage les questions touchant à l'irrégularité paralysant la composition du tribunal arbitral ou la procédure. Au cas où aucune règle n'a été spécifiée, ce sont les règles du siège de l'arbitrage qui seront appliquées. Ce partage de compétences entre la loi d'autonomie et celle du siège peut alerter le tribunal arbitral. Il se préoccupera de maintenir l'effectivité de la sentence⁴⁷⁵. Mais doit-il immédiatement laisser la loi des litigants prédominer sur les principes directeurs du siège et encourir la suspension de la sentence au siège voir sa méconnaissance, son inexécution à l'étranger selon l'article V.1.e de la Convention de New York ? Ou, est-il toujours contraint de se conformer au respect des principes directeurs du siège pour se détourner des lois des parties puis ainsi soumettre l'*exequatur* de sa sentence à un refus à l'étranger en application de l'article V.1.d de la Convention de New York ? S'il y a un choix à effectuer, la seconde option paraît plus judicieuse et avantageuse. Car elle préserve d'abord la sentence de la suspension et de tout ajournement de la reconnaissance. Ensuite, même si la France ne fait pas entièrement abstraction de sa position, les pays contractants qui prônent la méconnaissance et l'inexécution d'une sentence annulée à l'étranger surpassent ceux qui s'opposent à l'acceptation d'une sentence qui ne reconnaît pas la loi des litigants dans le cadre de la

⁴⁷³ J.-F. POUDRET, S. BESSON, Droit comparé de l'arbitrage international, *op. cit.*, p. 888.

⁴⁷⁴ Art. V. 1.d de la Convention de New York du 10 juin 1958.

⁴⁷⁵ J.-F. POUDRET, S. BESSON, Droit comparé de l'arbitrage international, *op. cit.*, p. 891.

constitution du tribunal arbitral en raison de la nature impérative des règles du siège. Quoiqu'il advienne relativement à la position du tribunal arbitral, le refus d'accorder l'*exequatur* en vertu de l'article V.1.d de la Convention de New York⁴⁷⁶ peut spécialement s'opérer en cas d'irrégularité des clauses de la désignation des arbitres et en cas d'absence d'autonomie des arbitres ou, s'ils ne sont pas qualifiés selon les règles requises qui sont par exemple (l'expérience, l'incompatibilité professionnelle, la langue etc.). Aussi, le refus d'attribuer l'*exequatur* peut résulter du non-respect des règles de procédure. En ce sens, la Convention de New York ne sanctionnera toujours plus les irrégularités. Selon le caractère non obligatoire qui suscite la suspension de la sentence dans le pays d'origine, l'article V.1.e de la Convention de New York mentionne à ce propos, deux hypothèses supplémentaires susceptibles de disqualifier la reconnaissance et l'exécution de la sentence. On trouve notamment, « l'annulation ou la suspension par une autorité compétente du pays dans lequel, ou d'après la loi duquel, la sentence a été rendue »⁴⁷⁷ et « le caractère non obligatoire de la sentence pour les parties ». Le second motif relatif au refus de l'*exequatur* ne précise rien sur la sentence obligatoire dans la Convention. En revanche, quelques explications ont été apportées sur ce thème par certains praticiens. En se référant aux précédents textes, ces derniers ont apprécié le caractère obligatoire de la sentence selon la loi du pays dans lequel la sentence a été rendue. D'autres l'ont qualifié de notion autonome⁴⁷⁸ et c'est cette dernière interprétation qui s'est considérablement répandue en droit comparé⁴⁷⁹. La sentence est d'une obligation irréversible dans la mesure où l'article V. 1.e de la Convention de New York n'est pas en mesure de susciter sa méconnaissance ou son inexécution. Elle n'est plus susceptible d'une voie de recours ordinaire, c'est-à-dire qu'elle ne peut plus être infirmée sur le fond. Dans tous les cas, nous notons que la sentence n'est pas qualifiée de non-obligatoire à cause d'un recours en annulation ouvert à son encontre dans le pays d'origine ou à cause d'une

⁴⁷⁶ S. BOLLÉE, Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des sentences arbitrales, préf. P. MAYER, Economica, 2004, p. 192.

⁴⁷⁷ Art. V.1.e de la Convention de New York du 10 juin 1958.

⁴⁷⁸ J.-F. POUDRET, S. BESSON, Droit comparé de l'arbitrage international, *op. cit.*, p. 894 et s.

⁴⁷⁹ Ibid.

procédure d'*exequatur* non engagée⁴⁸⁰. L'annulation de la sentence prononcée dans le pays d'origine est également cause de refus d'*exequatur* selon le texte précité. La France fait application de leur droit plus favorable, en raison de l'imprécision de ce motif de refus d'*exequatur*. La suspension de la sentence devient un grief de méconnaissance et d'inexécution lorsqu'elle est décidée par une autorité du siège. Le caractère suspensif relié éventuellement au terme de recours ou en fonction d'un recours dans le pays où la sentence a été rendue doit éviter toute affectation de son *exequatur* dans un autre pays contractant.

§ II- La Convention de Genève du 21 avril 1961

100. Avant d'aborder le champ d'application de cette convention, il faut préciser que selon la Convention de New York, le juge étatique peut d'office relever sa compétence afin de s'opposer à l'*exequatur* dans deux différents contextes. Il s'agit de l'inarbitrabilité du différend et les difficultés liées à l'ordre public. La reconnaissance et l'exécution de la sentence peuvent se heurter à un refus lorsque le juge étatique compétent relève « l'inarbitrabilité du différend d'après la loi du pays requis »⁴⁸¹. Il revient au pays accueillant la sentence d'apprécier l'objet de l'arbitrabilité en fonction de ses propres notions arbitrales qu'il a instaurées⁴⁸². Lorsque la décision est conforme à la théorie, et que le juge étatique est bien compétent pour connaître les critères évoquant l'effectivité d'une sentence rendue sur son propre territoire⁴⁸³, il serait inconvenable pour les parties de solliciter l'*exequatur* dans un pays non rattaché à la situation conflictuelle. A l'instar de la France, l'arbitrabilité du différend peut librement se dérouler envers une sentence étrangère ainsi pour une sentence d'ordre interne. Nonobstant l'appréciation de l'article V.2.a de la Convention de New York sur l'arbitrabilité, cette éventualité est réalisable à la lumière des notions spécifiques

⁴⁸⁰ Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, op.cit., 1684, p. 992.

⁴⁸¹ Art. V.2.a de la Convention de New York du 10 juin 1958.

⁴⁸² Sur le droit français.

⁴⁸³ Sur le droit applicable à l'arbitrabilité du litige devant le juge étatique.

internationales relatives à l'arbitrabilité des différends. La disposition du traité de New York relative à ce contexte n'a pas été élargie pour que le juge étatique tienne compte par exemple, d'une loi de police étrangère pouvant légalement amoindrir l'arbitrabilité du différend. Lorsque le juge étatique compétent constate une contrariété à l'ordre public, il peut légitimement relever sa compétence afin de s'opposer à l'exécution d'une sentence. La Convention de New York admet à cet effet « que l'inadéquation de la reconnaissance ou l'exécution de la sentence à l'ordre public d'un pays rend le juge étatique compétent pour ajourner l'exécution de la sentence »⁴⁸⁴. De surcroît, selon le droit comparé, il faut tenir compte du concept international relatif à l'arbitrabilité à l'instar de l'article 1520.5° du Code de la procédure civile au lieu des principes directeurs du pays qui accueillent la sentence⁴⁸⁵. Car tout ordre public international doit s'élargir dans la quête de sauvegarder l'arbitrabilité internationale à travers une procédure adéquate (A) et d'après le champ d'application du traité de Genève (B).

A- La procédure de renvoi aux règles de procédures interne

101. La convention de New York renvoie essentiellement aux lois nationales dans le cadre des principes procéduraux d'*exequatur*. Selon son article, « chacun des États contractants reconnaîtra l'autorité d'une sentence arbitrale et accordera l'exécution de cette sentence conformément aux règles de procédure suivies dans le territoire où la sentence est invoquée, aux conditions établies dans les articles suivants »⁴⁸⁶. Pour épargner les sentences entrant dans son champ d'application au traitement défavorable à l'instar des sentences nationales, la suite de article III dispose néanmoins qu' « il ne sera pas imposé, pour la reconnaissance ou l'exécution des sentences arbitrales auxquelles s'applique la présente convention, de conditions sensiblement plus rigoureuses, ni de frais de justice sensiblement plus élevés, que

⁴⁸⁴ Art. V.2.b de la Convention de New York du 10 juin 1958.

⁴⁸⁵ J.-F. POUDRET, S. BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, *op. cit.*, p. 907, qui choisit de parler « d'effet atténué » de l'ordre public.

⁴⁸⁶ Art. III de la Convention de New York du 10 juin 1958.

ceux qui sont imposés pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales nationales ». Par conséquent, les États contractants sont bien libres de mettre en application les règles de procédures propres à la Convention et à la sentence. Ils devront veiller à ce que cette procédure d'*exequatur* des secondes ne soit point extraordinaire, ou coûteuse, ou encore complexe. Cette démarche simple s'accordera au régime de la Convention de New York dans le cadre de la reconnaissance et l'exécution des sentences qui préconisent la soumission aux critères de compétence, notamment l'échéance des dispositions mentionnées par les pays contractants. En guise d'illustration, ce sont les articles 1514 et suivants du Code de procédure civile qui doivent être appliqués⁴⁸⁷ dans le cadre du droit français. Avant l'obtention de la reconnaissance et de l'exécution par la partie demanderesse, l'article IV.1 de la Convention dispose qu'elle doit parallèlement à la demande communiquer, « l'acte authentique de la sentence ou une copie de cet original réunissant les conditions requises et l'original de la convention visée à l'article II [la convention d'arbitrage], ou une copie réunissant les conditions requises pour son authenticité »⁴⁸⁸. Dans le cas où les actes authentifiés ne sont pas transcrits dans une langue autre que celle de l'État où la sentence a été attestée, la partie « aura à concevoir une version des preuves dans la langue requise ». « La traduction devra être certifiée par un traducteur officiel ou un traducteur juré ou par un agent diplomatique ou consulaire ». Un nouveau cas de méconnaissance ou d'inexécution de la sentence est prévu par la Convention en raison d'une falsification d'un original de la sentence et de la convention d'arbitrage ou des copies réunissant les conditions nécessaires pour leur authenticité et la traduction certifiée des documents rédigées dans une langue autre que le français. La procédure d'*exequatur* est plus rigide en droit conventionnel qu'en droit français d'après le décret du 13 janvier 2011. Cette réticence de l'article IV paralyse la concrétisation des certificats par tout responsable consulaire ou diplomatique, judiciaire ou notarial, de tout pays ou même du pays d'origine de la sentence⁴⁸⁹.

⁴⁸⁷ Art. 1514 à 1517 CPC et également l'avant réforme, civ. 1^{re} Paris 18 févr. 1986, *Rev. arb.* 1986, p. 583, note G. FLÉCHEUX.

⁴⁸⁸ Art. IV.1 de la Convention de New York du 10 juin 2017.

⁴⁸⁹ J.-F. POUDRET, S. BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international op. cit.*, p. 920.

L'immédiateté de l'application exacte de cet article à l'égard de la convention et la sentence n'est plus évidente à l'instar de la demande de reconnaissance et d'*exequatur* malgré la certification des documents requis. Toutefois, le droit comparé initie l'amélioration de la demande⁴⁹⁰. La transcription de la sentence et de la convention ne nécessitant aucune particularité⁴⁹¹ peuvent se réaliser de toute manière⁴⁹². Seule l'authentification de la transcription doit être effectuée par un traducteur officiellement reconnu et déclaré ou par une autorité consulaire ou diplomatique sans distinction de nationalité. Cette procédure confère une grande prérogative à la compétence de l'autorité du pays d'accueil. Enfin, la convention de New York prévoit une circonstance de suspension optionnelle à l'égard de la procédure d'*exequatur* de la sentence dans le pays d'accueil. A ce propos, « si l'annulation ou la suspension de la sentence est demandée à l'autorité compétente [du pays dans lequel ou d'après la loi duquel la sentence a été rendue], l'autorité devant qui la sentence est invoquée peut, si elle l'estime approprié, surseoir à statuer sur l'exécution de la sentence ; elle peut aussi, à la requête de la partie qui demande l'exécution de la sentence, ordonner à l'autre partie de fournir des sûretés convenables »⁴⁹³. Une prérogative majeure conférée à l'autorité compétente d'accueil est notée dans le cadre de la révocation de l'instance ou éventuellement pour la confirmation de l'exécution de la sentence en échange d'une précaution effective. Cette exécution est ainsi mise à l'abri de toute velléité évasive provenant d'une partie qui recherche la révocation de la sentence dans le pays d'origine afin de paralyser l'exécution de la sentence.

⁴⁹⁰ *Ibid.*

⁴⁹¹ *Ibid.*, p. 922.

⁴⁹² Paris, 18 mars 2004, *Rev. arb.*, 2004, p. 917, spéc. p. 929 note sous J.-Y. GAURAUD et R. ZIADÉ, *op.cit.*

⁴⁹³ Art. VI de la Convention de New York du 10 juin 1958.

B- Le principe dilatoire de la Convention de Genève du 21 avril 1961 en matière de la reconnaissance et de l'exécution de la sentence

102. Élaborée pour compléter la Convention de New York dans le cadre de la reconnaissance et de l'exécution des sentences, la Convention genevoise a été ratifiée par 31 pays dont la France le 21 avril 1961. Elle a en particulier promulgué des principes relatifs à la procédure arbitrale notamment la convention d'arbitrage, la constitution du tribunal arbitrale et l'instance arbitrale⁴⁹⁴. Dans le cadre de l'annulation de la sentence, cette Convention dispose que « l'annulation de la sentence dans un État contractant constitue un motif de refus de reconnaissance ou d'exécution dans un autre État contractant si elle est intervenue, dans l'État dans lequel ou d'après la loi duquel la sentence a été rendue, pour l'une des causes qu'elle liste »⁴⁹⁵, et qui sont spécifiées par l'article V.1.(a à d) de la Convention de New York. En revanche, à partir de cet article elle aborde d'une manière évasive la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales. La mise en œuvre de la Convention de Genève est relative aux sentences arbitrales fondées sur des conventions d'arbitrage conclues pour le règlement des différends ou d'éventuels différends, dans le domaine du commerce international. Ces conflits doivent concerner les parties qui ont conclu la convention d'arbitrage où se trouve leur résidence habituelle ou leur centre dans des pays contractants. Cependant le centre d'arbitrage ne constitue à *priori* pas le caractère d'identification du champ d'application de la Convention de Genève. Il s'agit en fait du lieu de la résidence des parties afin que la reconnaissance et l'exécution de la sentence puissent être impactées par les textes de son article IX bien que l'arbitrage ne se soit point déroulé dans un pays qui n'a pas signé la Convention de Genève.

⁴⁹⁴ Cf. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, *op.cit.*, p. 161 et s.

⁴⁹⁵ Art. IX de la Convention de Genève du 21 avril 1961.

Conclusion du Chapitre I

103. D'une manière exhaustive, suites aux analyses et affirmations soutenues dans ce chapitre, les effets des attributs d'un jugement sont clairement distingués. Les premiers découlent de la volonté du juge qui change la doctrine juridique pour dire le droit. Les seconds, en dépit de leur rattachement à la volonté des parties présentent une nature inhérente par rapport à la décision du juge et y sont automatiquement liés. L'influence de la règle définitivement consacrée à l'égard de la circonstance des parties, reste légitime. Car la notion de « reconnaissance et d'exécution » de la sentence au sein du droit OHADA à développer dans le deuxième chapitre, prévoit que la sentence soit dotée de plusieurs attributs. Lorsqu'elle est tranchée, elle emporte certaines conséquences, outre celles du droit français et conventionnel.

CHAPITRE II- La compétence exclusive du juge étatique inhérente à la sentence arbitrale en droit OHADA

« Si les arbitres ont la responsabilité de régler un différend en droit, les juges doivent leur apporter leur assistance en contrôlant leur décision et en la dotant de la force exécutoire. Il n'y a donc pas lieu à confrontation ni à un quelconque chevauchement de compétences, chacun devant exercer les mêmes droits dans le cadre d'un système de garanties constitutionnelles un arbitrage efficace ne peut pas exister sans la coopération des tribunaux »⁴⁹⁶.

J.C. FERNANDEZ ROZAS

105. Cette aptitude est impactée par un juridisme important qui revêt la sentence de l'autorité de la chose jugée. L'*exequatur* peut facilement s'obtenir dans le cadre d'un éventuel recours devant le juge. Les discussions sur la nature de la décision du tribunal arbitral sont relatives aux conséquences juridiques souhaitables. Dans le but d'accélérer l'efficience de l'arbitrage en droit OHADA, un approfondissement sur la définition de la sentence facilite l'*exequatur* au plus grand nombre de décisions. Par voie de conséquence, les décisions peuvent faire l'objet des mesures d'exécution forcée. Afin d'éviter une multiplication des recours dilatoires, les critères participant à l'élaboration d'une sentence en Afrique subsaharienne doivent être identifiés. Cette identification doit s'effectuer par les jurisprudences qui démontrent le choix du système juridique OHADA pour l'une de ces approches sachant qu'il existe plusieurs catégories de sentences. Suite à l'intervention de la réforme d'arbitrage en 1999 au sein d'OHADA, les principes élaborés par le législateur dans le cadre de l'*exequatur* de la sentence arbitrale étaient confrontés à quelques imprécisions. Ces manquements constituaient un obstacle probant à l'effectivité de la procédure applicable devant le juge OHADA. Par le passé, la procédure applicable était uniquement fondée sur la jurisprudence. Dès l'entrée en vigueur du décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011, la destinée de l'*exequatur*

⁴⁹⁶ J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, Le rôle des juridictions étatiques devant l'arbitrage commercial international : Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, Martinus Nijhoff, 2001, Tome 290, p. 9 à 224.

a été assurée par des dispositions claires et précises qui lui confèrent une effectivité absolue. Ces dispositions relatives au régime de la reconnaissance et de l'exécution de la sentence sont consignées au 6^{ème} chapitre de l'Acte Uniforme à travers les articles 30 à 34. Les principes directeurs découlant de la jurisprudence qui gouvernaient avant la procédure applicable furent consacrés en plus des règles qui énumèrent l'aptitude du juge de l'*exequatur*. En outre, les règles de procédure applicables dont le juge étatique doit se servir à l'exécution provisoire de la sentence (**Section II**) ainsi que l'étendue du contrôle exercé sur la reconnaissance et l'*exequatur* (**Section I**) en droit OHADA seront élaborées.

SECTION I- La force probante des mentions de la sentence

106. La prérogative reconnue et conférée au juge étatique de l'espace OHADA, émane de la force probante des mentions de la sentence. Selon le principe qui régit cette suprématie, certaines énonciations de la sentence possèdent la force probante d'un acte authentique. L'*exequatur* fut l'ultime condition activant cette force d'après l'article 1477 avant la réforme du 13 janvier 2011. Il est également disposé dans le Code de procédure civile que « *la sentence arbitrale n'est susceptible d'exécution forcée qu'en vertu d'une décision d'exequatur émanant du tribunal de grande instance dans le ressort duquel la sentence a été rendue* »⁴⁹⁷. Une mission de contrôle de la sentence est ainsi attribuée au juge selon certains critères avant l'accord d'une exécution forcée. Toutefois, l'exclusivité de la compétence du juge étatique ne prive pas l'arbitre d'une éventuelle aptitude dans le domaine d'exécution. Car il détient la prérogative d'appliquer à sa décision une exécution transitoire ou temporaire dans le but de disqualifier la nature suspensive des voies de recours. Les principes antérieurs relatifs à ces deux aspects en dépit de l'intervention de la réforme du 13 janvier 2011 n'ont pas été modifiés. Au contraire, la réforme a essentialisé les règles postérieures qui visent à assurer l'exécution de la sentence. Après avoir développé les essentialités découlant de

⁴⁹⁷ Art. 1487 du Code de procédure civile.

l'exclusivité de la compétence du juge étatique dans le cadre d'*exequatur* (§ I) les voies de recours liées à cette procédure d'*exequatur* seront analysées (§ II).

§ I- La compétence du juge de l'*exequatur* en droit OHADA

107. Cette aptitude est gouvernée par un principe spécial. Avant de l'aborder, les questions qui confèrent la primauté à la compétence arbitrale dans le cadre de l'*exequatur* d'une sentence en dépit de la compétence exclusive du juge étatique, sont d'une importance indéniable. Par rapport à celles-ci on trouve notamment, le rejet du recours en annulation et l'*exequatur* conféré par le premier président de la cour d'appel ou le conseiller de la mise en état. Dans le cadre du rejet du recours en annulation, la procédure d'*exequatur* ne relève pas toujours de l'ordre juridique étatique c'est-à-dire du tribunal de grande instance. L'appel ou le recours en annulation formés contre la sentence acquièrent un plein effet de droit d'après le code de procédure civile⁴⁹⁸. Même si le juge avait rendu une ordonnance, celle-ci doit être immédiatement suspendue par la cour d'appel qui a été saisie du recours contre la sentence car « le rejet de l'appel ou du recours en annulation confère l'*exequatur* à la sentence arbitrale ou à celles de ses dispositions qui ne sont pas atteintes par la censure de la cour »⁴⁹⁹. La cour d'appel territorialement compétente perd sa prérogative assez exceptionnelle sur cette question particulière. La sentence peut faire l'objet de l'*exequatur* lorsque le juge initialement apte est dessaisi par les parties pour un appel et un recours en annulation. Aussi, lorsque la sentence est assortie de l'exécution provisoire qui déchoit la nature suspensive du recours en droit de l'arbitrage interne, « c'est le premier président ou dès qu'il est saisi, le conseiller de la mise en état qui est admis à attribuer l'*exequatur* à la sentence arbitrale »⁵⁰⁰. L'*exequatur* peut être concédé par le premier intervenant jusqu'à la saisine du conseiller de la mise en état. Juste après l'attribution, les mesures d'exécutions forcées de la sentence

⁴⁹⁸ Art. 1499, alinéa 2 du Code de procédure civile « recours contre l'ordonnance du juge ayant statué sur l'*exequatur* ou dessaisissement de ce juge ».

⁴⁹⁹ Art. 1527 al. 2.

⁵⁰⁰ Art. 1521.

peuvent précéder la décision de la cour d'appel. Lorsque la sentence n'est pas dotée d'une exécution temporaire et fait l'objet d'un appel ou d'un recours en annulation, les mesures d'exécution provisoires peuvent s'effectuer par le premier président ou le conseiller de la mise en état selon la saisie effectuée. C'est à ce niveau que l'*exequatur* de la sentence est concédé à l'arbitre, afin que les mesures d'exécution forcée précédant le recours contre la sentence soient entamées. Le Cameroun, le Comores et le Congo ont une expérience poussée de cette pratique. L'aptitude qui revient au président du tribunal de grande instance prescrivant les mesures conservatoires de la sentence, découle de l'article 1487. Antérieure à la réforme du 13 janvier 2011, l'ancien article issu du décret du 14 mai 1980 a envisagé que la demande d'*exequatur* soit admise devant « le juge de l'exécution du tribunal » de grande instance. Cependant, la règle de compétence énoncée par les dispositions précitées demeure inapplicable faute de précisions sur l'intervention exclusive du juge étatique. Ce manquement fut comblé suite à la modification de l'article L. 311-11 par l'article R 212-8° du Code de l'organisation judiciaire sur la base de la loi du 9 juillet 1991. D'après ce texte, le tribunal de grande instance peut connaître à juge unique « des demandes en reconnaissance et en *exequatur* des sentences arbitrales locales ou étrangères »⁵⁰¹. Cette compétence relève du « magistrat » qui est le président du tribunal de grande instance. Il peut lui-même exécuter sa mission ou la déléguer lorsqu'il est saisi de la demande d'*exequatur* au sein de cette juridiction. A titre illustratif, le juge territorialement apte pour exercer cette compétence exclusive au Burkina-Faso et au Sénégal est le président du tribunal de grande instance situé dans le ressort où la sentence a été rendue. Toutefois, cette mission peut être freinée lorsqu'aucune précision n'est faite sur le lieu où la sentence a été rendue. Lorsque le siège d'arbitrage est mentionné dans la convention d'arbitrage, c'est le juge d'*exequatur* situé dans le ressort qui est compétent. Dans le cas où aucune précision n'a été faite dans la convention d'arbitrage, c'est le lieu qui a connu la plupart des actes procéduraux de l'arbitrage qui est retenu⁵⁰². En revanche, le prononcé du juge sur la demande d'*exequatur* n'est pas conforme

⁵⁰¹ Art. 212-8° du Code de l'organisation judiciaire.

⁵⁰² M. De BOISSÉON, Le droit Français de l'arbitrage interne et international, op.cit., spéc n° 403.

au principe du droit commun des articles 493 et suivants du Code de procédure civile. Dans un premier temps il n'a pas été reporté aux dispositions relatives à l'arbitrage. Dans un second temps, le caractère exclusif du prononcé d'*exequatur* approuve l'impraticabilité de certaines dispositions sur la demande du prononcé. En réalité, il n'est pas question d'une décision temporaire du juge à l'instar du prononcé sur la demande selon les textes précités. C'est plutôt d'une décision similaire à d'autres prononcés effectués sur demande manifestement définitive. La mention faite sur les prononcés sur demande selon le droit commun⁵⁰³, est totalement contraire au prononcé de l'*exequatur* du juge qui ne connaît pas de motivation. L'*exequatur* étant immédiatement posé sur l'acte authentique arbitral ou la sentence, le motif du prononcé est réclamé dans le cas où l'*exequatur* est suspendu. Sous réserve que la sentence soit exécutoire par provision, ou qu'elle ne soit plus susceptible de recours, une éventuelle discussion immédiate peut s'engager sur les mesures d'exécution au cas où le prononcé est doté d'une exécution temporaire⁵⁰⁴. Après avoir relaté les règles de procédure applicable, à ce principe (A), la portée du contrôle exercée par le juge fera l'objet de notre étude (B).

A-Le déroulement de la saisie du juge dans l'espace OHADA

108. En droit OHADA, ce sont les principes propres à chaque juridiction qui prévalent.

L'inaptitude du conseiller de la mise en état à l'égard des prononcés sur demande, implique le respect absolu de la procédure contradictoire déroulée devant le président du tribunal de grande instance. Cette obligation reste effective à condition que la jurisprudence accepte d'appliquer l'article 1487, alinéa 2, du Code de procédure civile, selon « *les règles conformes à la demande d'exequatur* ». Ce visa est nécessairement suivi par tous les juges susceptibles d'accorder l'*exequatur* à la sentence dans l'espace OHADA même devant le conseiller de la mise en état. Il est permis au premier président de la cour d'appel de se prononcer sur

⁵⁰³ Art. 495 du Code de procédure civile.

⁵⁰⁴ Paris, 22 sept. 2005 et 25 juin 2006 (ord. CME) *Rev. arb.*, 2007, p. 523, note J. PELLERIN.

demande afin de surseoir « des mesures urgentes relatives à la sauvegarde des droits d'une partie ou d'un tiers lorsque les circonstances exigent que la mesure ne soit pas prise contradictoirement »⁵⁰⁵. Aussi, l'article 1487, alinéa 2, précité est appelé à s'appliquer devant le premier président du tribunal de grande instance. Il est compétent pour attribuer l'*exequatur* à la sentence préalablement dotée d'exécution transitoire à partie d'une prescription sur demande. Cette mission s'avère indispensable lorsque survient une urgence qui implique une garantie des droits de la partie demanderesse dans le but d'épargner le procès de tout débat divergent. Dans le cas où il surviendrait une omission quelconque, l'*exequatur* est transféré par prescription à une procédure divergente. Force est de constater que toutes ces règles de procédures applicables dans le cadre d'*exequatur* ont été préalablement clarifiées par la réforme du 13 janvier 2011. Bien qu'une carence de disposition de l'*exequatur* soit révélée avant la réforme, les articles 1478, 1488 et 1489 de l'ancien code de procédure civile prescrivaient l'accord ou le refus de l'*exequatur* par voie d'ordonnance sous la direction du président du tribunal de grande instance. Néanmoins, il y avait l'article 1479, alinéa 2 qui s'inférait sur le prononcé par voie d'ordonnance du premier président de la cour d'appel ou du conseiller de la mise en état. Les articles 1487, 1498, 1499, et 1500 du Nouveau Code de Procédure Civile ont approuvé la solution. Les conditions relatives à la saisine des magistrats antérieures à la réforme 2011 ne relataient aucune précision sur les principes directeurs du procès. Sauf, celles intervenues avant la réforme de 1980 et 1981 ont su adapter leurs dispositions à l'article 1020 de l'ancien code de procédure civile afin que le juge de l'*exequatur* du tribunal de grande instance soit sollicité par une requête. Suite à l'imprécision des textes sur la procédure applicable après les années 81, la question fut débattue et un premier courant issu de certaines juridictions du fond prévoyait « la saisine du juge de l'*exequatur* par assignation ». Les autres juridictions soutenaient la doctrine qui retenait « la saisine par une procédure sur requête ». Cette divergence fut bien après tranchée par la Cour de cassation dans un arrêt rendu le 9 décembre 2003. La solution

⁵⁰⁵ Art. 958 du Code de procédure civile.

qui découlait de cet arrêt était relative à l'arbitrage interne qu'à l'arbitrage international. Sur la base des articles 1477 et 1478 de l'ancien code de procédure civile, la Cour de cassation confirmait le courant doctrinal avec une précision complémentaire. Le président du tribunal de grande instance doit statuer « à juge unique, par ordonnance sur requête non contradictoire »⁵⁰⁶. La solution de l'arrêt se conforma ainsi au courant du législateur qui voulait déclinier le débat contradictoire auprès du juge d'*exequatur* qui n'exécute qu'un examen *prima facie* de la sentence. Tout examen d'approfondissement sollicité à travers un recours contre la sentence de l'arbitre, est délégué à la cour d'appel. Il fut clarifié que « la procédure relative à la demande d'*exequatur* n'est pas contradictoire »⁵⁰⁷ et « la requête est déposée par la partie la plus diligente au greffe de la juridiction »⁵⁰⁸. En réalité, la partie requérante à l'instance arbitrale peut saisir le juge en vue d'acquérir l'exécution de la sentence. La demande d'*exequatur* peut être effectuée par la partie requérante qui cède la créance issue de la sentence. Une procuration est délivrée par le cessionnaire afin que la partie adverse poursuive en son nom toutes les démarches respectives pour obtenir le dédommagement en tant que bénéficiaire de la sentence. C'est ce qui approuve et confirme l'intérêt à agir en exécution forcée⁵⁰⁹. Ce juridisme a été adouci dans le domaine international d'arbitrage, parce que le requérant n'est plus contraint à la présentation immédiate d'un exemplaire de la convention d'arbitrage suite à l'*exequatur*. La demande doit être suivie « de leurs copies réunissant les conditions requises pour leur authenticité »⁵¹⁰. Le juge en charge de l'affaire doit s'assurer de l'authenticité de l'original ou de la copie de la sentence arbitrale. Il doit également vérifier si la sentence est effectivement rendue par un tribunal arbitral d'après la solution qui prévalait depuis le décret du 12 mai 1981 pour l'arbitrage international. Au reste, après étude comparative des deux décrets⁵¹¹, il est constaté que le

⁵⁰⁶ Civ. 9 déc. 2003, J.C.P.G. 2004, 1, 119, n° 8, obs. J. BEGUIN *op.cit.*

⁵⁰⁷ Art. 1487, alinéa 2 du Code de procédure civile.

⁵⁰⁸ Art. 1487, alinéa 3 du Code de procédure civile.

⁵⁰⁹ Civ. 14 nov. 2007, J.C.P.G. 2008, I, 164, n° 9 obs. J. ORTSCHIEDT *op. cit.*

⁵¹⁰ Art. 1487, alinéa 3 du Code de procédure civile

⁵¹¹ Le décret du 14 mai 1980 et celui du 13 janvier 2011.

décret le plus récent, est resté silencieux sur la procédure à suivre devant le premier président ou le conseiller de la mise en état⁵¹². C'est la raison pour laquelle il est important d'examiner l'étendu du contrôle exercé par le juge.

B- La portée de la vérification du juge étatique

109. De prime abord, les dispositions relatives au contrôle du juge étatique à l'*exequatur* révélaient certains manquements. L'étendue du contrôle n'était pas précisée dans les textes élaborés par le décret du 12 mai 1980. Et les motifs pouvant faire obstacle à l'*exequatur* ne sont pas élucidés. Cependant, le juge faisait preuve d'une cohérence⁵¹³ en statuant au vu de la sentence et de la convention d'arbitrage. Cette stratégie lui facilitait sommairement sa mission. Les législateurs étant interpellés par cette méthode l'ont adopté et l'ont confirmé bien après la réforme de 13 janvier 2011 dans le Code de procédure civile. Selon cette disposition, « l'*exequatur* ne peut être accordé si la sentence est manifestement contraire à l'ordre public »⁵¹⁴. La mission du juge de contrôle à l'égard de la sentence était un contrôle primitif au travers duquel il devait se contenter d'analyser la « concordance manifeste » du contenu de la sentence à l'ordre public. Par la suite, il reviendrait à la cour d'appel d'effectuer un contrôle plus poussé dans le cas où cette dernière avait été sollicitée pour un recours contre la sentence. En principe, la vérification de la décision de l'arbitre ou de sa conformité n'est pas du ressort du juge de l'*exequatur*. Il lui est impossible de condamner la partie perdante à un versement de dommages et intérêts⁵¹⁵. La nature dominante de l'*exequatur* permet la réclamation des mesures d'exécution forcée dans le cadre de l'exécution de la sentence, et suscite l'intervention du juge étatique pour contrôler cette mission. Les textes consacrés à cette aptitude du juge sont énumérés par la jurisprudence. Le juge doit contrôler l'exactitude

⁵¹² Lorsque l'*exequatur* est sollicité au cours d'une instance en appel de la sentence, ou au moment d'un recours en annulation.

⁵¹³ Le prononcé de la sentence au vu de la convention.

⁵¹⁴ Art. 1488 du code de procédure civile.

⁵¹⁵ Civ. 14 déc. 1983, *Rev. arb.* 1984, p. 483, note M.C. ROUDEAU-RIVER *op.cit.*

de la décision arbitrale ainsi que sa concordance apparente à l'ordre public avant d'adjoindre l'*exequatur* à cette sentence. Avant la réforme de 1981, la Cour de cassation a rendu un arrêt dont la solution n'a pas été attestée. Cet arrêt retenait que le « rôle du juge investi du pouvoir de rendre exécutoire une sentence arbitrale est strictement limité, car le juge n'a pas à vérifier si la sentence a ou non été exécutée, et il ne peut refuser l'*exequatur* que si l'acte qui lui est soumis n'a pas un caractère contentieux et ne constitue pas une sentence arbitrale, ou si son inexistence est flagrante, ou enfin si ses dispositions sont contraires à l'ordre public »⁵¹⁶. Nonobstant l'adjonction de l'*exequatur* par le juge sur l'original de la sentence ou sur sa copie, ce dernier doit scrupuleusement contrôler l'authenticité de la sentence ainsi que ses caractéristiques. La nature superficielle de la mission du juge de l'*exequatur* la préserve de toute autre recherche des vices qui peuvent influencer la convention d'arbitrage ou la composition du tribunal arbitral. Et, même si c'était le cas, la sentence serait toujours approuvée mais entachée d'un vice non flagrant. La cour d'appel peut cependant être saisie pour élucider cette éventuelle préoccupation venant d'une partie qui veut solliciter la nullité de cette décision. Après tout, la mission exercée par le juge d'*exequatur* « l'article 1488 » n'est pas de veiller ou non à l'annulation de la sentence⁵¹⁷. Il est simplement appelé à vérifier l'exactitude effective de la solution consacrée par la sentence à l'ordre public. Et il peut refuser d'accorder l'*exequatur* lorsque la décision rendue par le tribunal arbitrale est contraire à l'ordre public interne. De plus, la vérification n'est pas relative à la conformité de la sentence d'après les cas d'ouverture de recours en annulation ciblés par l'article 1492 du Code de procédure civile. Le caractère et la portée du contrôle doivent être exacts en dépit du juge étatique. Qu'il s'agisse du premier président ou du conseiller de la mise en état ou du président du tribunal de grande instance, l'aptitude qui lui a été conférée lui est reconnue pour accorder l'*exequatur* à la sentence. De surcroît, le pouvoir de limiter l'*exequatur* à une partie de la sentence est également conféré au juge. Cette mission appelée « *exequatur partiel* » est confirmée par le Code de procédure civile qui dispose que « *le rejet de l'appel*

⁵¹⁶ Civ. 2^e, 17 juin 1971, Bull. civ. II, n° 222 note Ph. BERTIN.

⁵¹⁷ Ph. BERTIN, Le rôle du juge dans l'exécution de la sentence arbitrale, p. 2845.

ou du recours confère l'*exequatur* à la sentence ou à celles de ses dispositions qui ne sont pas atteintes par la censure de la cour »⁵¹⁸. L'*exequatur* peut donc être conféré aux seules dispositions de sentence qui sont distinctement conformes à l'ordre public. Mais à la seule condition que ces dispositions soient séparées de celles qui sont proscrites à l'*exequatur*⁵¹⁹.

§ II- Les voies de recours après l'*exequatur*

110. Elles sont prescrites par l'Acte Uniforme d'après les articles 25 à 29. Suite à la réforme du 13 janvier 2011, une précision a été apportée sur le sens de la décision rendue par le juge d'*exequatur*. Seuls deux cas d'ordonnance d'*exequatur* sont susceptibles de recours. On trouve, l'ordonnance refusant l'*exequatur* et un cas exceptionnel de l'*exequatur* octroyé par le premier président ou le conseiller de la mise en état. L'ordonnance attribuant l'*exequatur* est disposée par l'article 32, alinéa 2 de l'Acte Uniforme qui mentionne cette inaccessibilité de recours. En revanche, l'appel ou le recours en annulation de la sentence est légitimement possible lorsque la cour est saisie pour un recours contre l'ordonnance du juge ayant statué sur l'*exequatur* ou le dessaisissement de ce juge. La partie souhaitant s'opposer à l'ordonnance d'*exequatur* d'une sentence est instantanément limitée. Il doit interjeter appel de la sentence ou solliciter un recours en annulation d'après les spécificités liées à son contexte. Le juge qui a rendu cette décision se verrait incapable d'accorder l'*exequatur* à la sentence parce qu'il n'est pas compétent et la décision non plus n'est pas susceptible de recours en annulation. En revanche, à titre exceptionnel d'après l'alinéa 2 de l'article 32 du Code de procédure civile, la décision est susceptible d'un recours pour excès de compétence devant la cour d'appel. Avant le décret de 2011, il avait été admis que le juge excède ses compétences qui lui confèrent l'accord de l'*exequatur* à une sentence en dépit du recours en annulation devant la cour d'appel. Le prononcé sur la demande d'*exequatur* est transféré au

⁵¹⁸ Art. 1498, alinéa 2, du Code de procédure civile.

⁵¹⁹ Civ. 28 avr. 1987, *Rev. arb.* 1991 p. 345, obs. J.H MOITY et C. VERGNE.

premier président de la cour d'appel ou au conseiller de la mise en état, parce que le président du tribunal de grande instance⁵²⁰ est dessaisi par l'appel ou le recours en annulation. La solution ne diffère pas malgré le prononcé du tribunal de grande instance ou de son président. Toutefois, l'incompétence territoriale du juge de l'*exequatur* ne représente pas un excès de compétence⁵²¹. Après avoir défini les éventuelles solutions suscitant l'accord ou le refus de l'*exequatur* à une sentence revêtue de l'exécution provisoire (A) les moyens et voies qu'emprunte l'ordonnance refusant l'*exequatur* seront élucidés (B).

A- L'ordonnance du premier président ou du conseiller de la mise en état

111. Les recours contre l'ordonnance du premier président de la cour d'appel ou du conseiller de la mise en état attribuant ou refusant l'*exequatur* à une sentence, ne sont pas traités par les dispositions arbitrales. Il semblerait que l'ordonnance du premier président de la cour d'appel ne peut être annulée. D'après les deux solutions analysées, c'est le régime du droit commun qui gère dans un premier temps ces ordonnances. Il s'ensuit l'exercice des recours traditionnellement ouverts contre les ordonnances du premier président et du conseiller de la mise en état. Dans un second temps, ce sont les dispositions applicables aux ordonnances du juge de l'*exequatur*, qui doivent régir les ordonnances du premier président et du conseiller de la mise en état. Lorsqu'elles sont introduites devant ces derniers après achèvement, ces ordonnances sont passibles d'une pétition en cassation en dehors de la décision sur le fond. En Afrique centrale, notamment au Cameroun et au Congo, la mission du premier président peut être confrontée à une révision. Un appel peut être fait à l'égard de l'ordonnance d'*exequatur* qui suspend la mission autonome du premier président. Nonobstant l'arrêt sur le fond, les ordonnances du conseiller de la mise en état ne peuvent pas subir de recours. Selon le Code de procédure civile « elles peuvent toutefois être déférées à la cour d'appel, dans les quinze jours de leur date, dans certains cas limitativement et l'arrêt rendu par la cour

⁵²⁰ Civ. 1^{ère}, 29 juin 1994, *Rev. arb.* 1996, p. 400, note A. HORY.

⁵²¹ Paris, 22 sept. 1995, *Rev. arb.* 1996, p. 109 note E. GAILLARD.

sur déferé est ensuite susceptible de pourvoi, selon les règles du droit commun »⁵²². L'application des règles de droit commun sur les recours contre les ordonnances d'*exequatur* du premier président et du conseiller de la mise en état révèle une contrariété. Le fond et la forme de la sentence dépendent du juge qui rend la décision. Par ailleurs, les dispositions énoncées par les articles 1499 et 1500 du Code de procédure sont accessibles parce qu'elles spécifient les recours selon le contenu de la décision. De plus, leurs élaborations se fondent sur la nature de la décision du juge et elles semblent se modernisées en dépit du magistrat ordonnant l'*exequatur*⁵²³.

B- L'interdiction de l'*exequatur*

112. Selon l'Acte Uniforme, « la décision qui refuse l'*exequatur* n'est susceptible que de pouvoir en cassation devant la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage. Cependant l'ordonnance qui refuse l'*exequatur* peut être frappé d'appel dans le délai d'un mois à compter de sa signification »⁵²⁴. Afin de résoudre la difficulté évoquée en 1980 sur la concentration des recours à la CCJA et pour consolider la cohérence ou la régularité du juge dans ce domaine, « la cour d'appel reconnaît la demande d'une partie, de l'appel ou du recours en annulation formé à l'encontre de la sentence arbitrale, lorsque le délai pour l'exercer n'est pas expiré ». La nouvelle disposition s'est abstenue de reprendre strictement les termes de l'ancien article qui précisaient que « la cour d'appel connaît, à la demande des parties, des moyens que celles-ci auraient pu faire valoir contre la sentence arbitrale, par la voie de l'appel ou du recours en annulation selon le cas ». Il a simplement pris connaissance d'une éventuelle notification de la sentence avant l'*exequatur*. Cette notification doit préciser l'échéance pour faire appel ou pour solliciter un recours contre l'ordonnance ajournant l'*exequatur*. La disponibilité des moyens qui peuvent être mis en œuvre contre la sentence

⁵²² Art. 916, alinéa 2, Code de procédure civile.

⁵²³ D. FOUSSARD, Le recours pour excès de pouvoir dans le domaine de l'arbitrage, *op. cit.*, p.631.

⁵²⁴ Art. 32 de l'Acte uniforme

pour soutenir ces deux recours sont effectifs. La validité du délai d'appel ou du recours en annulation durant la période où la partie sollicitant la paralysie de l'*exequatur* est effectuée, s'en suit de l'abrogation *in fine* de la sentence⁵²⁵ par la cour qui fut saisie de l'appel contre l'ordonnance du refus de l'*exequatur*. Elle ne se limiterait pas à refuser l'*exequatur*, et la sentence disparaîtrait de l'ordre juridique. Peu importe la cause qui prévaut, la cour d'appel se conformera aux cas d'annulation figurant à l'article 1492 du Code de procédure civile. Lorsque la voie de recours ouverte contre la sentence est identique au recours en annulation, la cour d'appel qui détient la charge de ce recours suite à la réclamation d'une partie possède la compétence d'annuler la sentence selon l'une des dispositions prévues à l'article 1492. Il rentre en jeu non seulement l'ordonnance de refus d'*exequatur* mais aussi la sentence immédiatement impactée par la décision de la cour d'appel. Les effets de la vérification de la cour d'appel sont distincts dès l'expiration du délai pour recourir contre la sentence. Dans ce cas, le refus de l'*exequatur* par la cour d'appel n'est possible qu'à la reconnaissance de la compétence du président du tribunal de grande instance pour statuer. En dépit du débat contradictoire sur la sentence et sur la convention d'arbitrage, une vérification plus accentuée de la solution émise au regard de l'ordre public interne devait être effectuée par la cour d'appel. « Il faut néanmoins souligner qu'en tout, état de cause, ni l'appelant, ni l'intimé, ne peuvent invoquer, dans l'instance engagée sur le recours contre la décision refusant l'*exequatur*, qu'il soit ou non accompagné d'un appel ou d'un recours en annulation formé à titre incident, le moyens qui seraient incompatibles avec ceux qu'ils ont présentés devant le tribunal arbitral »⁵²⁶. La mise en œuvre de la règle de l'*estoppel* suscite l'irrecevabilité de ces moyens spécifiques incontournables. Par ailleurs, le délai d'un mois pour former l'appel contre l'ordonnance d'*exequatur* au Congo et en Côte d'Ivoire, débute dès l'émission de l'ordonnance. Le contenu de cette ordonnance doit être conforme aux jugements pour que le délai d'appel soit valide. Sinon, l'appel est formé, instruit et jugé selon les règles liées à la

⁵²⁵ A condition qu'elle soit susceptible d'appel.

⁵²⁶ H.D. AMBOULOU, Le droit de l'arbitrage et des institutions de médiation dans l'espace OHADA, L' Harmattan, 2015, p. 140.

procédure ordinaire devant la cour d'appel. Durant le recours ouverts contre l'arrêt de la cour d'appel, c'est le droit commun qui prévaudra. Par le passé, une proposition d'accroissement de la compétence du juge de l'*exequatur* fut effectuée. Le juge qui rend l'*exequatur* était supposé modifier ou rétracter son ordonnance de refus d'*exequatur* sur la base de l'article 497 du Code de procédure civile. Certes, le régime exposé à l'article 495 du Code de procédure civile ne s'accorde pas avec cette proposition. De même, le caractère de la vérification malgré sa conformité à l'ordre public, s'oppose à priori à la reconsidération de son jugement initial. Au demeurant, la solution serait incohérente à la vision des réformes modernes à l'arbitrage dans le domaine des recours devant la cour d'appel.

SECTION II- L'exclusivité de la compétence du juge étatique pendant l'exécution provisoire de la sentence

113. Les dispositions relatant l'octroi de l'exécution de la sentence arbitrale varient en fonction des règlements élaborés par chaque pays au sein de l'OHADA. Au Bénin, ce sont les articles 25 et 26 du règlement CAMEc⁵²⁷ qui gouvernent ce processus. En République démocratique du Congo, c'est l'article 27 du règlement du CAC⁵²⁸ qui énumère ce procédé et en Côte d'Ivoire c'est l'article 27 du règlement de la CCJA⁵²⁹ de l'OHADA qui définit cette procédure. Dans un premier temps, l'article 1484 du Code de procédure civile dispose que l'exécution provisoire peut être accordée par le tribunal arbitral. Il spécifie que la sentence « peut-être assortie de l'exécution provisoire » et l'article 1496 du même code, qui après avoir posé l'effet suspensif des recours sur la sentence, complète « à moins qu'elle ne soit assortie de l'exécution provisoire ». Cependant, ces compléments confèrent davantage de lisibilité à la compétence du tribunal arbitral pour l'exécution provisoire et ses effets. En

⁵²⁷ Centre d'Arbitrage, de Médiation et de Conciliation

⁵²⁸ Centre d'Arbitrage du Congo

⁵²⁹ Cours Commune de Justice et d'Arbitrage

dépit de l'opposition de l'article 515 de l'ancien Code de procédure civile⁵³⁰, la modalité de l'article 1484 du Nouveau Code de Procédure Civile reflète que cette compétence reste applicable suite à la réforme du 13 janvier 2011. Il revient au tribunal arbitral de consolider la règle de la contradiction en invitant les parties à extérioriser leur avis sur la décision, sans oublier les frais de l'arbitrage. Les charges émanant de l'article 515, alinéa 2, du Code de procédure civile dans le cadre de la suspension de l'exécution provisoire des jugements furent infirmées par le décret n°2005-1678 du 28 décembre 2005. En outre, les obligations relatives au paiement des frais irrépétibles sont adaptables à l'exécution transitoire. Aussi, les dispositions qui concèdent la compétence d'exécution transitoire de la sentence au tribunal arbitral ont été approuvées par le nouveau texte. L'urgence et le péril en la demeure confirment la nécessité de cette mission. En revanche, tout dépend de la question et de la circonstance, car selon l'intitulé de cette section spécifiée, il revient au juge de l'exécution en tant que juge étatique de gouverner cette procédure. Il a été judicieux de présenter le revers de la médaille à l'égard de cette attribution pour montrer que, lorsque la sentence n'est pas assortie de l'exécution provisoire, il revient au tribunal arbitral d'apporter sa précision. Il sera question de démontrer au prime abord que l'accomplissement de cette mission par le juge étatique ou éventuellement l'arbitre dépend préalablement des parties (§ I). Ensuite, les restrictions liées à la capacité des parties élargissant la compétence du juge étatique feront l'objet du (§ II).

§ I- La volonté des litigants dans la procédure d'exécution provisoire en droit OHADA

114. Cette liberté puise sa source dans les articles 24 et 28 de l'Acte Uniforme qui relatent l'exécution temporaire de la sentence. Les dispositions relatives à cette procédure constituent

⁵³⁰ L'exécution provisoire pouvait être ordonnée d'office, ce dont il avait été déduit que le tribunal pouvait le faire sans statuer *ultra petita*

un complément de la liberté au cours de l'instance arbitrale. Les parties ont à la fois la capacité de suppléer la compétence du tribunal arbitral ou de surseoir son aptitude. Elles sont libres de spécifier immédiatement ou plus tard, le renvoi à un règlement d'arbitrage et vouer la sentence à une exécution provisoire dans la convention d'arbitrage. La volonté des litigants étant cruciale, l'exécution provisoire effective de la sentence n'est plus primordiale. Les conditions respectives validant le droit des litigants (A) et la compétence spéciale du juge étatique pour départir les litigants sollicitant une exécution provisoire forcée de la sentence (B) seront pris en compte.

A- Le droit des litigants dans le cadre d'exécution provisoire

115. Les parties sont à la fois préoccupées par l'exécution de la sentence et par sa rapidité. Selon l'arbitrage international et à la différence des règles régissant ce domaine, les échéances relatives aux recours ont une conséquence sur l'exécution de la sentence dans l'arbitrage interne. L'exécution transitoire constitue un moyen spécifique pouvant accélérer l'*exequatur* de la sentence. Les règles gouvernant l'exécution temporaire relatives aux sentences arbitrales sont les « *règles sur l'exécution des jugements* »⁵³¹. Les articles 514 à 526 du Nouveau Code de Procédure Civile qui soutenait la volonté des parties étaient le point focal qui confirmait cette matière. La procédure du renvoi paralysait l'application des dispositions et suscitait des remises en questions surtout à l'égard du régime exact coordonnant l'exécution provisoire des sentences arbitrales. L'applicabilité de ces dispositions défavorise conjointement l'exécution rapide des sentences arbitrales. Pour autant, le créancier serait empêché d'user ces moyens identifiables assurant la célérité. Les parties se servent du décret du 13 janvier 2011 qui emploie particulièrement certaines de ces dispositions pour élucider et consacrer les modalités concernant l'exécution provisoire des sentences arbitrales. De surcroît, cela a figé les échanges sur l'applicabilité de la mesure de radiation attribuée au

⁵³¹ Art. 1479, alinéa 1 du Code de procédure civile.

juge d'après l'article 526 du Code de procédure civile. Bien que cette mesure spéciale soit inexécutable pour réclamer une exécution provisoire, le recours en annulation est plausible. Suites à ces précisions, les principales règles dirigeant et maîtrisant la mission du juge étatique doivent être prises en compte.

B- Une faculté spéciale pour un juge étatique spécial

116. Le principe de cette prérogative énoncé par l'article 28 de l'Acte Uniforme consiste à évincer le tribunal arbitral de la contradiction qu'il a statué. Après avoir exécuté sa mission dans le cadre de l'exécution provisoire de sentence, le tribunal arbitral n'a plus le pouvoir de revenir sur sa décision pour suspendre à nouveau cette mesure. Il est obligé de laisser la primauté à la justice étatique qui doit se charger de cette nouvelle mission puisque ces compétences lui sont échues et reconnues. Selon cette prérogative et à partir du Code de procédure civile « le premier président statuant en référé ou, dès qu'il est saisi, le conseiller de la mise en état peut, lorsque la sentence est assortie de l'exécution provisoire, arrêter ou aménager son exercice lorsqu'elle risque d'entraîner des conséquences manifestement excessives ». Toutefois, le conseiller de la mise en état n'était pas compétent pour intervenir à cause du renvoi effectué à l'article 524 du Code de procédure civile bien avant la réforme de 2011. La répartition de compétence inexistante en droit fut établie par le décret pour ajouter l'intervention du conseiller de la mise en état. Dans la même optique, la procédure sur le recours en annulation a été traduite par la réforme et son principe a été rajouté à la section qui traite de l'appel. Il confirme à cet égard l'ancienne jurisprudence⁵³² qui avait commenté l'article 524 du Code de procédure civile. Par ailleurs, à l'instar de l'octroi de l'exécution provisoire, le Burkina Faso et le Sénégal prédisposent l'introduction préalable d'un recours suspensif à l'aptitude du juge pour interrompre l'exécution provisoire de la sentence. Dans la pratique, la recevabilité de la saisine du premier président ou du conseiller

⁵³² Elle n'évoque pourtant que l'appel, comme autorisant également l'arrêt de l'exécution provisoire en cas de recours en annulation contre la sentence arbitrale.

de la mise en état déclenche un recours en annulation effectif contre la sentence arbitrale. Le juge unique qui détient la mission de surseoir l'exécution provisoire ne peut contrôler l'admissibilité du recours dont la cour a été déjà saisie. En revanche, il doit contrôler l'authenticité de la sentence arbitrale afin qu'elle ne soit pas empreinte de l'inadmissibilité⁵³³. Sinon, le juge serait inapte pour surseoir l'exécution d'une ordonnance de procédure du tribunal arbitral.

§ II- L'exécution provisoire issue du juge étatique

117. Il est du ressort du juge étatique d'ordonner à partir de certaines conditions une exécution provisoire à une sentence qui en est dépourvue. Ce dernier a également le pouvoir d'arrêter cette exécution pour certaines raisons spécifiques. Bien que cette mission soit spécialement attribuée et reconnue au juge étatique il faut reconnaître que cette faculté est échue à un juge spécial autre que le juge d'appui. Selon les textes, « le premier président statuant en référé ou, dès qu'il est saisi, le conseiller de la mise en état peut lorsque la sentence n'est pas assortie de l'exécution provisoire, ordonner l'exécution provisoire de tout ou partie de cette sentence »⁵³⁴. Suite à ces précisions, il faut envisager dans un premier temps les principales conditions exprès **(A)** participant à l'ordonnancement de l'exécution provisoire. Dans un second temps les conditions implicites **(B)** activant la compétence du juge étatique pour arrêter l'exécution provisoire, seront énumérées.

⁵³³ Non pas au motif que le recours principal est également irrecevable, mais parce que l'article 28 de l'Acte Uniforme ne parle que de la « sentence ».

⁵³⁴ Art. 1497.2° du Code de procédure civile.

A- Les conditions exprès relatives à la décision provisoire du juge étatique en espace OHADA

118. L'intervention du juge étatique pour octroyer une décision provisoire relève d'une urgence.

Trois conditions suscitent cette intervention transitoire du juge dans le cadre de la validité et la de la reconnaissance de cette compétence. D'après la troisième condition concédant au juge étatique la compétence d'ordonner une exécution provisoire à une sentence, elle est préconisée par la morale ou le bon sens. Elle est rattachée au principe de la mesure demandée par les parties. En principe, la compétence du juge est valide et reconnue lorsque le recours formé contre la sentence arbitrale paralyse entièrement son exécution. Bien que le recours en annulation et l'appel ne peuvent surseoir l'instance arbitrale, l'arbitre est libre de poursuivre sa mission qui consiste à rendre une sentence mixte⁵³⁵. L'intervention du juge pour attribuer l'exécution provisoire de la sentence à partir de cette mesure spécifique est privée de cause. Le Bénin, le Cameroun et le Congo ont adopté cette solution. La deuxième condition subordonnée au principe de recours notamment l'appel et le recours en annulation, octroie la saisine du juge. Elle est approuvée par l'article 1497 mentionné à la troisième section du chapitre relatif aux voies de recours titrée « dispositions communes à l'appel et au recours en annulation ». La dernière condition qui normalement est la première, a trait à l'existence d'un recours préalable. En réalité, l'aptitude du premier président ou du conseiller de la mise en état pour ordonner l'exécution provisoire n'est effective qu'après la susceptibilité d'un recours à la sentence. Ce postulat se confirme au regard de l'échéance du recours. En outre, la sentence dotée d'*exequatur* peut encourir une exécution forcée même si elle est dépourvue d'une exécution temporaire. Aussi, la condition d'urgence découlant de l'article 525 du Code de procédure civile relative par le passé à l'exécution transitoire du juge dès le refus du tribunal arbitral, reste exonérée. De plus, les nouvelles dispositions subordonnées à l'exécution temporaire ne correspondent plus à celles qui sont relatives aux

⁵³⁵ C'est une sentence qui tranche une partie du principal et ordonne une mesure provisoire ou d'instruction.

jugements. Cependant, au cas où l'exécution transitoire n'a pas été réclamée auprès du tribunal arbitral ou au cas où celui-ci a abandonné sa mission, la sentence provisoire doit être reconduite. Ce postulat était développé avant la réforme du 13 janvier 2011 et les mentions inscrites à l'article 225-1 du Code de procédure civile prédictible n'étaient pas contraignantes. En dépit de la reconnaissance attribuée à l'aptitude du juge dans ce domaine, l'exécution temporaire est susceptible d'être « accordée par le magistrat de la mise en état si elle est nécessaire et si elle est compatible avec la nature de l'affaire ». Ces conditions obligatoires et harmonieuses suivies du fond du différend restent conciliantes. Car elles sont soumises à la situation⁵³⁶ du juge détenant la charge de doter la sentence d'une exécution provisoire malgré le recours suspensif d'exécution. Peu importe la présomption, la cause de la sollicitation du juge étatique dépend absolument des moyens facilitant l'exécution temporaire de la sentence. Le juge doit éviter de se prononcer sur la perspective d'irrecevabilité du recours effectué contre le fond de la sentence. Il doit également se détourner de tout défaut pouvant éventuellement affecter la sentence. Ainsi, il épargne la sentence de tout moyen susceptible lui accordant un recours principal. Les conditions relatives à l'intervention urgente du juge en droit OHADA ne peuvent prévaloir sur le recours effectué contre le fond de la sentence. Tout dépendra uniquement de la situation des litigants et de la date du prononcé. Le premier président de la cour d'appel ou le conseiller de la mise en état doit se référer à ce point capital pour exercer sa compétence⁵³⁷. Relativement aux voies de recours ouvertes contre la décision du juge, les textes coordonnant l'arbitrage n'ont émis aucune spécificité. En outre, ce domaine en droit commun révèle un déséquilibre déplorable. Lorsque la compétence du premier président de la cour d'appel est appliquée en référé selon l'article 1497 du Code de procédure civile, un recours peut être effectué contre sa décision parce qu'il surseoit la libre instance engagée en sa présence. Cependant le recours est irrecevable lorsque le prononcé est délégué au conseiller de la mise en état. Les décisions de ce dernier ne sont pas susceptibles de pourvoi en dehors de l'arrêt sur le fond. Et en

⁵³⁶ Le pays de résidence du juge.

⁵³⁷ Paris (ord. CME), 4 juillet 1997, *prec.*

matière judiciaire, il a été jugé que la décision du conseiller de la mise en état ne peut « être qu'éventuellement déferée à la cour d'appel » selon les conditions prévues par l'article 914, alinéa 2, du Code de procédure civile⁵³⁸. A titre exceptionnel, certaines décisions conférées à la cour d'appel sont susceptibles de recours après quinze jours d'émission selon le principe du droit commun.

B- Les conditions implicites de la compétence du juge étatique pendant l'exécution provisoire

119. Si le juge étatique a le pouvoir d'ordonner l'exécution provisoire d'une sentence, il a également le droit de l'arrêter. Cette compétence subordonnée à l'arrêt de l'exécution provisoire de la sentence dépend de certaines conditions. Bien que ces conditions ne soient pas exprès parce que l'Acte Uniforme n'en donne aucune précision, la première condition requiert une preuve indéniable. L'applicabilité de cette aptitude se reconnaît aux sentences non exécutées. Ainsi, le premier président de la cour d'appel ne peut pas contester les conséquences issues des actes d'exécution accomplis ou les dépenses préalablement effectuées à sa décision. Toute demande relative aux mesures d'exécution achevées équivaut à un dédommagement ou à une restitution. Ce qui n'est pas conforme à l'arrêt de l'exécution provisoire. Dans la pratique, lorsqu'une partie souhaiterait préserver ses biens de toutes mesures d'exécution forcée, suite au prononcé d'une sentence arbitrale dotée d'exécution provisoire la sanctionnant, elle doit au plus tôt solliciter un appel contre la sentence et prioritairement saisir le premier président de la cour d'appel à travers un recours sur le prononcé des mesures mentionnées par le texte précité. En revanche, la seconde condition pouvant susciter l'arrêt ou la modification de l'exécution provisoire d'une sentence, tire sa source du Code de procédure civile. Cette disposition⁵³⁹ était applicable par renvoi à un autre

⁵³⁸ Civ. 2^e 9 oct. 1991, Bull. civ. II^e n° 247.

⁵³⁹ Art 1497.2° du Code de procédure civile.

texte⁵⁴⁰ avant la réforme du 13 janvier 2011. Les décisions rendues à partir des anciennes dispositions détiennent des prérogatives pour être exécutées suite à la réforme de 2011. Le seul inconvénient qui découle de ce postulat paralyse l'aptitude du premier président de la cour d'appel pour arrêter l'exécution provisoire à cause de l'irrégularité de la sentence arbitrale. Nonobstant le refus subordonné à l'irrégularité effective de l'exécution temporaire de la sentence, le juge unique qui ordonne dans l'urgence est inapte pour examiner de fond en comble la sentence du tribunal arbitral. Il ne dispose pas de pouvoir pour préjuger le fond du différend afin de contrôler si par exemple la sentence a été prononcée ou non d'après un compromis invalide. L'effectivité excessive des effets qui rejaillissent de cette exécution provisoire ne doit pas subir le même prononcé à l'instar de l'article 524.2^{o541} du Code de procédure civile. La précision de cet article prédispose le premier président ou le conseiller de la mise en état à s'en tenir uniquement au moyen financier des litigants. Au cas où un doute planerait sur cette réalité, cette question nécessitera une modification au lieu de la suspension de l'exécution provisoire. En dépit de l'absence d'une disposition de l'Acte Uniforme, le juge peut remplacer l'exécution provisoire, par l'ordonnance d'une assurance authentique ou exclusive contraignant le redevable à transcrire sa redevance. Il a d'ailleurs la possibilité d'échelonner son versement suite à la condamnation.

⁵⁴⁰ Art. 1479 de l'ancien code de procédure civile.

⁵⁴¹ « Si elle risque d'entraîner des conséquences manifestement excessives ; dans ce dernier cas, le premier président peut aussi prendre les mesures prévues aux articles 517 à 522 . Le même pouvoir appartient, en cas d'opposition, au juge qui a rendu la décision. Lorsque l'exécution provisoire est de droit, le premier président peut prendre les mesures prévues au deuxième alinéa de l'article 521 et à l'article 522. Le premier président peut arrêter l'exécution provisoire de droit en cas de violation manifeste du principe du contradictoire ou de l'article 12 et lorsque l'exécution risque d'entraîner des conséquences manifestement excessives ».

Conclusion du chapitre II

121. La portée de la compétence exclusive du juge étatique en espace OHADA révèle en quelque sorte des conséquences de l'autorité de la chose jugée et de l'*exequatur*. Force est de constater que l'autorité de la chose jugée relativement à la contestation suit le prononcé de la sentence. La sentence n'est susceptible d'exécution forcée qu'en vertu d'une décision d'*exequatur* prononcée à partir d'une demande adressée au juge étatique territorialement apte. Dans l'espace OHADA, ce mécanisme inhérent à la sentence arbitrale s'oppose à l'intervention d'un tribunal arbitral ou d'une juridiction étatique en dehors d'une voie de recours, afin de statuer après sur la contestation. L'effet négatif de l'autorité de la chose jugée est susceptible de caractériser l'effet positif. Celui-ci, encore très discuté, fait obstacle à ce que la juridiction saisie en second d'une demande différente, puisse même remettre en question le contrôle juridictionnel effectué par une autre juridiction, entre les mêmes parties. Dans cette perspective, la force indéniable d'une situation et la compétence réservée à la justice étatique se subjuguent à travers les autres instances. D'après l'essentialité du principe énoncé par l'article 23 de l'Acte Uniforme⁵⁴², la sentence se révèle pourvue de l'autorité négative de la chose jugée et de l'autorité positive. La théorie ne démontre d'ailleurs pas le contraire. Les faits et les aptitudes juridictionnelles que suscitent une sentence peu importe le sort qu'elle doit subir, devraient être dotés de l'autorité de la chose jugée.

⁵⁴² « La sentence arbitrale a dès qu'elle est rendue, l'autorité de la chose jugée relativement à la contestation qu'elle tranche ».

Conclusion du Titre II

123. Après avoir étudié et analysé le contrôle du juge étatique sur la sentence arbitrale, il s'est avéré un amenuisement de ce contrôle. Nonobstant, l'existence d'un recours en droit contre la sentence arbitrale, l'effectivité de ce mécanisme est influencée par un affaiblissement croissant qui se révèle à travers la vérification exercée par le juge étatique. Car la prévision de l'appel confère au juge la compétence d'examiner entièrement la solution attribuée au conflit par le tribunal arbitral. Cependant, la mise en pratique de l'effet dévolutif par le juge est ratifiée même après la réforme du 13 janvier 2011, et il reste seulement l'appel en annulation. Ces dernières années ont révélé les facteurs qui constituent la cause de l'affaiblissement que subit le contrôle du juge étatique. Le dessaisissement sur la vérification de la motivation évidente de la sentence en est un exemple. Car la contestation de motifs ne caractérise plus un moyen d'ouverture au recours en annulation. Un autre facteur est lié à la recrudescence du contrôle qui suscite une appréciation soit critique soit constructive du juge sur la sentence arbitrale. Puisque le mode de règlement des litiges est véritablement indépendant de la justice étatique. Bien que l'impression dominante reste celle d'un examen minimum strictement soumis, la régularité de la sentence à l'ordre public subit le même contrôle. Un arrêt rendu dans le domaine international de l'arbitrage émet une solution dont le principe est destiné à l'arbitrage interne. A cet égard, la Cour de cassation a jugé que « s'agissant de la violation de l'ordre public international, seule la reconnaissance ou l'exécution de la sentence est examinée par le juge de l'annulation au regard de la compatibilité de la solution avec cet ordre public, dont le contrôle se limite au caractère flagrant, effectif et concret de la violation alléguée »⁵⁴³. Le dernier facteur d'affaiblissement du contrôle découle de l'incapacité des parties à invoquer devant le juge les difformités prédominantes qui n'ont pas été prises en compte par le tribunal arbitrage. Après ces observations sur la mission des voies de recours ordinaires et extraordinaires, on constate

⁵⁴³ Civ. 1^{ère}. 4 juin 2008, JCP G 2008, 1, 164 n°8, obs. Ch. SERAGLINI.

que les principes procéduraux applicables devant le juge étatique sont très largement unifiés en dépit du recours ouvert contre la sentence.

Conclusion de la Première Partie

125. Bien que la compétence du juge étatique soit rare et intermédiaire à l'arbitrage, aussi, le juge étatique est libre de dépendre nécessairement des pouvoirs de contrainte notamment l'impérum. Le juge étatique dans sa cohabitation à l'arbitrage joue un rôle d'assitant et de sanctionnateur. Il apparait dans toutes les étapes de l'arbitrage dès la survenance d'une difficulté quelconque. Lorsqu'il est question de respecter ou d'exécuter une convention arbitrale, l'arbitrage a besoin du bras séculier de l'État et de ses juges. Cette réalité suscite deux remarques : Serait-il possible « d'espérer » ou de « craindre » la méfiance antérieure du juge à l'égard du justiciable ? Il peut admettre deux attitudes entièrement distinctes mais également contestables. La première étant relative au « jeu de massacre » peut susciter l'annulation quasi systématique des conventions et des sentences arbitrales. La deuxième reflétant « l'indifférence » démontre l'importance d'assumer le choix d'arbitrage ou une sorte de politique du pire⁵⁴⁴. Le juge étant dans un état semblable à une disponibilité dans l'arbitrage. Il est chargé d'assurer sa mission de façon lucide et intelligible. C'est la raison pour laquelle son intervention avant la sentence a pour but d'apporter un renfort ou un service à une procédure qui manque d'autonomie dans son déroulement. Cependant, l'appréciation que le juge effectue lorsqu'il est volontairement sollicité par une partie mécontente de la sentence arbitrale, est fréquemment reportée à la fin de la procédure. Au regard de certaines règles fondamentales, il peut être jugé que la mission du juge étatique ait pour but, un contrôle de la régularité de l'arbitrage. Avant le prononcé de la sentence, l'intervention du juge étatique vient suppléer la fonction de l'arbitre. La désignation des arbitres reste une séquence qui reflète et approuve cette collaboration. La remarque de R. DROUILLAT : « il n'est pas évident qu'une clause compromissoire incomplète dût nécessairement s'exécuter en nature et qu'on aurait pu aussi bien décider que son inexécution se résolve en domma-

⁵⁴⁴ Cf. Ph. FOUCHARD, Droit de l'arbitrage, Ecrits, Droit du commerce international, op.cit, p. 218.

intérêt »⁵⁴⁵ prend tout son sens. Car le juge étatique malgré son opposition intervient positivement pour le bon déroulement de l'arbitrage. Il émet un concours instantané lorsqu'on lui demande de désigner le ou les arbitres manquants afin de préserver la convention d'arbitrage de toute nullité. Son assistance technique à ce niveau tout comme les mesures conservatoires et provisoires manifestent clairement son état d'esprit favorable à l'arbitrage. La mission du juge étatique après le prononcé de la sentence révèle un contrôle fondamental. Dans cette séquence, il se fait une très grande convergence des différents systèmes nationaux. Cette opportunité laisse au juge étatique une capacité ou une autonomie évidente pour se prononcer en fonction de ce qui lui est soumis. En connaissance de cause, il va vérifier un arbitrage effectif sans se rendre complice d'une partie durant sa fonction. Après avoir disposé de l'ensemble des éléments depuis la convention jusqu'à la sentence, il va sonder de manière concrète les possibilités, voire les régularités afin de vérifier si les principes fondamentaux d'ordre public n'ont pas été violés. D'ailleurs ce contrôle est admis aujourd'hui en droit comparé, car l'étude de la mission du juge OHADA dans l'exécution de la sentence arbitrale constitue une preuve indéniable. En plus d'être un juge de fond ou de second degré à la place de ou des arbitres, le juge étatique est en quelque sorte le juge de l'arbitrage. Loin de le réduire ou de limiter son intervention à celle du contrôle, le juge étatique est ainsi situé à son niveau exact et à son plus haut niveau. A l'exception de la volonté des parties, le juge étatique peut tenter de récupérer l'examen du fond d'un différend qu'elles ont voulu lui soustraire. En revanche, il est constaté sur les formes procédurales du contrôle une pluralité des solutions nationales. Sans tenir compte des précédents exposés suite aux contrastes des conventions internationales à l'égard des procédures de contrôle arbitral, deux évidences apparaissent. D'une part, il est noté un contrôle amoindri, « *prima facie* » durant l'*exequatur*, et d'autre part un authentique contrôle, au cours de la demande en annulation lorsque l'instance d'*exequatur* se déroule. Par ailleurs, il est remarqué une complexité excessive ou extraordinaire du système français dans la complémentarité de juge

⁵⁴⁵ R. DROUILLAT, L'intervention du juge dans la procédure arbitrale de la clause compromissoire à la sentence : Rev. arb. 1980, p.253.

étatique à l'arbitrage, et le droit OHADA ne dit pas le contraire. En guise d'énumération de quelques difficultés communes à ces deux droits durant la mission d'annulation de la sentence par le juge étatique : on trouve par exemple le fait que tous les pays ont la possibilité d'annuler partiellement leur sentence. Et bien qu'une souplesse se reflète à ce niveau, l'exemple américain ne peut-il pas entrer en jeu pour que les juges aient la compétence de donner des instructions à l'arbitre dans le cadre du renforcement et de la structuration de la sentence ? En ce moment où le droit de l'arbitrage est en voie de réforme dans l'espace OHADA, pourquoi ne pas conférer plus de compétence à l'arbitre pour trancher lui-même le fond du litige suite à la suspension de la sentence ? Cette similitude serait discutable d'une manière théorique, toutefois bien sûr, elle peut être justifiée dans la pratique. Car aucune démonstration ne révèle l'abus du juge dans cette faculté. Aussi, certains arbitrages pathologiques affichent un déni de justice en renvoyant les parties à une clause compromissoire ou à des arbitres qui sont toujours en place mais qui font montre de défaillance. Peu importe ce qui peut advenir, une grande convergence se manifeste parallèlement à travers l'objet du contrôle. Les causes qui peuvent susciter l'annulation ou le rejet de la sentence par le juge, manifestent également sa mission sur la régularité minimum à travers tous les pays. En outre, lorsque le juge étatique est dépourvu de moyens procéduraux durant sa fonction de vérification, il se les donne à travers des créations prétoriennes. Il faut retenir par exemple, l'appel-nullité⁵⁴⁶ pour les sentences internes, la tierce-opposition⁵⁴⁷ pour les sentences étrangères ou internationales. Celles-ci ne font que confirmer les voies de recours inventées par la jurisprudence, pour favoriser l'émergence de l'arbitrage malgré les restrictions qui sont échues évidemment au juge étatique par l'ordre public.

⁵⁴⁶ « Voie de droit spéciale à la procédure d'arbitrage selon l'art. 1460 du CPC qui permet au juge d'appui de déclarer n'y avoir lieu à désignation d'un arbitre pour l'une des clauses mentionnées à l'art. 1455 du CPC ».

⁵⁴⁷ « Moyen permettant aux personnes n'ayant pas été parties à une procédure ou n'ayant pas été représentées à la procédure en dépit du droit de défense, pour renouveler les dispositions du jugement par grief »

DEUXIÈME PARTIE. L'ÉMERGENCE D'UN MÉCANISME PROTECTEUR DES MARCHÉS GLOBALISÉS

« Le droit harmonisé peut constituer un élément de rapprochement des peuples. En harmonisant les législations, on crée les conditions pour l'établissement d'une appartenance commune, d'une citoyenneté commune. Or tout phénomène d'intégration suppose la connaissance réciproque et la compréhension mutuelle des hommes. Le droit qui est par excellence une discipline sociale, peut être à cet égard un instrument précieux. Il constitue un élément facilitateur d'intégration. »⁵⁴⁸

E. CEREXHE.

127. Nul ne doute aujourd'hui de l'émergence de l'arbitrage à l'interne et à l'international. En effet, l'OHADA de par son objectif (l'amorçage du développement économique des pays membres), constitue par excellence une organisation régionale qui a été créée pour susciter l'intégration et favoriser la sécurité judiciaire des opérateurs économiques internationaux. Les réformes issues de cette organisation, privilégient le recours à l'arbitrage comme mode alternatif de règlement des différends liés au commerce international. Cependant, les rapports entre la justice étatique et la justice arbitrale ne sauraient être analysés sans la notion de développement et celle de l'arbitrabilité malgré la primauté des règles d'ordre public. Les récentes réformes ont apporté aux précédentes des modifications par exemple sur la clause compromissoire⁵⁴⁹ en France. Bien que la clause compromissoire fut nulle dans les années

⁵⁴⁸ E. CEREXHE, L'intégration juridique comme facteur d'intégration régional in Mélanges offert à Silvio Marcus Helmons, 2003, p. 33

⁵⁴⁹ P. SANDERS, L'intervention du juge dans la procédure arbitrale (de la clause compromissoire à la sentence : *Rev. arb., op.cit.*, p. 246.

1843 à 1925, la loi du 31 décembre 1925 l'a admise avec un acte de compromis qui doit être établi après la survenance du conflit. Dans ce contexte, les solutions établies par la jurisprudence ont pour mission de garantir la clause compromissoire. Et à l'international, la plupart des États d'Afrique ont élaboré les mêmes solutions que la France. L'arbitrage demeure donc un mode de règlement de conflit conçu par ses acteurs afin de résoudre les différents conflits qui les sollicitent, pour rassurer les parties concernées.

128. Historiquement, l'arbitrage constitue un des modes de règlement pacifique dont le parcours a subi un frein du XIX^e siècle au XX^e siècle à cause de l'apparition de la Cour Permanente de Justice Internationale. C'est bien récemment qu'il a amorcé son envol par la promulgation respective des décrets du 14 mai 1980, du 12 mai 1981, du 13 janvier 2011 et du 10 février 2016. Depuis les années quatre-vingt, la France a adopté des décrets qui ont marqué le droit moderne de l'arbitrage interne et international. Elle a également intégré dans le Code de procédure civile les dispositions accordant aux parties un accès favorable à l'institution arbitrale. L'élaboration du droit de l'arbitrage, atteste un grand libéralisme qui lui procure une large étendue au sein du droit français. Le consensus français aussi large, unanime et coordonné n'a pas manqué d'attirer l'attention des pays membre de l'UE. La loi type sur l'arbitrage commercial international adoptée en 1985 sous l'égide de la Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International (CNUDCI) reprenant certaines dispositions du droit français en est une illustration. De même, la jurisprudence rendue par la Cour de cassation sur l'appui des décrets de 1980-1981 a permis au droit français de l'arbitrage d'être reconnu comme l'un des meilleurs à l'échelle mondiale. Pour les internationaux, l'arbitrage français est perçu comme un mode de résolution des différends entièrement à part. Cette progression remarquable⁵⁵⁰ a entraîné les tribunaux français à ne plus opter pour la méthode conflictuelle dans la résolution des conflits. D'où le développement de plusieurs règles matérielles au travers desquelles le principe de faveur à l'arbitrage peut être distingué d'un ordre juridique autonome.

⁵⁵⁰ L. BERNHEIN-VAN DE CASTEELE, *Les principes fondamentaux de l'arbitrage*, thèse, Université de Versailles - Saint-Quentin, 2010.

129. Dans le souci de rajeunir le droit de l'arbitrage français suite à son fonctionnement remarquable dans le monde, les praticiens vont poursuivre leur réflexion. L'inaccessibilité des textes à caractère jurisprudentiel et la modernisation des anciens textes en raison de leurs lacunes vont interpeller l'attention des praticiens pour une amélioration du droit de l'arbitrage français. L'élaboration d'un avant-projet du texte à caractère dualiste du droit français avec une distinction précise entre le droit de l'arbitrage interne et le droit de l'arbitrage international verrait le jour en 2006. A partir de novembre 2009, ce même texte serait repris par les services de la chancellerie. Il fit l'objet d'un examen approfondi par le Conseil d'État qui l'étoffe suite à son apport constructif et fut promulgué et adopté par le décret du 13 janvier 2011. Il a été ajouté à ce décret, l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations applicables depuis le 1^{er} octobre 2016. Elle a été ratifiée par la loi n° 2018-287 du 20 avril 2018 et publiée au journal officiel du 21 avril 2018. Cette dernière opération de toilettage confère à l'arbitrage une autonomie qui le désengorge de ses complexités. La dernière réforme de pointe constitue un dispositif qui accélère le renforcement de la sécurité judiciaire française. De surcroît, le terme de « l'autonomie » constitue une notion importante en droit de l'arbitrage à l'interne tout comme à l'international. Il peut être défini d'une manière simple en tant qu'une action libre reconnue à une personne morale ou physique pour régler un conflit. À partir de cette définition, l'énumération sommaire des stades où se manifeste l'autonomie arbitrale serait nécessaire. La notion d'autonomie se révèle dans un premier temps au niveau de la convention d'arbitrage. Sa mission épargne la clause compromissoire du contrat de fond à propos duquel elle a été conçue pour éviter tout vice susceptible d'entraver la validité de la convention. Dans un second temps, elle se manifeste au sein des parties pour faciliter la détermination du droit applicable au fond du litige. Enfin, l'autonomie de l'arbitrage prend en compte la question sur la position de l'arbitrage dans l'ordonnement juridique à l'international par rapport aux ordres juridiques étatiques. A travers cette énumération l'arbitrage possède une autonomie tripartite qui dans sa triple dimension est plus large à l'arbitrage international qu'à l'interne. La compétence de l'arbitre dans les domaines touchant à l'ordre public est reconnue. Les arbitres sont autorisés par la

jurisprudence à mettre en pratique des principes d'ordre public. Ils peuvent également sanctionner la violation de ces règles et pratiques. Les compétences échues à l'arbitre pour la sanction, en dépit de l'intervention du juge étatique suivant les précédentes analyses, démontrent la superficialité de cette autonomie. Elle est limitée par une sorte de suprématie du juge étatique approuvée par l'ordre public. A titre illustratif, l'adoption d'une règle matérielle à caractère général peut permettre à l'ordre public d'être la seule cause de nullité de la convention d'arbitrage à l'international. L'aptitude de compromettre de l'Etat et des personnes morales de droit public relève de la méthode des règles matérielles de droit international privé. A ce jour, cette aptitude en vertu du principe de bonne foi, est considérée comme un principe d'ordre public international. Tel qu'un dispositif en mouvement, l'ordre public se déplace également de la convention d'arbitrage vers la sentence arbitrale. En dépit de l'évolution de l'arbitrage en France, une réserve émise par l'ordre public, particulièrement à l'égard de la validité de la convention d'arbitrage, se manifeste. L'arbitre doit en premier lieu, respecter l'ordre public appartenant à la *lex causae*⁵⁵¹. En second lieu, il doit respecter l'ordre public étranger, en vue de l'efficacité de sa sentence et de la pérennité de l'arbitrage. Outre l'ordre public interne, l'arbitre est le garant du respect d'un ordre public international. La notion existe en dépit des critiques formulées à son encontre. La progression de l'ordre public international est inévitable. Celle-ci demeure au cœur des évolutions contemporaines de la société internationale, telles que la mondialisation de l'économie et l'uniformisation du droit. D'après les précédentes analyses, un contrôle étatique s'exerce sur une sentence lorsque celle-ci est présentée à l'*exequatur* ou lorsqu'elle fait l'objet d'un recours en annulation. Les juges étatiques sont donc interpellés à vérifier la conformité de la décision arbitrale à l'ordre public. Si cette sentence remet en cause l'autonomie de l'arbitrage en réintroduisant la révision au fond, il est nécessaire que le juge contrôle en droit et en fait puis revoit la conformité de la sentence d'après l'ordre public à l'international. Á partir du droit comparé, plusieurs États ont légiféré des mesures d'interdictions à la violation de l'ordre public et des

⁵⁵¹ La loi désignée pour la cause.

bonnes mœurs. Les conventions qui s’opposeraient à ces règles se verront frappées de nullité ou seront sanctionnées judiciairement⁵⁵². L’ordre public dépend ainsi de l’organisation politique de la société et de son fonctionnement économique et social. Car les principes qui régissent l’ordre public et les bonnes mœurs découlent habituellement de la loi. Tandis que les bonnes mœurs se rapportent aux obligations morales de la civilisation à travers une entité quelconque⁵⁵³. L’objet de la présente analyse démontre en amont le recours à l’arbitrage commercial international constituant un instrument de lutte contre l’insécurité judiciaire. Selon le rapport annexé à l’ordonnance et transmit au Président de la République, l’objectif poursuivi par la réforme du 10 février 2016 concerne le renforcement de la sécurité juridique. Par exemple, l’article 1121 du Code civil dispose la durée de la date de formation du contrat relativement aux absents tout en appliquant la théorie de la réception⁵⁵⁴. Et la conclusion du contrat serait effective lorsque l’offrant reçoit l’acceptation. Ce privilège semble incontestable dans le cas d’une jurisprudence incertaine et non réglementée. Deux institutions notamment l’association des arbitres « Association Française d’Arbitrage (A.F.A) » et « l’Institut d’Expertise d’Arbitrage et de Médiation (I.E.A.M) » ont fait le choix de s’adapter aux changements innovateurs qui découlent de la réforme des contrats. Avant d’aborder l’impact de ces dispositifs innovateurs en France, il sera question de démontrer en quoi et comment l’arbitrage constitue une réelle source de renforcement de la sécurité judiciaire dans l’espace OHADA (**Titre I**). Ensuite, nous apporteront plus de précisions au sujet de l’arbitrabilité dans la société française (**Titre II**). Elle connaît un accroissement qui est orchestré par la justice étatique. L’ordre public français élargit ces limites en facilitant l’arbitrabilité de plusieurs différends dans le but de solutionner les litiges de plusieurs

⁵⁵² La jurisprudence et la doctrine belges évoquent « les intérêts essentiels de l’Etat » ou « les bases juridiques fondamentales » de la société (Cass., 11 août 1978, *Pas.*, 1979, I, 309 ; Cass., 11 mai 1977, *Pas.*, 1977, I, 924 ; De Page, 3^e éd., T.I, p. 110). – MARTY et RAYNAUD, *Droit civil*, T. I, p. 163, n° 99 et T. II, p. 61, n° 70). En droit français, l’ordre public est « la réunion de tout ce qui est important à un moment donné et dans une société donnée, pour qu’on le rende obligatoire, fût-ce contre la volonté des sujets de droit » – MARTY et RAYNAUD, *Droit civil*, T. I, p. 163, n° 99 et T. II, p. 61, n° 70).

⁵⁵³ Cass., 20 mai 1976, *Pas.*, 1976, I, 1103 – Cass., 20 déc. 1974, *Pas.*, 1975, I, 437.

⁵⁵⁴ Art. 2-203 « *les principes du droit européen du contrat* », ou en matière de vente, art 18 de la convention de Vienne de 1980.

justiciables. Cette avancée fulgurante démontre la concrétisation d'une émergence judiciaire en France

TITRE I- L'arbitrage : un dispositif d'affermissement de la sécurité judiciaire au sein de l'OHADA

« L'arbitrage est un outil de lutte contre l'insécurité juridique parce qu'il combat la plupart des fléaux qui sévissent dans les États de l'OHADA »⁵⁵⁵

F. N. YOUNGONÉ

131. Le climat qui s'affichait en Afrique subsaharienne est globalement défavorable aux échanges interrégionaux et à l'attraction de toute forme de capitaux étrangers. Sans ambages, la justice africaine a malheureusement souffert de plusieurs facteurs très négatifs, notamment, le manque de personnels qualifiés, l'insuffisance de matériels adéquats, la mauvaise formation des personnels ainsi que la lenteur administrative. Elle a été également confrontée à des maux tels que la corruption et l'injustice. Mr AREGBA va pointer du doigt les raisons de la méfiance des investisseurs vis-vis de ces pays en ces mots : Bien qu'« investir est déjà en soi un risque, même s'il est calculé ; il faut doubler ce risque premier inéluctable de celui d'un système juridique fluctuant, ondoyant et insaisissable parce qu'il n'y a pas beaucoup d'espoir à susciter l'attrait des investisseurs »⁵⁵⁶. Ces raisons ont donc incité les acteurs à créer l'OHADA pour l'unification du droit des affaires suivies de la promulgation d'Actes Uniforme pour toutes les nations représentant cette organisation. Ces acteurs vont promouvoir l'arbitrage pour régler les conflits en mettant en place la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (CCJA). Les systèmes judiciaires des États formant l'OHADA ont ainsi le privilège d'attirer la confiance des investisseurs nationaux, et surtout internationaux, jouant un rôle incontournable dans le cadre du développement. Ce mécanisme de règlement des différends est capable de maintenir la fiabilité rétablie dans le

⁵⁵⁵ F.N. YOUNGONÉ, Arbitrage commercial international et développement, Étude du cas des États de l'OHADA et du Mercosur, op.cit., p. 275.

⁵⁵⁶ P. AREGBA, L'OHADA : Histoire, objectifs, structures, in L'OHADA et les perspectives de l'arbitrage en Afrique, Bruxelles, Bruylant, 2000. p. 9.

domaine judiciaire. Il permet avant tout aux parties de désigner leur propre juge pouvant trancher leur différend selon les critères gouvernant la matière litigieuse. Le recours à l'arbitrage va représenter un moyen contre la défaillance ou l'incompétence des juges étatiques des pays regroupés. L'arbitrage devient concrètement un palliatif aux imperfections et défaillances dues au manque de confiance dans la justice étatique (**Chapitre I**). Enfin de façon globale, force est de constater que l'arbitrage contribue pleinement à la sécurité judiciaire parce qu'il constitue un outil de renforcement des systèmes judiciaires à travers la coopération restrictive entre les juges étatiques et les arbitres (**Chapitre II**).

CHAPITRE I- Le recours à l'arbitrage :

une échappatoire aux insuffisances de la justice étatique

en droit OHADA

« Surtout, l'arbitrage apparaît nettement comme un moyen de faire échapper les litiges aux réalités et aux conjonctures locales, de trancher par une personne de son choix à qui on accorde toute sa confiance : l'arbitre »⁵⁵⁷.

F. N. YOUNGONÉ

133. Jusqu'à un passé récent, une insécurité judiciaire conséquente avait prévalu sur l'Afrique.

Cet aspect des choses avait généré un manque de confiance des opérateurs économiques à l'égard du juge étatique ainsi qu'envers l'appareil judiciaire étatique. En effet, les investissements représentent une clef pour le développement d'un pays, car ils produisent, dans un premier temps, des impacts économiques participant à la reconstruction et à la consolidation de l'économie nationale du pays d'accueil. Ces impacts économiques accélèrent les échanges commerciaux. Dans un second temps, les investissements font progresser le processus de développement du pays d'accueil, notamment l'emploi, la politique industrielle et de sécurité sociale. C'est ce qui atteste les objectifs poursuivis par les organisations régionales d'intégration et de développement pour une sécurité juridique et judiciaire. L'OHADA a distinctement mentionné l'importance de ces concepts dans le Préambule du Traité de Port-Louis du 17 octobre 1993. Ce texte dispose que les États membres « Réaffirmant leur détermination à accomplir de nouveaux progrès sur la voie de l'unité africaine et leur volonté de renforcer la sécurité juridique et judiciaire dans l'espace de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA), de

⁵⁵⁷ F.N. YOUNGONÉ, Arbitrage commercial international et développement, Étude du cas des États de l'OHADA et du Mercosur, op. cit. p. 215.

nature à garantir un climat de confiance concourant à faire de l'Afrique un pôle de développement »⁵⁵⁸. La recherche de la sécurité juridique et de la sécurité judiciaire devient un sujet d'étude primordiale du droit OHADA. Cette revendication s'opérera à travers l'adoption des normes relatives au commerce international, et surtout par la promotion du recours à l'arbitrage. Suite à cette remarque, l'arbitrage va progresser à l'instar d'un instrument « correctif »⁵⁵⁹ afin de remédier aux multiples défaillances de la justice étatique. L'éclosion de l'arbitrage devient effective pour affermir l'efficacité et la fiabilité dont les acteurs économiques ont besoin durant le règlement de leur litige, afin d'assurer la bonne marche des investissements. Ce mode de règlement des différends devient également un instrument qui caractérise la rapidité suivie d'une confidentialité qui demeure les exigences du commerce international⁵⁶⁰. De plus, l'arbitrage se révèle concrètement en tant qu'un moyen qui préserve des différends dûs aux réalités et aux conjonctures locales. Ce mécanisme permet aux litigants de trancher librement leur différend par une personne fiable de leur choix. La désignation de l'arbitre leur confère une véritable mission juridictionnelle. Elle est strictement encadrée et assurée par les règles ou les principes formant l'ossature de l'arbitrage conçus par la justice étatique. Cette mission de la justice étatique est incontournable pour le bon déroulement de l'arbitrage. Elle participe également au renforcement de la sécurité judiciaire dans le commerce international (**Section II**). Pour plus de précision, il faut ajouter que chaque élément fonctionnel des deux dispositifs constitue la raison primordiale qui attire plus des opérateurs économiques internationaux (**Section I**).

⁵⁵⁸ Préambule du Traité OHADA de Port-Louis du 17 octobre 1993 consultable [le site.ohada].

⁵⁵⁹ B. COUSIN, L'OHADA, un correctif au fonctionnement de la justice ?, Penant, n° 865, 2008, p. 513.

⁵⁶⁰ N. NAJJAR, *L'arbitrage dans les pays arabes face aux exigences du commerce international*, Paris, LGDJ, 2004, p. 2, pour la définition des exigences du commerce international,

SECTION I- La désignation des arbitres au sein de l'espace OHADA : Un choix confortable et idéal pour les litigants

134. En effet, l'arbitrage est considéré comme un palliatif à l'insécurité judiciaire prégnante qui s'était attachée aux États africains. Cette réalité est due à la figure de l'arbitre et à sa mission qui nécessite l'intervention du juge étatique dans le cadre de la résolution des différends. Suite à l'apparition d'un différend, le juge et l'arbitre sont toujours positionnés au cœur de la résolution des différends.

135. Primitivement, le mot arbitre découle du latin « *arbiter* », issu de l'association des termes « *ad* » et « *baeter* » qui signifient ensemble « se rendre sur place ». Déjà à l'époque de la loi des XII Tables (451 à 449 av J.-C), le mot *arbiter* signifiait « juge privé »⁵⁶¹. A partir de cette période, l'arbitre est connu en tant que juge privé chargé de se rendre sur place pour écouter et examiner la cause des litigants. Aujourd'hui la signification complète désigne l'arbitre à l'instar d'un juge privé choisi par les litigants dans le cadre de la résolution de leur litige⁵⁶². D'une manière objective, le choix des litigants sur un arbitre joue un rôle psychologique qui leur est primordial. Cette objectivité leur permet d'accorder toute confiance en leur futur juge qui est très efficace. À travers ce libre choix, les parties mènent ainsi une stratégie pour contrôler un aspect essentiel de l'instance arbitrale. Cette tactique les préserve de toute forme aléatoire ou même de corruption. Car l'éventualité de choisir son expert garantit les litigants à un arbitrage serein et fiable. D'ailleurs, il faut préciser que s'il y a une raison principale pour laquelle les parties opèrent elles-mêmes ce choix, c'est parce qu'elles sont à la recherche de certaines qualités. Celles-ci peuvent être objectives à l'instar de la compétence ou de la formation. Elles peuvent également être subjectives par l'âge ou par la nationalité. Par conséquent, l'arbitre doit détenir des aptitudes professionnelles (§ I) ainsi que des aptitudes personnelles (§ II).

⁵⁶¹ Th. CLAY, *L'arbitre*, *op. cit.* p. 14.

⁵⁶² G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 70. « L'arbitre est la personne investie par une convention d'arbitrage de la mission de trancher un litige déterminé et qui exerce ainsi, en vertu d'une investiture conventionnelle un pouvoir juridictionnel ».

§ I- Les prérequis professionnels d'un arbitre dans l'espace

OHADA

136. La désignation d'arbitre ne se fait pas d'une manière hasardeuse. Le contexte d'insécurité judiciaire qui avait régné dans les États OHADA selon la description faite un peu plus haut, concède aux parties le libre choix afin que l'arbitre puisse exercer toutes ses compétences. Cette capacité révélatrice d'un socle conféré aux litigants regorge de multiples avantages incontestables. Ceux-ci doivent fonctionner par rapport aux compétences ou selon la notoriété de l'arbitre. La première compétence professionnelle recherchée auprès d'un arbitre est sa capacité de trancher un différend. Il doit être une personne d'expérience maîtrisant le droit dans la théorie et dans la pratique. La Convention de Washington du 18 mars 1965 sur l'arbitrage CIRDI⁵⁶³ à travers son article 14 prévoit que les personnes désignées pour être arbitres « doivent jouir d'une haute considération morale, être d'une compétence reconnue en matière juridique, commerciale, industrielle ou financière ». L'aptitude juridique des personnes choisies dans la liste d'arbitre est particulièrement pertinente. L'arbitre doit détenir une connaissance conséquente dans le domaine de sa spécialité pour trancher le litige qui lui est soumis. Selon le droit de l'arbitrage, l'arbitre est avant tout nommé pour juger et trancher un différend. C'est la raison pour laquelle le corps arbitral est composé de nombreux avocats et des professeurs de droit. Pour autant, cette compétence ne doit pas être la seule retenue. Contrairement à ce qui est soutenu par un courant doctrinal⁵⁶⁴ le fait d'être juriste ne doit pas être la seule qualité ou le seul qualificatif d'un arbitre. Cela peut restreindre l'expertise de l'arbitre dans la résolution de certains différends de nature technique ou spéciale. Dans ce cas de figure, les règlements d'arbitrage peuvent nécessiter une expérience autre que celles acquises dans la formation professionnelle. A titre illustratif, les arbitrages

⁵⁶³ Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements

⁵⁶⁴ Y. DEZALEY, *Marchands de droit : la restructuration de l'ordre juridique international par les multinationales du droit* ; Thèse de Doctorat publiée, Paris, Fayard, 1992. Selon cet auteur, le corps des arbitres doit être essentiellement constitué de juristes.

corporatifs exigent que les arbitres soient des professionnels de la branche⁵⁶⁵. La formule employée par le CIRDI reste très satisfaisante parce qu'elle prend en compte la majorité des compétences prévoyant chez un arbitre. Un arbitre doit être capable de résoudre tous différends relatifs aux commerces en application du droit. Il doit également posséder des connaissances techniques, notamment industrielles et financières. Après avoir énoncé le lien contractuel qui unit les parties à l'arbitre (A), nous montrerons que le choix essentiel des parties est dirigé par d'autres qualités professionnelles de l'arbitre (B).

A- Le fondement juridique du choix des litigants en droit OHADA

137. Dans le cadre du règlement des différends, l'arbitre est tenu de s'engager en vertu d'un contrat. En droit OHADA, le contrat doit prendre la forme d'un compromis, d'une clause compromissoire ou encore d'un acte de mission tout comme en France. Il doit faire l'objet de toute l'instance arbitrale puis s'achever avec le prononcé de la sentence. Toutefois, la nature juridique de ce contrat peut soulever des interrogations en raison d'une complexité qui s'attache à son interprétation exacte. Ph. FOUCHARD a tenté de trouver la nature juridique du contrat d'arbitrage en le rattachant à des contrats déjà existants⁵⁶⁶. A partir de l'exemple de la doctrine Suisse, cet auteur a trouvé que ce contrat ressemble au contrat de mandat⁵⁶⁷. Selon cette doctrine, l'arbitre prend en quelque sorte la position d'un mandataire et les parties le mandant. En réalité, ces contrats ne font que se ressembler dans la forme car ils sont distincts sur le fond. Le contrat de mandat concède un pouvoir de représentation au mandataire. Or un arbitre n'est pas choisi pour représenter un litigant mais pour trancher le

⁵⁶⁵ Pour le règlement des litiges liés au négoce du cacao, l'Association Française du Commerce des Cacaos a établi une liste d'arbitres qui ne contient que des praticiens expérimentés dans le négoce et la transformation du cacao. Nous pouvons aussi citer un exemple allemand avec la Cour d'arbitrage de l'Association allemande de café. Enfin, des associations comme la Grain and Feed Trade Association (GAFTA) basées à Londres ont mis en place des centres d'arbitrage pour appliquer et faire respecter des réglementations spécifiques à la vente de céréales et de produits oléagineux.

⁵⁶⁶ Ph. FOUCHARD, Les rapports entre l'arbitre et les parties et l'institution arbitrale, in *Écrits : Droit de l'Arbitrage Droit du Commerce International*, op. cit. p. 427 à 440.

⁵⁶⁷ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 571 sur le contrat mandat désigné par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour elle en son nom.

litige en toute impartialité. Dans la suite de sa réflexion, Mr FOUCHARD décrivait la proximité du contrat d'arbitrage au contrat d'entreprise ou au louage d'ouvrage. La mission de l'arbitre peut s'analyser « comme un ensemble de prestations de services à caractère intellectuel, accompli dans l'intérêt des parties, d'une manière indépendante et moyennant une rémunération »⁵⁶⁸. En raison de la difficulté éprouvée par Ph. FOUCHARD dans le contexte de la qualification de ce contrat, il a proposé d'y voir un contrat *sui generis*⁵⁶⁹ que la pratique arbitrale a défini plus largement. Le contrat d'arbitrage est un contrat particulier et spécifique à la matière arbitrale. Son caractère singulier écarte son classement dans une catégorie déjà existante. Ainsi dans le cours de son évolution, le contrat d'arbitrage dans la zone OHADA s'est construit, consolidé et enrichi grâce à la pratique arbitrale existant déjà dans le continent européen. Pour autant, une analyse succincte sur le contrat d'arbitrage prouve qu'il est question d'un contrat synallagmatique⁵⁷⁰. A cet effet, l'arbitre doit exercer sa mission juridictionnelle avec rapidité dans les délais légaux et contractuels fixés. Il doit également respecter la confidentialité de l'arbitrage⁵⁷¹. C'est la raison pour laquelle, le contrat d'arbitrage fait naître principalement une obligation pécuniaire entre les parties et l'arbitre. Dans la même optique, les litigants doivent obligatoirement coopérer d'une manière loyale à l'égard de l'arbitre. Aussi s'ajoute la notion d'*intuitu personae*⁵⁷² qui constitue une caractéristique importante du contrat. Pour résumer la motivation des parties dans le choix de leur arbitre, un grand intérêt est accordé à la personne choisie comme arbitre. Il est crucial que l'arbitre détienne toutes les compétences qui lui confèrent la capacité de trancher le différend.

⁵⁶⁸ *Ibid.* p. 431.

⁵⁶⁹ Terme latin du droit qui signifie d'un genre propre, spécifique comparable à d'autres.

⁵⁷⁰ C'est un contrat qui entraîne réciproquement des obligations pour les parties et pour l'arbitre.

⁵⁷¹ Cette obligation est rarement affirmée de façon générale et expresse dans les règlements d'arbitrage. Pourtant, elle constitue l'une des obligations fondamentale de l'arbitre. Sur le devoir de confidentialité de l'arbitre cf. article 6 (2) Règlement d'arbitrage CIRDI. Dans la déclaration que l'arbitre doit signer avant la première session du tribunal arbitral, l'arbitre s'engage « à tenir confidentielle toute information portée à sa connaissance du fait de sa participation à la présente instance, ainsi que le contenu de toute sentence prononcée par le tribunal. »

⁵⁷² Cette expression désigne une locution latine qui qualifie un contrat conclu à partir d'un consentement mutuel entre deux personnes qui le signent.

B- Les aptitudes professionnelles d'un arbitre pour le règlement d'un différend en droit OHADA

138. Suite à tout ce qui vient d'être détaillé sur l'objet motivant le choix des parties, il ressort que l'éducation et la formation de l'arbitre ne doivent pas être des points à négliger. La notoriété de l'arbitrage s'est construite en très grande partie grâce à la qualité des arbitres⁵⁷³, qualité acquise grâce à leur formation et leur expérience. Afin de combler les besoins d'expériences de l'arbitre, l'OHADA a établi une institution entièrement consacrée à cette formation. Il s'agit de l'Ecole Régionale Supérieure de la Magistrature (ERSUMA) au Bénin précisément à Porto-Novo, au sien de la capitale administrative. La première mission de l'ERSUMA constitue l'amélioration des systèmes judiciaires des États membres de l'OHADA par la formation des magistrats, des auxiliaires de justice, des juristes et cadres africains au droit uniforme OHADA. Cette institution a aussi pour rôle de former et d'équiper tous les acteurs au droit et à la pratique de l'arbitrage.

139. Cette initiative salubre participe volontairement à la vulgarisation de l'arbitrage en Afrique subsaharienne. A long terme, elle va contribuer au renouvellement du groupe de personnes désignées comme arbitres dans les arbitrages internationaux⁵⁷⁴. En guise d'exemple, Th. CLAY a précisé que l'arbitrage international est composé d'un « tout petit monde »⁵⁷⁵. Néanmoins, les initiatives de l'OHADA font émerger de nouveaux arbitres internationaux hautement qualifiés. Ceux-ci pétillent de riches expériences et de culture juridique. Ils sont également dotés des qualités professionnelles très distinguées en raison de l'évolution accélérée du monde des affaires. De même, la combinaison du phénomène de la

⁵⁷³ L'adage « *Tant vaut l'arbitre, tant vaut l'arbitrage* » est la parfaite illustration de l'importance de l'arbitre et ses compétences.

⁵⁷⁴ A. REDFERN et M. HUNTER, *Droit et pratique de l'arbitrage commercial international*, Paris, LGDJ, 2^{ème} édition, 1994, dans le cadre du souhait de renouvellement des arbitres. « *Ces auteurs précisent que le milieu de l'arbitrage est un milieu fermé, le renouvellement des personnes désignées comme arbitres est une préoccupation constante d'une partie de la doctrine* ».

⁵⁷⁵ Th. CLAY, Qui sont les arbitres internationaux ? Approche sociologique, in *Les arbitres internationaux* (sous la direction de) J. ROSSEL, Colloque du 4 février 2005, Paris, Société de Législation Comparée, 2005, p. 13 à 31.

mondialisation⁵⁷⁶ conduit l'arbitre international à démontrer sa connaissance des relations commerciales internationales et sa capacité à faire face aux cultures et aux systèmes juridiques différents. L'arbitre du commerce international doit être polyglotte faisant preuve d'une bonne connaissance du monde des affaires et possédant une large vision du monde. Cette exigence est pertinente pour combler les attentes des parties ou du tribunal arbitral composé de plusieurs nationalités. Sinon, il risque de subir des problèmes de traduction des preuves, des témoignages et des plaidoiries pouvant considérablement perturber la résolution du différend au point de provoquer le rallongement de la procédure arbitrale. Même si cette exigence pouvait se justifier face aux litiges internationaux, la vérification est complexe à effectuer. Comment peut-on distinguer la capacité bilingue ou trilingue d'un arbitre ? Il faut affirmer que l'arbitre doit impérativement maîtriser la langue anglaise⁵⁷⁷ en plus de sa langue maternelle. De surcroît, les parties peuvent déterminer leur arbitre en fonction des critères plus subjectifs à l'instar de l'âge, la personnalité, le sexe, et la moralité.

§ II- La prééminence de l'éthique de l'arbitre dans les États

OHADA

140. La question de l'éthique dont l'arbitre doit faire preuve dans sa fonction génère toute une problématique. L'éthique constitue une qualité hautement distinguée chez l'arbitre pour mener à bien sa mission. Elle est la qualité la plus recherchée par les litigants dans la reconnaissance de sa dignité. Bien que les qualités telles que l'âge, le sexe soient importantes, elles restent primordiales. Les questions relatives à la religion ou au sexe de l'arbitre ont un intérêt important dans certains États. Car les États influencés par les lois religieuses sur le

⁵⁷⁶ M. BÉLANGER, *La mondialisation économiques et ses limites*, Institution Économiques Internationales, Economica, Paris, 1997, p. 29. Selon cet auteur, la mondialisation est un phénomène multidimensionnel qui aboutit à la concurrence à l'échelle de la planète. Ainsi, elle est différente de la globalisation car cette dernière aboutit à un processus de structuration.

⁵⁷⁷ S. LAZAREFF, *La langue de l'arbitrage international : Bulletin de la cour International d'Arbitrage de la CCI*, 1997, volume 8, n° 1, p. 24, sur la langue d'usage de l'arbitrage international.

droit civil positif à l'instar des pays islamiques⁵⁷⁸ où s'applique la *shari'a*⁵⁷⁹ en est une illustration. Les rapports entre l'arbitrage et la *shari'a* ont été prouvés par le professeur CLAY⁵⁸⁰. Suite à cette brève explication, certains États musulmans interdisent aux femmes tout exercice de la fonction arbitrale en vue de la *sharia*. Elles ne peuvent donc point devenir des arbitres. En revanche, au sein de la plupart des pays musulmans situés dans l'espace OHADA, force est de constater que la mise en pratique de la *shari'a* n'est pas une loi pouvant restreindre ses ressortissants « femmes » dans l'exercice de la fonction d'arbitre. Il n'y a que la Mauritanie et le nord du Nigéria, États non adhérents à l'OHADA qui exécutent cette loi. Par conséquent, aucun obstacle ne se dresse devant les femmes de confession musulmanes situées dans l'espace OHADA⁵⁸¹ désirant pratiquer la fonction d'arbitre. Enfin la qualité personnelle requise pour exercer la fonction d'arbitre est la capacité d'agir. L'arbitre doit être en bonne et due forme en tant que personne physique possédant la pleine jouissance de ses droits civils. Il ne doit subir aucune affectation survenant d'une mesure proche de la tutelle ou de la curatelle⁵⁸². Cette exigence rime avec l'âge de l'arbitre et de sa maturité⁵⁸³ lors de sa désignation. Parmi toutes ces qualités énumérées, il faut revenir sur l'éthique qui catégorise les arbitres spécialistes et experts du commerce international (A). Dans l'espace OHADA, cette question semble cruciale en raison du coût que génère l'arbitrage (B).

⁵⁷⁸ N. NAJJAR, *L'arbitrage dans les pays arabes face aux exigences du commerce international*, p. 12 à 29 *op.cit.*, pour une étude détaillée sur les principales caractéristiques et le domaine d'application de la *shari'a*

⁵⁷⁹ Elle constitue l'ensemble de commandements religieux qui conditionnent l'ordre sociojuridique d'une communauté islamique et à titre particulier le comportement du musulman. Étant d'une application territoriale et personnelle, elle régit tous les aspects juridiques de la vie des personnes musulmanes dans les États où elle s'applique.

⁵⁸⁰ Th. CLAY, *L'arbitre*, *op. cit.*, p. 382-390.

⁵⁸¹ En revanche, les arbitres et les juristes de cet espace ne doivent pas ignorer les spécificités de ce type d'États à cause du rapprochement des pays du Maghreb et l'importance accrue des monarchies du Golfe dans une économie mondialisée.

⁵⁸² En guise d'illustration et d'une manière superficielle, le Burkina-Faso a le Centre d'arbitrage, de Médiation et de conciliation d'Ouagadougou (CAMC-O). Le Bénin possède le Centre d'Arbitrage de Médiation et de Conciliation (CAMEC). Au Cameroun, on trouve le Groupement Inter-Patronal du Cameroun (GICAM). La Côte d'Ivoire a la Cour d'Arbitrage de Côte-d'Ivoire (CACI). Au Sénégal la Chambre de Commerce d'Industrie et d'Agriculture de Dakar (CCIAD) et au Togo on trouve la Cour d'Arbitrage du Togo (CATO).

⁵⁸³ D. LAMÈTHE, *Portraits de groupes d'arbitres internationaux*, in *les arbitres internationaux* (sous la direction de) J. ROSSEL, Colloque du 4 février 2005, *Société de Législation Comparée*, Paris, 2005, p. 38 à 41. Selon cet auteur, le Hong Kong international Arbitration Center (HKIAC), prévoit curieusement que pour être inscrit sur la liste d'arbitre, il faut avoir moins de soixante-quinze ans.

A- L'exigence d'un code d'éthique dans l'arbitrage

141. La mise en place de ce code est problématique, nonobstant, la portée incontestable des aptitudes techniques de l'arbitre. Sa conduite éthique est bien cruciale dans la détermination de sa valeur⁵⁸⁴. Celle-ci est recherchée par les litigants qui souhaitent voir leur différend tranché par un expert compétent et loyal. La considération éthique de l'arbitre par les parties constitue un moyen qui le préserve de toute accusation abusive et corruptive. Selon un auteur, il faut « exiger, en plus de l'aptitude technique de l'arbitre une bonne justice, une conduite, un comportement en conformité avec un certain code d'honneur conçu exclusivement en fonction de la finalité de l'arbitrage ... »⁵⁸⁵. À partir de cette affirmation, cet auteur semble évoquer la conception d'un code de déontologie dans le cadre de l'arbitrage international. Ce manuel devait contenir des statuts ou règles déontologiques élaborant l'entièreté des aptitudes techniques d'un arbitre. Dans cet élan, Mr EISEMANN propose de contraindre le présumé arbitre à réfuter la mission arbitrale au cas où il est invalide ou lorsqu'il n'a préalablement pas connaissance de l'affaire. Il recommande également que l'acceptation de la mission arbitrale par l'arbitre déclenche automatiquement une responsabilité absolue que ce dernier doit assumer sans relâche. Étant donné que cette fonction n'est pas un loisir, l'arbitre doit durement travailler pour trancher le litige qui lui a été soumis. A titre d'exemple, le rang des arbitres du commerce international dans l'espace OHADA est composé de plusieurs juristes spécialisés ou de hauts fonctionnaires bien équipés. La recommandation de F. EISEMANN semble logique pour confirmer l'attitude d'un arbitre devant inspirer la confiance aux litigants. Car l'arbitre doit être une personne disciplinée évitant toute affinité avec les parties ou avec tout autre expert non sollicité par les parties. Pour revenir aux recommandations de cet auteur, l'arbitre doit mettre en œuvre ses aptitudes techniques afin de favoriser la collaboration harmonieuse entre les parties. Il doit surtout respecter la confidentialité découlant du secret du délibéré. Dans le monde anglo-saxon certaines

⁵⁸⁴ E. ROBINE, *Le choix des arbitres* : *Rev. arb.*, 1990, p. 333

⁵⁸⁵ F. EISEMANN, La déontologie de l'arbitre commercial international : *Rev. arb.*, 1969, n° 4, p. 217-233.

exigences, selon le même auteur, ont été privilégiées, notamment le code d'éthique des arbitres pour les litiges commerciaux. Ce manuel a été conçu par *l'American Bar Association (ABA)* et *l'American Arbitration Association (AAA)*. Dix ans plus tard, un autre code d'éthique fut élaboré par *l'International Bar Association (IBA)* pour les arbitres internationaux. En dehors des textes en vigueur, force est de constater l'inexistence d'un manuel regroupant la déontologie d'éthique de l'arbitre du commerce international. Ces règles sont codifiées, disséminées selon les dispositions d'arbitrage. En dépit de leur application par les arbitres, il serait convenable de les condenser dans un seul code afin de les préserver de toute disparition. Ainsi, elles pourront subir d'éventuelles modifications selon l'avancement de la société à l'instar de la réforme sur l'arbitrage en 2011. Malheureusement, ce point de vue est contredit car d'aucuns pensent qu'il serait inutile de créer un code d'éthique dans le cadre arbitral du commerce international⁵⁸⁶. Selon l'une des critiques de cet auteur, l'initiative de l'IBA constitue « une usurpation du rôle de législateur »⁵⁸⁷. En revanche, ce point de vue n'est pas fondé à cause des aptitudes techniques de l'arbitre nécessitant une réglementation. Dans cette optique il serait agréable qu'un manuel à titre universel soit rédigé suivant les réalités interrégionales avec la contribution des grands centres d'arbitrage tels que la CCI, le CIRDI, l'AAA, la CCJA et le TPR. Ce projet pourra ensuite être soumis à la CNUDCI dans le cadre de la diffusion du code d'éthique dans le monde entier. Enfin, malgré les différentes recommandations sur l'élaboration d'un code d'éthique sur l'arbitrage dans le cadre du commerce international, il importe de réglementer dans les États OHADA le coût ou les frais qui sont rattachés à cette mission.

⁵⁸⁶ Cf. V. VEEDER, Is there any need for a code of ethics for international commercial arbitrators ?, in Les arbitres internationaux (sous la direction) de J. ROSSEL, Colloque du 4 février 2005, Société de Législation Comparée, Paris, 2005, p. 187-193.

⁵⁸⁷ *Ibid.*, p. 188.

B- La nécessité de la réglementation des frais d'arbitrage en espace OHADA

142. D'après la réalité, les frais de la mission arbitrale en France et dans les pays avancés sont généralement très coûteux⁵⁸⁸. La hausse d'honoraire arbitral au cœur de ces institutions⁵⁸⁹ est raisonnable en vue de l'efficacité, la fiabilité de la procédure arbitrale ainsi que de la qualité dont ces arbitres font preuve. En revanche, dans les pays en développement situés dans l'espace OHADA, le constat sur ce plan n'est pas le même. Bien qu'une décision de la CCJA⁵⁹⁰ ait précisé le barème des frais et honoraires d'une procédure arbitrale, la réalité est gênante. Car, l'explosion du secteur informel, des Petites et Moyennes Entreprises (PME) baignant dans l'économie informelle et ne possédant pas des établissements ou entreprises respectant les normes juridiques prescrites sollicitent des « soi-disant arbitres » qui ne sont pas compétents et qualifiés. Ces derniers dont la morale est en déphasage avec les normes statutaires sont prêts à tout pour défendre les différends. Au lieu de dénoncer ces chômeurs déguisés en entrepreneurs qui fondent leurs activités sur la libre concurrence, ils tirent profit de leur contexte informel en leur imposant de faux honoraires. Malgré les deux méthodes de calcul d'honoraires des arbitres⁵⁹¹, la plupart d'entre eux réclament un coût exorbitant dans l'exercice de leur mission⁵⁹². Car ils sont pertinemment convaincus que ces faux entrepreneurs ne peuvent pas se tourner vers les arbitres ou les institutions d'arbitrage qualifiés pour ne point se voir dévoiler et ainsi être poursuivis par la loi. Ces litigants et ces arbitres demeurent un frein à la sécurité judiciaire en raison de la dissidence de leur entreprise. Relativement à ce terifiant constat, B. OPPETIT, précise ceci : « *Dans un climat*

⁵⁸⁸ Décision n° 004/99 de la CCJA du 3 février 1999. – G. AFFAKI, *Nouvelles réflexions sur la banque et l'arbitrage in Liber Amicorum en l'honneur de Serge LAZAREFF*, Paris, A. Pedone, 2011, p. 32. D'après cet auteur, une partie qui recourt l'arbitrage doit payer des frais liés à l'administration de l'arbitrage mais aussi les honoraires de l'arbitre. Il est donc tout à fait légitime pour une partie à un arbitrage de vérifier la probité de l'arbitre.

⁵⁸⁹ Notamment la CCI en Europe, l'AAA aux États-Unis ou le CIRDI en ce qui concerne les différends relatifs aux investissements.

⁵⁹⁰ Décision n° 004/99 de la CCJA du 3 février 1999, *op.cit.*,

⁵⁹¹ A ce propos, il y a la méthode *ad valorem* appliquée par la CCI ou la CCJA à partir du moment du litige des parties et la méthode calculée à partir du temps passé par l'arbitre sur l'affaire. La dernière technique est appliquée dans le CIRDI.

⁵⁹² M. W. BÜHLER, *The arbitrator's remuneration too much, too little ?*, in *Liber Amicorum en l'honneur de Serge LAZAREFF*, Paris, A. Pedone, 2011, p. 103 à 108, pour se référer aux barèmes de rémunérations des arbitres régulièrement publiés par les centres d'arbitrage.

*général de plus en plus délétère, sur le fond de corruption et de manquements répétés à la déontologie des affaires, les procédures arbitrales subissent un alourdissement et un renchérissement très sensible ; les manœuvres déloyales se développent et la bureaucratisation des grandes institutions d'arbitrage s'accroît ; les manifestations et congrès divers abondent, mais loin d'être des lieux de réflexion ils ne constituent plus guère que des forums commerciaux où règne une âpre concurrence entre marchands de droit »*⁵⁹³.

Cette anomalie traduite par la « *commercialisation de l'arbitrage international* »⁵⁹⁴ selon P. LALIVE affecte particulièrement les centres d'arbitrage interne et international⁵⁹⁵. Ph. FOUCHARD dans la même lancée, dénonce ces maux en ces termes : « L'arbitrage étant un service qui engendre une forte valeur ajoutée est offert sur un marché devenu mondial. À l'image du commerce lui-même, personne ne veut en être écarté »⁵⁹⁶. Cet instrument de règlement des différends se vide de sa quintessence d'origine. Il perd sa valeur d'outil juridictionnel performant au service des différends découlant du commerce international pour devenir un outil de commercialisation. Par conséquent, la CCJA et les législateurs doivent légiférer des lois pouvant sanctionner ces arbitres et leurs clientèles non avérées qui s'apparentent à cette tendance « d'affairisme ». Les nouvelles lois à voter doivent régir les centres d'arbitrage en espace OHADA à l'instar des règles statutaires arbitrales⁵⁹⁷ en occident. Bien que l'évolution entre ces continents ne soit point la même, la mise en place d'un moratoire sur certaines affaires éviteraient les dérives constatées. Ce dispositif de temporisation accélérera la mission de la CCJA pour devenir incontournable et une référence en matière d'arbitrage sur le continent africain. De même, les législateurs en droit OHADA doivent revoir les honoraires afin de faciliter l'accès à l'arbitrage au plus grand nombre

⁵⁹³ B. OPPETIT, *Théorie de l'arbitrage*, op.cit., p. 10 et 12.

⁵⁹⁴ P. LALIVE, Sur une commercialisation de l'arbitrage international, in *Liber Amicorum*, autour de l'arbitrage : Mélanges offerts à Claude Reymond, Paris, Litec, 2004, p. 167-172.

⁵⁹⁵ Les États conscients du fait que l'arbitrage est une source de retombées économiques directes et indirectes, vont se lancer dans une concurrence pour attirer les différends sur leur territoire. Chaque entité voudra détenir en son propre compte un centre d'arbitrage. D'où la prolifération des centres d'arbitrage dans le monde entier et des colloques et réunions sur cette thématique.

⁵⁹⁶ Ph. FOUCHARD, *L'arbitrage et la mondialisation de l'économie*, p. 385.

⁵⁹⁷ Les récentes réformes arbitrales notamment la codification des principes d'équité, d'impartialité et d'efficacité du processus arbitral.

d'opérateurs économiques et commerciaux. En dépit de l'affectation de l'arbitrage en Afrique subsaharienne par le phénomène de la « commercialisation », la fonction juridictionnelle de l'arbitre reste un gage de sécurité judiciaire pour les parties.

SECTION II- La procédure arbitrale en espace OHADA : un outil pour la sauvegarde judiciaire

143. L'arbitre à travers sa mission juridictionnelle, est appelé à préciser distinctement les contours de la procédure arbitrale tout en définissant son régime. Ce régime lui confère la jouissance des mêmes droits et l'exécution des mêmes devoirs que le juge étatique. Il se trouve ainsi soumis à la responsabilité d'indépendance vis-à-vis des parties et à celle d'impartialité dans le prononcé de la sentence. L'indépendance et l'impartialité constituent des obligations incontournables qui reposent sous la responsabilité de l'arbitre ou du juge étatique. Admise en tant qu'exigence d'équité, de neutralité et d'objectivité ou encore de désintéressement, l'impartialité en droit se présente à l'instar d'une obligation consubstantielle liée à la fonction juridictionnelle. La mission de l'arbitre consiste à départager deux contestataires d'une manière juste et équitable. Deux auteurs définissent l'importance de la notion d'impartialité par cette citation : « un homme aura beau être intelligent, énergique, prévoyant, beau ou autre chose, on ne le choisira pas s'il est présumé être partial. (...) Inversement si on le sait « juste », on peut fermer les yeux sur tous les autres défauts »⁵⁹⁸. D'autres textes internationaux, notamment l'article 6 AUA⁵⁹⁹, la loi type de la CNUDCI dans son article 12⁶⁰⁰, ont spécifié le devoir d'impartialité de l'arbitre. S'investissant dans une mission juridictionnelle, l'arbitre doit éclipser son origine, ses

⁵⁹⁸ R. MORERA, Être arbitre à l'époque de la globalisation, in *Liber Amicorum* en l'honneur de Serge LAZAREFF, Paris, A. Pedone, 2011, p. 462-463.

⁵⁹⁹ Art. 6 AUA « L'arbitre doit avoir le plein exercice de ses droits civils, demeuré indépendant et impartial vis-à-vis des parties ».

⁶⁰⁰ Art. 12 § I loi type CNUDCI « Lorsqu'une promesse est pressentie en vue de sa nomination éventuelle en qualité d'arbitre, elle signale toutes circonstances de nature à soulever des doutes légitimes sur son impartialité ou son indépendance. A partir de la date de sa nomination et durant toute la procédure arbitrale, l'arbitre signale sans tarder de telles circonstances aux parties à moins qu'il ne l'ait déjà fait ».

convictions, sa religion et sa culture face aux parties lors du prononcé de la sentence⁶⁰¹. Il doit éviter de défendre une partie parce qu'il n'est pas un avocat. Le professeur P. MAYER a approuvé cette neutralité de l'arbitre en cette citation : « l'arbitre n'est pas dans le camp d'aucune des parties, il n'est ni sur le terrain politique, ni religieux ou idéologique. Dans toute la mesure du possible, il doit s'efforcer, surtout s'agissant d'un arbitre unique, ou du président d'un tribunal arbitral de faire abstraction de la plus grande sympathie qu'il éprouve pour des valeurs défendues par l'une des parties, lorsqu'elles opposent une civilisation ou un système politique à une autre, dont est issue l'autre partie »⁶⁰². En dépit de la portée incontestable de la responsabilité d'impartialité, sa justification reste très complexe à définir. Elle demeure un critère particulièrement examiné en fonction des aptitudes intellectuelles ou psychologiques⁶⁰³. L'impartialité de l'arbitre ou celle du juge nécessitent une appréciation très délicate. Néanmoins la délicatesse exclusive de l'impartialité dont l'arbitre fait montre, ne peut en aucun cas assurer la sécurité juridique. L'indépendance quant à elle constitue un critère entièrement matériel qui s'examine à partir du droit, des actes précis ou des liens identifiables. Ce critère peut s'établir sans difficulté. Ainsi, la recherche suivie de la vérification de la responsabilité d'indépendance de l'arbitre en matière d'arbitrage international semble cruciale (§ I). Ce critère constitue un moyen par lequel les parties peuvent engager la responsabilité de tout arbitre qui ne respecterait pas sa mission juridictionnelle (§ II).

⁶⁰¹ M. de BOISSÉSSON, Le droit français de l'arbitrage interne et international, *op.cit.*, p. 787.

⁶⁰² P. MAYER, La règle morale dans l'arbitrage international, in Etudes offertes à Pierre Bellet, Paris, Litec, 1991, p. 396 à 397.

⁶⁰³ Th. CLAY, L'indépendance et l'impartialité de l'arbitre et les règles du procès équitable, in L'impartialité de l'arbitre et les règles du procès équitable, Bruylant, Bruxelles, 2006, p. 213 et 214.

§ I- La vérification de la responsabilité de l'arbitre au regard des parties en droit OHADA

144. Connue d'une des principales qualités du juge, l'indépendance de l'arbitre selon la doctrine et la jurisprudence est l'essence de sa fonction juridictionnelle. Elle est dotée d'une qualité et d'une obligation. La soumission du juge à l'indépendance des diverses autorités qui le nomment, est réciproque pour l'arbitre vis-à-vis des parties qui l'ont sollicité. Au cas où le tribunal arbitral est composé de plusieurs arbitres, l'arbitre est indépendant vis-à-vis des autres. Cette responsabilité objective incombe à l'arbitre durant toutes les étapes de la procédure arbitrale. Au fond, le rapport qui s'établit entre la responsabilité d'impartialité et celle d'indépendance est subjective. En dépit de ce qui les distingue, elles sont loin d'être absolues et insignifiantes dans le lexique de l'arbitrage international. Les rédacteurs Britanniques ont très vite élaboré pendant *l'Arbitration Act* ⁶⁰⁴ de 1996 l'indépendance et l'impartialité inscriptibles dans le document final. La jurisprudence française quant à elle a établi un critère nommé « l'indépendance d'esprit de l'arbitre » ⁶⁰⁵ pour résumer le rapport entre l'indépendance et l'impartialité. En raison de la complexité que révèlent ces deux critères, certains textes internationaux ⁶⁰⁶ consacrent distinctement le terme générique « d'indépendance ». En revanche, le nouveau règlement adjoint le terme « impartial », puis la déclaration précédente est désormais titrée « déclaration de disponibilité, d'impartialité et d'indépendance ». Il découle de cette nouvelle donne une « obligation de révélation » de tous les actes ou faits qui peuvent étouffer l'indépendance ou l'impartialité de l'arbitre au secrétariat. En réalité, l'indépendance de l'arbitre est recherchée

⁶⁰⁴ M. E. GOLDSMITH, *The Arbitration Act 1979, DPCI, mars 1980*, tome 6, n° 1 p. 63 à 70.

⁶⁰⁵ *Ibid.* p. 214

⁶⁰⁶ Convention de Washington du 18 mars 1965 : il prévoit que « les arbitres du CIRDI doivent offrir toute garantie d'indépendance dans l'exercice de leurs fonctions » selon l'article 14 § 1. De même le Règlement d'arbitrage de la CCI à travers son article 7 alinéa 2 établit un document nommé « *La déclaration d'indépendance de l'arbitre* ». D'après cet article, « avant sa nomination ou sa confirmation, l'arbitre pressenti signe une déclaration d'indépendance et fait connaître par écrit au secrétaire les faits ou circonstances qui pourraient être de nature à mettre en cause son indépendance dans l'esprit des parties... ». Le nouveau règlement d'arbitrage de la CCI entré en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2012 est venu quelque peu changer cette donne. Il est toujours prévu que l'arbitre doit être et demeurer indépendant des parties en cause.

comme l'un des moyens de suivi et de contrôle liés à cette responsabilité. Au nombre de ces moyens, on trouve celui qui prévient notamment l'obligation de la confidentialité de l'arbitre (A) et la marque de l'indépendance de l'arbitre à l'égard de ses confrères (B).

A- L'obligation de révélation : un moyen de vérification du degré d'indépendance de l'arbitre

145. Cette technique très répandue dans l'arbitrage international⁶⁰⁷ est considérée à l'instar d'une règle matérielle dans le domaine arbitral. L'obligation de révélation est élaborée à travers la loi type de la CNUDCI de l'arbitrage en son article 1^{er}⁶⁰⁸. Dans le Règlement d'arbitrage de la CCI, elle est établie sous forme de déclaration d'indépendance de l'arbitre⁶⁰⁹. L'article 4-1⁶¹⁰ de la déclaration d'indépendance des arbitres conçue par la CCJA découle de cette même

⁶⁰⁷ Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, op.cit., p. 597.

⁶⁰⁸ L'article précise ceci : « Lorsqu'une personne est pressentie pour être nommée en qualité d'arbitre, elle signale toutes les circonstances de nature à soulever des doutes légitimes sur son impartialité ou sur son indépendance. À partir de sa nomination et durant toute la procédure arbitrale, un arbitre signale sans tarder lesdites circonstances aux parties et aux autres arbitres, s'il ne l'a déjà fait. »

⁶⁰⁹ Art. 7 alinéa 4 Règlement CCI.

1) Une partie qui souhaite se joindre à une partie supplémentaire à l'arbitrage doit soumettre sa demande d'arbitrage contre la partie supplémentaire (la « demande de jonction ») au Secrétariat. La date à laquelle la demande de réception par jonction du Secrétariat doit, à toutes fins utiles, être considérée comme la date du début de l'arbitrage contre la partie supplémentaire. Tout est soumis jonction aux dispositions de ou des articles 6(3)-6(7) et 9. Aucune partie supplémentaire ne peut être jointe après la confirmation ou la nomination d'un arbitre, à moins que toutes les parties, y compris la partie supplémentaire, autrement s'accordent. Le Secrétariat peut fixer un délai pour la présentation d'une demande de jonction.

2) La demande de jonction doit contenir les informations suivantes :

a) une ou la référence de cas de l'arbitrage existant ;

b) le nom complet, la description, adresse et autres coordonnées de chacune des parties, y compris la partie supplémentaire ; et

c) les informations spécifiées à Article 4(3) paragraphes c), ré), e) et f).

La partie qui dépose la demande de celui-ci peut présenter jonction autres documents ou renseignements qu'il juge appropriée ou peut contribuer à la résolution efficace du différend.

3) Les prévisions de ou des articles 4(4) et 4(5) doit s'appliquer, mutatis mutandis, "ce qui devait être changé ayant été changé" à la demande de jonction.

4) La partie supplémentaire doit soumettre une réponse conformément, mutatis mutandis, avec les dispositions de la des articles 5(1)-5(4). La partie supplémentaire peut faire des réclamations contre toute autre partie conformément aux dispositions de l'article 8.

⁶¹⁰ A propos de l'article 4-1 du Règlement d'arbitrage de la CCJA, ce sont, les termes de l'article 7 alinéa 2 du Règlement d'arbitrage de la CCI qui ont été repris. Il dispose que : « Avant sa nomination ou sa confirmation par la Cour, l'arbitre pressenti, auquel il a été donné connaissance des informations sur le litige figurant dans la demande d'arbitrage et, si elle est parvenue, dans la réponse à celle-ci, fait connaître par écrit au Secrétaire général de la Cour les faits ou circonstances qui pourraient être de nature à mettre en cause son indépendance dans l'esprit des parties. Dès réception

formule. Le CIRDI a élaboré une déclaration retenant l'apposition de la signature des arbitres avant ou pendant la première session de la procédure arbitrale⁶¹¹. A titre d'exemple, l'obligation de révélation en France a pris une autre envergure dans l'affaire *Avax c/ Tecnimont* rendue le 2 novembre 2011. La société *Avax* a persévéré dans sa réclamation sur l'abrogation de la sentence partielle rendue à Paris le 10 décembre 2007 sous l'égide de la CCI suite au premier recours. Le motif de cette réclamation était lié au caractère incertain de la révélation. Après l'obtention de la réponse favorable de la Cour d'appel de Paris, cette sentence fut abrogée « en raison du défaut d'indépendance de l'arbitre. Car le tribunal arbitral a été irrégulièrement composé ; et bien que le moyen unique d'annulation soit accueilli, il convient d'annuler la sentence partielle du 10 décembre 2007 »⁶¹². Selon la Cour d'appel de Reims, il incombe à l'arbitre de révéler tous les faits objectifs en vue d'écarter toute « incertitude raisonnable »⁶¹³ sur son indépendance. En effet, un arbitre avait omis de révéler tous ses rapports avec son cabinet d'avocats à la société *Tecnimont*. Ce cabinet a usurpé plusieurs fois la société *Tecnimont*. La Cour d'appel qualifiait cette omission de révélation des rapports entre l'arbitre et ses litigants. Cette attitude démontre une abstraction d'indépendance abrogeant la sentence. L'obligation de révélation reposant sur l'arbitre fut accélérée par la décision en raison d'éliminer les actes délicats pouvant soulever une incertitude raisonnable. En revanche, il existe une restriction que les centres d'arbitrage tels

de cette information, le Secrétaire Général de la Cour la communique par écrit aux parties et leur fixe un délai pour faire connaître leurs observations éventuelles. »

⁶¹¹ Art. 6 (2) du Règlement d'arbitrage CIRDI. Selon cet article l'arbitre s'engage à signer une déclaration qui porte ces mentions : « A ma connaissance, il n'existe aucune raison susceptible de m'empêcher de faire partie du tribunal constitué par le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements à l'occasion d'un différend entre... et ... ».

⁶¹² Toutefois, sur pourvoi de la société *Tecnimont*, la Cour de cassation a cassé cet arrêt, suite à la modification de l'objet du différend de la Cour d'appel. A cet effet, elle déduit que la contradiction n'avait pas été connue jusqu'à la date de l'abandon de la sentence. En réalité, l'entière des faits invoqués par la société *Avax* était connue par la Cour d'appel au cours de la demande de récusation déposée auprès de la CCI en septembre 2007. La décision du 2 novembre 2011, rendue sur renvoi après cassation, admet en premier lieu la recevabilité du recours en annulation et aboutit-elle aussi à l'annulation de la sentence CCI du 10 décembre 2007, en considérant qu'il revient à l'arbitre, à tout moment de la procédure arbitrale, de révéler toute circonstance pouvant faire naître un doute raisonnable quant aux qualités impératives d'impartialité et d'indépendance.

⁶¹³ Première énonciation de la Cour d'appel : « si rien ne s'oppose à la professionnalisation des fonctions d'arbitre, celle-ci n'atténue point les exigences d'information de la part de l'arbitre sur toutes les circonstances de nature à affecter son jugement et à provoquer un doute raisonnable sur ses qualités d'impartialité et d'indépendance dans l'esprit des parties, c'est-à-dire non en raison de ce que l'arbitre pense [...] mais du point de vue des parties, en se mettant à leur place ».

que la CCI, le CIRDI, et la CCJA ont émis à partir d'une déclaration d'indépendance⁶¹⁴. Après obtention de ce document, l'arbitre doit recevoir la confirmation du centre d'arbitrage. Au cas où les faits déclarés par l'arbitre ne s'accorderaient pas à la condition d'indépendance selon le CCI ou la CCJA, l'arbitre peut subir une suspension de ces institutions. Un pouvoir de nomination complète de l'arbitre est ainsi conféré au centre d'arbitrage. L'arbitre est soumis à une prérogative le contraignant à déclarer la bonne foi sur l'ensemble des actes et faits pouvant préjudicier l'instance arbitrale⁶¹⁵.

146. Au vu et su de la réalité que connaissent la France et les États-Unis sur l'obligation de révélation, les États OHADA sont invités à ajuster les questions sans la description de tous les liens à révéler⁶¹⁶. Ces questions peuvent simplement reposer sur les liens familiaux ou professionnels que l'arbitre potentiel a pu avoir avec les parties. Cette méthode pratique et concise apporte la clairvoyance révélant l'intégrité de l'arbitre. Étant donné que le passé ne doit pas entrave la réussite du présent, il est souhaitable d'exiger de l'arbitre une révélation sans détail. A cet effet tous les rapports antérieurs et présents avec les parties, les conseils ou les co-arbitrages doivent être discrets. De même, aucune distinction de notoriété, d'ancienneté et de nature des faits ne doivent être divulguée. L'obligation de révélation doit être réalisée d'une manière objective et modérée.

⁶¹⁴ La réponse finale sur le degré d'indépendance ou d'impartialité de l'arbitre est confiée au centre d'arbitrage. L'exemple donné par la procédure du CCI, qui est tout à fait transposable à la CCJA, nous permet d'illustrer nos propos. Dans le document que l'arbitre doit adresser à la Cour internationale d'arbitrage de la Chambre de Commerce International, il doit choisir entre deux formules : soit, précisé qu'aucun fait ou circonstance ne nécessite d'être révélé, soit au contraire ajouté la formule de Philippe FOUCHARD et ses confrères : « Cependant (...) je désire attirer votre attention sur les faits et circonstances dont je fais état ci-après parce que je considère qu'ils pourraient être de nature à mettre en cause mon indépendance dans l'esprit de l'une quelconque des parties ».

⁶¹⁵ Le fait que l'arbitrage soit une procédure juridictionnelle fondée sur les liens de la confiance, il est avantageux pour l'arbitre de déclarer tous les faits pouvant nuire à l'instance arbitrale. Sinon, la déclaration sera incomplète et ainsi elle suscitera une faute incorrigible susceptible de poursuivre l'arbitre durant toute sa carrière. Assurément, l'arbitre a la possibilité d'étaler les faits qu'il désire faire connaître aux parties. Il peut décider d'en occulter certaines. Toutefois, lorsqu'il agit ainsi de son propre gré il sera passible de la récusation juste après le démarrage de l'instance. Il conviendrait pour lui d'exprimer son indépendance par une opinion dissidente.

⁶¹⁶ Cette solution est déjà adoptée dans certains États des États-Unis à l'instar de la Californie et du Texas.

B- L'opinion dissidente de l'indépendance de l'arbitre

147. Dans le langage arbitral, cet avis constitue un acte qui décrit l'ensemble des contestations des arbitres minoritaires⁶¹⁷. Leur avis dissident doit être présenté publiquement avec l'avis des arbitres majoritaires⁶¹⁸ sur la sentence. Force est de constater que la portée de cet avis varie d'après le fond et la forme du contenu. Au cours de l'affaire CIRDI *SOABI*⁶¹⁹, l'expert K. MBAYE déclare son opinion dissidente en ces termes : « Je regrette de ne pouvoir me rallier aux vues de mes collègues et, surtout, je déplore que la division du tribunal, faisant coïncider les nationalités ou l'appartenance géographique des juges avec les intérêts des parties, puisse faire penser, à tort, à la manifestation de deux sensibilités différentes sur des problèmes mettant en évidence les rapports conflictuels entre pays en développement et investisseurs étrangers, si tant est que la SOABI en l'espèce puisse être considérée comme un investisseur , ... »⁶²⁰. L'expert MBAYE pense que l'article 25 de la convention de Washington de 1965 relatif à la qualification de la compétence du centre a été faussement interprété par le tribunal arbitral. L'opinion dissidente peut s'ajouter au contenu de la sentence arbitrale lorsqu'il concerne quelques notes⁶²¹. Elle avantage et renforce la sécurité juridique ou judiciaire tout en révélant l'intégrité personnelle de l'arbitre comparativement aux avis de ses collègues⁶²². D'après S. ASANT, l'opinion dissidente allège le devoir de l'arbitre tout en l'aidant à trancher sa décision de manière pointilleuse⁶²³. A titre personnel, cette technique participe à la consolidation des critères arbitraux tels que l'indépendance et l'impartialité. Car en réalité l'arbitre est bien libre de toute conception des autres membres

⁶¹⁷ H. SMIT, Les opinions dissidentes en matière d'arbitrage : Bulletin de la Cour International d'arbitrage de la CCI, 2004, 1^{er} semestre, volume 15/n°1, p. 37-42. – E. SILVA ROMERO, Brèves observations sur l'opinion dissidente, in Les arbitres internationaux (sous la direction de) J. ROSSEL, Colloque du 4 février 2005, Paris, Société de Législation Comparée, 2005, p. 179- 186.

⁶¹⁸ P. DAILLIER, M. FORTEAU et A. PELLET, *Tribunal irano-américain de réclamations : Chronique AFDI*, 2003, p. 981

⁶¹⁹ Société Ouest-Africaine des bétons industriels

⁶²⁰ Opinion dissidente rendue dans le cadre de l'affaire CIRDI n° ARB/82/1 SOABI.

⁶²¹ La sentence CIRDI n° ARB/87/3 AAPL c/ Sri Lanka, l'arbitre Samuel K.B. ASANTE a exprimé un avis dissident sur la responsabilité du défendeur.

⁶²² *Ibid*

⁶²³ *Ibid*

du tribunal arbitral. L'éventualité expresse d'un avis dissident est contenue dans le règlement d'arbitrage de la CCJA en son article 22.4. Cette mesure est d'ailleurs entrée en jeux par l'affaire *société Nestlé Sahel c/ SCIMAS* du 19 juillet 2007⁶²⁴. Au cours de l'arbitrage de ce différend, la société *Nestlé* avait réclamé l'abrogation d'une sentence arbitrale. Pour remarque, une absence effective du collège arbitral dans le cadre de la concertation sur la demande reconventionnelle de *SCIMAS* révèle que l'opinion dissidente de l'arbitre minoritaire n'est pas conforme à la sentence arbitrale. Cette situation suscite la question du devoir qui incombe à l'arbitre.

§ II- L'enclenchement de la responsabilité de l'arbitre en espace

OHADA

148. En dépit de l'équité de l'arbitre, le principe de la responsabilité est bien effectif. Les parties ont le droit d'engager la responsabilité de l'arbitre. Lorsque l'arbitre commet une faute grave relative à l'une de ses obligations à l'instar d'un mensonge sur ses qualités, « erreur personnelle ou intentionnelle ou encore en cas de dol », sa responsabilité peut être engagée⁶²⁵. A titre exceptionnel, en dépit de l'immunité qui le protège, il est titulaire d'une mission juridictionnelle. En effet, cette responsabilité est fondée sur la justification des rapports contractuels entre les parties et l'arbitre. En revanche, considérant la prestation onéreuse de l'arbitre sans oublier son engagement et ses faits⁶²⁶, il se heurte à l'immunité dictée dans les textes de l'arbitrage. Ainsi, il est préférable qu'il soit assuré à l'instar de la garantie accordée au juge étatique par les systèmes juridiques. D'ailleurs, l'immunité dans le domaine arbitral est amplement reconnue à l'arbitre en droit comparé de l'arbitrage⁶²⁷.

⁶²⁴ P.G. POUGOUÉ et S.S. KUATE TAMEGHE, Le système d'arbitrage de la CCJA, in OHADA et les perspectives de l'arbitrage en Afrique, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 146.

⁶²⁵ La loi type relative à l'arbitrage et le Règlement d'arbitrage CCI n'ont pas mentionné la responsabilité des arbitres. Pourtant ces textes sont reconnus authentiques dans le monde entier.

⁶²⁶ C'est-à-dire sa mission juridictionnelle.

⁶²⁷ Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, op. cit., p. 604, sur l'immunité des arbitres.

Selon nos précédentes remarques, cette méthode participe aux divers engagements de l'arbitre. En raison de ces défis, les centres d'arbitrage ont conçu une protection sur la base des clauses limitatives de responsabilité pour les arbitres⁶²⁸. La rédaction de cette clause restrictive de responsabilité apparaît comme une irresponsabilité évasive de la CCI, de la CCJA ainsi que des arbitres, qu'elle assigne⁶²⁹. Certainement, l'immunité diplomatique décernée aux arbitres par la CCJA à partir de l'article 49 du Traité OHADA est un cas très rare. Le droit de l'arbitrage CCJA est particulier en fonction du niveau de sa protection complète qualifiée d'« immunité civile et pénale⁶³⁰ ». L'accroissement de l'immunité diplomatique décernée aux arbitres nommés par la CCJA privilégie la personne de l'arbitre ainsi que sa mission⁶³¹. Ce droit d'arbitrage n'est pas le seul à octroyer cette immunité aux arbitres. A titre illustratif, bon nombre de lois des États fédérés ainsi que plusieurs jurisprudences remontent à 1884. Elles réfutent d'ailleurs la responsabilité civile des arbitres ainsi que celle des institutions d'arbitrage dans les actes accomplis en qualité d'arbitre. Ce qui confirme l'expression « *Arbitrators may act with impunity for they there is favored*

⁶²⁸ Pour illustration, le Règlement d'arbitrage de la CCI de 2012 dans son article 40 dispose que « les arbitres, la Cour, ses membres ainsi que la CCI seront irresponsables pour tous les faits, les actes ou omission en rapport avec l'arbitrage ». Préalablement, l'article 34 du Règlement d'arbitrage de la CCI de 1998 qui disposait que « Ni les arbitres, ni la Cour ou ses membres, ni la chambre de commerce international ou son personnel, ni les comités nationaux de la Chambre de commerce international, ne sont responsables envers quiconque de tout fait, acte ou omission en relation avec un arbitrage. »

⁶²⁹ La contenance de cette clause semble excessive et trop ordinaire. La CCI accorde une immunité absolue à ses membres et aux arbitres. Elle ignore le cas des fautes intentionnelles ou de dol de la part des arbitres. Aussi, les impacts de cet article peuvent être dommageables pour la CCI si les arbitres ou ses membres se servent systématiquement de cet article comme protection.

⁶³⁰ Cette solution expliquée se poursuit par le fait que l'OHADA est une institution de droit international qui jouit elle-même de l'immunité diplomatique pour être autonome face aux États. L'OHADA, a élargi la protection diplomatique dont elle bénéficie aux arbitres qu'elle nomme, comme la plupart des organisations internationales le font pour leur personnel. La compréhension de cette stratégie passe par la personnalité juridique internationale qui a été reconnue aux organisations internationales suite à l'avis consultatif de la Cour Internationale de Justice (CIJ) rendu en 1949 à propos d'une demande de l'Assemblée générale des Nations Unies formulée le 3 décembre 1948. Cette dernière voulait savoir si l'ONU possédait la capacité de présenter une réclamation internationale contre un État, pour le compte de ses agents, en particulier le Comte Bernadotte, médiateur des Nations Unies en Palestine, assassiné dans l'exercice de ses fonctions. S'appuyant sur la permanence de l'ONU et sur certains éléments de sa structure, la CIJ a établi que l'ONU disposait bien de la personnalité juridique en se basant sur sa mission internationale. Celle-ci participe au maintien de la paix et la de sécurité internationale, pour développer les relations internationales entre les nations réalisant la coopération internationale dans l'ordre économique, intellectuel et humanitaire. Ainsi dans le cadre de l'accomplissement de ses missions, l'organisation devait bénéficier de la personnalité internationale mais aussi de privilèges et d'immunités destinées à assurer le respect de leur personnalité juridique. Sans doute cette inviolabilité ainsi que ses avantages peuvent s'élargir aux personnels des organisations internationales car elles ont toutes des missions qui obligent une autonomie spécifique. Cf. cet avis in P. DAILLIER, La jurisprudence des tribunaux des organisations d'intégration latino-américaines, AFDI, 2006, volume 52, p. 532 et s.

⁶³¹ Ceci s'explique par la distinction considérable entre les arbitres nommés par la CCJA et ceux qui sont choisis par les parties. De même, la CCJA est exempte des éventuelles fautes commises sans être poursuivies. L'arbitre sélectionné par la CCJA fautif au cours de sa mission ne peut pas faire l'objet d'une poursuite judiciaire. Toute action en responsabilité contre ces arbitres va se heurter à une fin de non-recevoir du fait de l'immunité dont ils bénéficient.

community »⁶³². Pour analyse, le système d'arbitrage sera affecté à cause de la méfiance des opérateurs économiques suite à l'entrée en jeu de l'article 49 Traité OHADA. Ils hésiteront pour recourir à l'arbitrage OHADA à cause de l'imprécision des restrictions relatives à l'immunité de l'arbitre. Ce qui requiert absolument d'une limite à l'immunité de l'arbitre⁶³³. Les restrictions relatives à l'immunité de l'arbitre découlent des erreurs intentionnelles ainsi que des comportements dolosifs et frauduleux. Bien que la jurisprudence américaine opte pour l'immunité absolue de l'arbitre dans le domaine civil, elle exclut de celle-ci les cas frauduleux ou nuisibles d'intention⁶³⁴. Par conséquent, il serait préférable d'annuler tout simplement cette immunité.

149. Jusqu'à un passé récent, l'immunité diplomatique du système d'arbitrage de CCJA est contredite par la récusation de l'arbitre selon l'article 4 du Règlement d'arbitrage CCJA. En ce sens, les parties doivent préalablement connaître la majorité des textes avant l'effectivité de cette éventualité. Aussi, d'autres centres d'arbitrage traduisent cette restriction par la consécration des immunités moins amples pour les arbitres. D'où le ralentissement de la clause de responsabilité du Règlement d'arbitrage de l'AAA. En d'autres termes, la clause limitative de responsabilité ne couvre pas les fautes intentionnelles des arbitres. En dépit de la présence des clauses restrictives de responsabilité dans les textes internationaux relatifs à l'arbitrage, la doctrine s'oppose à leur validité⁶³⁵. D'ailleurs, la Cour d'appel de Paris s'est prononcée pour la nullité de ce type de clause dans une affaire opposant la société CUBIC à la CCI⁶³⁶. Selon le rappel qui a été fait, la responsabilité de la CCI peut être engagée malgré la présence de l'article 34. A priori, cette solution jurisprudentielle va s'appliquer et être reconduite par les juges de l'espace OHADA ainsi que par l'ensemble des centres d'arbitrage

⁶³² A. TWEEDDALE et K. TWEEDDALE, *Arbitration of commercial disputes*, International and English Law and Practice, édition OXFORD, 2005, p. 174. Traduction : « Les arbitres peuvent agir en toute impunité parce qu'ils représentent une communauté favorisée ».

⁶³³ Pour explication, l'arbitre doit subir les conséquences dommageables de ses fautes. Car il est responsable de toute faute intentionnelle commise dans le cadre de sa mission.

⁶³⁴ Jurisprudence *Lugren c/ Freeman*, US Court of Appeals, 9th. Cir. 307 F. 2d 104, (1962), cité par Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, et B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international op.cit.* p. 610.

⁶³⁵ Ibid.

⁶³⁶ Arrêt Société Cubic Defense Système Inc. c/ CCI, Cour d'Appel de Paris 1^{ère} Chambre, 15 septembre 1998, *Rev. arb.*, 1999, n° 1. p. 103 à 120, avec une note de P. LALIVE.

pour la fiabilité de l'arbitrage. A cet égard, les membres des centres d'arbitrage et les arbitres sont responsables en cas de faute. Bien que les actions contre les arbitres progressent sans relâche, celles-ci demeurent inaccessibles en raison des éloges qui parviennent aux arbitres. Le poids de la profession repose ainsi sur l'épaule de l'arbitre. Car la réussite de sa carrière dépend de ses compétences et de sa réputation. Au vu et su de ce qui constitue les immunités de l'arbitre il est important de préciser que la responsabilité qui se rapporte à celle-ci est bien d'abord civile et principalement contractuelle (A). De même, il peut advenir que cette responsabilité soit délictuelle (B).

A- Le fondement civil de la responsabilité contractuelle de l'arbitre

150. Le fondement civil contractuel de cette responsabilité malgré sa reconnaissance au sein de plusieurs systèmes de droit civil n'est pas codifié. Seul le nouveau Code de procédure civile du Liban de 1983 a réussi à élaborer la codification dans ce domaine. Ce code recense par exemple, les cas de résignation répétitives ou de carence volontaire prévues pour que l'arbitre soit condamné à verser des dommages et intérêts⁶³⁷. En outre, le Code de procédure civile italien adopte la même résolution lorsque l'arbitre démissionne sans aucun motif ou lorsque la sentence a été annulée parce que la mission arbitrale n'est pas conforme au délai légal⁶³⁸. La jurisprudence française consciente de l'évolution que connaît l'arbitrage a opté pour la modification de l'article 1142 du code civil par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, « *article 2* »⁶³⁹ pour établir la responsabilité civile de droit commun de l'arbitre. En revanche, l'engagement de la responsabilité civile de l'arbitre dans le système *common law* est complexe et subit sans relâche des écarts. L'exclusion de la responsabilité de l'arbitre par le centre d'arbitrage AAA dans son Règlement international de 1992 est constatée sauf dans

⁶³⁷ Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, et B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, op. cit. p. 634

⁶³⁸ *Ibid.*

⁶³⁹ La violence est une cause de nullité qu'elle ait été exercée par une partie ou par un tiers.

les cas d'erreurs volontaires et intentionnelles selon l'article 36⁶⁴⁰. Le 1^{er} novembre 1993, ce même centre d'arbitrage revoie l'article 36 pour se prononcer en faveur d'une irresponsabilité absolue de l'arbitre dans l'exercice de sa mission. L'arbitre jouit donc d'une très grande immunité au sein de ces États de *common law*. La responsabilité de l'arbitre et l'immunité diplomatique accordée aux arbitres de la CCJA en droit OHADA est semblable à celle de *common law*. En effet, une protection découle de cette immunité contre toutes les actions civiles et pénales surgissant après le prononcé de la sentence. La recrudescence de la protection décernée aux arbitres en droit OHADA suscite cependant des interrogations et crée également de la réticence au sein de la doctrine. Malheureusement cette protection prédominante au sein de cet espace se heurte à la conception civiliste de la responsabilité. Car, selon l'immunité dont jouit l'arbitre, il semble qu'une seule erreur conséquente suscite la justification de la levée de cette immunité. Le droit OHADA se place dans le courant du droit comparé. Pour illustration, le règlement d'arbitrage de Côte d'Ivoire CACI prévoit en son article 13 alinéa 5 que l'arbitre peut être tenu responsable⁶⁴¹. De surcroît, une autre forme de responsabilité contractuelle incombe à l'arbitre. Les parties peuvent engager la responsabilité matérielle de l'arbitre lorsque ce dernier effectue une mauvaise exécution. Car l'arbitrage est un contrat synallagmatique ayant un coût. Selon *l'exemptio non adimpleti contractus* « une exception d'inexécution »⁶⁴², les parties peuvent réclamer la réduction voire la suspension ou la restitution des honoraires de l'arbitre. Ainsi il peut écoper des sanctions telles qu'une exclusion totale de la liste des arbitres qualifiés par son centre d'arbitrage. L'arbitre déloyal se voit marquer au fer rouge à travers la discipline qui lui convient. D'où l'affirmation de S. LAZAREFF en ces termes : « le comportement de l'arbitre est pesé, estimé, jugé, par un cercle relativement restreint, par ses pairs. L'arbitre vit et survit de sa

⁶⁴⁰ F. JOLY, Le Règlement d'arbitrage international de l'Association Américaine d'Arbitrage : *Rev. arb.*, 1993, n° 3, p. 426.

⁶⁴¹ « L'arbitre, sauf en cas de démission ou de récusation est tenu de mener sa mission à terme, faute de quoi, sa responsabilité peut être recherchée ».

⁶⁴² Celle-ci est une règle de droit commun des contrats.

réputation et telle est la raison pour laquelle il est tant attentif à toute critique »⁶⁴³. Les répercussions découlant de cette sanction influenceront certainement sur les affaires à venir surtout à cause de l'exclusivité du cercle des arbitres. Tout comme cela avait été précisé, l'arbitre doit la réussite de sa carrière à ses aptitudes et surtout à sa renommée. Celles-ci lui confèrent du crédit auprès des parties et des centres d'arbitrage. Enfin, il convient de rappeler qu'il y a encore une autre forme de responsabilité pour les arbitres. Elle n'est rien d'autre que la responsabilité civile délictuelle.

B- Le fondement civil de la responsabilité délictuelle de l'arbitre

151. A l'exception de la responsabilité contractuelle de l'arbitre, il existe également sa responsabilité civile délictuelle. Elle se rapporte à une faute coupable en dehors du contrat. Il peut s'agir d'une faute sur l'obligation précontractuelle de révélation selon l'encadrement des centres d'arbitrage. Evidemment, elle devient contractuelle en cours d'instance avec la survenance de faits nouveaux qui doivent être divulgués aux parties. Lorsqu'un arbitre intercepte l'une des parties, les rapports entre les litigants et les intervenants de l'instance arbitrale ou leurs responsabilités peuvent être engagées devant les tribunaux nationaux. Les arbitres qui manquent à leur obligation d'information sont régulièrement punis grâce à la constance de la jurisprudence française. A titre d'exemple, on note l'affaire *L'Oréal* dans laquelle l'arbitre avait caché ses rapports financiers du passé avec l'un des litigants⁶⁴⁴. Ce rapport a été condamné sur la base de l'article 1382 du Code civil français⁶⁴⁵ à cause de l'antériorité du dit lien suivant la sélection de l'arbitre. A cet égard, lorsque l'arbitre est corrompu de près comme de loin, sa responsabilité pénale peut être engagée. Ce point crucial sur les rapports entre l'arbitrage et le droit pénal sera développé postérieurement. Enfin,

⁶⁴³ S. LAZAREFF, L'arbitre est-il un juge ?, in *Liber Amicorum* Claude Reymond : autour de l'arbitrage : Mélanges offerts à Claude Reymond, Paris, Litec, 2004, *op. cit.*, p. 177.

⁶⁴⁴ L'arbitre unique désigné par les parties avait été consultant financier du groupe *L'Oréal* pendant les trois années qui avaient précédé l'instance arbitrale dans laquelle cette firme était partie.

⁶⁴⁵ Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, et B. GOLDAMN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, *op.cit.*, p. 604 et s., sur immunité des arbitres.

malgré la prédominance des actions contre les arbitres, celles-ci demeurent marginales en raison de l'appréciation du comportement des arbitres par leur confrère.

Conclusion du Chapitre I

153. Eu égard à tout ce qui précède, l'espace OHADA est confrontée à une instabilité et une insécurité judiciaire. Cette carence suscite un désintéressement des acteurs du commerce international. Ils choisissent de se tourner vers d'autres juges autres que les juges étatiques pour régler les litiges commerciaux à l'international. Afin de combler leur attente, les législateurs de l'Afrique subsaharienne ont délibérément positionné l'arbitre pour gérer les différends relatifs aux commerces internationaux. A ce titre, l'arbitre poursuit et entretient la sécurité judiciaire dans l'espace OHADA. Par conséquent, cet exploit de l'arbitre s'accomplit grâce aux conditions élaborées dans le cadre de sa désignation. Il se dispose afin d'exécuter et de réussir les responsabilités qui lui sont soumises. Bien entendu celles-ci confèrent aux parties le droit de vérifier durant toute la procédure arbitrale la mesure de son éthique sans oublier les résolutions par lesquelles il tranche ces différends. Toutefois, le renouvellement des arbitres, le coût de l'arbitrage, la commercialisation et la vulgarisation du recours à l'arbitrage en ligne⁶⁴⁶ sont les défis tridimensionnels auxquels les acteurs de l'arbitrage doivent s'intéresser pour plus percer. Évidemment, le renouvellement des arbitres est primordial pour remplacer les arbitres qui sont avancés en âge et vont prendre la retraite. Car les jeunes juristes possèdent également des compétences adéquates pour encore dynamiser l'arbitrage sur tous ses plans. De plus, les rétributions dans ce domaine doivent être revues à la baisse dans les pays en voie de développement afin de faciliter l'accès à l'arbitrage pour tous les justiciables. Les centres d'arbitrages situés en espace OHADA doivent mettre en place des services spécialisés pour les PME⁶⁴⁷. Ainsi ils ne seront plus confrontés aux coûts exorbitants qui les repoussaient dans le cadre de l'arbitrage. Cette justice spécialisée serait ainsi ouverte aux petites et grandes entreprises nationales et internationales. En outre, les deux derniers défis auxquels l'arbitrage est confronté découlent de l'arbitrage matériel dont l'avantage est relativement moins coûteux. Car les parties ne sont

⁶⁴⁶ L. MOATTI-NEUR, *Justice en ligne, justice de demain ?*, Petites affiches, 5 décembre 2001, n° 242, p. 7 à 12.

⁶⁴⁷ Petites et Moyennes Entreprises

soumises à aucune contrainte de déplacement vers le tribunal arbitral⁶⁴⁸. Enfin, il serait quand même souhaitable que les centres d'arbitrage fassent leur propre introspection pour pallier les dérives remarquées. Ils se pencheront ainsi sur toutes les questions qui entravent le plein épanouissement et le brio (la virtuosité ou l'efficacité) des arbitres dans leur fonction.

⁶⁴⁸ A cet égard, la loi type de la CNUDCI, après les amendements intervenus en 2006, a consacré la forme et le contenu de la convention d'arbitrage dans son article 74. Cet article dispose qu'« une communication électronique satisfait à l'exigence de forme écrite imposée pour la convention d'arbitrage si l'information qu'elle contient est accessible pour être consultée ultérieurement ; le terme « communication électronique » désigne toute communication que les parties effectuent au moyen de messages de données ; le terme « message de données » désigne l'information créée, envoyée, reçue ou conservée par des moyens électroniques, magnétiques ou optiques ou des moyens analogues, notamment, mais non exclusivement, l'échange de données informatisées (EDI), la messagerie électronique, le télégraphe, le télex ou la télécopie. »

CHAPITRE II- L'arbitrage : un instrument d'expansion et de maintenance de la sécurité judiciaire

« L'arbitrage constitue un dispositif d'expansion des aptitudes du juge étatique. Il positionne le juge national en plein cœur de la mondialisation afin de lui conférer une accessibilité au cœur des droits étrangers et aux nouvelles révolutions du droit »⁶⁴⁹.

J. ALLARD et A. GARAPON

155. On ne peut pas traiter les rapports entre la justice étatique et la justice arbitrale sans évoquer l'impact de l'arbitrage au sein de l'espace OHADA. Assurément, dans le domaine du commerce international, l'arbitrage corrige et comble les défauts tels que le manque de confiance au sein de la justice étatique. Loin de chercher à opposer entièrement ces deux entités, il importe de préciser qu'elles ne sont pas des concurrents. C'est pour cette raison que le juge étatique est irremplaçable par l'arbitre dans toutes les sphères de la compétence arbitrale. Aussi, une aptitude étatique et régaliennne « *imperium* » lui est conférée tandis que l'arbitre n'en possède pas. A cela s'ajoute l'aptitude restreinte de l'arbitre pour œuvrer selon la convention d'arbitrage. En dépit des soupçons antinomiques et l'hésitation qui enrôlent le juge et l'arbitre dans la pratique auparavant, force est de constater qu'aujourd'hui, ils manifestent une exclusivité sincère au cours de leur collaboration⁶⁵⁰. Car, même si le juge étatique est dessaisi en raison de la convention d'arbitrage, il peut toutefois intervenir à divers niveaux au cours de la procédure arbitrale ou après celle-ci. Cette immixtion régulière ou momentanée rend le juge étatique incontournable dans le déroulement de l'arbitrage. Dans ce contexte, la cohabitation active du juge étatique reste très profitable pour la sécurité

⁶⁴⁹ J. ALLARD et A. GARAPON, Les juges et la mondialisation, la nouvelle révolution du droit, Paris, Seuil, 2005. p. 5 à 10.

⁶⁵⁰ J. ROBERT, *Le juge et l'arbitre* : Rev. arb., 1980, p. 233.

judiciaire parce qu'elle la stabilise. Le juge national doit à ce niveau se soumettre entièrement aux contraintes absolues du commerce international. A titre illustratif, le juge étatique est confronté aux exigences de célérité, de transparence et à toute la rigueur que ces affaires complexes peuvent parfois susciter durant l'instance arbitrale. A l'instar d'un effet de vases communicants, il est rehaussé afin de se conformer à certaines qualités de l'arbitre. Cette coopération a pour rôle de créer une atmosphère de conciliation entre le juge et l'arbitre. L'arbitrage en tant qu'outil de fiabilisation et d'amélioration des systèmes judiciaires participe ainsi à la transformation des États de l'OHADA. Évidemment, le contrôle du juge étatique durant la sentence arbitrale reste irréversible dans l'amélioration de la sécurité judiciaire (**Section II**). En revanche ce contrôle est précédé de la cohabitation ou l'assistance du juge étatique à l'instance arbitrale qui constitue un élément incontournable de développement en droit OHADA (**Section I**).

SECTION I- La commodité de la sécurité judiciaire en espace OHADA par la collaboration du juge judiciaire à l'instance arbitrale

156. Bien que l'arbitre soit désigné en tant qu'un « juge naturel »⁶⁵¹ du commerce international, le juge étatique reste incontournable dans cette procédure. A ce propos, le juge étatique est en quelque sorte le garant de la commodité de la sécurité judiciaire. Car la conséquence du premier compromis ou d'une clause compromissoire a été le dessaisissement des tribunaux de droit commun de l'affaire. Un rapport très serré se manifeste ainsi entre les deux acteurs durant la procédure arbitrale à travers plusieurs rôles distincts. L'immixtion enrichissante du juge étatique pendant l'instance arbitrale révèle sa rapidité et ses acquis irréprochables sur le droit étranger sans oublier ces capacités langagières. Il se prédispose ainsi pour montrer ses qualités sans rivaliser avec l'arbitre choisi par les litigants. Toutes ces compétences participent à l'amélioration et au dynamisme de l'OHADA. Il sera question d'expliquer dans

⁶⁵¹ A. COURT de FONTMICHEL, L'arbitrage, le juge et les pratiques illicites du commerce international, Paris, éd. Panthéon-Assas, 2004, p. 29.

un premier temps, l'importance de cette collaboration (§I) et les différents aspects qui peuvent se révéler durant cette instance (§ II) en tant qu'éléments de consolidation de la sécurité judiciaire.

§ I- La collaboration incontournable du juge étatique avant le déroulement de l'instance arbitrale en droit OHADA.

157. Selon les règles établies, le choix de l'arbitre ou des arbitres revient normalement aux parties. Cependant, lorsqu'elles n'arrivent pas à s'entendre sur le ou les experts qualifiés parce que ces derniers sont choisis en dehors du délai, ou lorsqu'il y a une l'ambiguïté issue de la convention d'arbitrage, la composition du tribunal est entravée.⁶⁵² Dans ce contexte, il appartient au juge étatique d'intervenir afin d'assurer le bon déroulement de l'instance arbitrale. Nonobstant, les complications relatives à la désignation d'un arbitre par un juge étranger, la coopération du juge étatique à ce niveau reste incontournable⁶⁵³. Par exemple, l'arbitrage en droit OHADA a signifié dans l'article 5 de l'AUA⁶⁵⁴, l'intervention du juge national dans le cadre de la résolution des questions relatives au choix des arbitres. Cette disposition reste salubre en jouant le rôle d'une « soupape de sûreté »⁶⁵⁵ durant toute l'instance arbitrale parce que la mauvaise composition du tribunal arbitral peut susciter l'annulation de la sentence arbitrale. Le juge étatique de l'espace OHADA est le premier favoris qui jouit le plus de cette disposition bienfaisante. Son apport ou sa cohabitation essentielle et intégrante à cette procédure garantit le bon démarrage de l'instance arbitrale.

⁶⁵² Pour précision, il peut advenir que la partie défenderesse tarde ou refuse de coopérer à la nomination de l'arbitre.

⁶⁵³ Cf. La célèbre sentence arbitrale *Sapphire c/ National Iranian Oil Company* rendue le 15 mars 1963 au sein de *l'annuaire suisse de droit international*, 1962, p. 273 et s.

⁶⁵⁴ Cet article 5 AUA dispose précisément qu' : « À défaut d'une telle convention d'arbitrage ou si la convention est insuffisante : a) en cas d'arbitrage par trois arbitres, chaque partie nomme un arbitre et les deux arbitres ainsi nommés choisissent le troisième arbitre ; si une partie ne nomme pas un arbitre dans un délai de trente jours à compter de la réception d'une demande à cette fin émanant de l'autre partie, ou si les deux arbitres ne s'accordent pas sur le choix du troisième arbitre dans un délai de trente jours à compter de leur désignation, la nomination est effectuée, sur la demande d'une partie, par le juge compétent dans l'État –partie ; b) en cas d'arbitrage par un arbitre unique, si les parties ne peuvent s'accorder sur le choix de l'arbitre, celui-ci est nommé, sur la demande d'une partie, par le juge compétent dans l'État partie ».

⁶⁵⁵ P. SANDERS, L'intervention du juge dans la procédure arbitrale (de la clause compromissoire à la sentence) : *Rev. arb.*, 1980, p. 246.

Cette réalité constitue une preuve conférant la confiance totale aux juges étatiques africains. En revanche, l'intervention efficace dépend du juge qui doit être sollicité. Car le choix du juge dont l'aptitude est localement acceptée dérive du droit de chaque État membre sans uniformité. Les législations antérieures de certains États membres rattachés à l'AUA avaient choisi de manière expresse ou implicite le juge compétent pour assistant de la composition du tribunal arbitral⁶⁵⁶. Pour les autres législations qui n'ont pas encore connu cette avancée, elles devront se conformer à leurs devanciers afin d'être unanime sur ce point dans le cadre de la désignation. Il serait souhaitable que cette désignation se déroule sous le contrôle d'un juge apte à statuer dans la rapidité à travers par exemple la procédure des référés. De surcroît, le juge étatique peut être appelé à vérifier la validité ou la conformité de la convention d'arbitrage. Le juge national est donc sollicité, lorsqu'il y a une mésentente poussée entre les litigants. Celle-ci est souvent portée sur la nature ou envers l'existence de l'engagement arbitral. Faute d'inexistence de cet accord, les litigants peuvent s'opposer à la participation de cette instance. Le juge étatique est délégué dans ce contexte pour effectuer deux sortes de contrôles. Le premier⁶⁵⁷ se déroule par une vérification de la convention d'arbitrage et le deuxième⁶⁵⁸ sur la signature de la convention. En ce qui concerne la première vérification, la convention d'arbitrage doit être rédigée sur la base de l'article 3 AUA⁶⁵⁹ du droit OHADA.

⁶⁵⁶ Le juge compétent a été expressément désigné en Côte d'Ivoire à travers la loi 93-671 du 9 août 1993 relative à l'arbitrage et au Sénégal par le décret 98-492 du juin 1998 relatif à l'arbitrage interne et international. Ce juge a été implicitement désigné au Cameroun par l'article 590 du Code de procédure civile et au Togo par l'article 283 du Code de procédure civile. Au sein des États qui n'ont pas été dotés de législation sur l'arbitrage, il revient au législateur de choisir le juge compétent.

⁶⁵⁷ Le contrôle du caractère écrit de l'engagement arbitral est plus exigé ou souhaité dans les textes relatifs à l'arbitrage. Par exemple l'article 7 alinéa 2 de la loi type de la CNUDCI dispose que « La convention d'arbitrage doit se présenter sous forme écrite. Une convention est sous forme écrite si elle est consignée dans un document signé par les parties ou dans un échange de lettres, de communication télex, de télégrammes ou de tout autre moyen de télécommunications qui en atteste l'existence, ou encore dans l'échange d'une conclusion en demande et d'une conclusion en réponse dans laquelle l'existence d'une telle convention est alléguée par une partie et n'est pas contestée par l'autre. La référence dans un contrat à un document contenant une clause compromissoire vaut convention d'arbitrage, à condition que ledit contrat soit sous forme écrite et que la référence soit celle qu'elle fasse de la clause une partie du contrat ». Dès lors, cet article s'attarde sur ce qui constitue exactement la forme écrite de la convention d'arbitrage. En cela, se manifeste la mise en ensemble de plusieurs cas de figure et le juge possède à sa disposition beaucoup de documents pour contrôler l'existence écrite de la convention d'arbitrage.

⁶⁵⁸ Au-delà du contrôle de l'existence de l'accord des parties, le juge peut être sollicité pour contrôler l'effectivité des consentements respectifs de chaque partie à travers l'apposition de leur signature sur le document en question. Cette mention est la preuve qui démontre la volonté manifeste des parties à l'arbitrage. Évidemment cette condition de validité formelle n'est compliquée que dans les cas où l'engagement se déroule à travers plusieurs documents à l'instar d'un échange de courriers.

⁶⁵⁹ Article 3 AUA qui dispose que « La convention d'arbitrage doit être faite par écrit, ou par tout autre moyen permettant d'en administrer la preuve, notamment par la référence faite à un document la stipulant. »

En dépit de l'imprécision de cet article par rapport à l'article 7 alinéa 2 de la loi type de la CNUDCI, plusieurs cas de figure sont pris en compte par l'article 3 AUA. Ainsi, le juge a la facilité de rechercher par un autre moyen la preuve écrite de l'existence de la convention d'arbitrage. Celle-ci ne se matérialise pas forcément par l'écrit dans le système d'arbitrage OHADA. Elle peut prendre la forme écrite ou orale, expresse ou tacite, directe ou référentielle. Assurément l'éventualité orale serait inutile parce que la preuve d'un engagement oral reste difficile à établir. De même, la reconnaissance d'une sentence exige l'original de la convention d'arbitrage.

158. Il est souhaitable que le juge OHADA reprenne ces critères jurisprudentiels dans le cadre de la recherche d'une preuve à travers une convention d'arbitrage orale. Pour le deuxième contrôle, force est de constater que la tendance des textes relatifs à l'arbitrage ne spécifie pas l'apposition de la signature pour la reconnaissance d'une convention d'arbitrage. Raison pour laquelle le législateur OHADA acquiesce la validité des conventions d'arbitrage tacites, par référence et même orales. Après avoir étalé à quoi ressemble l'intervention du juge étatique sur la désignation des arbitres et sur le contrôle de la validité de la convention d'arbitrage dans la forme, ce dernier peut poursuivre son rôle lorsque les parties ne sont pas consentantes sur le choix des arbitres. Le juge est contraint d'agir dans le sens contraire pour décomposer le tribunal arbitral à travers la récusation (A). Aussi, il peut poursuivre sa mission dans le fond de la convention d'arbitrage (B).

A- La mission du juge étatique dans la récusation de l'arbitre en droit OHADA

159. La récusation intervient souvent lorsqu'il y a des faits qui portent atteinte aux règles d'indépendance et d'impartialité de l'arbitre. Suite à leur découverte après la nomination des arbitres, il peut advenir qu'une partie réclame le soutien du juge étatique pour déchoir un arbitre. D'après l'article 7 alinéa 3 AUA⁶⁶⁰ sur la récusation, l'aptitude du juge se manifeste

⁶⁶⁰ Article 7 alinéa 3 AUA énonce qu' « En cas de litige, et si les parties n'ont pas réglé la procédure de récusation, le juge compétent dans l'État-parties statue sur la récusation. Sa décision n'est susceptible d'aucun recours ».

lorsque la procédure de la récusation n'est pas conforme aux règles adéquates. Dans ce contexte, le juge étatique intervient à l'instar d'une autorité de contrôle de l'arbitre. Il est appelé à désobstruer l'instance arbitrale de tout manquement apparent qui pourrait endommager la suite de la procédure arbitrale. Un auteur de renom a abondé dans le même sens en précisant que : « la possibilité du juge national d'apprécier les cas de particularité arbitrale ou de manquement aux principes essentiels d'un système juridique concerné est légitime, et apporte une bonne dose de sécurité juridique »⁶⁶¹. Ainsi, le juge se charge d'écarter les arbitres indéliçables pour le bien être de la sécurité judiciaire en Afrique. À ce niveau, l'aptitude du juge local n'est pas distinctement choisie. La détermination s'effectue au sein de chaque État membre avec les inconvénients qui peuvent suivre. Suite à ces deux contextes énumérés, force est de constater le ralentissement du démarrage de l'instance arbitrale. Car à l'instar de la précédente précision, le juge n'est sollicité que lorsque les litigants sont incapables de trouver un terrain d'entente. Cette réalité conduit le juge étatique à coopérer par défaut à l'instance arbitrale en exerçant une fonction indispensable. Celle-ci l'amène à vérifier de plus près l'ordonnance qui confère aux arbitres la capacité de trancher un différend à partir d'une convention d'arbitrage.

B- La mission du juge dans le cadre de la validité au fond de la convention d'arbitrage en droit OHADA

160. Celle-ci se déroule par la vérification de l'arbitrabilité du différend ou par la validité de la convention d'arbitrage. Selon le premier attribut, comme cela a été mentionné dès le début, l'aptitude de l'arbitre est qualifiée lorsque le différend ne relève pas de l'aptitude exclusive d'une autorité étatique en vertu des règles absolues. Ainsi, le différend doit porter sur une matière disponible sur laquelle les litigants possèdent la libre disponibilité. Pour précision, l'arbitrabilité d'un différend constitue l'un des sujets de désaccord devant le juge étatique. Il

⁶⁶¹ J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, Le rôle du juge étatique dans l'arbitrage commercial international, Recueil des cours de l'académie de droit international de la Haye, Martinus Nijhoff, 2001, Tome 290, p. 207.

peut régulièrement advenir qu'un litigant s'oppose à l'arbitrabilité du différend tout en soulignant une exception d'incompétence devant le juge. Il reviendra à ce dernier de rechercher l'arbitrabilité du différend à travers la loi applicable au fond. De plus, il se chargera de vérifier la conformité de la convention d'arbitrage par sa « *lex fori* »⁶⁶² et son ordre public international. D'ailleurs, les parties peuvent également rechercher cette loi et lorsqu'elles sont incapables de choisir le droit applicable au fond, le juge étatique de l'espace OHADA peut le faire à leur place. Dans ce cas de figure, il doit se pencher sur la même approche qu'est le caractère arbitral d'un litige parce que l'uniformité des droits ont bel et bien remplacé les droits nationaux. Cette portée abrogatoire au sein de l'OHADA freine bien des menaces contre la sécurité judiciaire en Afrique subsaharienne. Pour le second attribut, le juge étatique peut aussi être sollicité par les litigants dans le cadre de la convention d'arbitrage. Il est appelé à exercer cette fonction lorsqu'une partie lui fait cas de la nullité du contrat qui découle de la convention d'arbitrage. Il se peut que le principe d'autonomie ou de séparabilité de la convention par rapport au contrat principal devienne une pierre d'achoppement pour les litigants. En effet, ce principe réclame une entière autonomie à partir de la convention d'arbitrage malgré la séparabilité ou l'inclusion d'un acte juridique. Cette approche affirmée par l'article 4 AUA⁶⁶³ accélère la mise en œuvre de l'arbitrage en droit OHADA. Qu'en est-il de la mission du juge étatique après l'enclenchement de l'instance arbitrale ?

⁶⁶² C'est-à-dire les règles juridiques mises à sa disposition appelées *for*.

⁶⁶³ Art 4 de l'Acte Uniforme relatif à l'Arbitrage : « La convention d'arbitrage est indépendante du contrat principal.

Sa validité n'est pas affectée par la nullité de ce contrat et elle est appréciée d'après la commune volonté des parties, sans référence nécessaire à un droit étatique.

Les parties ont toujours la faculté, d'un commun accord, de recourir à l'arbitrage, même lorsqu'une instance a déjà été engagée devant une juridiction étatique. ».

§ II- L'incontournable collaboration du juge étatique au cours de l'instance arbitrale en droit OHADA

161. Après le démarrage de l'instance arbitrale, les litigants peuvent solliciter le juge afin de contribuer à la mise en œuvre des mesures urgentes. Tout comme en droit français, les justiciables de l'espace OHADA peuvent demander aux arbitres de prononcer des mesures conservatoires ou provisoires. Celles-ci sont conçues pour préserver une situation de fait ou de droit. Elles facilitent et accélèrent l'instruction de l'affaire au fond et ensuite l'exécution de la sentence. La majeure partie efficace de ce mécanisme est assistée par le juge étatique. Car l'exécution de ces mesures nécessite parfois l'usage de la force publique. La coopération du juge à l'administration et à l'obtention de preuves en est un exemple. Elle est cruciale pour l'arbitre bien qu'il soit dépourvu de moyens matériels pour contraindre les litigants. Lorsqu'ils apportent une preuve, il revient à l'arbitre d'établir son exactitude. Sinon sans les moyens d'authentification, cela peut lui paraître pénible. Le juge du siège de l'arbitrage à qui les moyens de l'autorité public sont conférés, est capable d'intervenir pour administrer la preuve. Il peut éventuellement vérifier l'authenticité des faits. En cas d'inexistence de preuve, le juge peut contraindre les litigants à prouver leurs argumentations ou leurs allégations. Cette intervention du juge étatique est d'abord approuvée par l'article 27 de la loi type de la CNUDCI⁶⁶⁴. Ensuite, le droit OHADA a notifié cette collaboration judiciaire à travers l'article 14 alinéas 6⁶⁶⁵ AUA. Après avoir détaillé ces cas d'urgence (**A**), il faudra indiquer en quoi, les autres interventions précieuses du juge étatique en dehors de son aide à l'administration et l'obtention des preuves (**B**) assurent le bien être de la sécurité judiciaire au sein de l'espace OHADA.

⁶⁶⁴ L'article 27 de la loi type de la CNUDCI prévoit que : « Le tribunal arbitral, ou une partie avec l'approbation du tribunal arbitral, peut demander à un tribunal compétent du présent État une assistance pour l'obtention de preuves. Le tribunal peut satisfaire à cette demande, dans les limites de sa compétence et conformément aux règles relatives à l'obtention de preuves. »

⁶⁶⁵ Article 14 alinéa 6 AUA dispose ceci : « Si l'aide des autorités judiciaires est nécessaire à l'administration de la preuve, le tribunal arbitral peut, d'office ou sur requête requérir le concours du juge compétent dans l'État-partie. »

A- L'intervention du juge judiciaire de l'espace OHADA dans le cadre des mesures conservatoires ou provisoires.

- 162.** Il est bien connu que l'arbitre est dépourvu d'*imperium*. Cette indisposition le prive de tous moyens matériels pour contraindre les litigants à l'exécution de la sentence. Seule l'aptitude conférée et reconnue au juge étatique en tant que dépositaire de l'autorité publique peut faciliter cette exécution. Le juge étatique détient toute la plénitude de sa compétence pour statuer sur les mesures coercitives à travers sa force publique. Ainsi l'arbitre est forcément soumis à l'aide judiciaire pour obtenir l'exécution de sa mesure conservatoire ou provisoire. Cette collaboration est désignée selon J.-P. ANCEL par le « recours au renfort »⁶⁶⁶ du juge étatique. C'est à ce niveau que l'expression « juge d'appui » prend tout son sens parce que le juge est appelé à collaborer avec l'arbitre à l'arbitrage. Cette mission est officiellement notifiée dans la plupart des écrits ou textes régissant l'arbitrage commercial international afin d'assurer l'efficacité de l'institution arbitrale. En matière d'adoption du droit OHADA sur les mesures conservatoires et provisoires il existe une aptitude concurrente des tribunaux arbitraux notamment (tribunaux *ad hoc* et la CCJA) ainsi que les juridictions étatiques. Le droit contemporain de l'arbitrage tolère sans complication l'usage du principe de compétence concurrente des juridictions étatiques et des arbitres pour exercer ces mesures⁶⁶⁷. Suite à l'octroi de ces mesures selon l'article 13 alinéa 4 AUA, le tribunal arbitral effectue cette mission par une ordonnance ou à travers une « sentence partielle ou intérimaire »⁶⁶⁸. Pour rappel, l'absence d'*imperium* de l'arbitre ou de la juridiction arbitrale évoque et nécessite l'appui du juge étatique afin de conférer une nature exécutoire à la sentence partielle qui
- 163.** requiert des mesures urgentes. Par conséquent, le juge judiciaire impose à l'arbitrage en quelque sorte son veto sur ce mode de règlement privé des litiges. Aussi, cette immixtion lui

⁶⁶⁶ J.-P. ANCEL, « L'arbitrage et la coopération du juge judiciaire », *Penant*, n° 833, mai-août 2000, p. 174.

⁶⁶⁷ M.-A. BAHMAEI, L'intervention du juge étatique, des mesures provisoires et conservatoires en présence d'une convention d'arbitrage. Droits français, anglais, et suisse, Paris, LGDJ, 2002.

⁶⁶⁸ C'est-à-dire qu'il l'effectue par des actes qui peuvent être recouverts de la force obligatoire nécessitant l'intervention du juge judiciaire.

permet-elle de participer pleinement au maintien, à l'effectivité vitale, et à la sécurité judiciaire en espace OHADA. Enfin, la coopération du juge étatique de l'OHADA à l'exécution des mesures urgentes révèle toute sa diligence salubre qui comble bon nombre de besoins dans le domaine du commerce international.

B- L'intervention du juge judiciaire dans le cadre de la notification des sentences arbitrales

164. Avant l'aide du juge à la notification des sentences, il peut d'abord advenir que les parties s'opposent à la validité de l'arbitrage. Dans la plupart des cas, les litigants usent de manœuvres dilatoires pour épuiser la durée échue à l'arbitre dans le cadre de sa fonction. Au cas où cette durée s'estompe sans l'effectivité d'une sentence arbitrale, malgré l'instruction de l'arbitre sur le litige, une durée supplémentaire peut être redemandée par les litigants⁶⁶⁹. L'article énonçant cette disposition précise que le juge judiciaire peut aussi mettre sa compétence en jeu pour prolonger le délai de la fonction arbitrale. Dans ce domaine, l'intervention du juge peut se faire suite à la sollicitation des litigants. Il importe de saluer cette disposition dans le cadre de la sécurité judiciaire. Non seulement il fait échec aux pratiques dilatoires, mais aussi, il confère la rapidité et le rachat de temps à l'arbitre qui tranche par exemple un différend à ramifications complexes. En effet, la notification est le fait de soumettre à une personne un fait, un acte ou un projet d'acte qui le concerne préalablement. D'ordinaire, cette expression est généralement soumise à des règles absolues. Cependant, dans le domaine de l'arbitrage, elle est défaite de tout formalisme. Les parties peuvent la recevoir sans contrainte à travers les moyens actuels de la communication notamment, les courriels, les télex, les télécopieurs et autres. Ainsi la coopération du juge étatique sur cette question reste optionnelle ou facultative. Enfin, pour conclure sur cette mission juridictionnelle à l'arbitrage, il faut préciser qu'elle surpasse l'instance arbitrale pour

⁶⁶⁹ Art. 12 alinéa 2 AUA « Le délai d'arbitrage, légal ou conventionnel, peut être prorogé, soit par accord des parties, soit à la demande de l'une d'elle ou du tribunal arbitral, par la juridiction compétente dans l'État Partie. »

s'étendre à la sentence arbitrale. Il incombe au juge d'analyser la valeur de la sentence rendue par l'arbitre. Cette collaboration entre le juge et l'arbitre reste un instrument complémentaire d'amélioration pour la sécurité judiciaire internationale.

SECTION II- La consolidation de la sécurité judiciaire dans la mission du juge étatique sur la sentence arbitrale

165. Le juge étatique doit mettre en œuvre toutes ses aptitudes afin d'explorer l'effectivité et la régularité de la sentence dans le but de garantir le respect des lois participant à la défense de la partie gagnante. Il doit vérifier si l'arbitre a bien respecté les règles absolues dans le fond, afin de s'assurer sur la conformité de la décision à l'ordre public qui constitue une partie intégrante des principes régissant le fondement de la sécurité judiciaire. Le juge devient ainsi l'inspecteur incontournable de cette fonction arbitrale. Il a le devoir et la responsabilité de se montrer compétent et convainquant surtout envers les exigences du commerce international. La mission du juge étatique dans la vérification de la décision arbitrale peut soit susciter la validation de la sentence, (§ I) soit le blocage de la sentence à travers des voies de recours (§ II).

§I- La mission du juge étatique durant l'exécution de la sentence arbitrale en faveur de la pérennité de la sécurité judiciaire

166. La mission de contrôle du juge judiciaire sur la sentence arbitrale l'oriente à assister l'ordonnancement nationale ou internationale. Il peut exercer sa mission à travers la procédure de reconnaissance (A) et peut également favoriser l'exécution de la sentence arbitrale par le biais de l'*exequatur* (B).

A- L’office du juge étatique au cours de la reconnaissance de la sentence arbitrale

167. La procédure de reconnaissance a été déjà abordée dans le cadre de l’arbitrage en droit français. Toutefois, nous l’étudierons également dans l’arbitrage au sein du droit OHADA. Avant d’entamer l’étude de ce thème, il faut aborder le renforcement actuel et nouveau sur les sentences arbitrales en espace OHADA. Il est dorénavant prévu par le règlement de la CCJA que toute sentence arbitrale devra être motivée⁶⁷⁰ avant sa reconnaissance. Les arbitres doivent spécifier de manière claire et concise les considérations juridiques et contextuelles étant à la base de l’élaboration de leur décision. La motivation de toutes les sentences arbitrales deviennent ainsi obligatoires pour les arbitres de l’espace OHADA. Sinon, celles-ci feront l’objet d’un recours en annulation. Dans la même optique, les sentences arbitrales, seront préalablement examinées par la CCJA à l’instar de la prérogative reconnue à la Chambre de Commerce international (CCI). A cela s’ajoutent des modifications formelles pouvant être effectuées par la CCJA sur les demandes en suspens adressées au tribunal arbitral ou sur les mentions obligatoires manquantes dans la sentence. Dans ce contexte, toute suggestion de solution de la Cour d’appel au différend⁶⁷¹ sera quasiment impossible. Le constat prouve que le thème « reconnaissance » est caractérisé par l’admission d’une procédure exclusive en amont ou en aval sur les effets du jugement. Ces effets n’ont rien à voir avec les mesures d’exécution. La reconnaissance facilite l’introduction ou la transmission d’une décision arbitrale dans un ordre juridique. La plupart des États du monde entier se sont inspirés de la Convention de New York de 1958. Ces pays disposent un fonctionnement très simpliste et la reconnaissance s’acquiert sur la base de la présentation, de l’authenticité de la sentence ou de sa copie par le juge territorialement compétent. La reconnaissance décrète la conformité de la procédure d’exécution en fonction du pays concerné et des dispositions relatives aux traités internationaux.

⁶⁷⁰ Art. 22.1 du Règlement CCJA 2017 entré en vigueur depuis le 15 mars 2018.

⁶⁷¹ Art. 23 du Règlement CCJA 2017 entré en vigueur depuis le 15 mars 2018.

168. Dans l'espace OHADA, la reconnaissance est traitée selon trois contextes différents : le premier issu de l'article 31 AUA⁶⁷² s'applique à une décision rendue dans l'espace OHADA. Son efficacité requiert un autre État Partie, et la reconnaissance s'obtient par la présentation de l'original ou la copie certifiée de la sentence au juge national compétent. Le deuxième contexte concerne une sentence rendue dans un pays tiers de l'espace OHADA. Cette reconnaissance dépend d'un État de l'OHADA partie à la convention de New York de 1958. Enfin, dans le cadre du troisième contexte, les sentences rendues dans un État tiers à l'espace OHADA, dont l'efficacité impose un pays de l'OHADA non partie à la Convention de New York, découlent des articles 31 à 34 de l'Acte Uniforme de l'OHADA relatif au droit de l'Arbitrage⁶⁷³. Selon les deux derniers cas, l'aptitude du juge national reste incontournable dans la reconnaissance de la décision arbitrale. Le juge judiciaire de l'espace OHADA s'active entièrement à la bonne transition des sentences arbitrales. Par exemple, au Bénin⁶⁷⁴, l'aptitude pour recommander l'exécution forcée d'une sentence revient au président du tribunal de première instance territorialement compétent ou à l'autorité judiciaire territorialement compétente⁶⁷⁵. La sentence n'est susceptible d'aucune opposition. Toutefois, elle peut faire l'objet d'un recours en annulation dans les conditions prévues aux articles 25 et suivants de l'Acte Uniforme de l'OHADA relatif au droit de l'Arbitrage⁶⁷⁶. Le Sénégal a

⁶⁷² Art 31 de l'Acte Uniforme de l'OHADA relatif au droit de l'Arbitrage : « la reconnaissance et l'exequatur de la sentence arbitrale suppose que la partie qui s'en prévaut établisse l'existence de la sentence arbitrale.

L'existence de la sentence arbitrale est établie par la production de l'original accompagné de la convention d'arbitrage ou des copies des documents réunissant les conditions requises pour leur authenticité.

Si ces pièces ne sont pas rédigées dans la ou les langues (s) de l'État Partie ou l'exequatur est demandé, la partie doit en produire une traduction certifiée par un traducteur inscrit sur la liste des experts établis par des juridictions compétentes.

La reconnaissance et l'exequatur sont refusés si la sentence est manifestement contraire à une règle d'ordre public international.

La juridiction étatique, saisie d'une requête en reconnaissance ou en exequatur, statue dans un délai qui ne saurait excéder 15 jours à compter de la saisine. Si à l'expiration de ce délai, la juridiction n'a pas rendu son ordonnance, l'exequatur est réputé avoir été accordé.

Lorsque l'exequatur est accordé, ou en cas de silence de la juridiction saisie de la requête en exequatur dans le délai de 15 jours comme indiqué ci-dessus, la partie la plus diligente saisit le Greffier en chef ou l'autorité compétente de l'Etat Partie pour apposition de la formule exécutoire sur la minute de la sentence. La procédure relative à la demande d'exequatur n'est pas contradictoire ».

⁶⁷³ Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage [en ligne] consulté le 25 décembre 2018.

⁶⁷⁴ Règlement arbitrage CAMEC consulté le 25 décembre 2018.

⁶⁷⁵ Art. 25.2 de l'AUA « La sentence n'est susceptible d'exécution forcée qu'en vertu d'une ordonnance d'exequatur rendue à pied de requête par le Président du tribunal de première instance territorialement compétent ou par l'autorité judiciaire territorialement compétent. »

⁶⁷⁶ Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage [en ligne] consulté le 25 décembre 2018 *op.cit.*, art 25 et suivants.

préféré le juge des référés comme juge de reconnaissance à cause de la célérité. Ainsi les décisions dérivant ce contexte au Sénégal sont uniquement susceptibles d'un appel devant la CCJA⁶⁷⁷. On peut affirmer que le juge étatique joue un rôle relativement important dans le cadre de l'*exequatur* de la sentence arbitrale.

B- L'office du juge étatique sur l'*exequatur* de la sentence arbitrale

169. Suite aux modifications élaborées par le nouveau Règlement de la CCJA et l'actuel Acte Uniforme de l'OHADA relatif au droit de l'arbitrage, les juges nationaux et la CCJA ont un délai de quinze jours pour s'accorder ou pour s'opposer à la demande d'*exequatur*. L'exécution de cette demande serait effective dans le cas où aucune décision n'est rendue pendant la période décrétée⁶⁷⁸. La requête ainsi exécutée par la CCJA acquerra une autorité de chose jugée au sein de tous les États membres de l'OHADA. Cette méthode propre à la CCJA accélère l'exécution des sentences. Aussi, favorise-t-elle le sort des États membres qui n'ont pas adhéré à la Convention de New York. Lorsqu'une sentence arbitrale est rendue sous le contrôle de l'Acte Uniforme de l'OHADA relatif au droit de l'arbitrage, la validité de celle-ci dépend de l'*exequatur* accordé par l'autorité compétente de l'État Partie. Cependant, toute incohérence entre les procédures des différents États membres peut paralyser l'exécution de la sentence. C'est pourquoi, la partie demanderesse d'*exequatur* doit fournir la copie authentique de la convention d'arbitrage et de la sentence arbitrale. Aucun

⁶⁷⁷ Cf. Bulletin de la Cour International d'Arbitrage de la CCI, « Guide des règles nationales de procédure pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales conformément à la Convention de New York » supplément spécial 2008, p. 290 à 291.

⁶⁷⁸ Art. 30.2 de la CCJA 2017 « L'*exequatur* est accordé, dans quinze (15) jours du dépôt de la requête, par une ordonnance du Président de la Cour ou du juge délégué à cet effet et confère à la sentence un caractère exécutoire dans les États Parties. Cette procédure n'est pas contradictoire.

L'*exequatur* n'est pas accordé si la cour se trouve déjà saisie, pour la même sentence, d'une requête formée en application de l'article 29 ci-dessus. En pareil cas, les deux requêtes sont jointes. Sauf si l'exécution provisoire de la sentence a été ordonnée par le tribunal arbitral, l'exercice du recours en annulation suspend l'exécution de la sentence arbitrale jusqu'à ce que la cour ait statué.

La Cour est également compétente pour statuer sur le contentieux de l'exécution provisoire.

La décision sur l'*exequatur* des sentences relatives à des mesures provisoires ou conservatoires est rendue dans un délai de trois (3) jours à compter du dépôt de la requête à la Cour. » ; Art. 31.5 Acte Uniforme de l'OHADA relatif au droit de l'Arbitrage 2017 « La juridiction étatique saisie d'une requête en reconnaissance ou en *exequatur*, statue dans un délai qui ne saurait excéder quinze (15) jours à compter de sa saisine. Si à l'expiration de ce délai, la juridiction n'a pas rendu son ordonnance, l'*exequatur* est réputé avoir été accordé. »

contrôle *prima facie* n'est effectué sur la sentence par le juge d'*exequatur*. Il ne s'obstine pas à vérifier l'exactitude de la sentence, qui n'est peut-être pas contraire à l'ordre public des parties. À la lumière de l'article 32 AUA⁶⁷⁹, la décision réfutant l'*exequatur* est uniquement susceptible d'un seul pourvoi en cassation devant la CCJA. Cette disposition contraint à la centralisation et à la restriction des recours internes. La décision décrétant l'*exequatur* n'est susceptible d'aucun recours. Elle constitue la bonne solution qui vulgarise l'efficacité de la sentence arbitrale en espace OHADA. Le délai de quinze (15) jours pour l'accord ou le refus de l'*exequatur* favorise l'harmonisation des multiples législations en matière d'arbitrage dans l'espace OHADA. Cette réduction de délai confère une efficacité et une rapidité à l'exécution des sentences arbitrales. L'arbitrage gagne encore plus de succès au sein de l'espace OHADA. Toutefois, ce court délai de quinze (15) jours avantage-t-il le débiteur ?

170. Dans le cadre de la transmission et de la reconnaissance, l'intervention du juge étatique au sein de l'OHADA sur les sentences arbitrales participe au développement de l'Afrique. Rappelons que ces décisions arbitrales sont rendues dans un cadre communautaire. Leur bonne transmission et exécution attestent du bien-être et du bon déroulement des instances d'intégration. Au où, ces décisions ne sont pas conformes à l'ordre juridique du système OHADA, il revient au juge étatique de les bloquer.

§ II- La mission du juge étatique dans les voies de recours contre la sentence arbitrale

171. En matière d'arbitrage, il peut advenir que les parties se tournent vers les voies de recours. En effet, celles-ci sont conçues pour corriger un « mal jugé »⁶⁸⁰. Pour ce faire, les litigants

⁶⁷⁹ Art. 32 AUA « La décision qui refuse l'*exequatur* n'est susceptible que de pourvoi en cassation devant la Cour commune de Justice et d'Arbitrage.

La décision qui accorde l'*exequatur* n'est susceptible d'aucun recours.

Toutefois, le recours en annulation de la sentence emporte, de plein droit, dans les limites de la saisine de la juridiction compétente de l'État Partie, recours contre la décision ayant accordé l'*exequatur* ».

⁶⁸⁰ R. PERROT, Les voies de recours en matière d'arbitrage : *Rev. arb.*, 1980, p. 268.

doivent se rapprocher d'une juridiction nationale afin de réclamer la substitution de la décision à celle de l'arbitre. Au nombre de ces voies de recours il y a principalement l'annulation. S'agissant de l'annulation des sentences, il est crucial d'insister sur l'intervention de la CCJA, seule entité possédant une instance de cassation pour les décisions arbitrales de l'espace OHADA. Elle doit désormais statuer sur les recours en annulation dans une période de six mois⁶⁸¹. Selon ses champs d'actions judiciaires et actuels, elle confère une uniformité aux sentences arbitrales. A titre d'exemple, c'est d'après le choix du juge compétent pour une annulation que le premier arrêt de la CCJA a existé en application de l'Acte Uniforme sur l'arbitrage dans l'affaire *Sotaci c/ Delpech*⁶⁸². Selon ce différend, la société *Sotaci* est restée dubitative sur l'aptitude de la Cour d'appel ivoirienne dans le cadre de l'annulation d'une décision arbitrale. Au terme de l'article 25 AUA, la CCJA a précisé que « la décision d'annulation de la sentence arbitrale n'est susceptible que de pourvoi en cassation devant son instance de cassation ». Mais à l'instar du droit ivoirien, ce sont les arrêts de la cour d'appel qui subissent un pourvoi en cassation. La Cour d'appel de la Côte d'Ivoire était la juridiction apte à prononcer l'annulation de cette sentence arbitrale⁶⁸³. L'annulation peut être demandée au juge étatique soit parce que le tribunal arbitral a été mal élaboré (A) soit parce que la procédure n'a pas été respectée par les arbitres (B).

A- La composition irrégulière du tribunal arbitral : gage d'une sécurité judiciaire internationale

172. Cette irrégularité reste le contexte ultime qui suscite l'intervention du juge étatique pour l'annulation de la sentence arbitrale. Lorsque la composition du tribunal arbitral est mal

⁶⁸¹ Art. 29.4 du Règlement CCJA 2017 entré en vigueur depuis le 15 mars 2018.

⁶⁸² Cf. *Penant*, n° 847, 2004 sur l'arrêt de la CCJA n° 010/2003 rendue dans l'affaire *Sotaci c/ Delpech* du 19 juin 2003 avec une note de A. FÉNÉON.

⁶⁸³ D'après l'affaire *VUACHEX c/ Scierie Nouvelle de Gadouan*, la compétence de la Cour d'appel en Côte d'Ivoire a été confirmée. Dans cet arrêt, la juridiction d'appel d'Abidjan a rappelé qu'en vertu de l'article 14 AUA, le demandeur en annulation d'une sentence ne peut fonder son recours sur irrégularité de procédure d'arbitrage qu'il n'a pas invoqué lors de l'arbitrage.

élaborée, les litigants peuvent demander au juge national l'annulation de la décision arbitrale. La décision de la CCJA du 17 juillet 2008 rendue sur l'affaire *SARCI*⁶⁸⁴ c/ Atlantique Télécom⁶⁸⁵ en est une illustration. D'après cette affaire, le capital de *Télécel Bénin* nommé aujourd'hui *Moov No Limit* était détenu à hauteur de 49% par la *SARCI* et à hauteur de 51% par *Atlantique Télécom*. En effet, il a été constaté par la *SARCI*, qu'*Atlantique Télécom* était coupable des actes contraires à ses droits. La *SARCI* ayant déjà choisi son arbitre réussissait à échanger avec *Atlantique Télécom* le 29 novembre 2006 afin de lui demander de désigner son arbitre d'après l'article 43 du statut de *Télécel Bénin nommé aujourd'hui Moov No Limit*. Le délai imparti à cette dernière était de quinze (15) jours à partir du 30 novembre 2006⁶⁸⁶ mais elle n'a pas exécuté la demande qui lui a été adressée. La *SARCI* sur la base de l'article 43 des statuts de *Bénin Télécel* a saisi le Président du Tribunal de Première Instance (TPI) de Cotonou. Cette dernière, en s'appuyant sur l'ordonnance du 18 décembre 2006, a désigné sans tarder le deuxième arbitre à la place d'*Atlantique Télécom*. Mais une vaine protestation s'éleva vivement contre cette décision judiciaire parce que la juridiction saisie en appel la débouta à travers l'ordonnance du 8 août 2007⁶⁸⁷. Après cette ordonnance, le tribunal arbitral a rendu une sentence tout en condamnant à dédommager la *SARCI* par une somme forte⁶⁸⁸ à la date du 9 mars 2008. L'insatisfaction de cette décision, *Atlantique Télécom* réclame l'annulation de la sentence devant la TPI de Cotonou. Pour motif que « cette prévision des parties dans le contexte d'un arbitrage par deux arbitres, est viciée au regard de la disposition susvisée de la loi uniforme qui régit l'arbitrage ». Selon cette déclaration, la clause d'arbitrage doit être annulée. Et, lorsqu'une convention d'arbitrage prévoit un arbitrage par deux arbitres, cet acte est nul parce qu'il n'est pas conforme à l'Acte Uniforme qui conçoit un arbitrage par un ou trois arbitres. La *SARCI* saisit la CCJA en cassation et selon l'article

⁶⁸⁴ Société Africaine de Relations Commerciales et Industrielles

⁶⁸⁵ P.-G. POUGOUÉ et S. S. KUATE TAMEGHE, Le système d'arbitrage de la CCJA, in OHADA et les perspectives de l'arbitrage en Afrique, op. cit., p. 313 à 326.

⁶⁸⁶ Le 30 novembre est la date de réception effective de la lettre.

⁶⁸⁷ Cour Commune de Justice et d'Arbitrage [en ligne] consultée le 28 décembre 2018.

⁶⁸⁸ Ce tribunal a condamné *Atlantique Télécom* à verser 340 milliards de francs CFA à la *SARCI*, soit 515 millions euros.

25 l'AUA la sentence arbitrale a été annulée. La raison évoquée par cette instance découle de l'irrégularité manifeste au sein de la composition du tribunal arbitral. Selon la CCJA, « la procédure de désignation du deuxième arbitre et partant de la constitution du tribunal arbitral *ad hoc* dans la présente cause n'a pas obéi aux prescriptions de l'article 5, alinéa 2, a) énoncées quant au délai de désignation du deuxième arbitre et de l'article 9 quant au traitement égalitaire dont doit bénéficier toute partie à un procès. Atlantique Télécom n'ayant pu exercer son droit de désignation de l'un des membres du tribunal arbitral *ad hoc constitué* ; qu'il s'ensuit que ledit Tribunal arbitral *ad hoc* est irrégulièrement constitué... ». Outre cette situation, l'annulation peut également entrer en jeu lorsque les clauses arbitrales ne sont pas respectées par les arbitres.

173. Afin d'accélérer cette procédure, le nouvel Acte Uniforme confère un délai de trois (3) mois aux juges nationaux pour statuer. Tout défaut à statuer sur cette échéance vaudra le dessaisissement de cette juridiction pour un recours devant la CCJA dans un délai de quinze (15) jours⁶⁸⁹. En revanche, les motifs conférant la demande d'annulation de la sentence arbitrale à l'une des parties n'a pas changé. Une durée de six (6) mois est donc conférée à la CCJA suite à sa saisine pour rendre sa décision statuant sur les recours en annulation. En effet, cette période est écourtée parce que les procédures de recours en annulation sont réputées très longues dans l'espace OHADA. Selon les législateurs, cet abrègement des délais participera à la résolution accélérée des problèmes récurrents. Mais, considérant les aspects actuels et contextuels, on est en droit de se demander si sa mise en application sera efficace.

B- Le non-respect de l'accord arbitral par les arbitres

174. Il peut arriver que l'arbitre rate sa mission en manquant aux engagements des litigants. Dans ce cas, la responsabilité d'annulation de la sentence arbitrale incombe au juge étatique.

⁶⁸⁹ Art. 27 Acte uniforme 2017 entré en vigueur le 15 mars 2018.

Selon le droit OHADA, la CCJA a précisé que l'arbitre doit nécessairement respecter son engagement. Certes, avant de s'enquérir des deux affaires qui ont marqué particulièrement la jurisprudence arbitrale dans l'espace OHADA, les nouvelles modifications en vigueur sur ce thème doivent être abordées.

175. Lorsque le tribunal arbitral rate sa mission, les litigants peuvent partir sur un recours en annulation pour introduire des pratiques dilatoires. Ce moyen permettra justement aux parties de boycotter l'exécution de la sentence arbitrale. À notre point de vue, le délai de six mois imparti à la CCJA pour se prononcer sur les recours en annulation reste présomptueux. En effet, le recours en annulation selon l'Acte Uniforme devra désormais être introduit dans le mois qui suit la signification de la sentence arbitrale. Pour ce qui est du Règlement de la CCJA, un délai de deux mois est imparti aux litigants à compter de la date où la sentence a été notifiée. Aussi, les parties sont officiellement libres de renoncer au recours en annulation contre les sentences arbitrales lorsque le motif de renonciation est conforme à l'ordre public international. Et le fait que la notion d'ordre public international varie d'un État à un autre, les parties détiennent ainsi plus d'un motif pour s'opposer à l'exécution des sentences. Pour revenir aux affaires illustrant le non-respect de l'accord arbitral par les arbitres, la première affaire⁶⁹⁰ déjà évoquée concerne *Sotaci c/ Delpech*. En effet, cette affaire opposait un couple particulier du nom *Delpech* à la société des tubes d'acier et d'aluminium dite *Sotaci*. Le litige est relatif à une convention de cession de titres sociaux conclue entre les actionnaires de la Société de Transformation Industrielle de Lomé (*STIL*) et la *Sotaci*. La conclusion de cette convention fut exécutée à Abidjan le 16 février 1998 entre le couple *Delpech* en tant qu'actionnaire principal de la *STIL* et la *Sotaci*, bénéficiaire de la cession. Quelque temps après cet accord, un désaccord surgit entre les deux parties sur le montant exact du passif de la *STIL*. La deuxième affaire, évoque un différend entre la société *Nestlé Sahel* et la société d'importation *SCIMAS* qui a donné lieu à un arrêt le 19 juillet 2007⁶⁹¹. Au sujet de cet arrêt,

⁶⁹⁰ Cf. P.-G. POUGOUÉ et S. S. KUATE TAMECHE, Le système d'arbitrage de la CCJA, in OHADA et les perspectives de l'arbitrage en Afrique, *op. cit.*, p. 336 à 337.

⁶⁹¹ *Ibid.*, p. 331 à 341.

la CCJA a souligné que l'arbitre est obligé de trancher en fonction de la perspective des parties sous peine de nullité de la sentence arbitrale. Faute d'accord à l'amiable entre les deux parties, *Nestlé Sahel* était contraint de saisir le tribunal arbitral pour réclamer la condamnation de la *SCIMAS*. Le 13 octobre 2005 le tribunal arbitral tranche une sentence qui fait droit à la demande de *Nestlé Sahel*. Ainsi, la *SCIMAS* fut condamnée à verser une somme consistante à *Nestlé Sahel*. Cette somme équivaut à un an et demi des revenus de la *SCIMAS*. En revanche, à partir d'une demande reconventionnelle, ce tribunal tranche une nouvelle sentence condamnant *Nestlé Sahel* à un important dommage et intérêt à l'égard de *SCIMAS*. Cette condamnation tombe après vingt-trois années de relation d'affaire entre les deux parties avant la saisine du tribunal arbitral. *Nestlé Sahel* n'étant pas d'accord avec cette sentence, saisi la CCJA pour contester la validité de la sentence arbitrale. D'après sa précision, les arbitres ont tranché *ultra petita* sur le préjudice subi par la *SCIMA* durant les vingt-trois années passées. Sans tarder, la CCJA annule la sentence en estimant que les arbitres ont exagéré en dépassant leur mission. Normalement ils avaient pour obligation de statuer en vertu du droit et non en amiable composition.

Conclusion du Chapitre II

177. Suite aux objections et appréciations qui découlent du système judiciaire de l'espace OHADA, il faut s'interroger sur l'utilité du maintien des juges étatiques de cette entité. Celle-ci concerne particulièrement les procédures relatives au commerce international. Par conséquent, quels sont les moyens qui doivent être déployés par les juges étatiques pour assurer l'exécution efficace des sentences arbitrales faisant l'objet d'un *exequatur* par la CCJA ? Les réalités étudiées à travers les États regroupant OHADA démontrent que le juge étatique est incontournable et il demeure essentiel dans la procédure arbitrale. Assurément, le juge et l'arbitre sont appelés à être des partenaires et non des rivaux. Car leur coopération participe entièrement à la vulgarisation de la sécurité judiciaire à l'instar des précédentes précisions sur le développement. En effet, du début à la fin de l'instance arbitrale, la collaboration du juge étatique est primordiale dans le cadre d'une mission arbitrale régulière et réussie. A ce propos, la conception du spécialiste de l'arbitrage Ph. FOUCHARD sur « le contrôle judiciaire de l'arbitrage international » reste entièrement approuvée. Le contrôle judiciaire à l'arbitrage constitue un dispositif ou un instrument de développement qui fonctionne grâce aux aptitudes du juge de l'espace OHADA. Le rapport entre le juge et l'arbitre dans son ensemble est un vecteur remarquable et appréciable en ce qui concerne l'amélioration des aptitudes du juge étatique. Il devient un maillon indispensable au sein du dispositif relatif au contentieux du commerce international. A notre point de vue, ce partenariat doit progresser, voire s'accroître dans les années à venir au sein de l'espace OHADA. Dans cette perspective, le législateur camerounais a voté la loi n° 2003/009 du 10 juillet 2003⁶⁹². Cette loi qualifie expressément le juge pouvant être le président du tribunal de première instance territorialement compétent. Dans la même optique, la Côte d'Ivoire s'est dotée d'un tribunal de commerce en 2012.⁶⁹³

⁶⁹² Droit Afrique, in Cameroun-loi 2003-8 sur infractions [en ligne] consulté en ligne le 29 décembre 2018

⁶⁹³ Le tribunal de Commerce en Côte d'Ivoire a été créé suite à la décision n° 01/PR du 12 janvier 2012.

Conclusion de Titre I

178. Selon José Carlos FERNÁNDEZ ROZA, l'importance de la coordination des deux mécanismes se décrit en ces termes : « Si les arbitres ont la responsabilité de régler un différend en droit, les juges doivent leur apporter leur assistance en contrôlant leur décision et en la dotant de la force exécutoire. Il n'y a donc pas lieu à confrontation ni à un quelconque chevauchement de compétences, chacun devant exercer les mêmes droits dans le cadre d'un système de garantie constitutionnelles. Un arbitrage efficace ne peut pas exister sans la coopération des tribunaux »⁶⁹⁴. Sur la base de cette affirmation, il est bien réel que la collaboration des deux acteurs est primordiale et valable à l'arbitrage. En dépit de la solution que la justice étatique confère à la sécurité juridique, l'arbitrage apporte également des solutions adéquates au commerce international. La méfiance des parties à l'égard de la justice étatique qui concède la capacité de désigner son propre juge en la personne de l'arbitre est un avantage à la sécurité judiciaire. La manifestation de l'arbitrage pour pallier la lenteur, et autres inconvénients de la justice étatique face au choix des litigants est également un autre avantage. De même, il faut approuver que l'intervention du juge étatique à l'instance arbitrale reste primordiale à la durabilité de l'arbitrage. Par conséquent, l'arbitre et le juge resteront des acteurs incontournables et inséparables de l'arbitrage pour le bien être de la sécurité judiciaire. À présent, nous proposons de déterminer les rapports entre l'arbitrage et l'ordre public en France. Cette question reste fondamentale car elle porte sur un sujet à la fois dense et aux ramifications multiples.

⁶⁹⁴ J.C FERNÁNDEZ ROZAS, Le rôle du juge étatique dans l'arbitrage commercial international : Recueil des cours de l'académie de droit international de la Haye, Martinus Nijhoff, 2001, Tome 290.

TITRE II- La compétence arbitrale au regard de l'ordre public français

« Demeurant une notion immuable, dynamique et dont le contenu évolue en fonction des circonstances, l'ordre public est une notion d'essence doctrinale et philosophique. Elle est inaccessible et impalpable mais néanmoins opposable aux parties et à une convention d'arbitrage »⁶⁹⁵.

H. ZAHIR

180. Dans la poursuite de l'étude sur les rapports entre la justice étatique et la justice arbitrale, il est crucial d'analyser la notion d'ordre public en droit français. L'ordre public s'entend des statuts ou des règles qui régissent les obligations établissant l'ossature de chaque secteur qui compose une nation⁶⁹⁶. À partir de cette définition, on peut affirmer que l'ordre public en droit interne demeure le rocher sur lequel la société se fonde⁶⁹⁷. La loi prend le soin de spécifier les règles rattachées à l'ordre public ou édictées sous peine de nullité ou encore celles qui prohibent certains contrats. Pour illustrer, « on peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs »⁶⁹⁸ alors que « la cause est illicite quand elle est contraire aux bonnes mœurs et à l'ordre public »⁶⁹⁹. Une disposition peut être caractérisée d'ordre public par le juge dès lors où le respect de celle-ci doit obligatoirement participer à la sauvegarde des intérêts de la société. Afin de dégager la notion d'ordre public, le juge est tenu de s'appuyer sur l'ensemble des dispositions en vigueur de son ordre juridique au jour où il statue. Ainsi, il confère un sens à l'ordre public à partir du droit positif de son pays lorsqu'il statue. Il en résulte que l'ordre public peut varier

⁶⁹⁵ H. ZAHIR, Arbitrage et expertise judiciaire, séminaire, in arbitrage et ordre public, p. 29

⁶⁹⁶ C'est-à-dire l'économie, la morale, la santé, la sécurité et la paix publique, le commerce, etc.

⁶⁹⁷ F. TERRE, Ph. SILMER, Y. LEQUET, *les obligations*, 7^{ème} édition, 1999, Dalloz, n° 349-1, p. 346.

⁶⁹⁸. Art. 6 du Code civil.

⁶⁹⁹. Art. 1133 du Code civil.

d'une société à une autre en fonction de la matière du droit. Le juge français doit se référer à l'ordre public dans le cadre de l'arbitrage pour vérifier, par exemple, la sentence arbitrale durant l'examen de la demande d'*exequatur* et pendant son recours en annulation. Il se tourne vers les règles régissant l'ordre public afin de permettre aux litigants d'avoir une sentence conforme aux lois en vigueur en fonction des matières arbitrables⁷⁰⁰. Celles qui ne peuvent être traitées par les arbitres sont soumises à la connaissance de la justice étatique. Cependant, quelques années plus tard, la jurisprudence a esquivé cette prescription sur deux contextes. D'une part, elle estime que l'article 2060 doit uniquement être appliqué à une convention d'arbitrage invalide suite à son inadéquation avec l'ordre public. D'autre part, l'article conférerait ainsi la compétence de sanctionner les manquements envers l'ordre public à l'arbitre. Par ce changement, l'inarbitrabilité dépend des clauses contenues dans la convention d'arbitrage. Lorsque celles-ci confèrent au tribunal arbitral le droit de déroger à l'ordre public en raison de la nature du différend, la justice étatique cède sa place à l'arbitrage. En outre, lorsqu'un litige relève des droits indisponibles, ce litige est inarbitrable⁷⁰¹. En vertu de l'article 2060 du Code civil, les différends relatifs aux matières d'état, de capacité des personnes et des collectivités publiques demeurent inarbitrables. Suite à ce qui vient d'être énoncé, il sera question d'analyser la compétence du juge étatique dans les différends relatifs aux intérêts publics (**Chapitre II**) après l'étude des spécificités qui découlent des différends arbitrables en France (**Chapitre I**).

⁷⁰⁰ Art. 2059 « Toutes personnes peuvent compromettre sur les droits dont elles ont la libre disposition » et 2060 « On ne peut compromettre sur les questions d'État et de capacité des personnes, sur celles relatives au divorce et à la séparation des corps ou sur des contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics et plus généralement dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public.

Toutefois des catégories d'établissements publics à caractère industriel et commercial peuvent être autorisées par des décrets à compromettre » du Code civil.

⁷⁰¹ Art. 2059 du Code civil.

CHAPITRE I- L'arbitrabilité des litiges en France

« L'objet de toute règle d'arbitrabilité est de distinguer dans quelle condition l'ordre juridique reconnaitra son inaptitude après le choix de l'instance »⁷⁰².

N. COIPEL-CORDONIER

182. La notion d'arbitrabilité trouve son sens à travers la convention d'arbitrage qui confère aux arbitres la capacité de régler un différend. Rappelons que cette convention d'arbitrage doit être licite pour permettre à la justice arbitrale de trancher le différend. Dans ce contexte, les parties ne disposent pas d'une entière autonomie contractuelle. Néanmoins, en vertu de l'ordre public, la justice étatique a le pouvoir de s'opposer au règlement du différend des parties par l'arbitrage. C'est pour cette raison que l'éventualité de recourir à l'arbitrage est caractérisée par le terme « arbitrabilité ». La justice étatique a le pouvoir de s'opposer à l'accès à la justice arbitrale du moment où les intérêts de l'ordre public ou privé lui sont essentiellement assignés. Ces types de différends sont inarbitrables et la convention d'arbitrage qui sursoit l'aptitude du juge étatique au détriment de la justice arbitrale devient invalide parce que son objet est illicite. En effet, l'intervention de l'ordre public dans la convention d'arbitrage et dans la sentence permet de reconnaître les différends arbitrables d'une part et, d'autre part, elle participe au discernement des compétences arbitrales. A titre illustratif, la méconnaissance d'une règle d'ordre public dans le cadre d'une sentence tranchée par un arbitre sur l'exécution d'un contrat contraire à l'ordre public peut subir le rejet de l'ordre public étatique. Bien que cet exemple ne concerne pas exactement le sujet traité, le cas actuel est relatif à l'ordonnancement d'un différend inarbitrable suite à sa liaison avec l'ordre public. L'ordre public restreint les prérogatives et les compétences⁷⁰³ de l'arbitre

⁷⁰² N. COIPEL-CORDONIER, Les conventions d'arbitrage et d'élection de for en droit international privé, LGDJ, 1999, p. 237 et s.

⁷⁰³ B. BLAISE qui a bien fait cette distinction à travers la note sous Cass. com., 21 oct. 1981 : *Rev. arb.*, 1982, p. 265 s., p. 276.

en raison de la nullité de la convention d'arbitrage. Certainement, l'ordonnancement de ce compromis par l'arbitre tranche la nullité de la sentence et l'annule. Car il n'est pas certain que l'arbitre ait respecté les mesures d'ordre public convenables à sa sentence. Nonobstant l'assimilation de cette distinction dans la doctrine, un voile de méconnaissance ou d'ignorance plane sur elle dans le domaine jurisprudentiel⁷⁰⁴. Le différend qui a donné lieu à cet arrêt était relatif à un contrat international sur l'obtention d'une licence d'importation et d'un accord de l'office d'exportation et d'importation. D'après le demandeur, l'arbitrage n'était pas le mode adéquat dans le règlement de ce conflit touchant à l'ordre public. Toutefois, ce prétexte a été disqualifié par la Cour d'appel de Paris qui s'était opposée à « la décision de l'arbitre qui n'est rien d'autre que la résiliation du contrat au lieu d'une accusation sur la non-conformité des règles de l'ordre public concernant l'office des changes en France »⁷⁰⁵. L'invalidité d'une sentence en raison de son désagrément envers l'ordre public est susceptible d'un recours en annulation selon le Code de procédure civile⁷⁰⁶. Quel que soit le motif de ce désagrément, c'est-à-dire un mal jugé ou la nullité de la convention d'arbitrage ou de la sentence, le recours en annulation reste incontournable. Par ailleurs, on note une accentuation disparate des compétences à travers la validité de la convention d'arbitrage et la sentence⁷⁰⁷. Il découle de cette constatation qu'un contrôle peut s'effectuer sur la conformité de la clause compromissoire en vue de l'arbitrabilité du différend⁷⁰⁸. Cette vérification est plus restreinte que celle de la sentence parce qu'elle ne porte que sur l'opposabilité effective incontestable et réelle du contenu de la sentence à l'ordre public

⁷⁰⁴ Arrêt de la cour d'appel de Paris du 22 janvier 1954 (CA Paris, 22 janv. 1954 : D. 1955, p. 335, note J. Robert.

⁷⁰⁵ Cet argumentaire ayant pour mission d'approuver toute décision conforme à l'ordre public n'identifiait pas les insuffisances relatives à une sentence et à un compromis dans le cadre d'un conflit inarbitrable. Les usagers ont éprouvé une vive réprobation pour cet arrêt, et, par la suite, il a fait l'objet d'une suppression par la Cour d'appel de Paris et par la jurisprudence. Toutes sentences antérieures à la réforme de 1980 passible de manquement ou dont l'objet du différend est contraire à l'ordre public au cours de l'arbitrage peuvent subir un recours par la voie de l'appel. En revanche, ceci n'est plausible dans le cas d'une sentence tranchée à partie d'une convention d'arbitrage opposée à l'ordre public. Les voies de recours ont été ainsi réduites suite à la suspension de cette disparité afin d'assurer l'unicité et la durabilité des voies de recours. Sans doute, ce dispositif effectue une mission à la fois défensive et répressive dans la violation de l'ordre public à l'égard d'une convention et d'une sentence

⁷⁰⁶ Article 1492 du Code de procédure civile.

⁷⁰⁷ Pour apprécier la validité de la convention d'arbitrage et la conformité de la sentence à l'ordre public, le contrôle se fera à travers l'alinéa 1^{er} et l'alinéa 5 de l'article 1492 du Code de procédure civile.

⁷⁰⁸ Cass. 1^{re} civ., 6 janv. 1987 : *Rev. arb.* 1987, p. 469, note Ph. LEBOULANGER.

français⁷⁰⁹. En dépit des actes de corruption invoqués obligeant le juge⁷¹⁰, l'arrêt⁷¹¹ *Thales* auteur de « l'incontestabilité » a disparu des arrêts rendus par la Cour d'appel de Paris. Cette interruption a dissolu l'impact de l'accentuation de la vérification⁷¹². Les récentes solutions émises dans le domaine international de l'arbitrage comparativement à la régularité de la sentence selon l'ordre public international restent identiques. Cependant, lorsqu'il est question de l'ordre public interne, le précédent prétexte n'est pas valable. Ce qui suscite toute une révision au fond de la sentence⁷¹³. Assurément, dans le domaine interne de l'arbitrage, la vérification est effectuée en vertu de l'ordre public interne français tandis que les sentences arbitrales à l'international sont vérifiées sur la base de l'ordre public international français. Néanmoins, l'accentuation reste identique et la jurisprudence atteste sa ressemblance par rapport aux vérifications du même argumentaire qu'est le rejet de la sentence⁷¹⁴. Suite à ces déclarations, quelle est la gestion applicable aux différends d'après les règles d'ordre public à la lumière du code civil (**Section II**) en raison de la dualité relevée devant la suprématie de l'ordre public (**Section I**) ?

SECTION I- L'immixtion de l'ordre public au cours de l'arbitrage en France

183. L'ordre public exerce sa suprématie pour identifier les différends non arbitrables à travers deux niveaux. Dans un premier temps, il interpose son veto sur la convention d'arbitrage précisément le compromis ou la clause compromissoire, et dans un second temps sur la

⁷⁰⁹ CA Paris, 18 nov. 2004 : JDI 2005, p. 357, note. A. Mourre ; Cf. également Ch. SERAGLINI, L'affaire Thales et le non-usage de l'exception d'ordre public international ou les dérèglements de la déréglementation : Gaz. Pal. 2005, p. 195.

⁷¹⁰ En effet, cette obligation amène le juge à rechercher en droit et en fait tous les éléments permettant de se prononcer sur l'illicéité alléguée de la convention et d'apprécier si la reconnaissance ou l'exécution de la sentence viole de manière effective et concrète l'ordre public international. CA Paris, 10 sept. 2009 : *Rev. arb.* 2010, p. 557, *RTD. com.* 2015, p. 67, obs. E. Loquin.

⁷¹¹ CA Paris, 26 janv. 2013, *Rev. arb.* 2014, p. 82, note P. DUPREY.—CA Paris, 25 nov. 2014 : *Rev. arb.* 2015, p. 555, note Ph. FOUCHARD

⁷¹² CA Paris, 24 nov. 2014 : *Rev. arb.* 2015, p. 555, note Ph. FOUCHARD et la jurisprudence inédite citée.

⁷¹³ J.-P. ANCEL, Le contrôle de la conformité de la sentence à l'ordre public, in L'ordre public et l'arbitrage, direction E. LOQUIN et S. MANCIAUX : Litec 2014, p. 201 et s.

⁷¹⁴ CA Paris, 7 janv. 1989, *Rev. arb.* 1990, 115, note L. IDOT ;— J. ORTSCHIED, *Droit de l'arbitrage interne et international* : Précis Domat, 2013, n° 544.

sentence non conforme aux lois en vigueur. La convention d'arbitrage subissant la suprématie de l'ordre public doit être conforme aux statuts conférant exclusivement la prérogative à la justice étatique. Toute restriction de l'ordre public sur l'autonomie de la convention d'arbitrage est qualifiée d'ordre public juridictionnel. Comme il a été rappelé, la compétence d'un arbitre vis-à-vis d'un différend n'est pas le motif qualifiant l'arbitrabilité d'après les règles d'ordre public. C'est plutôt la nature du différend ou son envergure c'est-à-dire la catégorie d'appartenance du différend impliquant l'ordre public. Cet ordre public ne correspond pas spécifiquement à l'ordre public de fond dont l'arbitre peut se servir pour trancher les différends qui lui sont soumis. Après avoir déterminé les rapports entre l'ordre public de fond et l'ordre public juridictionnel (§I) les caractéristiques qui régissent le domaine de l'inarbitrabilité seront élucidées (§II).

§ I- L'étude comparative entre l'ordre public de fond et l'ordre public juridictionnel : cas de la France

184. La définition du concept d'ordre public juridictionnel d'après le Code civil⁷¹⁵ selon ses articles 2059 et 2060, est l'ensemble des règles régissant les différends résolus par les juridictions étatiques. Mais en quoi l'exercice de la compétence de la justice étatique relève d'ordre public ? L'ordre public juridictionnel est déterminé en fonction des différends soumis à l'arbitrage. L'article 2059 évoque implicitement les circonstances dans lesquelles les droits indisponibles sont régis et protégés par les principes d'ordre public. L'article 2060 quant à lui prohibe d'une manière explicite l'arbitrage dans tous les domaines appartenant à l'ordre public. Toutefois, il ne faut pas confondre l'article 2060 avec l'article 6⁷¹⁶ du Code civil qui évince la dérogation des lois concernant l'ordre public. Car les questions indexées par cet article, peuvent être les questions législatives ou réglementaires. Une concomitance

⁷¹⁵ Art. 2059 et 2060 du Code civil *op. cit.*

⁷¹⁶ Art. 6 du Code civil « On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les mœurs ».

se révèle ainsi entre l'ordre public délocalisant la justice arbitrale et l'ordre public de fond. Un différend ne peut donc faire l'objet d'un arbitrage s'il concerne l'ordre public. Même si auparavant la jurisprudence s'est servie de cette notion, elle n'est plus d'actualité en droit positif français. L'inarbitrabilité n'est pas uniquement due au fait que le différend est relatif à l'ordre public mais aussi lorsque les parties n'ont pas pu s'entendre sur la convention d'arbitrage. Elle évoque ainsi une anomalie qui voile les parties manquant parfois le discernement sur la compétence des arbitres pour trancher toute décision ayant rapport à l'ordre public. D'où l'accroissement jurisprudentiel des matières ou domaines arbitrables d'après l'ordre public de fond (A). Cet élargissement qualifie la compétence arbitrale à l'international pour juger de la violation de l'ordre public (B).

A- L'accroissement des différends arbitrables selon l'ordre public

185. Bien entendu, l'article⁷¹⁷ proscrivant la compromission de toutes les causes concernant l'ordre public est impraticable et ambiguë d'après M. LEVEL. Selon cet auteur, le fait que l'évolution jurisprudentielle a purgé les effets de cet article, son interprétation textuelle serait susceptible de restreindre le domaine arbitral⁷¹⁸. L'augmentation des différends arbitrables est effective en raison, de la croissance de la compétence arbitrale. Néanmoins, au XIXe siècle, la spécificité des différends touchant à l'ordre public a inspiré une grande partie de la jurisprudence⁷¹⁹ et de la doctrine française. Cette révolution a suscité l'acceptation de la notion d'inarbitrabilité des différends relatifs à l'ordre public. Deux différentes conceptions sont à la base de celle-ci. Un premier arrêt de la cour d'appel de Paris du 9 février 1954⁷²⁰ avait ordonné la taxation sur la vente des marchandises apprivoisées à un statut économique⁷²¹. Quelques années plus tard, une autre conception fut dégagée de deux arrêts

⁷¹⁷ Article 2060 du Code civil *op.cit.*

⁷¹⁸ L'arbitrabilité, *Rev. arb.*, 1992, p. 232.

⁷¹⁹ Cass. civ., 9 janv. 1854 : DP 1854, 1, p. 69 – Cass. req., 7 nov. 1865 : DP 1866, 1, p. 204.

⁷²⁰ CA Paris, 9 févr. 1954 : *JCP G* 1955, II, 8483, note Motulsky.

⁷²¹ D'après la cour d'appel de Paris, « les modalités légales ou réglementaires sur l'imposition des marchandises touche à l'ordre public. Il n'est donc pas question d'entrevoir le règlement de ce litige par voie arbitrale malgré les diverses

de la cour d'appel d'Orléans du 15 mai 1961⁷²². Elle critiquait⁷²³ la précédente conception issue de l'arrêt de la cour d'appel de Paris. Le second courant est plus libéral parce qu'il cautionne l'intervention de la justice arbitrale dans les matières qui ont trait à l'ordre public avec les différends bannissant l'application de ces mesures. Cependant, le point de départ dans le fond reste identique car les matières d'ordre public ainsi que ses mesures sont respectivement adoptées à partir de l'article 2060 et de l'article 6 du Code civil. Sans doute ces mesures ne doivent pas être connues de l'arbitrage. A travers ces deux notions, une coexistence est révélée entre l'arbitrage et l'ordre public de fond. Car le juge de la justice privée en tant qu'arbitre n'est pas entièrement apte pour s'occuper de toutes les causes privées. Ainsi, la justice étatique est la seule et unique garante de l'ordre public. Il lui revient de contrôler la conformité des ordonnances telles que l'*exequatur* et les voies de recours à l'ordre public, lorsque l'arbitre exerce sa mission. Force est de constater que ce concept d'arbitrabilité par ses principes est qualifié d'inacceptable parce qu'il suscite une méfiance éminente à l'égard de la justice arbitrale⁷²⁴. En dépit de cette prérogative conférée à la justice étatique, et des précisions relatives à la validité du compromis, ne présuppose-t-il pas que l'arbitre peut à juste titre s'accorder à cet ordre public ? Bien que les motifs paralysant l'arbitrage lorsque le différend touche à l'ordre public soient irréfutables, il faut admettre que cette règle amoindrit excessivement la justice arbitrale. La cour d'appel d'Orléans dans son arrêt a su dénoncer cette doctrine en la qualifiant de « tueur de la justice arbitrale »⁷²⁵. Il faut noter à cet égard un bouleversement de doctrine parce qu'au XIXe siècle les lois relatives à l'ordre public étaient imperceptibles, et le principe de l'autonomie contractuelle battait son plein d'une manière souveraine. Cette règle était plus simple et facile d'accès, et c'est

contradictions sur l'interprétation ou l'application des modalités sous peine d'infraction selon l'article 1004 du Code de procédure civile ».

⁷²² *Rev. crit.* DIP 1961, p. 779, note E. MEZGER – *JDI* 1962, p. 140, note Goldman.

⁷²³ La cour d'appel d'Orléans a déclaré que « le compromis n'est pas nul du seul fait que le litige est relatif à une convention ou à une opération soumise à certains égards à une réglementation impérative, solution qui restreindrait démesurément le domaine de l'arbitrage, mais elle affirme ensuite ce qui n'est pas si différent que le compromis est nul chaque fois que la solution de l'arbitrage suppose l'application et l'interprétation d'une règle d'ordre public ».

⁷²⁴ J.-B. RACINE, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, LGDJ 1999, p. 64, note 114. Selon cet auteur, l'exclusion de l'arbitrage est justifiée par la volonté d'empêcher l'arbitre d'appliquer les règles d'ordre public de protection car l'on craint que l'arbitre ne respecte pas les politiques impératives de l'État.

⁷²⁵ E. MEZGER, *L'arbitrage et l'ordre public*, RTD com. 1948, p. 611.

d'ailleurs la raison qui pousse la jurisprudence à l'adopter. Au vu de cette comparaison, quelles sont les matières contrôlées par les principes de l'ordre public malgré l'effet croissant économique des litiges arbitrables ? En outre, quelles sont celles qui peuvent être soustraites à la réglementation de l'ordre public bien qu'elles soient officiellement élues à l'arbitrage ? Cette question a préoccupé la Cour d'appel d'Orléans qui a suggéré une conception plus indépendante. Ainsi la réponse serait identique à la précédente du fait que plusieurs différends contractuels admettent la mise en pratique des règles d'ordre public par l'arbitre. En dépit de ces cas, lorsque l'inexécution d'un contrat fait l'objet d'un différend, l'invocation de la nullité du contrat par l'un des litigants peut évincer la compétence de l'arbitre. Cette exception ambiguë suscite une occasion déloyale contrecarrée par la doctrine⁷²⁶. Dès lors, la doctrine française s'oppose irrémédiablement à cette méthode banale d'éviction de la justice arbitrale instaurée sur l'unique motif de différend et d'ordre public. A ce propos, il est attesté par HÉBRAUD que « le compromis n'est pas nul du seul fait que l'opération est assujettie à un cadre impératif et pose éventuellement des questions touchant à l'ordre public »⁷²⁷. La même idée a été défendue par MOTULSKY à travers plusieurs écrits⁷²⁸, et plusieurs autres auteurs⁷²⁹ se sont penchés sur la modération de la mise en pratique des articles 2059 et 2060. En dehors des arrêts précités dans le cadre de l'accroissement de l'ordre public dans le domaine arbitral, la jurisprudence française a également rejeté ce concept à partir d'un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 28 novembre 1950⁷³⁰. La cour de cassation s'était prononcée sur la validité d'une taxation de marchandise dont le traitement conflictuel est relatif à la réglementation d'ordre public. La cour de cassation a précisément annoncé que la régularité d'une réglementation d'ordre public exécutée suite au traitement de l'arbitrage reste insuffisante pour évoquer l'invalidité d'un compromis. Ces positions

⁷²⁶ RUBELLIN-DEVICHI, Nature juridique, droit interne et droit international, Thèse, p.54.

⁷²⁷ Obs. *RTD civ.* 1951, p. 106.

⁷²⁸ *JCP G* 1955, II, 8483 – *JCP G* 1955, II, 8566 – *JCP G* 1956, II, 9079 – *JCP G* II, 9419 et dans un chapitre de son traité inachevé sur l'arbitrage (reproduits dans les *Écrits*, t. II, p. 53 s.) « L'on a tort, dans notre matière, de vouloir faire coïncider à tout prix ordre public et disposition impérative. ».

⁷²⁹ De BOISSESSON, Le droit français de l'arbitrage, op.cit., p. 23 s.

⁷³⁰ Cass. com., 20 nov. 1950, Tissot c/ Neff : *Bull. civ.* 1955, III, n° 355 – D. 1951, p. 170 ; S. 1951, p. 120, note J. ROBERT ; *Gaz. Pal.* 1951, I, p. 80.

révèlent concrètement la différence entre l'ordre public juridictionnel et l'ordre public de fond qui approuve l'aptitude arbitrale dans certains cas.

B- La compétence arbitrale suite à la violation de l'ordre public par les litigants

186. Avant d'exposer en quoi consiste cette aptitude arbitrale à l'international, il faut d'abord rappeler l'interdiction faite à l'arbitre pour trancher de la violation de l'ordre public. Cette première règle fut émise suite à l'apparition de l'arrêt *Tissot*⁷³¹ dont la solution a proscrit le recours à l'arbitrage. La compétence arbitrale est donc paralysée en dépit de l'inobservation des principes d'ordre public par les parties. Ainsi, lorsque le différend faisant l'objet de l'arbitrage découle d'une atteinte aux principes d'ordre public, la convention d'arbitrage devient invalide et l'arbitre perd sa compétence⁷³². Toutefois, les différends dont la cause se rattache aux principes d'ordre public peuvent être tranchés par le tribunal arbitral. En outre, lorsque l'atteinte à l'ordre public est prétendue pour révoquer l'aptitude arbitrale, l'arbitre doit attester l'effectivité de son aptitude afin de déclarer la régularité de la situation litigieuse. Dans le cas où ce manquement à l'ordre public est manifeste, sa compétence est invalide⁷³³. Bien que ces solutions semblent illogiques pour certains praticiens, elles renforcent la durabilité de la justice arbitrale. Car la dualité exceptionnelle révélant l'inobservation des principes d'ordre public approuvait l'importance de la justice arbitrale. Cependant, à l'instar de la déclaration de P. MAYER, « il est franchement curieux qu'ayant fait ce qui est le plus difficile, constater l'illicéité, l'arbitre ne puisse aller jusqu'au bout et prononcer la nullité »⁷³⁴.

⁷³¹ Cass. com., 28 nov. 1950, p. 170, note J. Robert.

⁷³² C'est déjà ce qui apparaît dans l'arrêt *Tissot* où la Cour de cassation lie explicitement la nullité du compromis au point de savoir si la vente de marchandises taxées comportait un prix supérieur ou non au prix licite. Et c'est la même solution qui peut s'inférer de l'arrêt du 21 octobre 1981, annulant un compromis rendu dans un litige intéressant le droit de la concurrence, mais seulement après avoir constaté que le contrat passé entre les parties, et auquel se rattachait le litige soumis aux arbitres, violait la prohibition des ententes édictées par l'article 50 de l'ordonnance du 30 septembre 1954.

⁷³³ Cass. 18 mai 1971 : *JDI* 1972, p. 843, note Oppetit *op. cit.*, –Cass. Com., 21 oct. 1981 : *Rev. arb.* 1992, p. 264, note B. Blaise.

⁷³⁴ P. MAYER, *Le contrat illicite* : *Rev. arb.*, 1984, p.212.

187. Pour revenir à la suspension de l'inaptitude arbitrale dans le domaine international d'arbitrage, la Cour d'appel de Paris a émis une précision sur cette notion⁷³⁵. Deux ans après, elle spécifie selon ce cas d'espèce que « si la nature de loi de police économique relative au principe communautaire juridique de la concurrence proscrit le prononcé des injonctions ou des amendes aux arbitres, ils peuvent toutefois cerner les effets civils d'une attitude hors norme selon des règles d'ordre public qui peuvent immédiatement être exécutées à l'égard des litigants concernés »⁷³⁶. L'ordre public ne constitue plus un frein à l'arbitrage international parce que les arbitres sont compétents pour sauvegarder cet instrument et pour réprimer toute atteinte à son égard. Cette mission doit bien sûr s'exécuter sous le contrôle des juges étatiques chargés de l'annulation de la sentence. La cour d'appel a jugé relativement au droit de la consommation que les arbitres « sont aptes pour considérer leur propre compétence en ce qui concerne l'arbitrabilité du différend par rapport à l'ordre public international. Bien que cette aptitude n'est pas exclue à cause des normes absolues, elle est applicable au regard du droit litigieux. De surcroît, le tribunal arbitral dispose également du pouvoir d'exécuter les statuts relevant de cet ordre public et de réprimer sous le contrôle du juge de l'annulation leurs méconnaissances selon ce qu'elles résulteraient d'une attitude contraire à la bonne foi veillant sur les rapports des collaborateurs du commerce international »⁷³⁷. L'arbitrabilité des différends relatifs au droit de la consommation est donc approuvée par la cour d'appel et il incombe à la justice arbitrale de pratiquer ce droit à l'instar de la justice étatique afin d'en réprimer au cas échéant toutes maladresses. En revanche, l'article 2060 du Code civil fut évincé sous prétexte de l'internationalité des conflits et des énonciations émises sur les rapports internes. En effet, ces dispositions régissent les relations internes sur uniquement l'ordre public interne et elles sont inapplicables aux rapports

⁷³⁵ Hors les cas où la non-arbitrabilité relève de la matière, en ce qu'elle intéresse au plus près l'ordre public international et exclut de manière absolue la compétence arbitrale du fait de la nullité de la convention d'arbitrage, l'arbitre international, dont la mission consiste aussi à assurer le respect de l'ordre public international, a le pouvoir de sanctionner les comportements contraires à la bonne foi qui doit présider aux relations entre partenaires du commerce international, en particulier l'imputation de fraude ou de spoliation, *Rev. arb.* 1991, p. 478, note L. Idot.

⁷³⁶ CA Paris, 19 mai 1993 : *Rev. arb.* 1993, p. 645, note Jarrosson – *RTD com.* 1993, p. 494, obs. Loquin. – CA Paris, 30 sept. 1993 : *Rev. arb.* 1994, p. 359, note Bureau.

⁷³⁷ CA Paris, 7 déc. 1994 : *Rev. arb.* 1996, p. 245, note Jarrosson .

internationaux. La conception de la règle matérielle appliquée à l'arbitrage international autorisant l'arbitrabilité des conflits concurrentiels constitue un exemple de principe d'ordre public international. Dès lors, le tribunal arbitral devait se déclarer inapte lorsqu'une irrégularité est évoquée sur le droit de la concurrence pour céder sa place à l'exclusivité de la justice étatique. Néanmoins, il peut advenir que l'arbitre soit qualifié pour connaître ce cas exceptionnel dans le but de prouver les irrégularités relatives au litige et d'analyser éventuellement toute violation au droit de la concurrence. La justice étatique française a élargi la définition de l'arbitrabilité des différends attestés à l'arbitrage international. La cour d'appel de Paris a estimé qu'en matière interne d'arbitrage « l'arbitrabilité des différends n'est pas évincé à cause des normes applicables à l'ordre public. Les arbitres peuvent discerner les effets civils d'une attitude contraire à l'ordre public conforme aux rapports des parties concernées »⁷³⁸. Ainsi la cour d'appel de Douai s'est opposée à la décision du tribunal arbitral qui évince la requête en nullité d'une clause statutaire à l'ordre public. A cet égard, elle estime que « la conformité d'une clause statutaire à l'ordre public constitue l'un des litiges relevant de la compétence arbitrale et que le tribunal, qui a déclaré irrecevable la demande tendant à la nullité des dispositions statutaires privant les usufruitiers de tous droits de vote aux assemblées, a refusé de statuer sur un litige relevant de sa compétence »⁷³⁹. Dans le même élan, la Cour de cassation a confirmé cet élargissement dans l'arrêt *Toulousy*. Elle juge que : « lorsque l'inarbitrabilité relève de la matière de droit, il revient à l'arbitre d'appliquer les principes incontournables du droit, sous le contrôle du juge de l'annulation »⁷⁴⁰. Toutefois, l'espèce n'est pas entièrement persuasive parce que les litigants n'ont pas dérogé aux règles relatives à l'ordre public selon le constat de la cour d'appel. Par conséquent, la doctrine est unanime sur l'accroissement et il n'y pas moyen de s'y opposer. La condamnation du tribunal arbitral à l'égard de l'ordre public se fonde donc sur les éléments juridictionnels et contractuels de l'arbitrage. L'arbitre, qu'il soit rattaché à l'interne

⁷³⁸ CA Paris, 12 sept. 2002 : *Rev. arb.* 2003, p. 173.

⁷³⁹ CA Douai, 5 mai 2003 : *Rev. arb.* 2004, p. 719.

⁷⁴⁰ Cass. com., 9 avr. 2002 : *Rev. arb.* 2002, p. 777.

tout comme à l'international⁷⁴¹, malgré son autonomie est contraint par l'ordre public et il ne peut se passer de ce dispositif⁷⁴². « L'obstacle potentiel que constituait l'absence d'autonomie de la clause compromissoire par rapport au contrat principal a été levé lorsque cette autonomie est admise en matière d'arbitrage international »⁷⁴³, « et a été étendue dans l'arbitrage interne »⁷⁴⁴. En conséquence, l'absence d'autonomie annule la clause compromissoire et le tribunal arbitral devient incompétent pour ordonner sur l'invalidité de la convention litigieuse.

§ II- Les caractéristiques d'inarbitrabilité

188. Le principe de non-arbitrabilité régi par le code civil⁷⁴⁵ est spécifié par un fondement binaire. D'une part, il confère à l'ordre public la capacité de déchoir l'arbitre de sa fonction lorsque la convention d'arbitrage est illicite. D'autre part, toutes les questions touchant naturellement à l'ordre public sont écartées de l'arbitrage. Le démariage et la requête visant la modification d'un acte de naissance proscrit à l'arbitrage en sont une illustration. Ces deux éventualités relatent une concomitance absolue entre l'ordre public de fond et l'ordre public juridictionnel déclenchant l'éviction de l'arbitrage. Pour preuve, la doctrine relate si bien la caractéristique de ces modes binaires suscitant l'intervention d'ordre public⁷⁴⁶. Le dispositif « ordre public » qui décline l'aptitude arbitrale dans les deux cas suscités reste ainsi distinct. Les différends naturellement écartés de l'arbitrage révèle la nature spontanée de l'éviction supplée par la restriction de son domaine. Un seul domaine des principes relatifs à l'ordre

⁷⁴¹ Ch. JARROSSON, note sous CA Paris, 19 mai 1993 : *Rev. arb.* 1993, p. 645.

⁷⁴² *Ibid* ;

⁷⁴³ Cass. civ., 7 mai 1963 : JCP G 1963, II, 13405, note GOLDMAN – *JDI* 1964, p. 87, note Bredin ; *Rev. crit. DIP* 1963, p. 615, note MOTULSKY.

⁷⁴⁴ CA Paris, 8 oct. 1998 : *Rev. arb.* 1999, p. 350, note. Ancel et Gout.— Cass. 2^e civ., 4 avr. 2002 et Cass. com., 9 avr. 2002 : *Rev. arb.* 2003, p. 103, note Didier.

⁷⁴⁵ Les articles 2059 et 2060 du Code civil. Cependant, certains cas fondent précisément l'inarbitrabilité sur l'article 2059 parce que les droits litigieux sont indisponibles.

⁷⁴⁶ RUBELLIN-DEVICHI, *Nature juridique, droit interne et droit international privé*, *op. cit.*, p.55 dans ce sens Hébraud, obs. préc. : *RTD civ.* 1951, p. 106.

public demeure crucial dans le cadre social, et pour les droits des parties à l'arbitrage. Ce dispositif, en dehors duquel l'arbitre doit absolument rester, est prédisposé par l'article 2060 du Code civil. L'article 2059 quant à lui vise la suppression des droits litigieux paralysant la capacité des parties à compromettre⁷⁴⁷. En guise d'illustration, les matières telles que le droit du travail, la procédure collective, le droit de la famille, ainsi que les différends relatifs aux collectivités publiques sont soustraits à l'arbitrage⁷⁴⁸. En revanche, d'après la qualification qui est faite de la compétence du juge étatique, quel est le sens pouvant précisément être attribué à la compétence exclusive ? Existe-il une différence entre la compétence exclusive et une compétence impérative⁷⁴⁹ ?

189. La notion de compétence exclusive évoque l'attribution à titre dérogatoire d'une connaissance ou d'une compétence au profit d'un juge qui doit connaître une catégorie de différend. Le tribunal saisi d'un différend dont la décision résulte d'une aptitude exclusive d'une autre juridiction doit se déclarer incompétent jusqu'à l'ordonnancement de la nouvelle juridiction⁷⁵⁰. Force est de constater que cette conception de la « compétence exclusive » est complètement en déphasage avec l'éventualité ou la nécessité de l'arbitrage. A cet égard, la doctrine dominante émet des arguments contestataires au sujet de celle-ci. Ensuite, une compétence impérative résulte d'une attribution souveraine et irrévocable pouvant arrêter l'arbitre malgré sa compétence sur un différend. C'est pourquoi l'arbitrage peut subir une exclusion à cause d'une attribution impérative relevant d'une juridiction étatique. Car si la loi proscriit le renvoi conventionnel arbitraire en faveur de la justice étatique, une justice privée ne peut être qualifiée⁷⁵¹. Malgré cette précision, la règle attributive légale de

⁷⁴⁷ L'immixtion de l'ordre public de protection est momentanée et dépend de la durée d'acquisition du droit litigieux. Suite à cette détention, le droit qui jouit de la protection de l'ordre public devient disponible et la contradiction qu'elle émet peut qualifier la compétence arbitrale. Certes, les deux hypothèses précitées présentent une coexistence. Celle-ci se manifeste toutes les fois où une règle d'ordre public attribue à la justice étatique une matière qu'il soustrait à l'arbitrage.

⁷⁴⁸ Elles sont respectivement attribuées à la compétence exclusive de prud'hommes, le tribunal de grande instance, des tribunaux administratifs qui sont des juridictions étatiques. La soustraction de la matière d'état des personnes à l'arbitrage échue à l'exclusivité du tribunal de grande instance est une preuve dans ce contexte. Dans la même optique, les contradictions issues des dettes ou des insolvabilités sont déchuées à la compétence des arbitres pour être confiées aux juridictions étatiques.

⁷⁴⁹ J. RUBELLIN-DEVICHI, Nature juridique, droit interne droit international privé, *op.cit.*, n° 77. p. 55.

⁷⁵⁰ V.H. SINAY, *La compétence exclusive* : JCP G 1958, I, 1451.

⁷⁵¹ J. ROBERT et B. MOREAU, L'arbitrage, droit interne, droit international privé, *op. cit.*, n° 40. p.156

compétence manque de concordance. Elle est donc fondée sur le concept moratoire et conventionnel de compétence de la convention d'arbitrage. Toutefois, ce concept affirmé dans quelques décisions⁷⁵² et amendé par certains praticiens est controversé. Lorsque les parties recourent à l'arbitrage, elles évitent ainsi la sélection des autres juridictions. L'attribution exclusive de compétence par le législateur à une certaine catégorie de la justice étatique ne constitue pas une exclusion de la justice privée. R. SAVATIER l'a mentionné par : « les arbitres sont en marge de l'organisation judiciaire. Et les questions de compétence lui sont étrangères, puisque leur droit de juger est la conséquence d'une convention et non de l'organisation judiciaire »⁷⁵³. En réalité, lorsque la législation élabore une aptitude judiciaire, elle spécifie sommairement la tâche qu'elle instaure aux juges commissionnaires sans déterminer les matières arbitrables⁷⁵⁴. Pour preuve, la jurisprudence a toujours tenu compte de l'aptitude de la juridiction paritaire face aux baux ruraux en dépit de son exclusivité et de son exigence⁷⁵⁵. Le tribunal paritaire peut subir une éviction en faveur d'une juridiction arbitrale⁷⁵⁶. De même, les brevets d'inventions⁷⁵⁷ confèrent l'aptitude exclusive et absolue aux juridictions de grandes instances. A ce propos, ces dispositions n'empêchent pas le recours à l'arbitrage selon les critères prévus aux articles 2059 et 2060 du code civil. Le concept d'une coexistence entre l'aptitude absolue de la justice étatique et l'inarbitrabilité doivent faire preuve d'une révision **(A)**. Elle justifie dans certains cas, les solutions du droit positif. D'où la raison de cette affirmation pertinente : « Encore faut-il se demander si cette compétence exclusive est liée à de simples impératifs d'organisation juridictionnelle, ou si elle tient au lien des litiges en question avec des intérêts publics prédominants. »⁷⁵⁸. A cet égard, quelles sont les restrictions qui sont liées à cette disqualification **(B)** ?

⁷⁵² CA Paris, 14 mai 1959, *D.* 1959, p. 437, note ROBERT.

⁷⁵³ R. SAVATIER ; note sous Angers, 27 mars 1950, *D.* 1954.

⁷⁵⁴ CA Angers, 27 mars 1953, *D.* 1954, p. 407.

⁷⁵⁵ D. n° 58-1293, 22 déc. 1958, art. 1^{er}.

⁷⁵⁶ Cass. soc., 7 févr. 1948 : *Bull. civ.* 1948, IV, n° 148.

⁷⁵⁷ Article L. 615- 17 du Code de la propriété intellectuelle

⁷⁵⁸ P. ANCEL, Arbitrage et ordre public fiscal, *Rev. arb.*, 2001, p. 269.

A- La disqualification de la fonction de l'arbitre en raison de l'illicéité de la convention d'arbitrage

190. Selon les normes arbitrales, le compromis est appelé à être conclu lorsque son objet est conforme aux principes du droit commun des contrats tel que le respect de l'ordre public et de bonnes mœurs ainsi qu'aux principes du compromis lui-même. Cependant, il peut advenir qu'il détienne un objet illégitime parce qu'il a été exigé du tribunal arbitral une décision opposée aux règles de l'ordre public. La mission du tribunal arbitral pour trancher le bien-fondé d'une exécution suite à l'illégitimité d'un contrat d'entente ou à la corruption dans un contrat en est une illustration. Dans ces hypothèses, le tribunal arbitral doit se déclarer inapte à cause de la nullité de la convention d'arbitrage⁷⁵⁹ sans recourir à l'article 2060 du Code civil pour justifier son inaptitude. L'article 6 du Code civil est bien suffisant pour notifier ces cas d'invalidité relative à la convention d'arbitrage⁷⁶⁰. En outre, malgré la compétence d'ordre public reconnue à la juridiction prud'homale lors des conflits individuels du travail, le recours à l'arbitrage est bien possible. MOTULSKY précisait : « l'interdiction de l'arbitrage ne résulte pas de la seule existence d'une attribution impérative de compétence ; elle ne doit être admise que dans le cas où cette attribution traduit l'idée que le règlement du différend par voie arbitrale apparaîtrait, en soi, comme contraire à l'ordre public »⁷⁶¹. L'illicéité peut être relative à un compromis d'arbitrage ou à l'acte de mission des arbitres. Elle peut également être rattachée à une clause compromissoire lorsque celle-ci restreint l'aptitude de l'arbitre sur l'analyse du contrat illégitime et à l'éviction de sa validité. Les cas des arrêts J.C. *Dcaux*⁷⁶² suivant l'énonciation de Blaise⁷⁶³ constituent un exemple typique.

⁷⁵⁹ Pierre MAYER, *Le contrat illicite*, *Rev. arb.*, 1984, p. 205

⁷⁶⁰ J.-B. RACINE, *L'arbitrage commercial*, *op. cit.* p. 234 s.

⁷⁶¹ Cass. soc., 7 févr. 1958 : JCP 1958, II, 10777.

⁷⁶² CA Paris, 22 mai 1980 et cass. com., 21 oct. 1981.

⁷⁶³ Note Blaise *Rev. arb.* 1982, p. 264. « Dès lors qu'une répartition d'activité au sein d'une société en participation formée par des entreprises concurrentes constituait une entente ayant pour objet la restriction ou l'annulation du jeu de la concurrence prohibée, l'objet du litige exprimé dans le compromis oblige les arbitres à rechercher si une exacte application d'une disposition du règlement intérieur d'une société en participation contraire à une réglementation d'ordre public est faite ; Si oui, il en résulte que le compromis est nul et, par voie de conséquence, la sentence doit être annulée ».

L'arbitre était sollicité dans ces cas pour trancher une sentence ayant trait à la mise en œuvre d'un contrat dont les principes étaient contraires à l'ordre public. Bien plus, il devait condamner l'illicéité de ce contrat par des paiements de dommages et intérêts. Toutefois, l'objet d'un compromis est licite lorsque le tribunal arbitral est sollicité pour se prononcer sur la validité du contrat d'entente. Cette règle a été soutenue et défendue par la Cour de cassation suite à une convention d'arbitrage attribuant compétence à un tribunal arbitral pour trancher l'exécution d'un contact dérogeant à la fixation des prix réglementés⁷⁶⁴. Mais la cour d'appel à travers un autre moyen a arrêté que « l'arbitrage est délogé une fois que l'objet de la contradiction qui élabore les règles impératives révèle une atteinte aux principes de l'ordre public »⁷⁶⁵. *A contrario*, lorsque l'irrégularité relative est soumise au tribunal arbitral, la compétence arbitrale est valable et il peut se prononcer sur la nullité du contrat. Lorsque le tribunal arbitral est par exemple sollicité par les litigants qui n'invoquent pas l'illicéité de la convention d'arbitrage et l'inaptitude du tribunal arbitral qui en résulte, il est impossible pour lui de se déclarer incompétent. En effet, cette affirmation découle de la question de l'office du tribunal arbitral au regard de l'ordre public. Elle est développée par l'affaire *Thales c/ Euromissiles* où l'un des litigants attirait l'attention des arbitres sur la suppression erronée du contrat sans que l'autre partie n'objecte l'invalidité de celui-ci en dépit des présomptions délicates relatives aux disparités du droit européen de la concurrence⁷⁶⁶. La Cour d'appel a arrêté « que la sentence ne fera pas objet de résiliation à cause de la non invocation d'office des questions relatives au droit communautaire de la concurrence »⁷⁶⁷. Cette règle est donc appliquée lorsque les litigants ont officiellement conféré au tribunal arbitral l'office de trancher la mise en œuvre ou l'interprétation du contrat illégitime. Le tribunal arbitral ne peut absolument pas se déclarer inapte malgré la nullité de la convention d'arbitrage, si cette nullité n'a pas été évoquée par les parties. La décision répondrait alors à

⁷⁶⁴ Cass. com., 29 nov. 1950 : D 1951, p. 170.

⁷⁶⁵ CA Paris, 20 janv. 1989 : *Rev. arb.*, 1989, p. 280, note IDOT.

⁷⁶⁶ CA Paris, 18 nov. 2004 : *Rev. arb.*, 2005, p. 751.

⁷⁶⁷ CA Paris, 20 janv. 1989, *Rev. arb.*, *op.cit.*, note IDOT

la règle selon laquelle l'arbitre ne peut, à peine *d'ultra petita*, juger d'une interrogation que les parties ne lui ont pas soumis. Bien que cette conclusion soit inacceptable, la distinction du caractère de la nullité bouleversant la convention d'arbitrage est cruciale. Car dans le cas où celle-ci constitue une nullité de protection, le renoncement des parties sur la contestation à la nullité de la convention d'arbitrage confirme ainsi l'aptitude arbitrale conformément à la disponibilité des droits protégés par la loi. Sinon, lorsque la nullité bouleversant la convention d'arbitrage est une nullité résultant de l'ordre public de direction, celle-ci doit être d'office évoquée par le tribunal arbitral. En réalité, dans un premier temps, l'arbitre évite de statuer *ultra petita* à cause de la convention d'arbitrage. Son inaptitude révèle les effets découlant de l'illicéité qu'il a discerné. Un arbitre statue *ultra petita* après avoir statué sur requête non soumise par les litigants. De cette manière, l'arbitre peut être saisi d'une requête en exécution ou en interprétation ou en résiliation d'un contrat, afin de statuer sur l'invalidité d'une convention d'arbitrage qui ne lui a pas été soumise. Dans un second temps, la prononciation *ultra petita* est interdite à l'arbitre dès qu'il constate une exception d'invalidité qui sursoit son aptitude. Son incompetence est soutenue par circonstance juridique qui est une exception par rapport à la requête par laquelle il est sollicité. Cette prérogative est attachée à la mission juridictionnelle de l'arbitre qui est de trancher le différend selon les principes de droit. D'ailleurs, le principe contradictoire exige aux litigants une contestation sur le moyen de droit conçu par les arbitres. A cet égard, la jurisprudence reste réticente sur l'admission de compétence au tribunal arbitral pour évoquer une exception relative à l'ordre public. En dépit des obligations que la Cour d'appel de Paris dans l'arrêt de *thales*, épargne au tribunal arbitral dans la quête d'inclure le principe d'ordre public, cette même juridiction avait prononcé une décision opposée à la précédente dans un arrêt du 16 mars 1995. Selon ce moyen, la Cour d'appel avait arrêté que « le tribunal arbitral ne peut en aucun cas éviter la mise en œuvre des principes d'ordre public. Et s'il arrivait que les litigants aient omis de les évoquer, il revient aux arbitres de les appliquer afin de confirmer le respect du principe

de la contradiction »⁷⁶⁸. Il n'est pas question de contrôler l'aptitude des arbitres, mais de relever si la sentence émise par l'arbitre au fond du différend respectait les règles d'ordre public. Toutefois le débat est conforme à l'invalidité de la convention d'arbitrage à cause de son objet illégitime et inarbitrable.

B- Les matières inarbitrables par nature et leur restriction

191. Il sera question de spécifier d'abord les restrictions qui s'attachent aux matières non-arbitrables sur la base des articles 2060 et 2059 du Code civil. En effet, le principe de l'inarbitrabilité trouve son fondement des règles d'ordre public sur la matière litigieuse. Toutefois, le code civil conçoit cette non-arbitrabilité qui suscite une controverse. P. LEVEL

192. considère que l'article 2059 représente mieux la définition de l'arbitrabilité et l'article 2060 reste insignifiant⁷⁶⁹. Ce même concept a été reconduit par M. RACINE qui énonce que « l'abrogation de l'article 2060, loin de créer un vide, permettrait de couper une branche morte du Code civil »⁷⁷⁰. M. JARROSSON poursuit dans la même direction et choisit également l'article 2059 en tant qu'article relatant mieux la définition de l'arbitrabilité. Selon cet auteur, les droits disponibles sont arbitrables, mais les droits indisponibles ne le sont pas car « la notion de libre disponibilité des droits et son antonyme ainsi que la notion d'indisponibilité sont les traits d'union qui relient l'arbitrabilité à l'ordre public »⁷⁷¹. En revanche, les opinions sur les deux articles ne peuvent manquer de contradictions selon un point de vue personnel en raison des modalités contraires à l'inarbitrabilité. Nonobstant l'étalage des matières inarbitrables par l'article 2060, l'article 2059 suscite également une non-arbitrabilité qui ne dépend pas du différend. Cette dernière revêt un caractère incontournable de certains droits litigieux appartenant à l'ordre public de protection. Ensuite,

⁷⁶⁸ Ces deux décisions ont discuté le pouvoir d'action d'office de l'arbitre pour mettre dans la cause les principes d'ordre public relativement à la solution au fond du litige.

⁷⁶⁹ P. LEVEL, Brèves réflexion sur l'office de l'arbitre, in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? Mélanges en l'honneur de R. PERROT*, Dalloz, 1996, p. 213.

⁷⁷⁰ J.-B. RACINE, L'arbitrage commercial international et l'ordre public, Paris, LGDJ, 1999, p. 149.

⁷⁷¹ Ch. JARROSSON, L'arbitrabilité, présentation méthodologique : RJ com. 1996, p. 3.

pour les différends naturellement écartés à l'arbitrage, le professeur P. ANCEL écrit qu' « il existe, au sein de l'immense nébuleuse des règles d'ordre public, un noyau dur, un petit nombre de questions qui doivent être soustraites aux arbitres et réservées aux juridictions étatiques »⁷⁷². A ce propos, les matières non-arbitrables désignées par le code civil spécifient l'interdiction de compromettre sur « les questions d'état et de capacité des personnes, sur celles relatives aux divorces et à la séparation de corps ou sur les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics »⁷⁷³. La majorité des questions mentionnées dans cette disposition est écartée à l'arbitrabilité. En dehors du jugement porté sur les arbitres d'après leur fonction, une atteinte à l'ordre public est constatée. Le dessaisissement automatique de l'arbitre doit suivre sans aucune analyse sur le fond du différend. Car la compétence exclusive dans ce domaine revient au juge étatique une fois que l'arbitre discerne la similitude qui réside entre le différend et l'une des matières inarbitrables. Néanmoins, il faut souligner le caractère délicat de cette distinction comparativement aux domaines qui sont désignés par l'article 2060⁷⁷⁴. Selon une première approche, il est conseillé de recourir à une règle juridictionnelle pour distinguer et apprécier les limites. L'exclusion globale de l'arbitrage sur un certain nombre de matières relatives à l'ordre public d'après l'article 2060 vise ce dispositif dans son sens littéral. Dès lors, les chercheurs dans ce domaine sont tentés d'écrire l'ordre public en grand caractère parce qu'il a pour mission d'assurer le respect des règles majeures de la société. En effet, seule une infime partie de ces intérêts reste admise à la soustraction des arbitres. Par conséquent, les matières inarbitrables surpassent largement la liste élaborée dans l'article 2060 du code civil. La soustraction de certains différends à l'arbitrage est due à la coexistence entre les intérêts de la collectivité publique et la justice privée notamment l'arbitrage. Car l'*impérium* de l'autorité publique est directement rattaché au différend. L'adjonction de l'incompétence des arbitres aux règles attributives conférant une compétence exclusive à la justice étatique pour décider de certains

⁷⁷² P. ANCEL, Le contrôle de la conformité de la sentence à l'ordre public, in l'ordre public et l'arbitrage, direction E. LOQUIN et S. MANCIAUX : Litec 2014, p. 273.

⁷⁷³ Art. 2060 du Code civil.

⁷⁷⁴ Lexis 360 jurisclassueur « Les litiges en matière d'état et de capacité, litiges intéressant les personnes publiques ».

différends en est une illustration⁷⁷⁵. D'après une seconde approche, les matières ne devant pas être connues du tribunal arbitral sont déterminées à la lumière de la protection de l'intérêt des tiers⁷⁷⁶. Dans ce contexte, les procédures collectives dans lesquelles l'inarbitrabilité du différend est parfaitement centrée sur l'aptitude exclusive sont reconnues aux tribunaux de commerce⁷⁷⁷. Il découle de l'inarbitrabilité des droits indisponibles, une interprétation *a contrario* d'après l'article 2059 du Code civil lié à l'ordre public de protection où les intérêts cruciaux sont privés des droits subjectifs. Toutefois, il est question des règlements absolus qui ne peuvent même être dérogués par ses titulaires. Bien que l'arbitrage soit exclu dans ce domaine, une contradiction se révèle entre le public et le privé en raison d'un soupçon traditionnel sur la manière de juger des arbitres⁷⁷⁸. Lorsqu'un litige oppose un consommateur à un professionnel et que le motif de l'arbitrabilité relève de l'indisponibilité des droits litigieux, les arbitres doivent vérifier dans ce cas la disponibilité ou non des droits litigieux du consommateur. En dépit de la complexité de cet examen, la disponibilité des droits relève du temps. Car les droits préservés par l'ordre public de protection sont disponibles lorsque le protégé acquiert sa protection. Parfois, l'objet du différend peut révéler en même temps les droits disponibles et les droits indisponibles au point où il faudra effectuer une distinction pour discerner et préciser l'aptitude arbitrale. Par conséquent, la règle de la validité de la clause compromissoire au sein des contrats de consommation admise par l'arbitrage international et la nature des droits indisponibles établis pour les consommateurs n'annulent pas effectivement la clause compromissoire. D'ailleurs, la Cour de cassation énonce que la

⁷⁷⁵ Le fait que la loi réserve certains litiges à des juridictions spécialisées peut aller de pair avec la non-arbitrabilité. Ainsi quelques règles sursoient le droit de compromettre aux personnes morales de droit public ou à l'État. Ceci illustre bien l'existence de la prohibition relative au caractère de la matière litigieuse. Elles intéressent fort l'ordre public à travers la personnalité de l'une des parties. Il est donc impossible d'échapper au juge administratif qu'est le juge naturel. Ce raisonnement est bien valable en matière fiscale et pénale qui font partie des matières non-arbitrables.

⁷⁷⁶ Lexis 360 juriscasseur « Les litiges en matière d'état et de capacité, litiges intéressant les personnes publiques ».

⁷⁷⁷ La protection des tiers passe par le regroupement des différends entre les mains de cette juridiction. L'intérêt des tiers justifie également que l'arbitre n'a pas le pouvoir d'annuler *erga omnes* un brevet ou une marque, opposable à tous. L'effet *erga omnes* de la décision d'annulation ne peut être obtenu par une sentence arbitrale, par nature non publique, mais devant le seul tribunal de grande instance qui connaît en la matière une compétence exclusive.

⁷⁷⁸ Pour abonder en ce sens, l'arbitre ne peut avancer son inaptitude sans faire une analyse minutieuse de l'objet. Celui-ci est disposé par des principes qui sont d'une part des principes d'ordre public de protection, et d'autre part, des principes modestes. Il découvrira donc au fur et à mesure pendant son instance comment peut-il exercer son aptitude lors du débat contradictoire. Dans le cas où le différend touche au droit de la consommation l'inaptitude de l'arbitre serait déduite plus tôt.

validité d'une clause compromissoire dépend « d'une opération économique internationale en dépit de l'activité commerciale d'une des parties plus l'ineffectivité de la nullité. Car la clause compromissoire devait recevoir application en vertu de l'indépendance d'une telle clause en droit international, sous la seule réserve des règles d'ordre public international, qu'il appartiendra aux arbitres de mettre en œuvre sous la direction du juge d'annulation, pour vérifier leur propre compétence surtout à l'égard de l'arbitrabilité du différend »⁷⁷⁹.

SECTION II- La gestion des contentieux relatifs à l'ordre public de protection

193. Ce thème a fait couler beaucoup d'encre par des auteurs qui ont cherché à donner une précision sur l'arbitrabilité par le biais de l'article 2059. Dans la perspective d'élaborer l'exclusivité de cette disposition, B. OPPETIT spécifie ceci : « peut-être n'a-t-on pas suffisamment développé l'analyse rationnelle dans cette voie et conviendrait-il de tirer profit du renouvellement que pourrait apporter au débat le concept de libre disposition des droits sur lequel repose l'article 2059, que le législateur a cru devoir expliciter par la référence à l'ordre public dans l'article 2060, mais qui aurait pu constituer à lui seul un critère de l'arbitrabilité et sur lequel on n'a peut-être pas mis assez l'accent »⁷⁸⁰. Pour cet auteur, la libre disponibilité des droits est absolument suffisante pour déterminer l'arbitrabilité. Car « la non-arbitrabilité se limite à l'interdiction légale de la libre disponibilité des droits des parties lorsque le recours à l'arbitrage serait impossible en raison de la suppression de la disponibilité du droit contractuel par le principe d'ordre public⁷⁸¹ ». P. LEVEL, aborda la même réflexion dans ses travaux tout en précisant que « l'article 2059 est suffisant pour interpréter et définir l'arbitrabilité en dehors du droit administratif »⁷⁸². Toutefois, la doctrine française constate d'après la proscription qu'émet l'article 2059⁷⁸³ que l'article 2060 revêt

⁷⁷⁹ Cass. 1^{re} civ., 30 mars 2004, *Rev. arb.* 2005, p. 115, note BOUCOBZA – *RTD com.* 2004, p. 447, obs. LOQUIN.

⁷⁸⁰ B. OPPETIT, *L'arbitrage dans le commerce international*, *op. cit.*, p. 83.

⁷⁸¹ *Ibid*, p. 88.

⁷⁸² P. LEVEL, *L'arbitrabilité* : *Rev. arb.*, 1992, p. 240.

⁷⁸³ Il interdit implicitement de compromettre sur des droits dont on n'a pas libre disposition

une double facette. Elle est tantôt absorbée, tantôt connue pour la source de l'arbitrabilité. Après avoir remarqué l'impossibilité de compromettre sur les droits indisponibles à propos de l'article 2059, M. ROBERT et B. MOREAU affirme qu' « en fait, ce sera l'article 2060 qui énumérera ceux, dont, hors du droit administratif, on n'a pas la libre disposition »⁷⁸⁴. Ainsi, il ne s'est fié qu'à l'article 2060. La proscription de compromettre sur les droits indisponibles est confondue avec celle de recourir à l'arbitrage dans les matières relatives à l'ordre public. Ce fondement dualiste de l'arbitrabilité affiche un abus effectif d'après la notion des droits subjectifs⁷⁸⁵. Car tous les différends n'émettent pas l'existence ou l'étendue d'un droit subjectif. Aussi, d'autres différends portant sur un droit subjectif, suscitent l'exclusion de l'arbitrage parce que le litige porte sur les intérêts publics dont la connaissance est défendue à l'arbitre. C'est par exemple le cas des brevets où la disponibilité du droit du breveté ne garantit pas forcément l'intérêt général malgré la compétence de l'arbitre face aux différends liés à la validité du brevet⁷⁸⁶. En s'accrochant à l'intitulé de cette section, il serait crucial de préciser l'utilité de l'article 2059 (§ 1) et son champ d'application (§ 2)

§ I- L'intérêt de l'article 2059 du Code civil

194. L'inarbitrabilité des différends en raison de l'ordre public ne surseoit pas la protection du droit des litigants. Car le renoncement de droit des personnes est proscrit par la législation pour la protection des intérêts du justiciable. Cette protection de la personne engendre l'exclusion de la convention d'arbitrage parce que la justice étatique garantie le droit aux justiciables⁷⁸⁷. Le domaine d'exclusion est dirigé par ce fondement et l'exclusion de l'arbitrage ne sera nécessaire lorsque les justiciables ne peuvent renoncer à leurs droits en cause. Par le passé, la législation interdisait uniquement l'abandon par avance au droit.

⁷⁸⁴ J. ROBERT et B. MOREAU, *L'arbitrage. Droit interne, droit international privé*, op.cit., p. 173.

⁷⁸⁵ P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, p. 35.

⁷⁸⁶ B. OPPETIT, *L'arbitrage en matière de brevets d'invention après la loi du 13 juillet 1978*, in *Arbitrage et transfert de techniques* », *Rev. arb.* 1979, p. 83

⁷⁸⁷ M. de FONTMICHEL, *Le faible et l'arbitrage*, Paris, Economica, 1213.

Toutefois, il accordait aux justiciables de jouir de leurs possessions. Il découle de ce constat, la proscription d'arbitrage à l'égard des droits créés par une nature provisoire à l'exception des droits en cause. Particulièrement ceux évoqués dans le contexte de l'ordre public traditionnel ou dans le contexte de l'ordre public social de protection sont également proscrits à l'arbitrage. En outre, le droit positif proscrit la clause compromissoire selon l'article 2059 du Code civil. Mais lorsque les parties disposent librement les droits litigieux, le compromis d'arbitrage leur est accordé. En effet, l'article 2059 du Code civil est tangiblement relié à l'article 2060 du même code qui suspend l'arbitrage des matières relatives à l'ordre public. Tous les moyens déployés par les auteurs dans la quête de reconnaître la souveraineté de l'article 2059 du Code civil par rapport à l'article 2060 s'avèrent nuls. Car il a été finalement évoqué sur le fondement de l'article 2059 du Code civil que l'exclusion de l'arbitrage est « d'écarter l'usage des principes d'ordre public de protection à l'arbitre »⁷⁸⁸ ou « de lui éviter l'irrespect des politiques absolues étatiques »⁷⁸⁹. A cet égard, ce prétexte n'est admissible qu'à partir de la suspension de l'effet de l'article 2060 du code civil par le droit positif afin que la sanction aux atteintes de l'ordre public de direction soit praticable à l'arbitre. De plus, la violation de l'ordre public de direction est redoutable pour l'ordre social et pour l'ordre public de protection⁷⁹⁰. Ainsi, le droit positif attribue toute la confiance à l'arbitre en ce qui concerne le respect et l'exécution d'ordre public de direction. Le fondement de l'inarbitrabilité se réfugie ainsi dans la procédure arbitrale qui peut s'avérer inappropriée.

195. L'inarbitrabilité des différends liés au droit de la consommation ou au droit du travail est incongrue au regard de la nature absolue des principes qu'ils contestent. Car son fondement réside dans la volonté d'un ordre juridique afin de préserver la partie viciée de toute procédure inadéquate qui ne peut assurer son droit d'ester en justice⁷⁹¹. Cette remarque

⁷⁸⁸ J.-B. RACINE, Réflexion sur l'autonomie de l'arbitrage international commercial international, *Rev. arb.*, 2005., p. 64.

⁷⁸⁹ S. BOLLÉE, Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des sentences arbitrales, préf. P. MAYER, *Economica*, 2004., n° 445.

⁷⁹⁰ CA Paris, 19 mai 1993 : *Rev. arb.* 1993, p. 645, note JARROSSON *op. cit* – JDI 1993, p. 957, note Idot – *RTD com.* 1993, p. 492, obs. DUBARRY et LOQUIN .

⁷⁹¹ M. JARROSSON, L'arbitrabilité, présentation méthodologique, *RJ com.* 1996, p. 3 « Lorsqu'il est question d'une inarbitrabilité relative à la nature inappropriée de l'arbitrage, la partie faible a droit à une protection. Cette protection lui facilite la saisine d'un juge de proximité c'est-à-dire un juge étatique proche de son domicile sans besoin de

démontre la progression que subit le droit français de l'arbitrage. Par le passé, la clause compromissoire était attribuée à la partie gagnante qui fait preuve de la fiabilité. Mais depuis la loi du 15 mai 2001, elle est décernée à ceux qui ont la connaissance et la capacité d'entreprendre une activité professionnelle. Ces derniers sont appelés à maîtriser les avantages et les inconvénients relatifs à l'arbitrage. Ce rapport contractuel qui constitue l'un des intérêts découlant de l'article 2059 reflète quelques déséquilibres qui nécessitent une analyse. Pour mieux cerner ces déséquilibres, il faut d'abord étudier le rapport existant entre l'inarbitrabilité de l'indisponibilité des droits (A). Ensuite, le fait que l'arbitrage n'est pas possible dans toutes les matières, il s'agira de démontrer l'inapplicabilité de l'article 2059 du code civil qui fait obstacle à la jouissance de ces intérêts (B).

A- Le rapport entre l'inarbitrabilité et l'indisponibilité des droits

196. Dans un premier temps, les matières de droits indisponibles sont inarbitrables. Cette prohibition a été émise afin de garder l'arbitre de toutes situations relatives aux règles absolues des politiques. Il découle de ce postulat la signification du droit positif qui énonce selon l'arbitrage français à partir de l'article 2059 la défense de la clause compromissoire dans les contrats de travail ou dans les contrats de consommation. Car, dès le moment où la clause est conclue, le consommateur ou le travailleur assuré par l'ordre public de protection est dépossédé de son droit. Ce droit subit une indisponibilité en dépit de la validité de la convention d'arbitrage conclue après la naissance du litige. Dans un second temps, l'évolution de l'arbitrage suscite des liens entre la disponibilité des droits et l'arbitrabilité. L'élément tenant lieu de cet argument est la conception humaine. Car la concession ou l'attribution du litige à la compétence des arbitres n'est pas synonyme d'abandon ou de renoncement des droits possédés de la loi. La protection de ces droits par l'ordre public de protection ou non ne dévalorise pas ces droits. L'obligation de l'arbitre dans le respect du

rémunération. En plus de l'avantage que suscite l'arbitrage dans ce sens, il peut devenir redoutable pour la partie adverse à l'instar de la précision faite un peu plus haut. La condamnation de la clause compromissoire par la Cour de cassation pour préserver un assuré devant passer par la France, pour un arbitrage contre son assureur ».

principe d'ordre public, ainsi que sa reconnaissance de la protection du droit pour éviter toute annulation de sa sentence en est une illustration. Ainsi, il est important tel que spécifié dans la précédente analyse, que les parties soient informées des atouts liés à l'arbitrage afin de ne pas justifier son interdiction par ce prétexte. Car, l'inadéquation de cette procédure aux différends intéresse forcément les parties faibles malgré leurs cocontractants. Pour plus de précision, l'arbitrage n'est pas entièrement interdit aux litigants faibles. Après la survenance du différend, ceux-ci peuvent convenablement entamer un compromis d'arbitrage. Cet engagement les préservera de toutes complexités qui voudront les freiner parce qu'ils ne peuvent plus être protégés. Les différends relatifs aux litigants viciés semblent partiellement inarbitrables. Le principe n'est coordonné qu'avec l'effet négatif de la convention d'arbitrage. A l'instar de l'énonciation de Mme CORDONNIER, « l'objectif de toute règle d'arbitrabilité est de déterminer à quelle condition l'ordre juridique acceptera de reconnaître son incompetence suite aux choix de l'instant arbitrale »⁷⁹². Par ailleurs, la partie forte ne jouit pas totalement de la faveur de l'arbitrage. Les arbitres ayant la mission d'appliquer le droit ne peuvent en aucun cas la favoriser. Le plus souvent, « l'inadéquation de l'arbitrage provient du constat que le jeu n'en vaut pas la chandelle »⁷⁹³. La portée des différends qui découlent du droit de la consommation et du droit du travail est inconciliable avec les frais d'arbitrage. La clause compromissoire peut devenir un dispositif qui paralyse la justice économique en décourageant la tentative du litigant vicié devant ester en justice. Ce principe de la clause compromissoire puise sa source ou son fondement de la convention d'arbitrage qui doit diriger toute la procédure. L'inarbitrabilité reflète les dispositions d'un ordre juridique qui choisit l'aptitude de ses propres juridictions à celle d'une juridiction privée notamment l'arbitrage. Elle dépend de la procédure de l'ordre public et démontre des rapports d'affinité avec les aptitudes absolues. La chambre sociale de la Cour de cassation a retenu cette étude après avoir attesté d'une manière internationale l'inapplicabilité de la

⁷⁹² N. COIPEL-CORDONNIER, Les conventions d'arbitrage et d'élection de for en droit international privé, LGDJ 1999, p. 237 et s.

⁷⁹³ Cass. 1^{re} civ., 7 déc. 1994 : *Rev. arb.* 1996, p. 67 note Jarrosson.

clause compromissoire qui fait l'objet d'un contrat de travail suite à l'aptitude absolue de l'article R. 1412-1 du Code du travail⁷⁹⁴. Il a été jugé par la chambre sociale que « la clause compromissoire insérée dans un contrat de travail international n'est pas opposable au salarié qui a saisi la juridiction française compétente en vertu des règles applicables, peu importe la loi régissant le contrat de travail ⁷⁹⁵». En droit français, la solution ne peut être modifiée pour la préservation du droit de la consommation. Tout simplement parce que la France ne possède pas des juridictions spécialisées en droit de la consommation auxquelles la législation attribuerait une compétence exclusive. Surtout lorsque le contexte n'a rien en commun avec le droit européen et le juge de l'État membre où le consommateur domicilié ne possède qu'une aptitude exclusive⁷⁹⁶. Sans doute ces constats suscitent quelques interrogations sur l'usage de l'article 2059.

B- L'incertitude sur l'applicabilité de l'article 2059

197. L'inapplicabilité de l'article 2061 et l'anéantissement que reflète l'article 2059 dans le domaine international de l'arbitrage, ainsi que l'inarbitrabilité de certaines matières, nécessitent la définition de l'arbitrabilité d'un différend en droit français. A cet égard, il faudra partir de l'article 2059 du Code civil, qui énonce que « toutes personnes peuvent compromettre sur les droits dont elles ont la libre disposition ». Les différends arbitrables peuvent être déterminés à travers la vérification de la libre disponibilité des droits litigieux. Cependant, ce critère révèle une délicatesse dans son usage à l'instar de l'arbitrage interne⁷⁹⁷ en raison de la complexité que présente le principe de libre disponibilité⁷⁹⁸. Généralement la notion de libre disponibilité peut être définie par la capacité ou la faculté reconnue à un

⁷⁹⁴ Cass. soc., 16 févr. 1999 et 4 mai 1999 : JurisData n° 1999-000660 et JurisData n° 1999-001870 .

⁷⁹⁵ Cass. soc., 28 juin 2005 : JurisData n° 2005-029193 ; *JCP G* 2005, 1945, *chron. Arbitrage*, obs. Béguin – *JCP S* 2005, 1245 ; *Bull. civ.* 2005, V, n°216.

⁷⁹⁶ E. LOQUIN, Arbitrabilité et protection des parties faibles, Travaux du Comité français de droit international privé 2006, p. 135.

⁷⁹⁷ A travers le sens de ce critère et les difficultés engendrées par son utilisation pour définir l'arbitrabilité en matière interne.

⁷⁹⁸ B. FAUVARQUE-COSSON, Libre disponibilité des droits et conflits de lois, LGDJ, Paris, 1996.

propriétaire qui peut en disposer. En outre, il est souvent complexe de distinguer d'une manière précise les droits disponibles et les droits indisponibles. Traditionnellement, les droits patrimoniaux sont présentés comme disponibles et les droits extrapatrimoniaux qui sont indisponibles demeurent imprécis. Au fond, les deux matières ne peuvent être traitées ensemble ou sur le fondement du droit. Lorsqu'il est question d'un même différend, il faut distinguer d'une manière délicate entre les droits disponibles, c'est-à-dire arbitrables, et ceux qui sont indisponibles ou inarbitrables. De plus, l'indisponibilité d'un droit relatif à un principe peut la rendre transitoire ou définitive, complète ou momentanée⁷⁹⁹. Pour plus de précision sur les solutions relatives aux droits disponibles ou indisponibles, une discontinuité d'interprétation est remarquée. Celle-ci démontre une importance cruciale en matière internationale dans l'appréciation de la loi applicable à la libre disponibilité des droits en cause. Toutefois, il est constaté une complexité relative à cette appréciation à cause éventuellement de la carence que présente la jurisprudence française. La notion de la libre disponibilité des droits selon la mention faite à l'article 2059 du Code civil dans le domaine interne de l'arbitrage peut être remplacée par une démarche entière sur l'arbitrabilité. Dans le domaine international, la jurisprudence a décidé : « l'arbitrabilité d'un litige n'est pas exclue qu'en réglementation d'ordre public applicable au rapport de droit litigieux », et « l'arbitre a compétence pour apprécier sa propre compétence quant à l'arbitrabilité du litige au regard de l'ordre public international. Dans la même lancée, il dispose du pouvoir d'appliquer les principes et règles relevant de cet ordre public, en sanctionnant d'éventuelles méconnaissances, sous le contrôle du juge de l'annulation »⁸⁰⁰. La solution a été élargie à l'arbitrage interne avec l'approbation de la Cour de cassation qui soutient que « la compétence revient à l'arbitre en dehors des contextes où l'inarbitrabilité découle d'une

⁷⁹⁹ P. LEVEL, Arbitrabilité et protection des parties faibles, in Travaux du Comité français de droit international privé op.cit., p. 213 et 222.

⁸⁰⁰ Paris, 19 mai 1993, Labinal, *Rev. arb.* 1993, p. 645, note Ch. JARROSSON, *op. cit.* – *JDI* 1993, p. 957, note L. IDOT – *RTD com.* 1993, p. 492, obs. J.-C. DUBARRY et E. LOQUIN. Déjà, s'orientant vers cette solution : Paris, 12 janv. 1993, Norbert Beyrand, *Rev. arb.* 1994, p. 685 – Paris, 29 mars 1991, Ganz, *Rev. arb.* 1991, p. 478, note L. IDOT – Paris, 16 févr. 1989, Almira Films, *Rev. arb.* 1989, p. 711, note L. IDOT. Adde : pour le droit des faillites, Paris, 20 sept. 1995, Matra Hachette, *Rev. arb.* 1996, p. 87, note D. COHEN. A propos de la loi du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance, Paris, 10 sept. 1997, Chambon, *Rev. arb.* 1999, p. 121, obs. D.B. cité par Ch. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT, *op. cit.*, p. 545

matière relative à l'application absolue du droit sous la vérification du juge de l'annulation »⁸⁰¹. La collaboration des principes d'ordre public au fond ne peut plus disqualifier l'arbitrage. Lorsque l'arbitre répertorie une quelconque complication, il a la compétence ou le pouvoir de prononcer l'annulation du contrat afin de sanctionner la partie fautive. Cette compétence lui confère la possibilité d'appliquer les principes d'ordre public à l'instar du juge français. Toutefois, au cas « où l'inarbitrabilité relève de la matière »⁸⁰² qui « touche de plus près à l'ordre public international, l'aptitude arbitrale est suspendue inconditionnellement pour cause de nullité relative à la convention d'arbitrage »⁸⁰³. Quand bien même le concept d'inarbitrabilité relève de la matière par nature au cours d'un arbitrage international, elle concernerait les différends d'ordre extrapatrimonial. Cela pourrait viser le contexte des règles dont la mise en œuvre relève de l'aptitude exclusive d'une autre autorité que l'arbitre⁸⁰⁴. Néanmoins, cette analyse sur l'arbitrage interne dans le cas d'inarbitrabilité reste contestable⁸⁰⁵. La reconnaissance décernée aux arbitres tire son origine de la Cour suprême des États-Unis⁸⁰⁶ dans le cadre de l'arbitrabilité des différends qui découlent du *Securities Act*⁸⁰⁷ et du droit *antitrust*⁸⁰⁸ inspirant la plupart des juridictions du monde. Elle a

⁸⁰¹ Com., 9 avr. 2002, Toulousy, *Rev. arb.* 2003, p. 103 (2^e esp.), note Didier – Civ. 2^e, 20 mars 2003, *D.* 2003, somm., p. 2470, obs. Th. CLAY.

⁸⁰² Com., 9 avr. 2002, *op. cit.*

⁸⁰³ Paris, 29 mars 1991, *op. cit.*

⁸⁰⁴ Paris, 16 févr. 1989, *op. cit.*

⁸⁰⁵ Car l'aptitude exclusive que la législation attribue à une juridiction étatique, ou à une entité spécifique afin de trancher un certain type de différends ou pour prendre une certaine mesure peut devenir un obstacle à l'arbitrabilité. Cependant, cette méthode n'est pas immédiate parce qu'elle requiert du motif pour lequel le législateur a envisagé une aptitude exclusive. Généralement, l'aptitude exclusive est attribuable dans le cadre du partage des compétences matérielles entre les différentes juridictions judiciaires ou administratives. Il peut advenir que l'État choisisse et qualifie l'aptitude d'une seule juridiction pour connaître ce type de différends. A cet égard, rien ne peut paralyser la soumission de ce différend à l'arbitrage même s'il ne tient pas compte des principes d'organisation des juridictions étatiques. Par ailleurs, l'aptitude exclusive attribuée à une juridiction est recommandée par les prérogatives d'ordre public. Ainsi, le législateur a visé la concentration de toutes les questions devant une même juridiction afin de bien mener son objectif. Ces questions sont donc inarbitrables. Mais qu'en est-il des questions qui sont recommandées à l'attribution de l'aptitude exclusive ? Il s'agit du ratio legis de l'exclusivité, c'est-à-dire la raison ultime et profonde de son existence. Généralement une déférence d'ordre public impose l'attribution de l'aptitude exclusive à une juridiction pour atteindre certains objectifs. Mais l'aptitude exclusive en elle-même peut prôner la non-arbitrabilité.

⁸⁰⁶ Et même plutôt par le tribunal cantonal vaudois dès 1975, qui invitait à distinguer, dans un litige impliquant le droit communautaire de la concurrence, « entre l'objet de l'arbitrage, qui est un litige portant sur un droit relevant de la libre disposition des parties, et les règles légales qui sont applicables à la solution du litige » ; Tribunal du Canton de Vaud, 28 oct. 1975, *Ampaglas*, *JT* 1981, III, 71.

⁸⁰⁷ Cour suprême des États-Unies, 17 juin 1974, *Rev. arb.* 1975, p. 213, note H. GAUDEMET-TALLON

⁸⁰⁸ Cour suprême des États-Unis, 2 juill. 1985, *Mitsubishi c/ Soler*, *Rev. arb.* 1986, p. 273 et le commentaire de J. ROBERT, p. 173.

été bien assimilée par les arbitres internationaux sans susciter de complexité. Cette reconnaissance est apte pour connaître les différends contraires aux principes d'ordre public national et international⁸⁰⁹. Cet accord améliore et accroît l'aptitude et l'efficacité de l'arbitrage dans la gestion des différends qui découlent du commerce international. En réalité, la privation d'aptitude arbitrale aux arbitres pour raison de contrariété à l'ordre public susciterait dans un premier temps une ambiguïté relative à l'efficacité de la stipulation d'une clause d'arbitrage pour faciliter les échéances. Dans un second temps, cette privation peut soustraire la majeure partie du contentieux international aux arbitres et entraîner ainsi un fractionnement du règlement du différend. En revanche, la confiance manifestée à l'égard des tribunaux arbitraux n'est pas obscure. La majorité des États ne leur ont pas attribué carte blanche ; ils ont simplement considéré que les arbitres ont la possibilité d'assurer la mise en œuvre des lois de police⁸¹⁰. Ainsi la vérification de la fonction arbitrale sur ce point peut subir une éviction durant l'examen de la sentence arbitrale. En effet, « la mission de l'arbitre international consiste aussi à assurer le respect de l'ordre public international », puis son pouvoir pour mettre en œuvre les lois de police qui se déroulent « sous la vérification du juge de l'annulation »⁸¹¹. Bien plus, le respect des règles d'ordre public international applicable au fond du différend serait largement assuré par une vérification *a posteriori* sur la sentence, plutôt que par une suspension *a priori* de l'arbitrage. Quoique cette vérification du juge soit effective et efficiente, les questionnements sur l'effectivité d'une telle vérification d'après

⁸⁰⁹ B. HANOTIAU, L'arbitrabilité et la favor arbitrandum : un réexamen, JDI 1994, p. 899 – D. HASCHER, Rapport introductif, in Competition and arbitration law, Publ. CCI n° 480/3 ? 1993, p. 153 – A. KIRRY, Arbitrability : Current Trends, in Europe, Arb. Int., 1996, vol. 12, n° 4, p. 373 – A. ROGERS, Arbitrability, Arb. Int. 1994, vol. 10, n° 3, p. 263 – E. A. SCHWARTZ, The domain of arbitration and issues of arbitrability : the view from the ICC, Foreign Investment Law Journal 1994, vol. 9, n° 1, p. 17, spéc. p. 18 – Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des sentences arbitrales, préf. P. MAYER, Economica, 2004 op.cit., n° 559 et s., p. 345. Pour une étude approfondie et relativement récente sur la question de l'arbitrabilité des litiges. S. BREKOULAKIS, On Arbitrability : Persisting Misconceptions and new Areas of Concern, in Arbitrability : International and Comparative Perspectives, Kluwer Law International of L. MISTELIS, S. BREKOULAKIS, dir., 2009, p. 19.

⁸¹⁰ Sent. CCI n° 8626 (1996), JDI 1999, p. 1073, obs. J.-J. A., qui reprend la formule de l'arrêt Labinal selon laquelle « l'arbitrabilité d'un litige n'est pas exclue du seul fait qu'une réglementation d'ordre public est applicable au rapport de droit litigieux ». – Sent. CCI n° 12193 (2004), JDI 2007, p. 1276, obs. E. S.-R. cf. également les nombreux exemples cités en matière de droit de la concurrence, de droit de la propriété industrielle, de droit des procédures collectives, d'embargo ou de corruption, ou encore de concessions exclusive de vente, par Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des sentences arbitrales, préf. P. MAYER, Economica, 2004 n° 580 et s., p. 363.

⁸¹¹ Paris, 19 mai 1993, *op. cit.*

l'existence demeurent imprécis. Car il paraît impossible pour le juge français de vérifier le respect de l'ordre public sur la sentence dans le cadre de l'arbitrage international compte tenue de l'actualité de la jurisprudence et de la délocalisation de ce domaine.

§ II- Le champ d'application de l'article 2059 du Code civil

198. L'étendue de l'inarbitrabilité possède une application pratique très réduite. Il ne s'oppose ni à l'arbitrage d'un différend issu de la violation à l'intégrité corporelle, ni à la divulgation de l'image personnelle ou à la violation d'une vie privée. Bien que ces différends soient susceptibles d'être tranchés par arrangement ils ne relèvent pas du droit de la personnalité. Ils sont plutôt rattachés au droit de la victime aux dommages-intérêts, droit de créance, droit patrimonial propre au compromis après son apparition. La proscription de compromettre sur les droits de la personnalité n'est effective que si le différend présente un principe qui met en cause l'étendue de ce droit. Dès lors, une clause compromissoire relative par exemple au droit de travail ou à une gratification précisant l'autonomie matrimoniale d'un salarié n'est pas admise. Toutefois, selon la jurisprudence, ces genres de clauses ne sont pas forcément invalides et ses jugements ne sont pas d'ordre arbitral⁸¹². De même, les différends portant sur la cession du droit à l'intimité de la vie privée ou d'un élément corporel ne sont pas arbitrables.

199. L'article 2059 du code civil, s'applique aux différends extrapatrimoniaux du droit litigieux ainsi qu'aux contentieux assurés par l'ordre public de protection. En effet, les droits extrapatrimoniaux sont indisponibles⁸¹³ compte tenu de leur extra-patrimonialité. Les droits de la personnalité subissent en particulier cette indisponibilité⁸¹⁴. Un différend ayant pour droits son objet, devient inarbitrable à cause du caractère qu'il écope du commerce juridique. Il n'y a aucune raison pour que ce contentieux fasse l'objet d'une convention d'arbitrage.

⁸¹² Cass. ass. plén., 19 mai 1978 : DS 1978, p. 541, *concl. Schmelck*.

⁸¹³ R. NERSON, *Les droits extrapatrimoniaux*, Thèse Lyon, 1939 spéc., n° 181 s.

⁸¹⁴ P. ANCEL, *L'indisponibilité des droits de la personnalité, Une approche critique des droits de la personnalité*, thèse Dijon, 1978.

Par exemple, la France et la Suisse⁸¹⁵ sont connues pour des États qui font de l'extra-commercialité une cause d'inarbitrabilité. Une cause portant sur l'atteinte à l'intimité de la vie privée d'une personne n'est pas arbitrable en droit français. Toutefois, les différends découlant de la violation du droit à l'image restent soumis à la contestation. En dépit de la préservation du droit à l'image dans le commerce, l'abandon au préalable de la protection d'image à travers une convention serait invalide. Mais la patrimonialisation de l'image des personnes est certainement reconnue pour valide et tous différends relatifs à ce domaine sont arbitrables. Après la capture de l'image, le titulaire du droit à l'image peut abandonner la protection que lui confère la loi tout en autorisant la divulgation de cette image. Ces genres de convention retiennent régulièrement les clauses compromissoires lorsqu'elles découlent d'un contrat professionnel. Compte tenu du caractère extrapatrimonial du droit moral de l'auteur ou de l'artiste et de la doctrine, les différends issus de ce droit ne sont pas arbitrables⁸¹⁶. Si certaines décisions admettent la renonciation⁸¹⁷ complète de l'arbitrabilité du droit moral à cause de son invalidité⁸¹⁸, d'autres optent pour des solutions plus souples et variables de ces abandons en second lieu⁸¹⁹. L'application de l'arbitrabilité à cette dernière solution provoque l'invalidité de la clause compromissoire et la validité du compromis d'arbitrage⁸²⁰. Par conséquent, l'arbitrabilité des trois régimes notamment le droit à l'image, le droit à la vie privée et celui de la morale découlent des impacts relatifs à l'ordre public de protection. Tout conflit portant sur ces différents droits reste inarbitrable. En revanche, l'arbitrage des contrats de l'africanité littéraire ainsi que les clauses de l'abandon ciblé⁸²¹ sont admises. Dans la même optique, la protection du droit moral liée à l'ordre public de protection du droit moral nécessite un soutien pour la disposition des règles protégées par le

⁸¹⁵ La loi suisse de droit international privé prévoit en son article 177 que « toute cause de nature patrimoniale peut faire l'objet d'un arbitrage ». Les causes de nature extrapatrimoniale sont *a contrario* évincer.

⁸¹⁶ B. OPPETIT, L'arbitrabilité des litiges de droit d'auteur et de voisins. Arbitrage et propriété intellectuelle, Litec, 1994, p. 121 – M. JOSSELIN-GALLE, Arbitrage et propriétés intellectuelle : Dr. et patrimoine, 2002, p. 70.

⁸¹⁷ Cass. 1^{re} civ., 4 avr. 1991 : *Bull. civ.* 1991, I, n° 119.

⁸¹⁸ CA Paris, 23 nov. 1977 : *Ann. Propr. Ind.* 1979, p. 68

⁸¹⁹ Cass. 1^{re} civ., 7 avr. 1987, D. 1988, 97.

⁸²⁰ M. JOSSELIN-GALL, Arbitrage et propriétés intellectuelle: Dr. et patrimoine, *op. cit.*, p. 71.

⁸²¹ Ch. CARON, Le contentieux arbitral du droit d'auteur, *Rev. arb.*, 2014, p. 335.

droit moral. Cet argument facilite la validation du compromis d'arbitrage détenant pour objet un différend relatif au droit moral⁸²². De plus, les différends relatifs à la commercialisation des parties corporelles humaines ne sont absolument pas arbitrables parce que le corps humain et ses parties sont extrapatrimoniaux⁸²³. A cet égard, il est question d'éléments non commerciâbles, qui ne peuvent faire l'objet d'une convention. En ce qui concerne les contentieux relatifs aux cessions de prospects civils, la Cour de cassation a résolu ceci : « Bien que les prospects civils trafiquent les choses non commerciâbles, la validité de la garantie d'après la présentation de son successeur à son prospect est autorisée. »⁸²⁴. Cependant, la convention qui a suscité la présentation d'un successeur à l'autorité de nomination par un officier public possède une validité plus douteuse. Selon la Cour de cassation « il est question de motifs inadéquats à la nullité effective ou l'inapplicabilité de la clause compromissoire, seul caractère paralysant l'aptitude arbitrale pour trancher la question de la validité de la clause compromissoire »⁸²⁵ conférant aux arbitres l'aptitude d'appréciation de leur propre compétence. Dans la quête de poursuivre l'étude des matières inarbitrables, il sera question d'élargir la sphère de ces matières. Le droit de la consommation et le droit alimentaire peuvent écopier un caractère temporaire d'inarbitrabilité suite à la nullité de la clause compromissoire (A). Mais qu'advient-il lorsque la clause compromissoire est valide ? (B)

A- La nullité de la clause compromissoire en droit français : cas du droit de la consommation et du droit alimentaire

200. L'usage de la clause compromissoire est proscrit dans les contrats de la consommation par l'article 2061 du Code civil. Néanmoins, cette règle ne demeure pas la même au cœur des

⁸²² E. LOQUIN, Synthèse, Colloque, *Arbitrage et propriété intellectuelle*, *Rev. arb.*, 2014, p. 375.

⁸²³ A l'inverse, la sentence arbitrale internationale qui admet l'arbitrabilité d'un litige portant sur la vente d'organes humains au motif qu'un tel commerce n'était pas illicite au regard des droits étatiques intéressés par le litige : sentence CCI, n° 5617 : *JDI* 1994, p. 1043.

⁸²⁴ Cass. 1^{re} civ., 7 juin 1995 : *D.* 1995, jurispr. p. 560, note B. BEIGNER.

⁸²⁵ Cass. 1^{re} civ., 15 mai 2013, *Rev. arb.*, 2014, p. 5, note J. ROBERT.

contrats internationaux de consommation. La clause est approuvée par le principe de la validité internationale de la clause compromissoire à l'exception des dispositions interdites par le droit des États à l'arbitrage interne⁸²⁶. Dans le cadre de l'arbitrabilité des différends relatifs au droit de la consommation sur la base d'un compromis, l'arbitrage n'est pas proscrit par le législateur. Les droits de la consommation sont préservés par l'ordre public de protection. Ils sont accessibles aux consommateurs qui peuvent éventuellement céder ces droits ou les compromettre. Toutefois, l'indisponibilité des droits du consommateur préservés par l'ordre public dans le domaine de la consommation peut sursoir l'arbitrage des différends à l'international⁸²⁷. Pour preuve, dans le domaine de l'arbitrabilité, la Cour de cassation, a autorisé la cour d'appel à juger la clause compromissoire tel qu'elle est stipulée dans le contrat de la consommation en raison de sa validité.⁸²⁸ Selon la Cour de cassation, les principes d'ordre public international doivent être conférés sous la vérification du juge de l'annulation qui aura en retour la charge d'assister l'arbitre dans sa mission⁸²⁹. Le juge pourra exercer son aptitude pour vérifier l'arbitrabilité du différend après l'exécution de la sentence si un éventuel recours en annulation subsistait⁸³⁰.

201. Assurément l'appréciation de la validité de la convention d'arbitrage doit se faire à travers l'alinéa 1^{er} de l'article 1502 du Code de procédure civile qui doit s'adapter à l'ordre public

⁸²⁶ Cass. 1^{re} civ., 21 mai 1997 : *Rev. arb.* 1997, p. 537, note E. GAILLARD; *RTD com.* 1998, p. 537 – *Rev. crit. DIP* 1998, p. 87, note Heuzé. – Cass. 1^{re} civ., 30 mars 2004 : *Rev. arb.* 2005, p. 115, note Boucobza – *RTD com.* 2004, p. 447, obs. LOQUIN. – CA Paris, 2 avr. 2003 et 28 janv. 2004 : *Rev. arb.* 2005, p. 115, note Boucobza. En ce qui concerne l'entière des questions, cf. E. LOQUIN, *Arbitrabilité et protection des parties faibles : Travaux du Comité français de droit international privé* 2007, p. 114. Cf. également Ph. DELBECQUE, *arbitrage et droit de la consommation : Dr. et patr.* 2002, n° 104, p. 46.

⁸²⁷ En effet, la clause compromissoire a été consentie par le consommateur avant la naissance du litige, à un moment où celui-ci n'avait pas la libre disposition de ses droits. Il ne pouvait donc, à cet instant, compromettre. Le plus souvent, le contrôle de l'arbitrabilité, au moment de la naissance du litige échappera à la juridiction étatique saisie par le consommateur. Le contrôle de la disponibilité ou de l'indisponibilité des droits conflictuels est inadéquat en raison de la vérification de l'invalidité effective de la convention d'arbitrage, dévolu au juge étatique.

⁸²⁸ La disponibilité ou l'indisponibilité des droits conflictuels du consommateur dépend d'une étude totale du conflit qui d'ailleurs se soustrait à l'aptitude du juge solennel. Le différend peut contredire les droits indisponibles et les droits disponibles. En ce sens, une distinction est obligatoire dans la quête de l'appréciation et de l'attribution conférée à l'aptitude de l'arbitre. Cette recherche échappe à l'aptitude du juge solennel qu'est le juge de la seule évidence. La vérification de l'arbitrabilité du conflit est dégagée en raison de la négativité de la convention d'arbitrage et du principe de compétence qui constitue un effet.

⁸²⁹ Cass. 1^{re} civ., 30 mars 2004, *op.cit.*

⁸³⁰ Dans le cas où le juge de l'État en question peut vérifier la sentence, cette vérification doit s'exécuter au regard des principes ou des règles d'ordre public international de cet État. La vérification de l'arbitrabilité s'opérera sur la sentence selon les conditions des cas d'ouverture de l'appel contre l'ordonnance d'*exequatur* ouvert par l'article 1502 du Code de procédure civile.

international. Dans la quête de l'arbitrabilité du différend, selon les faits sur lesquels l'arbitre s'est penché pour trancher sur son aptitude, le juge de l'annulation a la possibilité de contrôler la validité de la clause compromissoire⁸³¹. Cette vérification est beaucoup plus étroite que celle effectuée sur la base de l'alinéa 5 de l'article 1502 du Code de procédure civile. Elle est relative au contenu de la sentence qui a trait à une complexité effective du contenu de la sentence à l'ordre public international français⁸³². Cependant, la vérification de la validité de la clause compromissoire dans le cadre de l'arbitrabilité s'exécutera à partir de l'ordre public international français. C'est la raison pour laquelle la Cour de cassation a déclaré « qu'en vertu d'une règle matérielle du droit international de l'arbitrage, l'existence et l'efficacité de la clause compromissoire s'apprécie, sous réserve de l'ordre public international d'après la commune volonté des parties, sans qu'il soit important de se référer à une loi étatique »⁸³³. Il n'est donc pas évident que l'ordre public international attribue la sanction des sentences prohibant les principes français d'arbitrabilité surtout lorsque la libre disposition des droits conflictuels constitue un indice de l'arbitrabilité⁸³⁴. Il faut ainsi « déterminer les principes fondamentaux du droit de la consommation digne de relever de l'ordre public international » à l'instar de la précision de B. RACINE⁸³⁵. Mais ces principes peuvent-ils exister au regard de l'ordre public international suite à la précédente précision qui décrit le contrôle de l'arbitrabilité en tant qu'un contrôle fictif⁸³⁶ ?

202. Les droits alimentaires, notamment les pensions alimentaires qualifiées de traditionnelles, sont prohibés à l'arbitrage. Cette prohibition fut conçue avant les années 1972 par l'ancien Code de procédure civile⁸³⁷ français. Elle proscrivait tout compromis sur les dons et legs

⁸³¹ Cass. 1^{re} civ., 6 janv. 1987 : *Rev. arb.* 1987, p. 1987, p. 469, note LEBOULANGER, *op.cit.*

⁸³² CA Paris, 18 nov. 2004 : JDI 2005, p. 357, note Mourre – RTD com. 2005, p. 263, obs. LOQUIN. Ch. SÉRAGLINI, L'affaire Thalès et le non-usage de l'exception d'ordre public international ou les dérèglements de la déréglementation : *Gaz. Pal.* 2005, 195, p. 5.

⁸³³ Cass. 1^{re} civ., 21 mai 1997, *op. cit.* – Cass. 1^{re} civ., 30 mars 2004, *op.cit.*

⁸³⁴ Un différend peut devenir non-arbitrable à cause de cet indice selon le droit français. Néanmoins, la sentence arbitrale qui découlera de ce différend sera conforme à l'ordre public international français.

⁸³⁵ B. RACINE, L'arbitrage commercial international et l'ordre public, *op. cit.*, p. 113.

⁸³⁶ E. LOQUIN, Les illusions perdues du contrôle de l'arbitrabilité du litige international, *op. cit.*, p. 339.

⁸³⁷ Art. 1004 de l'ancien code de procédure civile

d'aliment, de logement et de vêtement. Force est de constater que cette notion n'avait plus intéressé le législateur de 1972. Toutefois, tous les concepts doctrinaux ont unanimement disqualifié l'évidence de l'arbitrabilité dans ce domaine⁸³⁸. Le seul fondement qui approuve la prohibition de compromettre constitue l'article 2059 et le droit alimentaire participant à la provision vitale du créancier demeure indisponible. Cette indisponibilité est dotée de quelques restrictions. S'il est pros crit de s'abstenir au préalable à une pension alimentaire, il n'est pas interdit d'abandonner les intérêts ou les allocations dévolus. L'éventualité d'un tel abandon confirme le principe traditionnel qui annonce ceci : « Le droit alimentaire ne s'arrêrge pas »⁸³⁹. Par conséquent, il faut adopter à l'instar de la précision d'un auteur l'éventualité d'un compromis à partir d'un différend qui a trait aux allocations dévolues⁸⁴⁰.

B- La validité de la clause compromissoire en droit français : cas du droit de travail et des baux

203. Le règlement qui a été ratifié par la chambre sociale de la Cour de cassation dans le cas d'un salarié en matière de contrat de travail international ne favorise pas la licéité de la clause compromissoire. Suite à la nullité d'une telle clause selon l'arrêt *Chauzy*⁸⁴¹, la Cour de cassation a justifié sa position en approuvant la protection du salarié. Elle spécifie que « la clause insérée dans un contrat de travail international n'est pas opposable au salarié qui a saisi régulièrement la juridiction française apte en vertu des règles applicables, en dépit de la loi qui régit le contrat de travail »⁸⁴². Il est impossible d'opposer la clause compromissoire à l'égard d'un salarié qui se tourne vers les tribunaux français en raison des aptitudes exclusives des conseils de prud'hommes, provenant des articles R. 1412-1 et R. 1412-4-1 du

⁸³⁸ J. ROBERT et B. MOREAU, L'arbitrage. Droit interne, droit international privé, *op.cit.*, p 3.

⁸³⁹ Cass. 1^{re} civ., 31 mars 1971 : DS 1971, somm. p. 201. Cass. 1^{re} civ., 15 mai 1973 : DS 1973, p. 478.

⁸⁴⁰ J. ROBERT et B. MOREAU, *op. cit.*

⁸⁴¹ Cass. soc., 12 févr. 1985, *RCDIP* 1986, p. 469, note M.-L. NIBOYET-HOEGY.

⁸⁴² Cass. Soc., 16 févr. 1999 et 4 mai 1999, *Rev. arb.* 1999, p. 347, note M.-A. Moreau – Cass. soc., 9 oct. 2001, *Rev. arb.* 2002, p. 347, note Th. CLAY, *op. cit* – Cass. soc., 12 mars 2008, n° 01-44654, *RCDIP* 2006, p. 159 note F. JAULT-SESEKE *op. cit.*

Code du travail. La solution est caractérisée par une loi de police française appropriée malgré la loi qui régit le contrat de travail. Cette matière est complexe en raison de l'effectivité de la clause et de l'autonomie décernée aux salariés⁸⁴³. Dans le cas où le salarié se tourne en premier vers la juridiction française, il est préférable que la solution se prolonge. Aussi, est-il souhaitable que l'inopposabilité au salarié impacte l'action du défendeur lorsque ce dernier prend l'initiative du contentieux. Au cas où il s'oppose à l'arbitrage ou le conteste, l'aptitude du tribunal arbitral justifierait ainsi l'exclusion ou le refus d'*exequatur* de la sentence arbitrale rendue⁸⁴⁴. En outre, la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation rendue au regard de l'article L. 1411-4 du Code du travail dans le domaine interne de l'arbitrage révèle que « le principe Compétence-Compétence d'après lequel il revient à l'arbitre de statuer par priorité sur sa propre aptitude n'est pas applicable en matière prud'homale »⁸⁴⁵. De même, ce principe peut également s'appliquer dans l'arbitrage international. Il a pour mission d'ailleurs de préserver le salarié de toute action néfaste dans le cadre de la protection du principe de Compétence-Compétence tel qu'il est notifié en droit français⁸⁴⁶. Toutefois, la solution est contestable quand le juge n'est pas internationalement apte au fond en vertu des articles R. 1412-1 et R. 1412-4 du Code du travail, et la règle émise par la Cour de cassation n'émet aucune spécificité dans ce contexte⁸⁴⁷. En écartant la contrariété relative à l'aptitude exclusive conférée au tribunal de grande instance ou à son président par la loi dans le cadre des contestations qui concernent les loyers, force est de

⁸⁴³ Autrement dit, lorsque le juge français est en principe compétent au fond, le litige relatif à un contrat de travail international est néanmoins arbitral, mais cette arbitralité peut être limitée par le jeu d'une loi de police française déclarant la clause compromissoire inopposable au salarié qui décide de saisir le juge français.

⁸⁴⁴ Ch SERAGLINI, *Les parties faibles face à l'arbitrage international : à la recherche de l'équilibre*, Cah. arb., op. cit vol. IV, Pedone, 2008, p. 49 déclare : « En revanche, la protection accordée au salarié peut sembler excessive sur ses critères territoriaux d'application retenus par la Chambre sociale. La Cour évoque tous les cas visés à l'article R. 517-1 du Code du travail, et semble faire de chacun un critère de déclenchement de la protection accordée par le droit français au salarié face à une clause compromissoire internationale. Elle semble ainsi offrir, par exemple, au salarié qui travaille hors établissement la possibilité de saisir le tribunal de son propre domicile en France, même si ce salarié a été embauché à l'étranger par un employeur étranger pour travailler et est venu s'installer en France après rupture du contrat de travail ; pour plus de détails sur ce point ».

⁸⁴⁵ Cass. soc., 30 nov. 2011, n° 11-12905 et 11-12906, JCP G 2012, 843, n° 2, obs. Ch. SERAGLINI.

⁸⁴⁶ Sur la protection nécessaire de la partie faible contre le jeu de l'effet négatif du principe en matière internationale.

⁸⁴⁷ Pourtant un droit étranger intéressé au différend peut ralentir l'arbitralité du différend analogue à celle prévue par le droit français. En ce cas, la clause compromissoire sera-t-elle néanmoins toujours valable ? Et un arbitrage international relatif à un contrat de travail pourrait-il se dérouler en France à l'initiative de l'employeur ? Seule la prise en compte par le juge français de ces lois de police étrangères intéressées au litige pourrait ici fournir une solution équilibrée.

constater que cette aptitude est insuffisante pour exclure l'arbitrage. L'intervention de l'ordre public de protection semble un moyen qui peut combler cette insuffisance. P. LEVEL spécialiste de ce domaine précise que « le lacis des dispositions protectrices du preneur à bail commercial est tel qu'il paraît laisser peu de place à l'arbitrage »⁸⁴⁸. Il réitère en déclarant que l'exclusion de l'arbitrage ne doit être évoquée au moment où la protection d'ordre public échoue dans le cadre de la réglementation du bail révisé ainsi que les garanties contre une exclusion injuste du preneur par le bailleur. Il peut advenir que l'arbitrage subisse une éviction dans le cadre de la modification des loyers en cours de bail⁸⁴⁹. Ce texte prône la condamnation des conventions d'arbitrage paralysant la procédure légale de révision ainsi que l'aptitude du président du tribunal de grande instance⁸⁵⁰. Finalement cette solution fut adoptée par la jurisprudence⁸⁵¹, en dépit des arrêts relatifs aux clauses de révisions insérées dans le contrat de bail. A ce propos, faudrait-il affirmer et reconnaître l'aptitude exclusive du tribunal de grande instance en tant que fondement de l'inarbitrabilité. A l'instar des précédentes précisions, l'effectivité de l'aptitude exclusive du juge étatique ne peut pas toujours constituer le seul motif absolu à l'éviction d'un arbitrage. Il faudra notamment le compromis passé entre le locataire et le bailleur au moment où le droit de la révision serait efficace⁸⁵².

⁸⁴⁸ Cass. 2^e civ., 13 déc. 1978, *Rev. arb.* 1979, p. 359.

⁸⁴⁹ En effet, les articles R. 145-20 à R. 145-22 du Code de commerce prévoient les conditions et la manière auxquelles la demande en révision peut être formée, l'article R. 145-20 précisant qu'à défaut d'accord sur le montant du loyer. La demande est jugée dans les conditions prévues aux articles L. 145-56 à L.145-60 qui prévoient une procédure spéciale devant le président du tribunal de grande instance. Or l'article L. 145-15 du Code de commerce déclare nul et de nul effet, quels qu'en soient la forme, les clauses, les stipulations et les arrangements échoué au droit de renouvellement.

⁸⁵⁰ Cass. 3^e civ., 29 févr. 1972 : *Rev. arb.* 1972, p. 133 note E. LOQUIN *op. cit.*

⁸⁵¹ Cass. com., 8 mai 1961 : D. 1961, p. 464. Cass. note P. LEVEL *op. cit.*

⁸⁵² Cass. 3^e civ., 29 févr. 1972, p. 133 note E. LOQUIN *op.cit.*

Conclusion Chapitre I

205. L'article 2059 du Code civil semblerait contredire les transitions jurisprudentielles ainsi que les normes procédurales relatives à la nullité des contrats traités par l'arbitrage sur le contrôle de la régularité des conventions conflictuelles affectant l'ordre public. Sur ce, il est quasiment impossible d'évincer l'ordre public de protection face aux prérogatives attribuées à l'arbitre pour sanctionner les atteintes à l'ordre public. Les conflits relatifs aux droits indisponibles devraient être arbitrables. Cependant, la domination de l'entendement condamne l'arbitrabilité des contentieux relatifs au droit de la consommation et au droit du travail sur l'autonomie protectrice de la partie faible contre l'inégalité de l'arbitrage à cette catégorie de litige. Suite à l'action en nullité principale contre la convention d'arbitrage sanctionnée dans l'arrêt *Zanzi* par la Cour de cassation⁸⁵³, il revient au tribunal arbitral d'exécuter sa compétence. Les arbitres doivent apprécier l'arbitrabilité du différend sous le regard du juge d'annulation suite à l'évocation de l'exception de nullité par la partie. Toutefois, l'article 1448 du Code de procédure civile⁸⁵⁴ fait part d'une précision qui marque une exception. Celle-ci démontre une effectivité de l'inarbitrabilité qui attribue au juge étatique une compétence directe pour connaître le différend. Au cas où cette effectivité fera défaut, la compétence du juge étatique ne peut qu'intervenir après la déclinaison du tribunal arbitral en raison de l'inarbitrabilité du litige.

⁸⁵³ Cass. 1^{re} civ., 5 janv. 1999 : *RTD com.* 1999, p. 380, obs. LOQUIN.

⁸⁵⁴ Lorsqu'un litige relevant d'une convention d'arbitrage est portée devant la juridiction de l'État, celle-ci se déclare incompétente, sauf si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi, et si la convention d'arbitrage est manifestement nulle ou manifestement inapplicable.

CHAPITRE II- L'étendue des différends non arbitrables

« L'indisponibilité d'un droit reste un concept relatif, car elle peut se révéler temporaire ou définitive, totale ou partielle »⁸⁵⁵.

P. LEVEL

207. L'arbitrabilité d'un différend évoque la vérification de la libre disponibilité des droits conflictuels. Le concept de « *libre disponibilité* »⁸⁵⁶ s'assimile à la capacité de disposer d'un droit. L'usage de cette méthode ne manque pas d'engendrer des difficultés sur le plan du droit interne. Les droits disponibles ainsi que les droits indisponibles sont pénibles à comprendre. Une présentation traditionnelle révèle l'approximation des droits patrimoniaux disponibles et des droits extrapatrimoniaux indisponibles. Toutefois, il est inadéquat de regrouper les matières par blocs. Dans le même sens, il est pertinent de les interpréter par spécialité. Les moyens en matière de droits disponibles ou indisponibles dépendent d'un État à un autre. C'est ce qui qualifie la détermination de la loi applicable à la libre disponibilité des droits en cause dans le domaine international de l'arbitrage. Cette détermination est en elle-même complexe du fait de son exclusion par la jurisprudence française. Elle confirme l'approche la plus globale de l'arbitrabilité selon l'article 2059 du Code civil pour l'arbitrage interne. Il appartient spécialement au juge du contrôle de la sentence de commenter le contrat ou l'étendue de la convention d'arbitrage. Il doit également contrôler si la mission du tribunal arbitral a été effectuée avec ou sans convention d'arbitrage afin de cerner d'éventuels effets sur le respect de la mission qui lui a été soumise⁸⁵⁷. En dépit des prérogatives du juge sur la sentence, les parties doivent exprimer les moyens de suspension sur le litige selon l'article 1520 du Code de procédure civile. Lorsque le demandeur néglige ou abandonne le fondement du cas d'ouverture en attendant son identification⁸⁵⁸, le recours peut faire l'objet d'un examen

⁸⁵⁵ P. LEVEL, L'arbitrabilité, *Rev. arb.*, *op. cit.*, p. 213.

⁸⁵⁶ B. FAUVARQUE-COSSON, Libre disposition des droits et conflits de lois, *op. cit.*, p154.

⁸⁵⁷ Civ. 1^{re}, 6 oct. 2010, *Bull. civ. I*, n° 185—*JCP G* 2010, II, 1028, note P. CHEVALIER *op. cit.*

⁸⁵⁸ Civ. 1^{re}, 6 janv. 1987, *JDI* 1987, p. 638, note B. GOLDMAN *op. cit.*

par le juge. Au cas où le demandeur évoque l'application des textes relatifs à l'arbitrage interne alors que l'arbitrage est international⁸⁵⁹, une authentique requalification peut se dérouler sur le cas d'ouverture excessivement privilégié⁸⁶⁰. Cependant aucune exigence ne s'impose au juge du contrôle sur l'applicabilité de la sentence. Le juge français exerce le même contrôle sur les sentences rendues à l'étranger et sur celles émises en France dans le domaine international d'arbitrage. Cette similarité de contrôle au sein des deux différents domaines d'arbitrage peut paraître défavorable. D'après une autre hypothèse, le conflit relatif à un seul État peut susciter la saisie inopinée des biens du débiteur situés en France par le juge. Néanmoins, la jurisprudence française, contrainte par des dispositions précises réfute la distinction du contrôle de la sentence quel que soit sa position interne ou internationale⁸⁶¹. Dans cette option, nonobstant, les dispositions relatives aux recours ouverts contre les sentences émises en France⁸⁶² et celles rendues à l'étranger⁸⁶³, aucune modification n'est faite par la réforme du 13 janvier 2011. La teneur du contrôle est indépendante de l'envergure de la procédure quelle qu'elle soit. Peu importe les conditions⁸⁶⁴ dans lesquelles la cour d'appel est saisie, l'objet de ce contrôle est rigoureusement organisé par l'article 1520 du Code de procédure civile⁸⁶⁵. L'énumération des réquisitoires figurant dans cet article peut caractériser une sentence provisoire qui sera minutieusement interprétée par la jurisprudence⁸⁶⁶. Car la nullité d'une sentence finale résulte de la suspension préalable d'une sentence partielle, rendue sur l'aptitude arbitrale. Et cette suspension « anéantit toute compétence pour ordonner sur le fond »⁸⁶⁷. De plus, les doléances non spécifiées à l'article

⁸⁵⁹ Paris, 22 mars 2000, *Rev. arb.*, 2001, p. 199 (2^e esp.), obs. Ph. PINSOLLE *op. cit.*—Paris, 15 juin 1989, *Rev. arb.* 1992, p. 80, note J.-J. ARNALDEZ *op. cit.*

⁸⁶⁰ Paris, 14 nov. 1996, *Rev. arb.*, 1997, p. 434, obs. Y. DERAIS *op. cit.*

⁸⁶¹ Civ. 1^{re}, 17 oct. 2000, *Rev. arb.*, 2000, p. 648, note P. MAYER *op. cit.*

⁸⁶² Nouveau code du travail Arbitrage, Section I du Chapitre IV du Titre II.

⁸⁶³ *Ibid.*

⁸⁶⁴ Qu'il s'agisse d'un appel contre une ordonnance accordant l'*exequatur* à une sentence rendue à l'étranger ou d'un recours en annulation contre une sentence prononcée en France.

⁸⁶⁵ Art. 1502 et 1504 ancien CPC.

⁸⁶⁶ Paris, 21 nov. 2002, *Rev. arb.*, 2003, p. 240 obs. P. DUPREY, *op. cit.*

⁸⁶⁷ Paris, 18 nov. 2004, *Rev. arb.*, 2006, p. 755, obs. P. DUPREY *op. cit.* — Paris, 21 nov. 2002, *Rev. arb.* 2003, p. 240 obs. P. DUPREY, *op. cit.*

1520 du Code de procédure civile sont inadmissibles et entravent ainsi la compétence de la cour d'appel sur l'étude des défauts désignés par cette disposition⁸⁶⁸.

208. Suite à ces observations il convient d'examiner les processus rattachés au contrôle arbitral d'après l'article 1520 du Code de procédure civile. Il s'agira d'énumérer les matières spécialement gouvernées par les dispositions qui n'évincent pas entièrement l'arbitrage, c'est-à-dire les différends relatifs aux personnes publiques (**Section II**) suite aux différends non arbitrables gouvernés par les dispositions impératives (**Section I**).

SECTION I- L'inarbitrabilité des matières relatives à l'ordre public

209. Conformément à la logique de l'arrêt *Dalico*⁸⁶⁹, le juge français applique des règles de sources françaises pour apprécier la validité d'une convention d'arbitrage internationale⁸⁷⁰. En dépit de cette formule explicite et momentanée, la jurisprudence semble davantage retenir à l'arbitrage international, l'application d'une règle matérielle qui émet un critère d'arbitrabilité aux différends du commerce international. L'arbitrabilité de ces différends est soumis à des exceptions réunies sous le vocable général « d'ordre public international »⁸⁷¹. Le potentiel des statuts impératifs du droit français et de l'ordre public international évoqué par l'arrêt *Dalico* constitue une limite à la validité de principe de la convention d'arbitrage internationale. En réalité, ce potentiel devrait permettre à la jurisprudence française de poser

⁸⁶⁸ Civ. 1^{re}, 8 juill. 2009, *D.* 2009, pan., p. 2959, obs. Th. CLAY *op. cit. Cah. arb.*

⁸⁶⁹ Civ. 1^{re}, 20 déc. 1993, *Dalico*, *JDI* 1994, p. 432, note E. GAILLARD, et p. 690, note E. LOQUIN – *RCDIP* 1994, p. 663, note P. MAYER – *Rev. arb.* 1994, p. 116, note H. GAUDEMET-TALLON.

⁸⁷⁰ D'après cette logique, il paraît que le juge français impose sa notion d'arbitrabilité des litiges du commerce international, lorsqu'il est sollicité à un titre ou à un autre, de la question. Toutefois, cette notion proche du droit français de l'arbitrage interne est éventuellement plus libérale. Ainsi le principe issu de la libre disponibilité des droits mentionnés à l'article 2059 du Code civil et applicable en matière interne, ne semble point applicable tel quel en matière d'arbitrage international.

⁸⁷¹ La Cour de cassation impose au juge du contrôle de la sentence arbitrale d'exercer une vérification réelle sur l'appréciation faite par l'arbitre sur l'arbitrabilité du différend. En effet, elle a censuré l'arrêt d'une cour d'appel qui avait écarté un moyen d'annulation de la sentence tirée de l'inarbitrabilité du différend comme étant couvert par le secret défense, en se bornant à affirmer : « 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 » (Paris, 29 juin 2006, *Thalès*, *D.* 2006, p. 3031, obs. Th. CLAY). Cassant cette décision au visa de l'article 455 CPC, soit pour défaut de motivation, la Haute juridiction a énoncé 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 a estimé le raisonnement pertinent, la cour d'appel n'a pas mis la Cour de cassation en mesure d'exercer son contrôle » (Civ. 1^{re}, 11 févr. 2009, *JCP G* 2009, I, 148, n° 11, obs. J. ORTSCHIEDT – *JDI* 2009, p. 1274, note J.-B. RACINE).

des restrictions à l'arbitrabilité des différends internationaux et de fixer, en quelque sorte, des cas d'indisponibilité propres à la matière internationale. A l'instar de la précision de M. JARROSSON⁸⁷², l'ordre public serait l'ultime conception dans le domaine d'arbitrabilité des différends internationaux. Certainement, l'inarbitrabilité d'un différend international sera promulguée, explicitement ou implicitement, par une règle d'ordre public international c'est-à-dire par une loi de police. Le potentiel des statuts absolus du droit français ajustera ainsi les lois de police françaises. Il peut susciter l'éloignement de l'arbitrabilité lorsqu'il heurte l'ordre public international. Précisément lorsqu'une loi de police étrangère semble légitime aux yeux du juge français, il s'oppose à l'arbitrage du différend. Par conséquent, il sera question d'étudier les différends relatifs à la matière d'état et de capacité des personnes (§ I), sans oublier les controverses rattachées aux personnes publiques (§ II).

§ I- L'exclusion traditionnelle des différends en matière d'état et de capacité des personnes

210. Cette éviction conventionnelle tire sa source de la réforme de 1972 et de l'article 83 du Code de procédure civile. La dernière rédaction antérieure datant de 1972 impose la communication au ministère public des causes relatives à « l'état des personnes et celles qui concernent la tutelle des mineurs suite au déploiement ou la mainlevée des tutelles ou curatelles des majeurs ainsi qu'à la sauvegarde de justice »⁸⁷³. Selon les précisions issues de la jurisprudence, l'ultime dérogation au critère d'arbitrabilité des différends du commerce international porte sur les situations où « la non-arbitrabilité découle de la matière qui est rattachée à l'ordre public international et exclut de manière inconditionnelle l'aptitude arbitrale du fait de la nullité de la convention d'arbitrage »⁸⁷⁴. A ce propos, certaines matières

⁸⁷² Ch. JARROSSON, L'arbitrabilité, présentation méthodologique, RJ com., *op. cit.*, 1996, p. 1.

⁸⁷³ Eric LOQUIN. 1024 Arbitrage, convention d'arbitrage, condition de fond, litige arbitrable, in Fasc 2016 p. 27.

⁸⁷⁴ Interprétation donnée par la jurisprudence du XIXe siècle de l'article 1004 CPC, qui avait précédé l'article 2060 du Code civil avant la loi du 5 juillet 1972 : Civ., 9 janv. 1854, *DP* 1854, 1, p. 69 ; Req. 7 nov. 1865, *D.* 1866, 1, 204 – Req. 6 juill. 1899, *S.* 1901, 1, 357 ; *D.* 1899, 1, 50. Cette interprétation se retrouvait semble-t-il encore dans certaines décisions

dans leur entièreté sont naturellement inarbitrables⁸⁷⁵. Ce cas d'inarbitrabilité porte sur les matières relatives aux intérêts fondamentaux de la société pour être confiées à l'arbitrage⁸⁷⁶ à l'instar de la matière pénale ou le droit de la famille. Toutefois, cette proposition, déjà sujette à discussion en matière interne, peut dans un contexte international, faire l'objet de deux objections. Dans un premier temps, il est possible de contester la notion de la « matière inarbitrable » dans son entièreté ou par catégorie. En droit français, l'état des personnes et le droit de la famille sont souvent catégorisés dans les matières inarbitrables. Cependant, l'inarbitrabilité effective des actions d'état insinue une affirmation restreinte à l'ensemble du droit des successions ou aux régimes matrimoniaux. La seconde objection relative à l'arbitrage international révèle des solutions conséquentes retenues en droit comparé à propos d'une même matière, pouvant largement être non-arbitrable dans certains droits et par ailleurs ouverte à l'arbitrage. Dans la même option, certaines matières non arbitrables en droit français relatives aux rapports internes ne requièrent pas cette restriction, ou le sont dans la moindre mesure pour d'autres matières. Aussi la mesure inverse reste également approuvée parce que la nature incontestable de l'inarbitrabilité concerne relativement l'espace. Or, dans un contexte international, l'étude de l'arbitrabilité n'est pas sans inconvénients dans la mesure où elle est incohérente parce que la hiérarchie juridique française manque d'information sur le différend. Par conséquent, le fait d'imposer une inarbitrabilité pour le juge français sans se référer au droit étranger plus concerné par la question pose un problème. Il serait plus convenable de prendre en compte les restrictions relatives à l'arbitrabilité, et d'énumérer les normes françaises ou étrangères, pouvant être qualifiées de lois de police rendant un différend inarbitrable. D'où l'importance de raisonner selon la conception de ces normes tout en vérifiant l'étendue précise de la limite dans l'arbitrabilité au lieu de raisonner par catégorie de matière et de recourir à la notion, toute

au milieu du XXe siècle : Paris, 9 févr. 1954, *D.* 1954, *D.* 1954, p. 192 ; *JCP* 1955, II, 8483, note H. MOTULSKY, *Rev. arb.* 1955, p. 21

⁸⁷⁵ J.-P. ANCEL, *L'arbitrabilité de l'autonomie de la clause compromissoire*, in *travaux Com. Fr. DIP* 1991-1992, Pedone, 1994, p. 75, p. 110, qui explique la notion de matières touchant au plus près l'ordre public par le fait qu'il est question de matières ne pouvant, par nature, échapper à la juridiction de l'État.

⁸⁷⁶ B. HANOTIAU, *L'arbitrabilité et la favor arbitrandum : un réexamen*, *JDI* 1994, p. 899. – D. HASCHER, *Rapport introductif*, in *Competition and arbitration law*, Publ. CCI n° 480/ 3, 1993, p. 153.

relative, d'inarbitrabilité incontestable. En dépit de la dissimulation de la jurisprudence française dans ce domaine, la préservation qu'elle apporte au principe d'arbitrabilité met en cause les intérêts du commerce international d'après l'article 1504 du Code de procédure civile⁸⁷⁷. Cet article est soumis à quelques exceptions qui sont autant de lois de police, françaises ou éventuellement étrangères. Il peut susciter la réserve de l'ordre public international précisé par l'arrêt *Dalico*⁸⁷⁸. Cette proposition se vérifiera à travers l'examen des droits extrapatrimoniaux (A). La restriction attachée à cette matière, sera également étudiée (B).

A- L'inarbitrabilité des matières relatives aux droits extrapatrimoniaux

211. Ces matières connues sous l'appellation du « noyau dur » sont relatives à l'individualisation juridique de l'état des personnes. Soutenant l'incompétence arbitrale, elles prennent en compte la filiation, le mariage, et le divorce. D'après la problématique que suscite l'état des personnes, il serait convenable d'ajouter les questions relatives à la constatation de l'organisation de l'état civil. Malgré la proposition d'adjoindre à l'état des personnes le statut professionnel de l'individu, cette idée conséquente de l'état subit un rejet en matière d'arbitrage. De toute évidence, un arbitre est apte pour trancher par exemple le statut commercial d'une personne ou pour apprécier la validité d'une clause compromissoire⁸⁷⁹. Toutefois, le prononcé d'un divorce à partir de la filiation d'un enfant ou encore dans le cadre d'un examen de litige sur la nationalité reste entièrement en dehors de la compétence d'un arbitre. Il est donc inapte pour arbitrer ces différends. Le fondement de cette exclusion découle parfois de l'article 2059 du Code civil qui dispose que « l'individu ne possède pas la libre disposition de ses droits en matière d'état »⁸⁸⁰. Cette approche qui empiète sur l'idée

⁸⁷⁷ Dans le sens de la formule de l'article 1504 CPC.

⁸⁷⁸ Civ. 1^{re}, 20 déc. 1993, *Dalico*, *JDI* 1994, p. 432, note E. GAILLARD, et p. 690, note E. LOQUIN – *RCDIP* 1994, p. 663, note P. MAYER – *Rev. arb.* 1994, p. 116, note H. GAUDEMET-TALLON, *op. cit.*

⁸⁷⁹ À partir de l'article 1466 du Code de procédure civile qui reconnaît la compétence à l'arbitre.

⁸⁸⁰ F. TERRÉ et A. WEILL, *Droit civil, les personnes, la famille, les incapacités*, Dalloz, 1993, p. 133.

d'indisponibilité de l'état révèle une inexactitude tout simplement parce que l'état des personnes ne peut se soumettre à un ensemble de droits subjectifs conférés à la personne⁸⁸¹. La prohibition révélée par l'article 2059 fait croire que l'exclusion de la fonction arbitrale entre en jeu lorsque l'État est indisponible. Bien que cela ne soit point le cas, un ralentissement s'observe à l'égard du principe traditionnel dans le contexte de l'indisponibilité de l'État. Par exemple, l'admission du divorce à l'unanimité se fait par une convention entre les époux désunis. Les progrès juridiques prônent dans le cadre de la filiation, le changement de sexe des transsexuels, le choix du nom patronyme de l'enfant par ses parents. L'arbitrage restera loin de ces questions malgré la reconnaissance des missions autonomes individuelles pouvant être tranchées sous le contrôle du juge étatique garant du régime familial. A cet égard, l'inaptitude de l'arbitrage est conçue par l'effectivité des intérêts majeurs de la société. De plus, la préoccupation de l'état d'une personne par les tiers reste également un argument majeur qui proscriit l'arbitrage à l'égard de ces matières. En revanche, l'article 2060 ne s'oppose pas entièrement à l'arbitrage dans le domaine familial, car il est éventuellement possible de saisir les arbitres pour les questions financières. Même si ces questions sont réservées à la compétence du juge étatique, l'arbitrage peut être sollicité notamment sur les différends pécuniaires issus d'un divorce ou d'une séparation de corps. L'admission d'un arbitrage par la Cour de cassation sur le règlement des comptes d'un couple désuni⁸⁸² ainsi que sur les droits successoraux⁸⁸³ sont bien illustratifs en ce sens. Cependant, certains différends d'ordre financier tels que les pensions alimentaires sont soustraits à la compétence arbitrale en raison de leur opposition aux droits indisponibles. La soumission d'un changement de régime matrimonial à un arbitre n'est pas possible suite à l'existence d'une procédure d'homologation qui doit être portée au tribunal. En dépit de la résiliation de cette procédure par la loi du 5 mars 2007, aucune modification à l'égard de

⁸⁸¹ J. RUBELLIN-DEVICHI, *Nature juridique, droit interne droit international privé*, op.cit., « C'est en fait le type de la situation juridique objective d'après la terminologie de Roubier et c'est dans cette lancée qu'il est indisponible en échappant à l'emprise des volontés individuelles ».

⁸⁸² Cass. civ., 25 janv. JCP 1964, II, 13472.

⁸⁸³ Le cas d'un partage entre héritiers, Cass. 2^e civ., 7 nov. 1974 : *Rev. arb.* 1975, p. 302, note Loquin, sol. Impl.

cette disposition n'est tolérée. Sinon, dans le cas d'une divergence par un tiers, le juge doit nécessairement effectuer une nouvelle homologation. De plus, l'article 83 du Code de procédure civile a énuméré les questions concernant la capacité. Elles sont exemptes de l'arbitrage. A celles-ci s'ajoute les décisions d'émancipation dont le prononcé est effectué par le juge des tutelles⁸⁸⁴. Les différends gouvernés par le principe de l'incapacité ainsi qu'à l'organisation du régime de protection, sont inarbitrables parce qu'ils inculpent les incapables ou les mineurs. Toutefois, les causes communicables visées par l'ancien article 83 et abrogées par le décret, n° 68-855 du 2 octobre 1968 n'ont pas été reconduites par la loi de 1972. Cette abstention ouvre désormais la porte à la compétence de l'arbitre sur les différends relatifs aux mineurs selon les règles de capacité et de pouvoir⁸⁸⁵.

B- La position du droit interne sur les droits extrapatrimoniaux

212. Les différends découlant des droits extrapatrimoniaux⁸⁸⁶ sont généralement inarbitrables en droit français⁸⁸⁷. Dans l'arbitrage international, cette matière concerne de plus près l'ordre public international. Elle est totalement exclue de manière absolue à la compétence arbitrale. A cet égard, l'état des personnes et les droits de la personnalité non connu par le commerce juridique en France sont entièrement fermés à l'arbitrage international. En revanche, l'incompétence arbitrale face aux droits extrapatrimoniaux n'est pas absolue parce que le juge français n'a pas manqué de la délimiter. Certes, ce dernier peut retenir cette exclusion au cas où l'ordre juridique français est impliqué par le fond du litige. En revanche, la situation est problématique lorsque l'ordre juridique français n'est pas concerné par le différend en cause. Il lui serait impossible d'admettre l'arbitrage pour un différend de ce type. A titre

⁸⁸⁴ C. civ., art. 477.

⁸⁸⁵ JCI. Procédure civile, Fasc. 1022, n° 25 et suiv.

⁸⁸⁶ Les droits extrapatrimoniaux : définition-caractère-classification [en ligne] le 8 avril 2019. Les droits extrapatrimoniaux constituent les droits non susceptibles aux évaluations pécuniaires parce qu'ils ne font pas partie du patrimoine. Ils sont donc imprescriptibles, car l'écoulement du temps ou le non usage de ces droits ne les éteint pas. Ils sont aussi insaisissables parce qu'aucun créancier ne peut les utiliser et ils sont intransmissibles parce qu'ils s'éteignent avec la personne, et les héritiers ne peuvent pas en jouir.

⁸⁸⁷ Sur ce point, dans le cadre de l'étude de l'arbitrage interne.

d'exemple, il peut s'opposer à l'effectivité d'une sentence rendue à l'étranger sur la matière en question lorsqu'un droit étranger concerné par le différend, s'accorde avec le droit français et évoque une exclusion adéquate. Sur ce point, le juge français a le devoir d'accepter cette loi de police étrangère. Il peut condamner la compétence de l'arbitre sur ce type de différend sous prétexte d'une violation à l'égard de l'ordre public international français. En outre, le juge français peut se conformer aux respects des droits étrangers qui concernent particulièrement les différends en cause tout en acceptant l'arbitrage. Toutefois, il doit éviter de s'opposer aux effets de la sentence ainsi qu'au développement de cet arbitrage sur son territoire. Cela résultera éventuellement de la potentialité du droit français sur l'interdiction de l'arbitrage dans le cadre de la matière évoquée. Car l'acceptation d'arbitrage étrangère peut se révéler contraire aux valeurs françaises et de surcroît à l'ordre public international.

§ II- Les altercations relatives aux personnes publiques

213. Pour les contestations ayant trait aux personnes publiques, la non-arbitrabilité est basée sur un principe dont il convient de préciser la portée. D'après l'article 2060 du Code civil, la tradition veut que les contestations relatives aux collectivités publiques et aux établissements publics soient exemptes d'arbitrage. Ces matières sont interdites de compromettre⁸⁸⁸, et cette interdiction est décrétée *ratione materia*. Il n'est donc pas question d'une règle relative à la capacité mais à l'objet de l'arbitre. Bien avant les années 72, les juridictions de l'ordre judiciaire⁸⁸⁹ devaient obligatoirement communiquer au ministère public les causes concernant l'État, le domaine, les communes, les établissements publics selon l'article 83, alinéa 1° du Code de procédure civile. Cependant, les juridictions administratives ont été exemptes de cette règle absolue suite à un problème de procédure civile. Certes, le Conseil

⁸⁸⁸ MOTULSKY, La capacité de compromettre des personnes des établissements publics à caractère commercial d'après l'arrêt Société nationale de vente des surplus : *Rev. arb.* 1958, p. 39. – L. MAZEAUD et G. VEDEL, EDF et GDF ont-ils la capacité de compromettre, *Cah. arb.*, doc. jur. EDF et GDF 1950, p. 224 et s.

⁸⁸⁹ Cass. req., 25 janv. 1926 : DH 1926, p. 99.

d'État par le biais de ce texte a trouvé le moyen⁸⁹⁰ de faire de cette interdiction un principe qui exclue les personnes publiques à la justice arbitrale. Selon la Cour de cassation, « la prohibition énoncée aux articles 83 et 1004 du Code de procédure civile ne s'accorde pas avec la question de capacité au sens de l'article 3 du Code civil »⁸⁹¹. Néanmoins, selon la réalité, la disposition 2060 se positionne spécialement contre l'arbitrabilité des personnes publiques dans le cadre des règlements des différends dans lesquels elles sont impliquées⁸⁹². Le fondement de la règle sur l'inarbitrabilité réside dans la nature de l'ordre public pour l'aptitude des juridictions administratives. Bien qu'elle soit suivie d'un autre fondement, la doctrine tant privatiste⁸⁹³ que publiciste⁸⁹⁴ n'a pas manqué de la reprendre. Selon la seconde justification, les actions de la personne publique peuvent promouvoir les intérêts de la communauté. Cependant, l'attribution des intérêts aux personnes publiques à la justice arbitrale suscite une question de protection qui n'épargne pas les juridictions officielles. Cette opposition est d'ordre constitutionnel et limite toutes les conventions sans exception convenues par les publicistes en dépit de la catégorie du différend⁸⁹⁵. Une clause compromissoire⁸⁹⁶ convenue lors d'un contrat pécuniairement administratif⁸⁹⁷ sur des travaux publics par des privatistes fut annulée⁸⁹⁸ par le Conseil d'État⁸⁹⁹. D'après cet exemple, la prohibition de compromettre n'engage pas la personne publique. Mais le fait que

⁸⁹⁰ J.-M. AUBY et R. DRAGO, *Traité du contentieux administratif*, LGDJ, 3^e éd., 1984, n° 20 et suite cite l'arrêt du 7 novembre 1824.

⁸⁹¹ Cass. 1^{re} civ., 14 avr. 1964, San Carlo : *JCP G* 1965, II, 14406, note P. LEVEL.

⁸⁹² Cass. 1^{re} civ., 2 mai 1966, Galakis : *JCP G* 1966, II, 14798, note LIGNEAU.

⁸⁹³ A. MOTULSKY, L'arbitrage commercial et les personnes morales de droit public, *Rev. arb.* 1956, p. 38, reproduit in *Écrits*, II, p. 85. s

⁸⁹⁴ C. DEBBASCH, *Contentieux administratif*, Dalloz, 2^e éd., 1978, n° 255 – R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, 1982, n° 130 s.

⁸⁹⁵ E. BRUCE, La compétence du juge administratif dans l'arbitrage des personnes publiques, *Rev. arb.* 2006, p. 91.

⁸⁹⁶ Cass. com., 28 nov. 1960, *Bull. civ.* 1960, III, n° 379.

⁸⁹⁷ CE. 19 mai 1893, Ville d'Aix-les-Bains. T. civ. HAZEBROUCK, 5 avr. 1890.

⁸⁹⁸ La sanction relative à l'interdiction de compromettre s'effectue dans le cadre de la protection de l'intérêt général. L'invalidité doit être considérée comme absolue ou par son autorité de tutelle. Et le fait qu'il s'agit d'une nullité impérative, celle-ci n'est pas qualifiée pour confirmer de la part de la personne publique. Alors, une contestation ne peut-elle pas s'effectuer à l'égard d'un établissement public qui a participé à des opérations d'arbitrage afin de lui réfuter le droit d'attaquer la sentence rendue ? Bien que le compromis puisse cependant être égalisé dans le cas où une procédure postérieure confère à un établissement public le droit de compromettre, les personnes morales de droit public peuvent négocier, et une collectivité publique peut approuver de manière absolue la sentence en l'avalisant.

⁸⁹⁹ CE, 3 mars 1989, Société des autoroutes de la Région Rhône-Alpes, *Rev. arb.* 1989, p. 188, note D. FOUSSARD.

le différend soit administratif, il suscite précisément l'aptitude des tribunaux administratifs. Par conséquent, la sélection ou le choix des critères constitutionnels et pécuniaires peuvent être alternés. Toutefois, l'arrêt du tribunal des conflits du 16 octobre 2006⁹⁰⁰ devrait réexaminer ces moyens⁹⁰¹ en dépit de ses déterminations⁹⁰². Les personnes publiques concernées par cette interdiction sont notamment l'État⁹⁰³ qui n'est pas mentionné dans l'article 2060. Bien qu'il soit énuméré dans l'article 83 du Code de procédure civile⁹⁰⁴, il y a également les collectivités publiques c'est-à-dire les communes⁹⁰⁵ et les départements⁹⁰⁶, sans oublier les établissements publics⁹⁰⁷. En dehors de ces précisions sur la nullité de la clause compromissoire, quelles sont les juridictions compétentes qui doivent prononcer la nullité (A) ? Qu'en est-il des exceptions pouvant s'attacher aux règles qui valident le prononcé de cette nullité (B) ?

A- Les juridictions compétentes dans le prononcé de la nullité

214. Les juridictions étatiques sont compétentes pour statuer sur la validité d'un compromis. Peu importe, le cadre d'une action principale en nullité ou d'une voie de recours contre la sentence rendue, elles sont efficaces. L'approbation de ce statut est relative à la nature du

⁹⁰⁰ T. confl., 16 oct. 2006, n° 3506, JurisData n° 2006-316350 « lorsqu'un établissement public tient de la loi la qualité d'établissement public industriel et commercial, les contrats conclus pour les besoins de ses activités, relèvent de la compétence de la juridiction judiciaire, à l'exception de ceux relatifs à celles des activités qui ressortissent par leur nature de prérogatives de puissance publique ».

⁹⁰¹ CE, 29 juill. 1881, DP 1893, 3, p. 12. T. civ. Lille, 13 avr. 1929, *Gaz. Pal.* 1929, 2, p. 68.

⁹⁰² Parmi celles-ci, il y a par exemple, le Tribunal des conflits qui valide une clause compromissoire convenue entre un établissement public industriel et commercial et un privatiste dans une convention qui ne détient aucune clause dérogatoire au droit commun et se rattache aux missions industrielles et commerciales confiées à cet établissement. La reconsidération d'un litige d'ordre administratif rend la clause compromissoire valide à condition que la précision soit préalable. Ainsi, le critère matériel remplace le critère constitutionnel.

⁹⁰³ A. LAUBADÈRE, *Traité de droit administratif*, 6^e éd., n°69

⁹⁰⁴ Néanmoins, l'ensemble de la doctrine estime que cette omission constitue une erreur de frappe parce que le législateur n'a pas voulu effectuer une modification à cet égard.

⁹⁰⁵ T. civ. HAZEBROUCK, 5 août 1890, DP 1893, 2, p. 254 ; T. civ. Lille, 13 avr. 1929, *Gaz. Pal.* 1929, 2, p. 68.

⁹⁰⁶ Ils n'étaient pas énumérés avant 1972 dans l'article 83 et le Conseil d'État a étendu la prohibition sans hésitation. Dès lors, les régions qui étaient considérées par des établissements publics territoriaux sont devenues des collectivités locales par le biais de la loi relative à la décentralisation n° 82-213 du 2 mars 1982, durant la première élection des conseils régionaux au suffrage universel en mars 1986. Cette promotion de la région ne modifie rien en ce qui concerne l'arbitrage parce qu'elle est visée par l'article 2060.

⁹⁰⁷ D'après eux, la prohibition est relative aux établissements administratifs ainsi qu'aux établissements qui sont industriels et commerciaux.

contrat de droit privé que le compromis recommande. Le Tribunal des conflits⁹⁰⁸ attribue l'appréciation de la validité à l'autorité judiciaire suite à la présentation d'un contrat de droit privé dans le cadre de la clause compromissoire. D'après cet arrêt, l'aptitude du juge administratif est effective lorsque la clause est reliée à un contrat administratif⁹⁰⁹. Selon ce cas, la personne publique ou l'autorité administrative impliquée possède la capacité de contrecarrer automatiquement l'acte qui stipule la nullité devant le juge administratif⁹¹⁰. Vers les années 1950, la doctrine française investit ses potentialités en vue d'obtenir le droit de compromettre sur les établissements publics. Bien qu'aucun intérêt ne soit échu à ces établissements exerçant une activité privée et soumis à des statuts de gestion privée, la gestion de leurs différends suscite une aptitude arbitrale. Il n'était donc pas question de s'appuyer sur l'aptitude de l'ordre public des tribunaux administratifs pour les exclure de l'arbitrage⁹¹¹. En revanche, cette allégation, n'a pas été soutenue par le Conseil d'État après l'arrêt⁹¹² qui approuve le caractère général de l'interdiction de compromettre et disqualifiant les personnes publiques ainsi que les établissements publics à caractère industriel et commercial⁹¹³. Suites aux commentaires⁹¹⁴ effectués sur cet article et de l'objet⁹¹⁵ du projet de réforme du Comité français de l'arbitrage, le législateur n'avait pas réussi à maintenir une solution précise. C'est pourquoi, l'interdiction de compromettre des personnes publiques

⁹⁰⁸ Cf. la décision du 19 mai 1958 avec la Sté Myrtoon Steamship, *D.* 1958, p. 699, note ROBERT, *Rev. arb.* 1958, p. 48 *op. cit.*

⁹⁰⁹ CE, 13 déc. 1957, préc. T. confl., 19 mai 1958 : « Cette prérogative fut approuvée en 1958 par le fait que la clause compromissoire peut être associée au contrat dans lequel elle était ajoutée. Toutefois, l'aptitude du juge judiciaire est admise dans le cadre de l'appréciation de la validité d'une convention d'arbitrage consentie par une personne morale de droit public. Cette compétence peut subir une remise en question suite aux préjudices. C'est également le cas dans le cadre d'une autorisation accordée à la personne publique par un décret à compromettre lorsqu'une partie invoque la nullité de cet acte administratif. Le juge judiciaire en ce qui concerne l'affaire de la société nationale de vente des surplus devait suspendre sa mission sur la base de l'appréciation de la légalité d'un acte administratif individuel relevant de l'aptitude exclusive de la juridiction administrative »

⁹¹⁰ CE, 8 févr. 1935, Ville de Saint-Servan, *Rec. CE* 1935, p. 173. – CE, 1er févr. 1946, Office d'HLM de Marseille, *Rec. CE*, 1946, p. 35.

⁹¹¹ P. DURAND, Le règlement par voie de transaction et d'arbitrage des différends de droit privé intéressant les établissements public de caractère industriel et commercial : *Dr. soc.* 1949, p. 325 s. – R. HOUIN, « La gestion des entreprises publiques et les méthodes de droit commercial » : *Arch. Phil.* 1952, p. 79 s.

⁹¹² CE, 13 déc. 1957, Société nationale de vente des surplus.

⁹¹³ *Ibid.*

⁹¹⁴ A. MOTULSKY, note sous arrêt *JCP G* 1958, II, 10800, *Rev. arb.* 1958, p. 42.

⁹¹⁵ D'après le projet de réforme, le Comité français de l'arbitrage avait souhaité que la gestion du différend soit effectuée à partir de la matière et de la juridiction dont il relève.

sans distinction d'établissements publics industriels et commerciaux fut réaffirmée par l'article 2060. Et l'État même devait également se soumettre à cette interdiction⁹¹⁶ suite à un avis du Conseil d'État⁹¹⁷. L'arbitrabilité des différends étatiques et des collectivités publiques à l'international, ainsi que la gestion des différends issus des contrats commerciaux internationaux subissent une autre loi. L'inarbitrabilité des différends relatifs aux personnes publiques n'est pas applicable à l'autre partie. A titre illustratif, une clause compromissoire établie suite à la violation du principe par la personne morale de droit public malgré ces conditions pouvait disqualifier les contrats administratifs⁹¹⁸. Toutefois, la cour d'appel de Paris ayant émis une réserve à cette éventualité a fini par approuver la clause compromissoire internationale jusqu'au cas du contrat administratif⁹¹⁹. Et au fil du temps la question a évolué d'une manière résolue avec l'arrêt INSERM rendue par le tribunal des conflits le 17 mai 2010⁹²⁰. En dépit des critiques que cet arrêt suscite, il abonde dans le sens d'une consubstantialité en droit français à partir de deux régimes de contrôle suite aux sentences internationales. Les circonstances résultant de l'affaire *Ryanair* suite à cette décision⁹²¹ de l'arbitrabilité des contrats administratifs internationaux en restent une illustration. Il est retenu que « les contrats administratifs émanant d'une personne morale de droit public et d'une personne de droit étranger exécutés sur le territoire français mettent en action les intérêts du commerce international »⁹²². Bien au contraire, le Tribunal des conflits approuve tacitement la jurisprudence *Galakis* relevant des contrats administratifs internationaux.

⁹¹⁶ Y. GAUDEMET, Arbitrage et droit public, Dr. et patrimoine juin 2002, p. 83 – Y. GAUDEMET, L'arbitrage, aspect de droit public, état des questions, *Rev. arb.* 1992, p. 256.

⁹¹⁷ Le Conseil d'État précise que les personnes morales de droit public ne peuvent se soustraire aux règles qui déterminent la compétence des juridictions nationales en remettant à la décision d'un arbitre la solution des litiges auxquels elles sont parties et qui se rattachent à des rapports relevant de l'ordre juridique interne. Ainsi tout compromis ou clause compromissoire conclu en méconnaissance de ces principes est atteint d'une nullité d'ordre public.

⁹¹⁸ Cass. civ., 2 mai 1966, *Rev. crit. DIP* 1967, p. 553, note GOLDMAN – Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé, 4^e éd., 2001, n° 44, obs. B. Ancel et Y. LEQUETTE.

⁹¹⁹ CA Paris, 15 juin 2006, *Rev. arb.* 2006, p. 945.

⁹²⁰ T. confl., 17 mai 2010 : *Rev. arb.* 2010, p. 308 ; *RTD. Com* 2010, obs. E LOQUIN. – E. GAILLARD, « Le tribunal des conflits torpille le droit français de l'arbitrage » : *JCP G* 2010, 1096. – M. AUDIT, Le nouveau régime de l'arbitrage des contrats administratifs internationaux : *Rev. arb.* 2010, p. 253., E. LOQUIN, Retour dépassionné sur l'arrêt INSERM, *JDI* 2011, pp. 841-861.

⁹²¹ CE, sect. Cont., 7^e et 2^e ss-sect. 19 avr. 2013 : *Rev. arb.* 2013, p. 761, note M. Laazouzi.

⁹²² Cass. 1^{re} civ., 8 juill. 2015, n° 13-25.846, sté RAYANAIR et a., FS P+B+R+I : *JurisData* n° 2015- 016759 : *JCP S* 2016, 2045, note M. Lhouazi.

Aucune distinction ne se manifeste entre ceux qui sont conformes aux statuts du commerce international et ceux qui sont identiques aux règles des contrats administratifs reconnues par le droit administratif français⁹²³. Selon le droit français, les différends relevant de contrats administratifs représentant des transactions du commerce international sont arbitrables.

B- La position de la législation française sur la validité de la clause compromissaire

215. S'agissant du recours à l'arbitrage des personnes publiques, la législation française a élaboré diverses dérogations à travers le Code de procédure civile ainsi qu'à travers des procédures d'arbitrage réservées au droit public⁹²⁴. Les premières dérogations visent les établissements publics industriels et commerciaux⁹²⁵. Selon la jurisprudence du Tribunal des conflits, certaines lois sont productives lorsqu'elles facilitent la compromission des clauses excessives du droit commun⁹²⁶. D'après les secondes dérogations, l'arbitrage est ouvert aux marchés publics, à l'État, aux départements et aux communes⁹²⁷. La loi n'a pas spécifié les marchés passés par les établissements publics. Mais, la jurisprudence avait conclu l'inaccessibilité à l'arbitrage de ces marchés⁹²⁸. Une harmonisation élaborée par le décret du

⁹²³ En effet, la prévoyance d'un régime administratif du contrôle des sentences relatives aux statuts absolus du droit public français d'après le Tribunal des conflits reconnaît l'arbitrabilité de tout contentieux administratif dans le domaine international. Toute interdiction découlant de l'article 2060 du Code civil est ainsi de facto évitée à l'international. Cette analyse est soutenue par le fait que l'article 7-9° du décret n° 83-975 du 11 mars 2009 modifiant le décret n° 83-975 du 10 novembre 1983 concernant le protocole de l'institut national de la santé et de la recherche passé avec des organismes étrangers ne s'accorde pas avec les faits.

⁹²⁴ Suite à l'ordonnance du 9 mai 2012 portant codification de la partie législative du Code de l'énergie, l'article L. 517-13 du Code de l'énergie prévoit, sur autorisation délivrée par un décret en Conseil d'État élaboré en Conseil des Ministres.

⁹²⁵ Loi n° 75-596 du 9 juillet 1975 ajoutée à l'article 2060 du Code civil alinéa 1 dispose : « *les catégories d'établissements publics à caractère industriel et commercial peuvent être autorisées par décret à compromettre* ». Cf. également les Charbonnages de France et les houillères de bassin qui ont reçu l'autorisation de compromettre par l'article 146 du Code minier (D. n° 2002-56, 8 janv. 2002). La même formule fut administrée à EDF-GDF avant sa privatisation.

⁹²⁶ La loi n° 82-1153 du 30 décembre 1982 sur l'orientation des transports intérieurs autorisant la SNCF à compromettre en est un exemple. Également la loi n° 97-135 du 13 janvier 1997 sur le concepteur du Réseau Ferré de France a repris la même autorisation pour cet établissement public. Enfin, il faut retenir la loi n° 90-568 du 2 juillet 1990 relative au service public des postes et télécommunications permettant à la Poste et la France de compromettre.

⁹²⁷ Loi du 17 avril 1906 ainsi que l'article 128 du Code des marchés publics qui dispose « l'État, les collectivités territoriales et les établissements publics locaux peuvent pour la liquidation de leurs dépenses de travaux et de fournitures, recourir à l'arbitrage tel qu'il est réglé par le livre IV du Code de procédure civile. Pour l'État, ce recours doit être autorisé par un décret pris sur le rapport du ministre compétent et du ministre chargé de l'économie ».

⁹²⁸ CE, 28 avr. 1948, Office d'HLM de Seine-et Oise : Rec. – CE 1948, p. 180. CE 26 déc. 1948, Hospices de Marseille : Rec. CE 1948, p. 457. CE 5 Juill. 1950, Sté française de construction : Rec. CE 1950, p. 416.

25 juillet 1960 confère aux établissements publics départementaux et communaux le droit de compromettre selon la loi du 1906. Mais, les établissements publics nationaux restent toujours en dehors du champ d'application du texte. Cette exception ne concerne pas les autres catégories de contrats parce que la prohibition de compromettre s'étend uniquement sur les différends relatifs au droit privé⁹²⁹. En outre, la jurisprudence suspend la dérogation à l'égard des compromis. Cette suspension émise suite à la naissance du différend reste non justifiée malgré l'accroissement du domaine de la clause compromissoire⁹³⁰. Un projet de réforme fut élaboré par un groupe de travail en 2007⁹³¹. Dans la quête de surseoir l'interdiction de compromettre des personnes morales de droit public, ce groupe va créer une règle précise pour l'arbitrage de droit public⁹³². En revanche, ce texte qui remplaçait la loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 a subi une défense par le Conseil constitutionnel. Bien qu'aucune suite ne soit accordée au projet, ses solutions sont exigées par la jurisprudence du Conseil d'État. Elles sont relatives à l'arbitrage des différends dans le cadre des contrats administratifs internationaux. Ainsi, la procédure arbitrale sera régie par les principes de l'arbitrage administratif. Dans le cas contraire l'arbitrage est effectué selon les statuts mentionnés dans le Code de procédure civile. Il serait bien de distinguer la nature publique ou privée de la clause litigieuse. Car la sentence découlant d'un arbitrage administratif, peut subir un recours devant le Conseil d'État. A cet égard, l'affaire peut être résolue au fond après cassation sur demande d'une partie.

⁹²⁹ Cons. Préf. Toulouse, 23 déc. 1952 : S. 1953, 3, p. 27.

⁹³⁰ Le nouvel article 2061 du Code civil qui réglemente la compromission des contrats établis à titre professionnel.

⁹³¹ S. LEMAIRE, La libération de l'arbitrage international en droit administratif, *Rev. arb.* 2007, p. 407.– J.-L. DELVOLVÉ, Une révolution inaboutie, remarques sur le projet de réforme de l'arbitrage en matière administrative, *Rev. arb.* 2007, p. 373.

⁹³² S. LEMAIRE, Ch. JARROSSON et L. RICHER, *Le cadre d'un projet viable de réforme de l'arbitrage de droit administratif* : EJDA 2008, p. 617 sur analyse critique.

Section II- L'étude des matières inarbitrables contestées par l'ordre public

216. Les différends sont inarbitrables dans ce contexte en raison du critère de l'arbitrabilité objective. Les facteurs pouvant susciter l'inarbitrabilité d'un différend sont notamment l'indisponibilité des droits et la prépondérance de l'ordre public. Un droit peut être indisponible, lorsque son objet n'est pas commercial. Lorsque le différend est rattaché au droit de la famille ou au droit pénal, les litigants sont totalement dépourvus de tout moyen pour décider de la nature et de l'objet du différend. Selon certains États, l'ordre public doit avoir un caractère stable, équilibré pour le bien être de la société. Les principes qui découlent de l'ordre public doivent donc être licites et conformes aux bonnes mœurs. Le garant de ces principes, est le juge étatique qui a la mission et la compétence de contrôler leur mise en œuvre. Il est évident que l'aptitude d'un arbitre n'est pas requise pour prononcer une sanction pénale ou pour réclamer l'exécution d'une sentence pénale. Les entités répressives détiennent une aptitude absolue qui prône l'exclusion d'une part des autres juridictions étatiques et d'autre part celle des juridictions privées⁹³³. Toutefois, cela n'insinue pas l'inaptitude totale d'un arbitre pour trancher un différend ou les statuts applicables assortis de répression. Selon la tradition, ces sanctions étaient conçues pour préserver les intérêts sociaux. Au cours du XIXe siècle, ces mêmes sanctions pouvaient constituer une preuve certaine prohibant l'arbitrage. Le droit actuel présente une multiplicité de sanctions pénales au sein des différentes matières dans le but de vulgariser l'efficacité des statuts requis. Ceux-ci participent au renforcement de la majorité des intérêts de la collectivité, précisément dans le cadre des matières relatives à l'ordre public de protection. L'effectivité d'une sanction pénale à l'instar d'une preuve de prohibition à l'arbitrage confirme et démontre l'étendue de la conception des matières d'ordre public malgré la position du droit positif⁹³⁴. D'après ce constat, les matières suscitant l'exclusion incertaine de l'arbitrage, en raison des intérêts

⁹³³ de M. BOISSESSON, Le droit Français de l'arbitrage interne et international, *op. cit.* p.55

⁹³⁴ D. CHILSTEIN, Droit pénal et arbitrage, *Rev. arb.* 2009, p. 3.

publics feront l'objet d'une étude (§I) suivies d'une appréciation de la position française à l'égard de l'ordre public de fond (§II).

§ I- L'éviction non absolue de certaines matières à l'arbitrage

217. Les matières partiellement exclues à l'arbitrage, sont le droit pénal, le droit fiscal et le droit des procédures collectives. En effet, la proscription de la matière pénale à l'arbitrage était stricte. Néanmoins selon la jurisprudence, le coupable et la victime peuvent recourir à l'arbitrage pour solliciter le règlement de leur différend⁹³⁵. L'arbitre peut décider de statuer sur la responsabilité civile du coupable. Il devra se soumettre à l'article 4 de l'alinéa 2, du Code de procédure pénale⁹³⁶. Avant l'entrée en vigueur de la loi du 5 mars 2007, l'arbitre était tenu de respecter la règle selon laquelle « le criminel tient le civil en l'état ». Il est compétent pour juger la position de l'instance pénale⁹³⁷ dans ce contexte⁹³⁸. Mais juste après l'édiction de cette loi abrogeant l'obligation de la prorogation à statuer, la solution a changé. Car il a été établi que l'enclenchement de l'action publique ne doit pas susciter la revendication de l'interruption des autres jugements issus de la juridiction civile. La nature ou la susceptibilité de ceux-ci reflètent une influence directe ou indirecte sur le procès civil. En dépit de la mention faite par le texte sur la justice arbitrale, les solutions convenables au juge civil restent modifiables. Le tribunal arbitral est exonéré de la prorogation lorsqu'il est sollicité dans le cadre d'une action répondant au dédommagement de la faute commise. Quelle que soit la forme ou la nature de cette prorogation réclamée par l'une des parties, cette

⁹³⁵ Cass. crim., 23 janv. 1947 : *Gaz. Pal.* 1947, 1, p. 76.

⁹³⁶ Cf. article 4, alinéa 2, du Code de procédure pénale version du 5 mars 2007 « Il est sursis au jugement de cette action tant qu'il n'a pas été prononcé définitivement sur l'action publique lorsque celle-ci a été mise en mouvement ».

⁹³⁷ C'est-à-dire que l'arbitre est apte pour juger si l'instance pénale a empiété ou influencé le jugement du différend dont il est saisi

⁹³⁸ CA Paris, 30 mars 1995, *Rev. arb.*, 1996, p. 131, obs. Pellerin.—CA Paris, 16 juin 1994, *Rev. arb.*, 1996, p. 135, note Perllerin.—E. LOQUIN, *Les conséquences de la règle le criminel tient le civil en état sur l'arbitrage*, *RTD com.* 1997, p. 231.

action expose l'influence découlant procès civil a émis sur le différend⁹³⁹. Et d'après l'article 1472 du Code de procédure civile, cette décision surseoit le déroulement de l'instance.

218. La gestion des différends fiscaux est normalement réservée particulièrement à une catégorie de juridictions exclusivement étatiques. Cependant, lorsque le différend fiscal surgit entre particuliers, la mise en cause du droit fiscal ne surseoit pas l'aptitude de l'arbitre⁹⁴⁰. Par exemple, les contentieux qui qualifient l'aptitude arbitrale dans ce domaine sont les différends ayant trait aux garanties du passif et aux clauses d'impôt. Malheureusement, d'une part, l'arbitre doit surseoir à statuer lorsque le fond du différend conditionne sa solution entre les litigants. D'autre part, il peut réprimer le contrat en l'annulant à cause de la violation de l'ordre public fiscal.

219. L'enclenchement d'une procédure collective contre une partie dans le cadre d'une convention d'arbitrage réduit l'arbitrage dans son exploration⁹⁴¹. Toutefois, dans ce domaine, les solutions dépendent de la législation nationale que le différend concerne⁹⁴². En France, les limites relatives à l'arbitrabilité de ces différends résultent d'une procédure collective sans oublier les statuts d'ordre public⁹⁴³. Ces restrictions dotées de lois de police française, ne sont pas primordiales dans le cas d'une procédure en France⁹⁴⁴. Pour le cas des procédures

⁹³⁹ CA Paris, 13 févr. 2003, *Rev. arb.* 2004, p. 311, note J.-B. Racine.

⁹⁴⁰ J.-P. LE GALL, *Arbitrage et fiscalité*, *Rev. arb.* 1994, p. 3.

⁹⁴¹ Cf. P. ANCEL, Arbitrage et procédure collective après la loi du 25 janvier 1985, *Rev. Arb.* 1983, p. 255 – E. JOLIVET, Quelques exemples de traitement du droit des procédures collectives dans l'arbitrage, *Chronique de jurisprudence arbitrale CCI, Cah. arb.*, vol. IV, Pedone 2008, p. 351.

⁹⁴² Par exemple, la validité ou l'annulation à cause de l'ouverture d'une procédure collective, des clauses d'arbitrage déjà stipulées. Il y a éventualité pour les organes de représentation du débiteur qui ont failli de conclure ultérieurement des conventions d'arbitrage. Car une force requise peut variablement impacter l'ouverture d'une procédure collective sur une instance arbitrale en cours.

⁹⁴³ D'après le concept français selon la note de P. ANCEL, le but poursuivi dans le cadre d'une procédure collective est relié d'une part à la poursuite de l'activité de l'entreprise, et d'autre part à la protection de l'emploi et de l'apurement du passif. Tout cela implique donc une multiplicité de contentieux attachée à la procédure collective entre les mains du juge de la procédure. En raison de la convention d'arbitrage qui doit conduire à un seul règlement décentralisé et éparpillé, le juge qualifié pour gérer ce contentieux ne peut être un arbitre. Les décisions relatives à l'ouverture de la procédure collective relevant du dessaisissement du débiteur, à la nullité des actes conclus pendant la période suspecte, ou encore aux sanctions spécifiques pouvant être prononcées contre les chefs étatiques ne sont pas de l'aptitude arbitrale. En général, un tribunal arbitral n'est pas compétent pour trancher les contestations éventuellement évitables si le débiteur n'avait pas enfreint la protection dans le cadre du redressement ou de la liquidation judiciaire. Néanmoins, à ce niveau, il urge de s'en tenir aux limites arbitrales que le droit français impose. Car celles-ci peuvent frapper une partie signataire à cause d'une convention d'arbitrage réunissant toutes les possibilités d'arbitrage.

⁹⁴⁴ Cf. à ce propos, Civ. 1^{re}, 3 avr. 2001, *Rev. arb.*, 2003, p. 220, obs. Ph. FOUCHARD : « Lorsqu'une sentence arbitrale rendue à l'étranger ne tranche qu'un litige entre un vendeur en faillite dans son pays et un acheteur français, les dispositions du droit français de la liquidation judiciaire qui sous-tendent l'ordre public international dont la violation est invoquée ne sont pas applicables ». Cf. également dans la jurisprudence arbitrale, Sent. CCI n° 9163 (2001), JDI 2005, p. 1283, obs Y. D. et B. D., qui estime que « les dispositions du droit français imposant un sursis des demandes individuelles sont les lois de police ».

ouvertes à l'étranger, le juge français sollicité à l'instar du juge du siège de l'arbitrage ou de *l'exequatur* de la sentence arbitrale n'est toujours pas obligé de s'en tenir aux éventuels principes établis par l'État. En revanche, lorsque la procédure collective se déclenche dans un État faisant partie de l'Union européenne, le juge étatique est soumis à cette obligation selon le Règlement du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité. D'après l'arbitrage international, une accentuation des dispositions de la *lex concursus*⁹⁴⁵ se révèle en termes d'application de lois de police⁹⁴⁶. Celles-ci restent incontournables pour connaître les restrictions précises de l'aptitude du juge lorsqu'une des parties aux différends enclenche la procédure collective⁹⁴⁷. Suite à l'étude de la portée de l'inarbitrabilité partielle du droit pénal, du droit fiscal et de la procédure collective, qu'en est-il du droit de la concurrence et du droit de la société (A) sans oublier le droit de la propriété industrielle (B).

A- Les contours de l'arbitrabilité du droit de la concurrence et du droit des sociétés

220. La question de l'arbitrabilité du droit de la concurrence s'est révélée en droit européen de la concurrence dans le cadre de l'arbitrage international. Les solutions qui recadrent ce domaine, sont modifiables à l'arbitrage interne. Cette modification est relative aux dispositions applicables ainsi qu'à l'aptitude des juges⁹⁴⁸. L'arbitrabilité des différends relatifs aux statuts du droit de la concurrence à l'interne reste incontournable dans le domaine des affaires. Quant à l'article 2060 du Code civil et de sa référence sur les matières relatives à l'ordre public, une progression fulgurante de la jurisprudence se constate en fonction du droit de la concurrence. Les règles absolues du droit de la concurrence peuvent être

⁹⁴⁵ Loi relative à la procédure collective.

⁹⁴⁶ Selon la démarche proposée par l'arbitre international pour traiter les limites relatives à l'arbitrabilité.

⁹⁴⁷ E. JOLIVET, « Quelques exemples de traitement du droit des procédures collectives dans l'arbitrage, Chronique de jurisprudence arbitrale de la Chambre de Commerce International, op cit, pour la pratique des tribunaux CCI en matière de procédures collectives,

⁹⁴⁸ W. ABDELGAWAD, Arbitrage et droit de la concurrence, LGDJ, 2001. « Sur les rapports entre droit de la concurrence et arbitrage »

applicables aux différends par le tribunal arbitral. Dans ce contexte, des effets civils sur les pratiques anticoncurrentielles sont manifestes. La nullité du contrat ou l’octroi des dommages et intérêts sont décrétés à l’aptitude de l’arbitre. Cette aptitude que la jurisprudence lui confère doit s’exercer conformément aux règles de la concurrence. Par conséquent, aucun obstacle ne peut empêcher le prononcé de la nullité par l’arbitre selon l’article L. 420-1 du Code de commerce. En revanche, les restrictions liées à l’aptitude arbitrale suscitent la distinction du « *private enforcement* »⁹⁴⁹ et le « *public enforcement* »⁹⁵⁰ du droit de la concurrence⁹⁵¹. La compétence arbitrale n’est valable que dans le cadre du « *private enforcement* » souvent confié au juge. Et l’arbitre subira certainement les éventuelles conséquences civiles non conformes au droit de la concurrence. Dans ce contexte, le prononcé des injonctions ou des amendes lui seront quasi impossibles⁹⁵². L’arbitre ne peut exercer les prérogatives reconnues aux autorités qui contrôlent la libre concurrence et spécialement aux responsables de la concurrence en France. Ainsi, lorsque l’aptitude du juge étatique n’est pas valable, celle de l’arbitre ne saurait l’être.

221. D’après le droit commun, la contestation que révèlent les statuts d’ordre public relatifs aux contentieux du droit des sociétés ne paralyse pas l’aptitude du tribunal arbitral⁹⁵³. Les différends qui relèvent de la matière des sociétés sont principalement arbitrables⁹⁵⁴ notamment les contentieux conventionnels de vote⁹⁵⁵, les clauses léonines⁹⁵⁶, sans oublier

⁹⁴⁹ En droit de la concurrence, « *private enforcement* » représente l’action privée recouvrant les procédures engagées par une personne physique ou morale, une organisation ou une entité publique dans le cadre par exemple des affaires de soumission concertée, d’une collectivité locale ou d’un organisme de passation des marchés afin qu’un juge constate une violation du droit de la concurrence et ordonne la réparation du préjudice subi ou prenne des mesures provisoires ou conservatoires.

⁹⁵⁰ En droit de la concurrence, « *public enforcement* », désigne en français l’action publique. Elle représente une procédure menée par l’autorité de la concurrence ou le ministère public pour sanctionner par exemple les auteurs de violations des règles de la concurrence.

⁹⁵¹ L. IDOT, La place de l’arbitrage dans la résolution des différends de droit de la concurrence, D. 2007, p. 2681- 2682.

⁹⁵² En matière d’arbitrage international, à propos du droit communautaire de la concurrence, mais la solution est transposable à l’arbitrage interne : Paris, 19 mai 1993, *Labinal*, RTD com. 1993, p. 492, obs. E. LOQUIN *op. cit.*

⁹⁵³ D. COHEN, *Arbitrage et sociétés*, LGDJ, 1993, p. 259.

⁹⁵⁴ CA Paris, 6 janv. 1984, *Rev. arb.* 1985, p. 279. CA Paris, 3^e ch., 17 janv. 1977, inédit, cité par D. COHEN, *op. cit.*

⁹⁵⁵ Ibid

⁹⁵⁶ Contentues des statuts d’une société ou d’acte séparé conférant à une partie des droits disproportionnés à ces obligations. – CA Paris, 9 juin 1983, *Rev. arb.* 1984, p. 497, note M. Vasseur.

l'exercice de l'action *ut singuli*⁹⁵⁷ à l'encontre des dirigeants sociaux⁹⁵⁸. Toute transgression de l'ordre public sociétal est passible de réprimande par le tribunal arbitral. La Cour de cassation⁹⁵⁹ et la cour d'appel⁹⁶⁰ reconnaissent aux arbitres l'aptitude de dissoudre une société. Car la clause compromissoire contentieuse n'entrave pas ce droit, au contraire elle lui attribut un effet. En revanche, il faut préciser que les actions en nullité des sociétés étaient frappées d'inarbitrabilité parce que la protection de l'intérêt des tiers l'approuvait. En guise d'illustration, « les tiers, qui ont contracté avec la société ou qui vont être amenés à le faire, sont motivées par la validité de celle-ci et du respect des règles stipulées à peine de nullité. Dès lors, il ne saurait être question de confier à un tribunal arbitral le soin d'arbitrer la validité de la société »⁹⁶¹. En outre, de récents auteurs ont approuvé le rapport de l'arbitrage et de l'intérêt de tiers. D'après leur conception, aucune entrave n'est liée à cette relation, du moment où la société ainsi que les associés ne peuvent se prévaloir de la nullité de la société à l'égard des tiers de bonne foi⁹⁶². Toutes immixtions des arbitres dans ce domaine restent bien conformes aux dispositions de la loi⁹⁶³, et la jurisprudence a progressé dans cet élan. Pour illustration, un juge étatique était saisi pour un contentieux relatif à une action en nullité d'une société parce que cette dernière a méprisé la clause compromissoire statutaire. La Cour de cassation⁹⁶⁴ ayant intervenue a notifié que le juge étatique devait se déclarer inapte⁹⁶⁵. Car l'aptitude exclusive des tribunaux de commerce est incompatible à ce différend et la clause d'arbitrage n'est pas en réalité valable.

⁹⁵⁷ Droit reconnu à un associé d'une société pour attaquer en justice ses co-gérants suite à des fautes qu'ils ont commis afin d'obtenir réparation du préjudice causée à la société.

⁹⁵⁸ CA Paris, 7 oct. 2014, *Rev. arb.* 2015, p. 528, note Cohen.

⁹⁵⁹ Cass. com., 30 janv. 1967, D. 1968, p. 320.

⁹⁶⁰ CA. Paris, 22 mars 1991, *Rev. arb.* 1992, p. obs. Cohen.

⁹⁶¹ J. ROBERT, *Arbitrage civil et commercial*, 4^e éd., n° 99.—Cass. com., 18 juin 1958 : *Bull. civ.* 1958, III, n° 52, p. 213. CA Douai, 8 juill. 1955 : *Rev. arb.*, 1956, p. 50.

⁹⁶² D. COHEN, *Arbitrage et sociétés*, op. cit. p 302.

⁹⁶³ E. SCHOLASTIQUE, *Arbitrage et droit des sociétés, Dr. et patrimoine*, juin 2002, n° 105, p. 61.

⁹⁶⁴ Cass. com., 9 févr. 2002, *Rev. arb.*, 2003, p. 103, note P. Didier

⁹⁶⁵ Cette décision fut approuvée et notifiée par un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 20 janvier au 7 avril 2015. La Cour de cassation admet la clause statutaire envisageant une procédure d'arbitrage dont l'objet des différends peut s'échelonner au cours de la gestion de la société ou au cours de sa liquidation. Cette clause ne peut effectivement pas s'appliquer à un différend qui traite de la dissolution d'une société. D'après la Cour de cassation, la prononciation de cette dissolution incombe à l'aptitude du tribunal arbitral.

B- Les raisons d'une inarbitrabilité potentielle en droit de la propriété industrielle

- 222.** Bien avant la loi du 2 janvier 1968, toutes les actions en nullité et en déchéance qui découlent de la propriété des brevets étaient communicables au ministère public⁹⁶⁶. Tout ce qui relevait de cette matière était exclu à l'arbitrage par le code de procédure civile⁹⁶⁷ et par la jurisprudence⁹⁶⁸. En effet, cette question devait être traitée, mais, l'article 68 de cette loi s'y oppose⁹⁶⁹ et cette jurisprudence hostile à l'arbitrage a été l'objet d'une critique sans fin par la doctrine⁹⁷⁰. Ces contradictions doctrinales devaient contraindre le législateur à modifier le texte de la loi de 1968⁹⁷¹. Mais celle-ci fut complétée par la loi n° 78-742 du 13 juillet 1978 qui est devenue l'article principal en termes de la propriété intellectuelle⁹⁷². Elle confirme que l'aptitude conférée aux tribunaux de grandes instances ne constitue « pas d'obstacle au recours à l'arbitrage dans les conditions prévues aux articles 2059 et 2060 du Code civil »⁹⁷³. En outre, suite à la révision de la législation du 17 mai 2011, le Code de la propriété intellectuelle anticipe l'arbitrabilité à l'égard de l'entière de ses droits d'après les dispositions du code civil⁹⁷⁴. Tout différend relatif à un brevet d'invention reste arbitral.
- 223.** En France à l'instar de nombreux autres pays, l'arbitrabilité des différends relatifs à la propriété industrielle subit encore de restrictions. Toutefois, les solutions sont diversifiées en

⁹⁶⁶ Art. 4 et 36 de la loi du 05 juillet 1984 sur les brevets.

⁹⁶⁷ Art. 1004 du Code de procédure civile.

⁹⁶⁸ CA Paris, 6 nov. 1971 : DS 1972, p. 342, note J. Robert.

⁹⁶⁹ Loi du 02 janvier 1968 « l'ensemble du contentieux né de la présente loi est attribué aux tribunaux de grande instance ».

⁹⁷⁰ A. FRANÇON, L'arbitrage en matière de brevets et la jurisprudence », *Rev. arb.* 1975, p. 143.—Y. DERAIS, « Arbitrage et brevets d'invention : DPCI 1975, t. I, p. 91 s— M. VIVANT, Juge et loi du brevet, Litec, 1977, n° 24 s. A. CHAVANNE Arbitrage et transfert de brevets, savoir-faire, marques de fabrique et de commerce et d'autres droits de nature à promouvoir la coopération internationale, *Rev. arb.* 1977, p. 5 s.

⁹⁷¹ A. CHAVANNE, *Droit de la propriété industrielle*, 1^{re} éd Dalloz 1976, p. 236.

⁹⁷² Art. L. 615-17 du Code de la propriété intellectuelle.

⁹⁷³ B. OPPETIT, L'arbitrage en matière de brevets d'invention après la loi du 13 juillet 1978, in *Arbitrage et transfert de techniques : Rev. arb.*, 1979, p. 83 s.

⁹⁷⁴ Arts. 2059 et 2060 du Code civil ; CPI, art. L. 331-1 en matière de propriété littéraire et artistique. CPI, art. L. 521-3-4, en matière de dessins et modèles. CPI, art. L. 615-17, en matière de brevet. CPI, art. L. 623-31 en matière d'obtentions végétales. CPI, art. L. 716-4, en matière de marque et CPI, art. L. 722-8, en matière d'indications géographiques.

droit comparé. Afin d'apprécier les conséquences respectives de ces restrictions à l'international, il faut s'attarder sur les lois de police françaises ou étrangères qui sont incontournables. En résumé, la solution proposée par la cour d'appel de Paris révèle des difficultés de mise en œuvre. En revanche, la reconnaissance de l'aptitude de l'arbitre n'aboutit à rien, car l'attribution de l'autorité de chose jugée conférant un effet absolu à la décision de l'arbitre reste la solution adoptée par certains droits étrangers⁹⁷⁵. Il serait judicieux d'adopter l'ultime aptitude du juge étatique sur les questions relatives à la validité du titre, en dépit des obstacles qu'affiche cette solution dans le cadre de l'arbitrage. Nonobstant, les solutions élaborées, certaines règles peuvent être qualifiées de lois de police françaises qui révèlent les limites attachées à l'inarbitrabilité des différends relatifs à la propriété industrielle en droit français. Celles-ci sont effectives lorsqu'elles sont applicables aux contentieux ou lorsque le titre a été délivré par une autorité française.

224. Lorsque le titre délivré est étranger, le juge français, peut automatiquement appliquer ces solutions. Certes, de nombreux droits étrangers affichent des limites à l'arbitrabilité des différends qui ont trait à la propriété industrielle en France. Le juge français devrait considérer ces règles absolues parce qu'elles sont issues de l'Etat qui a délivré le titre en question.

§ II- Appréciation critique de la position française sur l'inarbitrabilité en droit français

225. Pendant de longues années, le droit français a émis une restriction sur l'arbitrabilité des différends. L'article 2059 du Code civil dispose que « toutes personnes peuvent compromettre sur les droits dont elles ont la libre disposition ». L'arbitrabilité est définie par la libre disposition des droits litigieux qui confèrent des avantages à l'arbitrage. Toutefois,

⁹⁷⁵ F. PERRET, *L'arbitrabilité des contentieux en matière de brevets d'invention*, p. 232. En Belgique et en Suisse la décision de l'arbitre constatant la nullité du brevet peut conduire à la radiation du titre sur le registre des brevets.

les deux articles qui succèdent la précédente disposition citée, viennent contredire cette première affirmation. La disposition selon laquelle l'« on ne peut compromettre sur les questions d'état, de capacité des personnes, sur le divorce et la séparation de corps ou sur les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics et plus généralement dans toutes les matières intéressant l'ordre public »⁹⁷⁶ révèle bien l'inarbitrabilité de certaines matières. Le législateur devient ainsi hostile à la clause compromissoire à cause de sa non-conformité à la loi. C'est ce qui suscite la prohibition de tout ce qui ressort des actes civils et des actes mixtes. Bien que la jurisprudence soit intervenue pour réduire au maximum la portée de l'article 2060 dans le cadre de l'arbitrage interne, le législateur n'a pas manqué de modifier l'article 2061 pour promouvoir la clause compromissoire. Les dispositions relatives à l'arbitrage international, furent écartées d'une manière excessive par la jurisprudence. En conséquence, l'arbitrabilité des différends internationaux en droit français ainsi que les critères établis par le Code civil sont relativement inopérants. Les solutions du droit français dans le cadre des contentieux internationaux démontrent une progression qui est conçue par la jurisprudence française⁹⁷⁷. Dans le but d'approfondir cette approche critique, nous éluciderons les critères inopérants qui d'une part sont la neutralisation jurisprudentielle successive de l'article 2060 du Code civil (A) et l'exclusion jurisprudentielle de l'article 2061 du Code civil (B).

A- La neutralisation jurisprudentielle réformatrice de l'article 2060 du Code civil

226. Il n'existe aucune jurisprudence chaotique que celle qui ressort de l'article 2060 du Code civil. Le sens réel de l'article 2060 d'après son énonciation susmentionnée n'était pas facile à gérer. Il suscite une complexité relative à l'ordre public. Cette référence a longtemps compliqué les rapports entre l'arbitrage et l'ordre public. Au début, elle a été discernée

⁹⁷⁶ Art. 2060 du Code civil.

⁹⁷⁷ Selon l'ordre qui régit la règle matérielle et la validité d'une convention d'arbitrage internationale.

comme excluant l'arbitrage au moment de l'implication de l'ordre public⁹⁷⁸. Lorsqu'une législation d'ordre public doit s'appliquer à un contentieux, il ne pouvait être soumis à l'arbitrage quand sa résolution emporte une interprétation ou l'application des règles d'ordre public⁹⁷⁹. Heureusement la jurisprudence après l'avoir entendue, neutralise l'article 2060, aussi bien dans l'arbitrage interne que dans l'arbitrage international. Néanmoins, la réduction de la portée de ce texte par la jurisprudence n'a fait qu'affranchir et progresser sa distinction peu décisive⁹⁸⁰. L'évolution de cette jurisprudence dominante, ainsi que la suite de l'arrêt Tissot de 1950⁹⁸¹ prouve que « la nullité du compromis ne découle pas de ce que le litige touche à des questions d'ordre public, mais uniquement du fait que l'ordre public a été violé⁹⁸² ». L'inarbitrabilité du différend ne dépend pas du seul fait que le contrat en question est soumis à une réglementation d'ordre public. Car, même si l'opération contentieuse est frappée d'illicéité, celle-ci doit être inarbitrable comme ayant contrevenu à une règle d'ordre public⁹⁸³. Cette position a subsisté durant de longue année dans la jurisprudence⁹⁸⁴. La jurisprudence estimait que « le caractère contractuel et privé de l'arbitrage interdit à la juridiction arbitrale, [...] dans les matières régies par des dispositions impératives, de sanctionner une violation de l'ordre public. Et une telle prérogative appartient aux seuls

⁹⁷⁸ Interprétation donnée par la jurisprudence du XIXe siècle de l'article 1004 CPC, qui avait précédé l'article 2060 du Code civil avant la loi du 5 juillet 1972 : Civ., 9 janv. 1854, DP 1854, 1, p. 69 ; Req. 7 nov. 1865 – D. 1866, 1, 204 ; Req. 6 juill. 1899, S. 1901, 1, 357 – D. 1899, 1, 50. JCP 1955, II, 8438, note H. MOTULSKY ; *Rev. arb.*, 1955, p. 21.

⁹⁷⁹ Une telle interprétation manifestait une méfiance évidente à l'égard de l'arbitre pour assurer la défense de l'ordre public. Toutefois, sur un plan pratique, elle était particulièrement défavorable au développement de l'arbitrage. Dans un premier temps, elle en restreignait considérablement le domaine d'application, compte tenu du nombre important de dispositions d'ordre public applicables aux activités économiques. Dans un second temps, elle favorisait les manœuvres dilatoires au cours des instances arbitrales : il suffisait à un défendeur, poursuivi en exécution d'un contrat devant un tribunal arbitral, d'invoquer la prétendue nullité de ce contrat en vertu d'une règle d'ordre public, pour échapper, au moins temporairement, à l'arbitrage. De cette interprétation relative à l'article 2060 du Code civil, l'arbitre inapte peut surseoir à cette question dans l'attente de la décision du juge étatique sur l'exception de nullité juste pour éviter la censure de sa sentence. Mais cette interprétation fut contredite par la doctrine.

⁹⁸⁰ L. IDOT, *Rapport introductif*, in *Competition and arbitration law*, Publ. CCI n° 480/3, 1993, p. 11-22 ; et J.-B. RACINE, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, LGDJ, 1999, p. 121, dans le cadre de cette progression en droit français

⁹⁸¹ Com., 29 nov. 1950, *Tissot*, JCP, IV, 5 ; D. 1951, p. 170 – *RTD civ.* 1951, p. 106, obs HÉBRAUD ; *RTD com.* 1951, p. 275, obs. BOITARD .

⁹⁸² Paris, 15 juin 1956, *Rev. arb.* 1956, p. 97 ; JCP 1956, II, 9419, note H. MOTULSKY.

⁹⁸³ Lorsque la violation de règles d'ordre public est invoquée devant un tribunal arbitral, l'arbitre doit vérifier la validité de son investiture. Au cas où la situation conflictuelle est licite, il doit poursuivre sa mission et statuer sur la demande principale. S'il constatait au contraire une violation de l'ordre public, il doit se déclarer incompétent. L'arbitre peut donc constater une violation de règles d'ordre public, mais non en tirer d'autre conséquence que son incompétence, puisque le pouvoir de sanctionner cette violation ne lui est pas reconnu.

⁹⁸⁴ Paris, 22 mai 1980, et Com., 21 octobre, *Dauphin c/ Decaux*, *Rev. arb.* 1982, p. 264, note J.-B. BLAISE – Com., 26 sept. 1984, *Rev. arb.* 1986, p. 442, note P. ANCEL.

tribunaux de l'État »⁹⁸⁵. Cette solution avait pour mission d'éradiquer les risques de manœuvres dilatoires car l'invocation d'une violation des règles d'ordre public ne peut remettre en cause ou surseoir un arbitrage⁹⁸⁶. Elle exige un bond en avant dans le fond du contentieux, puis un retour en arrière sur sa seule aptitude. Ce qui est un peu absurde car l'arbitre serait incité à commettre une erreur pour préserver l'ordre public. Certains trouvaient que « l'arbitre ayant constaté l'illicéité est inapte pour prononcer la nullité »⁹⁸⁷. Juste après cette approche, la jurisprudence a conclu qu'en matière internationale, « l'arbitrabilité d'un contentieux n'est pas exclue du seul fait qu'une réglementation d'ordre public est applicable au rapport de droit litigieux. L'arbitre est apte pour apprécier sa propre aptitude quant à l'arbitrabilité du litige au regard de l'ordre public international. Il est apte pour appliquer les statuts dérivant de cet ordre public et il a le pouvoir de sanctionner toute éventuelle méconnaissance avec le concours du juge de l'annulation »⁹⁸⁸. Cette solution est également valable à l'arbitrage interne selon la cour de cassation qui affirme : « il appartient à l'arbitre, hors les cas où l'inarbitrabilité relève de la matière, de mettre en œuvre les règles absolues du droit, avec le concours du juge de l'annulation »⁹⁸⁹. Désormais, l'implication de règles d'ordre public au fond du litige ne s'oppose plus à l'arbitrage⁹⁹⁰. En revanche,

⁹⁸⁵ Paris, 20 janv. 1989, *SPD c/ DPF*, *Rev. arb.* 1989, p. 280 (2^e esp.), obs. L. IDOT. Mme IDOT estimait que la solution, posée à propos d'un arbitrage interne, était, dans l'esprit des juges, identique en matière d'arbitrage international (n° 17, p. 302).

⁹⁸⁶ Malgré l'insuffisance de cette solution, l'arbitre ne peut toujours pas sanctionner de son propre gré la violation d'une règle d'ordre public. Il est donc impossible de le saisir à titre principal d'une demande de nullité invoquée en défense pour une action en exécution d'un contrat qui est avérée en raison de son inaptitude. En outre, la solution compliquait passablement la tâche de l'arbitre pour un gain tout relatif. En effet, afin de contrôler l'arbitrabilité du différend, la solution exige une étude approfondie sur le fond du contentieux pour mieux apprécier la pertinence de l'argument prétendu illicite dans le cadre du contrat au regard de l'ordre public. Ce mécanisme consiste à enjoindre l'arbitre à éventuellement s'arrêter là où il constatait effectivement une illicéité.

⁹⁸⁷ P. MAYER, *Le contrat illicite*, *Rev. arb.*, 1984, p. 205, spéc. p. 212.

⁹⁸⁸ Paris, 19 mai 1993, *Labinal*, *Rev. arb.*, 1993, p. 645, note Ch. JARROSSON – *JDI* 1993, p. 957, note L. IDOT ; *RTD com.* 1993, p. 492, obs. J.-C. DUBARRY et E. LOQUIN. Déjà, s'orientant vers cette solution : Paris 12 janv. 1993, *Norbert Beyrand*, *Rev. arb.* 1994, p. 685 – Paris, 29 mars 1991, *Ganz*, *Rev. arb.* 1991, p. 478, note L. IDOT – Paris, 16 févr. 1989, *Almira Films*, *Rev. arb.* 1989, p. 711, note L. IDOT. Adde : *Pour le droit des faillites* – Paris 20 sept. 1995, *Matra Hachette*, *Rev. arb.* 1996, p. 87, note D. COHEN ; à propos de la loi du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance, Paris, 10 sept. 1997, *Chambon*, *Rev. arb.* 1999, p. 121, obs. D.B.

⁹⁸⁹ Com., 9 avr. 2002, *Toulousy*, *Rev. arb.* 2003, p. 103 (2^e esp.), note P. DIDIER – *D.* 2003, p. 1117, note L. DEGOS, 2003, somm., p. 2470, obs. Th. CLAY – *JPC G* 2003, I, 2003, I, 2003, n° 2, obs. Ch. SERAGLINI ; *RTD com.* 2003, p. 62, obs. E. LOQUIN.

⁹⁹⁰ Le tribunal arbitral, qui constate une contrariété à l'ordre public, a le pouvoir de la sanctionner lui-même, par exemple en prononçant la nullité du contrat. Plus généralement, il est compétent pour appliquer les règles d'ordre public. Aux yeux du juge français, il a même le devoir de les appliquer, puisque sa compétence s'exerce sous contrôle du juge de l'annulation. Au cas où la non-arbitrabilité relève de la matière en ce qu'elle intéresse au plus près l'ordre public international, elle exclut de manière absolue la compétence arbitrale du fait de la nullité de la convention d'arbitrage.

l'aptitude du juge étatique devant les différends non-arbitrables a été marquée par la confiance et la sécurité. Et cette distinction reconnue aux arbitres consiste à la reconnaissance de l'arbitrage dans le cadre des contentieux qui découlent du *Securities Act*⁹⁹¹ ainsi que du droit *antitrust*⁹⁹². Elle fut inaugurée par la Cour suprême des États-Unis⁹⁹³ et ensuite elle a été propagée partout dans le monde⁹⁹⁴. Les arbitres internationaux l'ont parfaitement assimilée et se reconnaissent aptes pour traiter les différends qui s'opposent aux statuts d'ordre public national dans un contentieux international⁹⁹⁵. Même si la notion de l'inarbitrabilité relevant de la matière, ou par nature, est toute relative, particulièrement à l'arbitrage international⁹⁹⁶, au regard du droit français, les différends d'ordre extrapatrimonial le sont également. Si le sort de l'article 2060 du Code civil a été sans cesse contesté, neutralisé par la jurisprudence en matière internationale qu'advierait-il de l'article 2061 ?

B- L'éviction jurisprudentielle de l'article 2061 du Code civil

227. L'application de l'article 2061 du Code civil dans son ancienne énonciation fut de préférence écartée dans le cadre de l'arbitrage international. Cette formulation s'établissait

⁹⁹¹ Cour suprême des États-Unis, 17 juin 1974, *Rev. arb.* 1975, p. 213, note H. GAUDEMET-TALLON et D. TALLON

⁹⁹² Cour suprême des États-Unis, 2 juill. 1985, *Mitsubishi c/ Soler*, *Rev. arb.* 1986, p. 273.

⁹⁹³ Le tribunal cantonal vaudois dès 1975, invitait à distinguer dans un différend impliquant le droit communautaire de la concurrence, « *l'objet de l'arbitrage, qui est un litige portant sur un droit relevant de la libre disposition des parties, et les règles légales qui sont applicables à la solution du différend* » : Tribunal du Canton de Vaud, 28 oct. 1975, *Ampaglas*, *JT* 1981, III, 71.

⁹⁹⁴ B. HANOTAU, L'arbitrabilité et la favor arbitrandum : un réexamen, *JDI op.cit.*, p. 899 – D. HASCHER, Rapport introductif, in *Competition and arbitration law*, op.cit., 153 – A. KIRRY, « Arbitrability : Current Trends in Europe », *Arb. Int.* 1996, vol. 12, n°4 p. 373 – A. ROGERS, *Arbitrability*, *Arb. Int.* 1994, vol. 10, n° 3, p. 263 – E. A. SCHWARTZ, The domain of arbitration and issues of arbitrability : the view from ICC, *Foreign Investment Law Journal* 1994, vol. n° 1, p. 17, spéc. p. 18 – Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage international*, op.cit., p. 345 – J.-B. RACINE, L'arbitrage commercial international et l'ordre public, op. cit., – S. BREKOULAKIS, dir., *Arbitrability : International and comparative Perspectives*, Kluwer Law International, p. 79.–J.-B. RACINE, L'arbitrage commercial international et l'ordre public, op.cit. p. 251 ; et aussi, S. BREKOULAKIS, dir., *Arbitrability : International and comparative Perspectives*, op.cit.

⁹⁹⁵ Sent. CCI n° 8626 (1996), *JDI* 1999, p. 1073, obs. J.-J. A. SOUYRIS, qui reprend la formule de l'arrêt Labinal selon laquelle « l'arbitrabilité d'un litige n'est pas exclue du seul fait qu'une réglementation d'ordre public est applicable au rapport de droit litigieux » – Sent. CCI n° 12193 (2004), *JDI* 2007, p. 1276, obs. E. S.- R. Cf. également les nombreux exemples cités en matière de droit de la concurrence, droit de la propriété industrielle, droit des procédures collectives, d'embargo ou de corruption, ou encore de concession exclusive de vente, par FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage international*, op. cit.

⁹⁹⁶ Sur cette relativité en matière internationale et déjà en matière interne.

sur un principe qui prohibait la clause compromissoire en toute légalité⁹⁹⁷ afin d'exiger un autre principe contraire à la précédente. L'arrêt *Hecht* avait déjà retenu que la proscription de la clause compromissoire dans un acte mixte était inapplicable en matière internationale⁹⁹⁸. En outre, dans l'arrêt *Zanzi*, la cours de cassation a précisé qu'« il résulte du principe de validité de la clause d'arbitrage international, sans condition de commercialité [...] que l'article 2061 du Code civil est sans application dans l'ordre international »⁹⁹⁹. Après cette réforme effectuée par la loi du 15 mai 2001¹⁰⁰⁰ sur l'article 2061, le régime de la clause compromissoire en droit interne a été modifié de fond en comble. Parce que la clause est bien désormais effective et valable, en guise des réglementations législatives spécifiques dans le cadre des contrats conclus à raison d'une activité professionnelle. D'où, un principe de licéité qui suit et remplace le principe d'interdiction. Et la question de l'éventuelle application du nouvel article 2061 du Code civil à l'arbitrage international fut établie¹⁰⁰¹. En revanche, une réponse ministérielle du 31 janvier 2002 suite à la question écrite d'un sénateur sur l'application du nouvel article 2061 à l'arbitrage international avait causé une confusion¹⁰⁰². D'après la garde des Sceaux qui avait rappelé le mécanisme de cette procédure¹⁰⁰³, la restriction issue de l'article 2061 prônant l'activité professionnelle « devrait être élargie aux contrats internationaux conclus par les consommateurs domiciliés en France avec des professionnels résidants à l'étranger. Car la stipulation d'une clause compromissoire dans ce type de contrats met le consommateur en danger ». La preuve de cette application était, selon la ministre, l'obligation absolue de protéger un non-

⁹⁹⁷ Sur l'évolution de l'article 2061 du Code civil en matière interne.

⁹⁹⁸ Civ. 1^{re}, 4 juill. 1972, *Hecht*, *RCDIP* 1974, p. 82, note P. LEVEL – *JDI* 1972, p. 843, note B. OPPETIT. Au demeurant, la France avait auparavant signé le protocole de Genève du 24 septembre 1923 qui visait à reconnaître la validité de la clause compromissoire en matière internationale, mais uniquement dans les rapports entre parties situées dans des États signataires.

⁹⁹⁹ Civ. 1^{re}, 5 janv. 1999, *Zanzi*, *Rev. arb.* 1999, p. 260, note Ph. FOUCHARD – *RTD com.* 1999, p. 380, obs. E. LOQUIN.

¹⁰⁰⁰ Loi NRE 2001-420 du 15 mai 2001.

¹⁰⁰¹ En effet le législateur n'avait pas abordé cet aspect, et il était prétendu que la jurisprudence déciderait également d'écarter le texte nouveau dans l'arbitrage international.

¹⁰⁰² Rép. Min. n° 35415, *JO Sénat Q*, 31 janv. 2002, p. 341 – *Rev. arb.* 2002, p. 241, obs. Ph. FOUCHARD.

¹⁰⁰³ Cette procédure rappelle l'exclusion jurisprudentielle antérieure et réserve son interprétation à la souveraineté des tribunaux.

professionnel à l'international. En revanche, la doctrine fut hostile à cette réponse, et la ministre en a éprouvé une gêne jusqu'à émettre une méfiance à l'égard de l'instrument de protection présenté¹⁰⁰⁴. Les problèmes engendrés par la clause compromissoire dans un contrat international de consommation restent très délicat. Leur résolution ne peut être satisfaisante par l'application systématique de l'article 2061 du Code civil, car d'importantes interrogations se mettent sur l'activité professionnelle. Généralement, ces questions interviennent par rapport aux conditions d'application matérielles et spatiales dans un contexte international. L'élaboration d'une solution spécifique à l'arbitrage international dans le cadre de la protection de la partie faible est une option avantageuse. D'après toutes les présomptions, il était invraisemblable que la jurisprudence respecte l'avis de la ministre. Et elle a depuis lors, confirmé sa solution antérieure¹⁰⁰⁵.

¹⁰⁰⁴ Sur la nécessité d'une telle protection du consommateur face à l'arbitrage international et le caractère insatisfaisant du droit positif français actuel.

¹⁰⁰⁵ Civ. 1^{re}, 28 janv. 2003, *RCDIP* 2003, p. 641, note F. JAULT-SESEKE – *Rev. arb.* 2003, p. 1337, obs. C. LEGROS – *JDI* 2003, p. 473, note Ph. KAHN – Paris, 21 janv. 2009, *Rev. arb.* 2009, p. 430.

Conclusion du chapitre II

229. Eu égard à toutes ces analyses sur l'inarbitrabilité, le dernier consensus qui vient d'être élucidé ne fait qu'accentuer l'aptitude des arbitres dans la résolution des différends relatifs au commerce international. Le système arbitral s'amplifie et devient de plus en plus efficace malgré les règles qui sous-tendent l'inarbitrabilité en raison des règles d'ordre public. En effet, le fait de surseoir l'aptitude des arbitres dans le contexte des règles d'ordre public en cause, suscite des incompréhensions. D'ailleurs, l'incertitude naissant sur l'efficacité de la stipulation d'une clause d'arbitrage déclenche les manœuvres dilatoires. Car la majeure partie des contentieux relatifs au commerce international retirée aux arbitres déclenche la dispersion de leur résolution. En revanche, la confiance décernée aux tribunaux arbitraux n'est pas aveugle. Car la plus part des États ont omis de leur donner un blanc-seing¹⁰⁰⁶. Ils ont simplement considéré que les arbitres sont capables d'assumer l'application des lois de police. Aussi, selon ces États, la mission de vérification des arbitres peut être repoussée au stade de l'examen de la sentence arbitrale. En outre, cette solution en droit français a une portée beaucoup plus large. Elle résulte d'une règle matérielle française propre à l'arbitrage international. Elle émet également des exigences toutes les fois où un juge français est appelé à connaître une convention d'arbitrage international. Par conséquent, toute prohibition analogue à l'article 2061 qui serait posée par un droit étranger ne serait pas prise en compte.

¹⁰⁰⁶ Signature apposée d'avance sur une feuille toute en partie blanche à l'effet de recevoir une convention

Conclusion du Titre II

231. D'après les analyses sur la compétence arbitrale au regard de l'ordre public, la floraison de l'autonomie arbitrale promeut la plupart des matières qui par le passé n'étaient pas arbitrables. Nous remarquons que celles-ci sont aujourd'hui arbitrables car les arbitres sont tolérés à trancher sur la violation de l'ordre public. Ainsi, le domaine de l'inarbitrabilité se réduit de plus en plus. Désormais les matières à l'instar du droit de la concurrence, le droit de la propriété industrielle et le droit des sociétés sont arbitrables. Toutefois, il faut signifier qu'un critère à géométrie variable s'affiche en ce qui concerne la notion de droits disponibles. Car à partir des distinctions faites sur les blocs de matière et en raison des matières juridiques, une relativité s'affiche au cœur des différends ainsi qu'entre les droits arbitrables. A cet effet, les droits patrimoniaux sont disponibles et les droits extrapatrimoniaux sont indisponibles. Mais force est de constater que cette présentation est approximative car l'inarbitrabilité peut être temporaire ou définitive. En revenant sur les droits du salarié dans le cadre du contrat individuel de travail, ceux-ci, malgré leur inexécution au fond par les règles d'ordre public sont très largement indisponibles. Cette confusion fréquente entre les notions d'indisponibilité des droits et la règle d'ordre public régissant au fond le différend trouble le débat relatif aux interprétations données à l'article 2060 du Code civil. Dès lors, cette disposition est perçue à l'instar d'une illustration des droits indisponibles. Car l'article 2059 du Code civil retenant le critère de la libre disponibilité ne détermine pas ainsi le seul critère pertinent de l'arbitrabilité. Si au contraire, l'article 2060 vise, au-delà du critère tiré de la libre disponibilité, d'autres domaines seraient fermés à l'arbitrage.

Conclusion de la Deuxième Partie

233. En dépit des carences révélées dans les systèmes judiciaires et juridiques, force est de constater que les justiciables des États de l'OHADA ainsi que ceux de la France continuent de se référer toujours à l'arbitrage. La référence à cet outil incontournable opère une transformation approfondie dans le commerce international. L'OHADA en s'inspirant de la France fait de l'arbitrage un levier de développement afin de perfectionner la sphère du commerce international et des investissements internationaux. Après vingt ans de création, quoique l'Afrique soit en voie de développement, l'expérimentation des institutions d'arbitrage dans l'espace OHADA ainsi que les prouesses observées révèlent le succès en cours. Par conséquent, s'il faut attribuer une annotation à l'ensemble de ce dispositif, nous dirons que l'arbitrage en Afrique Francophone se trouve au-dessus de la moyenne. L'amélioration de la sécurité judiciaire au sein du commerce international en est une preuve. Même si certaines matières juridiques manquent encore d'experts dans cet espace, l'arbitrage est en bonne marche.

234. En revanche, pour être équitable, le mérite revient également aux juges étatiques de l'espace OHADA. Car leur participation et leur présence dans le déroulement de l'arbitrage, que ce soit en amont ou en aval, représente un sceau de confiance complémentaire à l'égard des opérateurs économiques internationaux. Si les juridictions étatiques à l'interne se sont vues bousculées à l'improviste, cette transition n'a fait que les propulser dans la mondialisation économique. Aussi, la sécurité juridique au sein de l'OHADA a subi une modification suite à la mise en pratique des normes universelles. La technique arbitrale facilite l'usage efficace des outils juridiques occidentaux aux opérateurs économiques de l'Afrique Francophone¹⁰⁰⁷. Suite à l'étude du rapport entre le juge et l'arbitre en droit OHADA, il est bien clair que la collaboration des deux acteurs participe à l'émergence économique et juridique de l'Afrique Francophone. Par ailleurs, les résultats concrets qui découlent de

¹⁰⁰⁷ *Rev. arb.*, 1996, n°3, p. 553 à 558 suivie d'une note de J.-B. LEE.

l'arbitrage au regard de l'ordre public français, affiche un effet variable en fonction du domaine de droit considéré. Une fois de plus, le tribunal arbitral est bien placé pour apprécier la légitimité de l'ampleur des restrictions émises par l'ordre public¹⁰⁰⁸. Malgré ces limites, la diversité des solutions retenues par les droits étatiques d'après l'arbitrabilité des différents domaines approuvent l'application de la démarche recommandée aux experts. Assurément, cette démarche ouvre la porte à une étude selon chaque cas, même si certaines matières sont inarbitrables en raison de l'objet du litige. De plus, ce processus prend en compte la relativité au cœur de l'arbitrabilité des différends en matière internationale.

¹⁰⁰⁸ Sent. CCI n° 12193 (2004), *JDI* 2007, p. 1276, obs. E. S.-R. pour une sentence se rapprochant de la démarche préconisée – Sent. CCI n° 9163 (2001), *JDI* 2005, p. 1283, obs. B. D. et Y.D pour l'adoption de cette démarche au regard des restrictions à l'arbitrabilité éventuellement apportées par la loi française sur les procédures collectives.

CONCLUSION GÉNÉRALE

236. En somme, il découle du rapport entre la justice étatique et la justice arbitrale, une relation de concurrence et de complémentarité que nous resumons. Dans un premier temps, la rivalité menée par l'arbitre à l'égard du magistrat évoque une conséquence évidente et immédiate suite à l'existence d'une convention d'arbitrage. Celle-ci est très généralement admise en droit comparé notamment en droit français et en droit Ohada ou en droit international privé. Cette concurrence se manifeste sous réserve d'une convention valable c'est-à-dire formalisée par écrit à peine de nullité et intégrée au contrat "art 1443 CPC". Les parties qui l'ont formulé doivent détenir la capacité juridique pour contracter dans un esprit mutuel de consentement suivi d'un contenu licite et certain "art 1128 du code civil". Selon l'art 2061 la clause compromissoire est uniquement valable dans les contrats conclus pour une raison d'activité professionnelle sinon celle-ci serait frappée de nullité. On retrouve au sein de cette rivalité un mouvement de rapprochement entre les fonctions judiciaires et les fonctions arbitrales qui en revanche connaissent des restrictions. Celles-ci tiennent à l'originalité irréductible de l'arbitrage par rapport à la justice étatique et finissent par se dissoudre. Au cours de cette rivalité, on assiste à un double mouvement ou à un double mimétisme démontrant l'arbitre dans les fonctions du juge et le juge dans les missions de l'arbitre. La plupart des arbitrages sont organisés dans le cadre d'institutions permanentes d'arbitrage. Celles-ci dépersonnalisent à leur tour l'arbitrage, en élaborant préalablement des listes d'arbitres sur lesquelles seront choisis, et pas nécessairement par les parties, ceux qui trancheront le différend. Parfois ces centres édictent des règlements d'arbitrage qui sont sous forme de petits codes de procédures privées concurrentes des codes étatiques ; Ils s'apparentent à de véritables juridictions privées ou des centres d'arbitrages de type institutionnel (conformément aux règles de procédure par une procédure institutionnelle) concurrents des codes étatiques. Ces centres ont un siège, un personnel, un secrétariat, permanents pour le début et la fin du mécanisme. Ce mécanisme quasi judiciaire se déclenche dans les arbitrages de type institutionnel, d'une manière assez comparable à celui que déclenche l'assignation

en présence du juge judiciaire. Cet instrument institutionnel prend en compte une condition de l'efficacité et du succès. De plus, ces institutions d'arbitrage sont devenues en pratique des juges forcés de certains litiges ou de certains partenaires du monde économique. On répertorie également dans ces institutions des commissions d'arbitrage pour le commerce extérieur des pays socialistes qui jouent le rôle de juridiction d'exception comparables à nos tribunaux de commerce. Ces juges demeurent les seuls juges possibles dans leur pays, dans le cadre de certaines affaires. A cela s'ajoute les centres d'arbitrage de type corporatifs, organisés dans un cadre professionnel édictant leurs propres principes, leurs contrats-types ou leurs usages dont ils font respecter par la mise en place d'une institution permanente d'arbitrage. On retrouve la même procédure de ces centres d'arbitrage en Afrique francophone notamment au Bénin Centre d'arbitrage de Médiation et de Conciliation, au Cameroun le Centre Permanent Camerounais de Conciliation d'Arbitrage et de Médiation, en Côte d'Ivoire la Cour d'Arbitrage, au Sénégal le Centre d'Arbitrale et de Médiation de Dakar. Toutes ces structures en dépit des réalités sociales forment une corporation renforcée des mesures de sanction à l'égard de ceux qui éventuellement s'opposent à l'exécution spontanées des sentences rendues. Ces sanctions corporatives peuvent déclencher l'exclusion de la profession car elle résulte de l'atteinte portée à la réputation commerciale du professionnel récalcitrant ou insoumis. Tous ces principes absolus aboutissent à une grande efficacité de l'arbitrage, mais aussi à une concurrence accrue entre l'arbitrage et la justice publique. L'ordre économique passe aux mains de véritables pouvoirs privés, nationaux et ce phénomène suscite plus la méfiance du juge public à l'égard de l'arbitrage. Le déroulement de cette procédure s'apparente à un risque que nous pouvons qualifier de la domination d'un groupe professionnel sur un autre ou d'une exploitation de la partie ou du pays économiquement le plus faible. Dans ce contexte l'arbitrage ne peut plus être considéré comme une panacée mais comme une apologie systématique d'un mécanisme marqué par l'hypocrisie et une grande naïveté. En revanche, la justice étatique ne peut supplanter l'arbitrage car elle est de loin la meilleure institution judiciaire à l'expression parfaite du "juste" ou la seule véritable protection des opprimés face à laquelle ceux-ci peuvent se tourner en raison de la "dictature" de l'arbitrage institutionnel. Cette impression est d'ailleurs

soutenue par les tenants du libéralisme et de l'autonomie de la volonté qui considèrent les juges étatiques en tant que des gêneurs, des technocrates, des dirigistes, peu soucieux des réalités de la vie des affaires. Ceux qui leur dénie cette impartialité qualifient l'État et sa justice des défenseurs des intérêts particuliers d'un groupe donné ou d'une classe dominante.

237. Dans un second temps, le juge étatique revêt la casquette d'un arbitre de deux manières.

Lorsqu'il est saisi comme arbitre, il sera choisi par les parties dans le cadre de l'organisation judiciaire. Dans ce contexte, ce sont les articles 12, 57 et 433 qui disposent respectivement l'amiable composition, la requête conjointe et l'éventualité pour les parties de demander d'un commun accord que le juge statue en Chambre du Conseil. Il y a également d'autres moyens pour les conseils des plaideurs, de choisir ensemble les magistrats, ou du moins la formation du tribunal ou de la cour qui peut statuer sur l'affaire. Le juge peut également devenir arbitre en milieu ouvert c'est-à-dire conciliateur lorsqu'il le souhaite personnellement et lorsqu'il possède le temps et les moyens matériels (un bureau, un secrétariat). Pour exercer cette équité, il doit se référer à des règles de fond telles que la clause de dureté en matière de divorce, le pouvoir de modération de la clause pénale excessive, la répartition équitable des frais de justice de l'article 700 NCPC. En dehors de ces règles de fond, les règles de droit judiciaire et surtout l'article 12 du NCPC démontre les rapports de convergence qui confèrent une cohérence à l'arbitre et au juge. La convention d'arbitrage les rapproche et ils sont ainsi affranchis des règles de compétences, de procédure et du code de procédure civile. L'efficacité de cette disposition dépend des considérations socio psychologiques propres à l'arbitrage et il faut que l'usage passe forcément par une clause compromissoire avant la naissance du litige dans le contrat principal.

238. Enfin, le travail scientifique et intellectuel sur les rapports entre la justice étatique et la justice arbitrale révèle des dissemblances au-delà d'importantes convergences qui les rapprochent. Étant un mode de règlement des différends qui admet plusieurs principes, l'arbitrage concède plusieurs missions au juge étatique avant et après sa procédure. Cette problématique incontournable est relative à la détermination des compétences reconnues au juge étatique à l'arbitrage. C'est ainsi que nous avons pu relever d'une part les compétences

que le juge étatique partage avec l'arbitre, et d'autre part celles qui sont exclusives au juge étatique tout comme à l'arbitre.

239. Les aptitudes partagées par le juge étatique et l'arbitre sont nécessaires pour suppléer à la défaillance des litigants sur le démarrage ou le bon fonctionnement de l'instance arbitrale. S'agissant des compétences exclusives, le juge étatique les applique seul sans le concours de l'arbitre dans le cadre de la reconnaissance ou de l'*exequatur* de la sentence ou pour un éventuel recours en annulation. Eu égard aux réflexions et recherches effectuées, la proximité du juge étatique et sa mission ne sont concevables qu'avec l'arbitrage. Le Doyen FOUCHARD dit à ce propos qu'il y a « des dualités de légitimités, mais communauté théorique et de fin, diversité de moyen, mais unité fonctionnelle »¹⁰⁰⁹. Par ailleurs nous percevons que la confidentialité qui est en fait recherchée par les parties lorsqu'elles choisissent délibérément l'arbitrage comme mode de règlement des litiges n'est plus respectée. Car le juge étatique peut s'immiscer dans les phases qui l'interpellent et peut même avoir une compétence propre selon les dispositions législatives. Enfin, les rapports entre la justice étatique et la justice arbitrale en France font naître un brassage entre plusieurs autres matières juridiques telles que le droit de la consommation, le droit des contrats, le droit commercial, le droit des transports, le droit des personnes, le droit de travail etc. Malheureusement, en Afrique Francophone, ce mouvement n'est pas totalement concrétisable à cause de l'étroitesse de ces matières suite aux réalités du sous-développement. En dépit de l'harmonisation du droit en Afrique, certains pays africains n'arrivent pas à voter des lois à la hauteur de leur quotidien. L'arbitrage est ainsi limité dans son exploration sur le marché africain. Il faudra encore des décennies et d'autres réformes pour que cette matière en Afrique s'adapte à la recomposition de la sphère juridique par rapport aux lois du marché sur le plan mondial. Sans doute, cette réalité nécessitera d'énormes investissements matériels et intellectuels par notre jeune génération.

¹⁰⁰⁹ Ph FOUCHARD, Droit de l'arbitrage, Droit du commerce international, Ecrits, op cit., p. 215.

BIBLIOGRAPHIE

I- Ouvrages spéciaux

A- Livres

ALLARD (J.) et GARAPON (A.), *Les juges et la mondialisation, la nouvelle révolution du droit*, Seuil, 2005, 96 p.

AMBOULOU (H. D.), *Le droit de l'arbitrage et des institutions de médiation dans l'espace OHADA*, L' Harmattan, 2015, 316 p.

ANCEL (P.) et LEQUETTE (Y.), *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Dalloz, 2001, 684 p.

AUBY (J.-M.) et DRAGO (R.), *Traité du contentieux administratif*, LGDJ, 1984, 1014 p.

BAHMAEI (M. A.), L'intervention du juge étatique des mesures provisoires et conservatoires en présence d'une convention d'arbitrage. *Droit français, anglais et suisse*, LGDJ, 2002, 346 p.

BELANGER (M.), Institutions Économiques Internationales. *Introduction au droit international économique*, Economica, 1981, 145 p.

BESSON (S.), *Arbitrage international et mesures provisoires*, Zurich, 1998, 422 p.

BOISSÉON (M de.), *Le droit Français de l'arbitrage interne et international*, GLN Joly, 1990, 1031 p.

BOLLÉE (S.), *Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des sentences arbitrales*, préf. P. MAYER, Economica, 2004, 443 p.

BOSANDJI (S.), HORCHANI (F.), MANCIAUX (S.) *Le juge et l'arbitre*, 2014, 360 p.

- CARBONNIER (J.), *Société et droit. Sociologie juridique*, PUF, 1994, pp493-498.
- CHAPUS (R.), *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, 2008, 1560 p.
- CHAVANNE (A.), *Droit de la propriété industrielle*, Dalloz, 2012, 1005 p
- CHAVANNE (A.) BRUST (J-J) AZEMA (J) GALOUX (J-C), *Droit de la propriété industrielle*, Dalloz, 2017, 1126 p.
- CLAY (Th.), *L'arbitre*, Dalloz, 2001, 930 p.
- COHEN (D.), *Arbitrage et sociétés*, LGDJ, 1993, 368 p.
- CORDONNIER (C.), *Les conventions d'arbitrage et d'élection de for en droit international privé*, LGDJ, 1999, 431 p.
- CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, PUF, 1991, 1151 p.
- DEBBASCH (C.), *Contentieux administratif*, Dalloz, 1981, 958 p.
- DONNIER (M.), *Voies d'exécution et procédures de distribution*, LGDJ, 1993, 558 p.
- FONTMICHEL (M. de), *Le faible et l'arbitrage*, Economica, 510 p.
- FAUVARQUE-COSSON (B.), *Libre disponibilité des droits et conflits de lois*, LGDJ, 1996, 452 p.
- FOUCHARD (Ph.), *L'OHADA et les perspectives de l'arbitrage en Afrique*, Bruylant, 2000, 310 p
- GAILLARD (E.), *La jurisprudence du CIRDI*, Pedone, 2004, 750 p.
- GOLDMAN (B.), *L'action complémentaire des juges et des arbitres en vue d'assurer l'efficacité de l'arbitrage commercial international*, 2000.
- HÉRON (J.), *Droit judiciaire privé*, Montchrestien, 1991, 998, p.
- IDOT (I.), *La place de l'arbitrage dans la résolution des différends de droit de la concurrence*, 2007.

JACQUET (J.-M.) et JOLIVET (E.), *Les mesures provisoires dans l'arbitrage commercial : évolution et innovations*, Litec, 2007, 144 p.

JARROSSON (Ch.), *La notion d'arbitrage*, LGDJ, 1987, 407 p.

JÉOL (M.), *La réforme de la justice en Afrique noire*, Pedone, 1963, 188 p.

JOSSELIN-GALLE (M.), *Arbitrage et propriétés intellectuelle : Dr. et patrimoine juif*, 2002.

KASSIS (A), *Théorie générale des usages du commerce : droit comparé, contrats et arbitrage internationaux, lex mercatoria*, LGDJ, 1984, 602 p.

LAUBADÈRE (A.), *Traité de droit administratif*, LGDJ, 1998, 477, p.

LAZIC (V.), *Insolvency proceedings and commercial arbitration*, La Haye, Kluwer Law International, 1998, 381 p.

JARROSSON (Ch) et RICHER (L.) *Pour un projet viable de réforme de l'arbitrage de droit administratif* : AJDA 2008, 617 p.

MAYER (P.), et HEUZÉ (V.), *Droit international privé*, Montchrestien, 2010.

MIRBEAU-GAUVIN (J-R.), *Réflexions sur les mesures conservatoires*, D. 1989.

MOTULSKY (H.), *Écrits, Étude et notes sur l'arbitrage*, Dalloz, 1974, 556 p.

MUIR-WATT (H.), *Au pays des merveilles : le contentieux du provisoire dans l'ordre international*, *Justices* 1997, pp.145.

NAJJAR (N.), *L'arbitrage dans les pays arabes face aux exigences du commerce international*, LGDJ, 2004, 642 p.

OPPETIT (B.), *Justice étatique et justice arbitrale, Etudes offertes à P. BELLET*, 1991. Pp.415-425.

OPPETIT (B.), *L'arbitrabilité des litiges de droit d'auteur et de voisins : Arbitrage et propriété intellectuelle*, Litec, 1994, 1402 p.

OPPETIT (B.), *L'arbitrage dans le commerce international*, Economica, 1982.

OPPETIT (B.), *Les modes alternatifs de règlement des différends de la vie économique*, PUF, 1998.

OPPETIT (B.), *Théorie de l'arbitrage*, PUF, 1998, 127 p.

ORTSCHEIDT (J.), *La réparation du dommage dans l'arbitrage commercial international*, Dalloz, 2001, 425 p.

OUAKRAT (Ph.), *L'arbitrage commercial international et les mesures provisoires : Etude générale*, D.P.C.I., 1988, 144 p

PERROT (R.) et THÉRY (Ph.), *Procédure civiles d'exécution*, 1086 p.

RACINE (J.-B.), *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, LGDJ, 1999.596 p.

REDFERN (A.) et HUNTER (M.), *Droit et pratique de l'arbitrage commercial international*, LGDJ, 1994, 574 p.

ROBERT (J.), MOREAU (B.), *L'arbitrage. Droit interne, droit international privé*, Dalloz, 1993, 459 p.

SCHOLASTIQUE (E.), *Arbitrage et droit des sociétés, Dr. et patrimoine*, juin 2002.

SERAGLINI (Ch.), ORTSCHIEDT (J.), *Droit de l'arbitrage interne et international*, Montchrestien, 2013, 960 p.

TERRE (F.), SILMER (Ph.), LEQUET (Y.), *Droit civil, les obligations*, 1999, 1608 p.

TERRE (F.) WEILL (A.), *Droit civil, les personnes, la famille, les incapacités*, Dalloz, 1993, 1474 p.

YUGONÉ (F.N.), *Arbitrage commercial international et développement, Étude du cas des États de l'OHADA et du Mercosur*, 2016, 558 p.

B- Compte rendu

FOUCHARD (Ph.), *Ecrit ; Droit de l'arbitrage ; Droit du commerce international*, Paris, Comité français de l'arbitrage, 2007.

C-Thèses

ABDELGAWAD (W.), *Arbitrage et droit de la concurrence*, LGDJ, 2001, 632 p.

ANCEL (P.), *L'indisponibilité des droits de la personnalité, Une approche critique des droits de la personnalité*, thèse Dijon, 1978.

BERNHEIM-VAN DE CASTEELE (V.L.), *Les principes fondamentaux de l'arbitrage*, thèse Versailles, 2010, 828 p.

COURT (A.) et de FONTMICHEL (M.), *L'arbitrage, le juge et les pratiques illicites du commerce international*, thèse, 2004, 452 p.

CUNIBERT (G.) *Les mesures conservatoires portant sur les biens situés à l'étranger*, thèse, LGDJ, 2000, 424 p.

DEZALEY (Y.), *Marchands de droit : la restructuration de l'ordre juridique international par les multinationales du droit*, Thèse, 1992.

MERKT (O.), *Les mesures provisoires en droit international privé*, Zürich 1993, pp.163.

MOURALIS (D.), *L'arbitrage face aux procédures conduites en parallèle*, thèse Aix-en-Provence, 2008, 704 p.

STRICKLER (Y.), *Le juge des référés, juge du provisoire*, th., Strasbourg 1993.

VIVANT (M.), *Juge et loi du brevet*, Litec, 1977.

II- Revues et articles

ABOUKRAT (G.), « L'arbitrage: Quelle place pour le droit français? ». *La Gaz. Pal.* n°66, 2001, p. 3-4

AUDIT (M.), « Contrats publics et arbitrage international », *RIDC*, 2011, p 234

AFFAKI (G.), « Nouvelles réflexions sur la banque et l'arbitrage » in *Liber Amicorum en l'honneur de Serge LAZAREFF*, Paris, A. Pedone, 2011, p. 32

ANCEL (J.-P.), « Arbitrage et ordre public fiscal », *Rev. arb.* 2001, p. 269.

ANCEL (J.-P.), « Conclusion des débats », in *Mesures conservatoires et provisoires en matière d'arbitrage international*, Publication CCI, 1993, p. 116.

ANCEL (J.-P.), « Le contrôle de la conformité de la sentence à l'ordre public », in *l'ordre public et l'arbitrage*, direction E. LOQUIN et S. MANCIAUX : Litec 2014, p 169.

ANCEL (J.-P.), « L'arbitrage et la coopération du juge judiciaire », *Penant*, n° 833, mai-août 2000, p. 174.

ANCEL (J.-P.), « Arbitrage et procédure collective après la loi du 25 janvier 1985 », *Rev. arb.* 1983, p. 255.

ANCEL (J.-P.), « L'arbitrabilité de l'autonomie de la clause compromissoire », in *travaux Com. Fr. DIP 1991-1992*, Pedone, 1994, p. 75, p. 110.

AREGBA (P.), « L'OHADA : histoire, objectifs, structures », in *L'OHADA et les perspectives de l'arbitrage en Afrique*, Bruxelles, Bruylant, 2000. P. 9

ARNALDEZ (J.-J.), DERAIS (Y.), HASCHER (D.), « *Recueil des sentences arbitrales de la CCI 2001-2007* », Grande Bretagne, Wolters Kluwer, 2009.

AUDIT (M.), « Le nouveau régime de l'arbitrage des contrats administratifs internationaux » : *Rev. arb.* 2010, p. 253

BAGNER (H.), « L'imbroglio de la confidentialité dans l'arbitrage commercial international », *Bull. CCI* 2001, vol. 12, n° 1, p. 19.

BELLET (P.) et MEZGER (E.), « L'arbitrage international dans le nouveau Code de procédure civile », *RCDIP* 1981, p. 611.

BENSAUDE (D.), « Les moyens relevés d'office par l'arbitre en arbitrage international », *Cah. arb.*, vol. III, *Gaz. Pal.* éd. 2006, p. 45

BENSAUDE (D.), « Présentation des règles IBA 2010 sur l'administration de la preuve », *Rev. arb.* 2011, p. 1109.

BERTIN (Ph.), « Le grand Noël du procédurier », *Gaz. Pal.* 1976, doct., p. 153.

BLANLUET (G.), « Le nouveau régime de la TVA sur les honoraires d'arbitrage », *Rev. arb.* 2010, p. 682.

BOBOU (C. A.), « Mécanismes de lutte contre la corruption en Mauritanie », *Penant*, n° 868, 2009, p. 371.

BOLARD (G.) « Les principes directeurs du procès arbitral », *Rev. arb.*, 2004, p. 165-185.

BOUCOBZA (X.), « La clause compromissoire par référence en matière d'arbitrage commercial international », *Rev. arb.*, 1998, p. 96-115.

BREDIN (J.-D.), « La Convention de New York du 10 juin 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères », *JDI* 1960, p. 1002, spéc. p. 1010.

BREKOULASKIS (S.), *International and comparative Perspectives*, *Kluwer Law International*, 2009, p. 19, n° 2-5 et s.

BREKOULASKIS (S.), « On Arbitrability: Persisting Misconceptions and new Areas of Concern », in *Arbitrability: International and Comparative Perspectives*, *Kluwer Law International*, L. MISTELIS, BREKOULAKIS (S.) 2009, p. 19, n° 2-5 et s.

BROWN-BERSET (D.) et LÉVY (L.), « Faillite et arbitrage », *Bull. ASA*, 1998, p. 664

BRUCE (E.), « La compétence du juge administratif dans l'arbitrage des personnes publiques », *Rev. arb.*, 2006, p. 91.

BÜHLER (M. W.), « The arbitrator's remuneration too much, too little? », in *Liber Amicorum en l'honneur de Serge LAZAREFF*, A. Pedone, 2011

BURDEAU (G.), « Droit international des contrats d'États-la sentence, Aminoil, contre Koweït », *Annuaire Français de droit International*, 1982, pp 454-470.

BURGELIN (J.-F.), COULON (J.-M.) et FRISON-ROCHE (M.), « La conscience du juge dans la traduction juridique européenne ». *Le juge des référés au regard des principes procéduraux*, 1995, 67 p.

CARON (Ch.), « Le contentieux arbitral du droit d'auteur », *Rev. arb.*, 2014, p. 335.

CAVALIEROS (Ph.), « La confidentialité de l'arbitrage », *Cah. arb.*, vol. III, *Gaz. Pal.* éd. 2006, p. 56.

CEREXHE (E.), « L'intégration juridique comme facteur d'intégration régional », in *Mélanges offert à Silvio Marcus Helmons*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 33

CHAINAIS (C.), « L'arbitre, le droit et la contradiction : l'office du juge arbitral à la recherche de son point d'équilibre ». *Rev. arb.*, 2010, p. 3.

CHAVANNE (A.), « Arbitrage et transfert de brevets, savoir-faire, marques de fabrique et de commerce et d'autres droits de nature à promouvoir la coopération internationale », *Rev. arb.* 1977, p. 5 s.

CHEVALIER (P.), « Le nouveau juge d'appui », in *Le nouveau droit français de l'arbitrage*, Lextenso éd., 2011, p. 143- 158.

CHILSTEIN (D.), « Droit pénal et arbitrage », *Rev. arb.*, 2009, p. 3

CLAY (Th.), « L'appui du juge à l'arbitrage », *Cah. arb.*, 2011, p.331

CLAY (Th.), « L'indépendance et l'impartialité de l'arbitre et les règles du procès équitable », in *L'impartialité du juge et de l'arbitre*, Bruxelles, Bruylant, 2006.

CLAY (Th.), « Présentation des directives de l'IBA sur les conflits d'intérêts dans l'arbitrage international », *Rev. arb.*, 2004, p. 991

CLAY (Th.), « Qui sont les arbitres internationaux ? Approche sociologique », in *Les arbitres internationaux (sous la direction de J. ROSSEL)*, Paris, Société de Législation Comparée, 2005, p. 155

COHEN (D.), « L'acte de mission et les limites de la coopération du juge étatique », *Rev. arb.*, n° 4, 1996, p. 657-662

COHEN (D.), « Arbitrage et groupes de contrats », *Rev arb.*, 1997, p. 471

COUCHEZ (G.), « Le référé-provision : mesure ou démesure », *Mélanges. P. RAYNAUD*, Dalloz-Sirey

COUSIN (B.), « L'OHADA, un correctif au fonctionnement de la justice ? », *Penant*, n° 865, 2008, p. 513

DAILLIER (P.), FORTEAU (M.) et PELLET (A.), « Tribunal irano-américain de réclamations » : *chronique* n° 5, *AFDI*, 2003, p. 981

DAILLIER (P.) « La jurisprudence des tribunaux des organisations d'intégration latino-américaines », *AFDI*, 2006, pp 532-598.

DAVID (R.), « *L'arbitrage commercial dans le commerce international* ». *Revue Internationale de Droit comparé*, Economica, 1981, pp.1295-1297.

DAVID (R.), « Le droit du commerce international Réflexion d'un comparatiste sur le droit international privé », in *Arbitrage et droit comparé*, RIDC, 1959.

DELBECQUE (Ph.), DUTILLEUL (F-C), « Contrat civil et commerciaux, Arbitrage et droit de la consommation », 2002, 1084 p.

DELAPORTE (V.), « Les mesures provisoires et conservatoires en droit international privé », in, *trav. Com.fr. DIP.*, 1987-1988, ed., C.N.R.S, Paris, 1989, p. 147-170.

DELANOY (L.-Ch), « La Cour de cassation et le principe de collégialité en droit français de l'arbitrage », *Cah. arb.* 2010, p.863

DELVOLVÉ (J-L.), « L'intervention du juge dans l'arbitrage », *Rev. arb.* 1980, p. 607.

DELVOLVÉ (J-L.), « Une révolution inaboutie, remarques sur le projet de réforme de l'arbitrage en matière administrative », *Rev. arb.* 2007, p. 373.

DELVOLVÉ (J-L.), « Vraie et fausses confidences, ou les petit et grands secrets de l'arbitrage », *Rev. arb.* 1996, p. 373.

DERAINS (Y.), « Expertise technique et référé arbitral », *Rev. arb.*, 1982, p. 25-35.

DERAINS (Y.), « Les nouveaux principes de procédure : confidentialité, célérité, loyauté », in *Le nouveau droit français de l'arbitrage*, Lextenso éd., 2011, p. 91.

DIMOLITSA (A.), « L'office de l'arbitre dans les procédures par défaut », *Cah. arb.*, vol, PEDONE, 2011, p.68.

DRAGO (R.), « Traité du contentieux administratif ». *RIDC*, LGDJ, 1984, 863-864

DROUILLAT (R.), « L'intervention du juge dans la procédure arbitrale de la clause compromissoire à la sentence », *Rev. arb.* 1980, p. 253.

DUPREY (P.), « Le délibéré à l'épreuve du principe de la collégialité » *Rev. arb.* 2009, p. 360.

EL-HAKIM (J.), « Arbitre et tiers monde », in *Aspect du droit privé en fin du 20^e siècle, Étude réunies en l'honneur de Michel Juglart*, Paris, Montchrestien, 1991.

EISEMANN (F.), « La déontologie de l'arbitre commercial international », *Rev. arb.*, 1969, n° 4, p. 217-233.

EL-AHDAB. (A. H.), « L'arbitrage dans les pays Arabes », *RIDC Economica*, 1989 pp. 253-254.

FAGES (F.), « La confidentialité de l'arbitrage à l'épreuve de la transparence financière », *Rev. arb.*, 2003, p. 73-82.

FAUVARQUE-COSSON (B.) et WALD (A.), « L'arbitrage en France et en Amérique Latine à l'aube du XXI^e siècle », *Institut brésilien Société du droit comparé*, 2008, 422 p.

FERNÁNDEZ ROZAS (J.C.), « Le rôle du juge étatique dans l'arbitrage commercial international », *Recueil des cours de l'académie de droit international de la Haye*, Martinus Nijhoff, 2001, Tome 290.

FLAUSS (J.-F.), « L'application de l'article 6 (1) de la convention européenne des droits de l'homme aux procédures arbitrales », *Gaz. Pal.* 1986, p. 407.

FOUCHARD (Ph.), « Arbitrage et faillite », *Rev. arb.* 1998, p. 471

FOUCHARD (Ph.), « La coopération du président du tribunal de grande instance à l'arbitrage », *Rev. arb.*, 1985, p. 5.

FOUCHARD (Ph.), « La portée internationale de l'annulation de la sentence arbitrale dans son pays d'origine », *Rev. arb.*, 1997, p. 329 – 351.

FOUCHARD (Ph.), « L'arbitrage commercial et le législateur », in *Étude dédiées à René Roblot*, LGDJ, 1984.

FOUCHARD (Ph.), « L'arbitrage et la mondialisation de l'économie », in *Philosophie du droit et droit économique : Quel dialogue ? – Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat*, Paris.

FOUCHARD (Ph.), « Le statut de l'arbitre dans la jurisprudence française », *Rev. arb.* 1996, p. 325

FOUCHARD (Ph.), « Les rapports entre l'arbitre et les parties et l'institution arbitrale », in : *Écrits, droit de l'arbitrage droit du commerce international*, Paris, Comité français de l'arbitrage, 2007.

FOUSSARD (D.), « Le recours pour excès de pouvoir dans le domaine de l'arbitrage », *Rev. arb.* 2002, p. 578.

FOUSSARD (D.), « Retour sur l'excès de pouvoir en matière d'arbitrage : vers une consolidation des règles ? », *Rev. arb.* 2004, p. 803.

FRANÇON (A.), « L'arbitrage en matière de brevets et la jurisprudence », *Rev. arb.* 1975, p. 143.

GAILLARD (E.), « La jurisprudence de la Cour de cassation en matière d'arbitrage international », *Rev. arb.* 2007, p. 697.

GAILLARD (E.), « Le principe de la confidentialité de l'arbitrage commercial international », *D.* 1987, *chron.*, p. 153.

GAILLARD (E.) et LAPASSE (P.), « Commentaire analytique du décret portant réforme du droit français de l'arbitrage », *Cah. arb.* 2011, p.263.

GALL (le J.-P.), « Arbitrage et fiscalité », *Rev. arb.* 1994, p. 3.

GALL (le J.-P.), « Les honoraires d'arbitrage au regard de droit fiscal communautaire (à propos de l'arrêt Von Hoffmann de la CJCE) » *Rev. arb.* 1998, p. 83.

GILL QC (J.), TAWIL (G. S.), KREINDLER (R.) « The 2010 Revisions to the IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration », *Cah. arb.*, 2011, p. 23.

GAILLARD (E.) « L'arbitrage sur le fondement des traités de protection des investissements », *Rev. arb.* 2003, p. 853.

GAILLARD (E.), « Le tribunal des conflits torpille le droit français de l'arbitrage » : *JCP G* 2010, p. 1096.

GAILLARD (E.) et DE LAPASSE (P.), « Commentaire analytique du décret portant réforme du droit français de l'arbitrage », *Cah. arb.*, 2011, *op cit*, p. 263.

GAUDEMET (Y.), « L'arbitrage, aspect de droit public, état des questions », *Rev. arb.* 1992, p. 256.

GOLDMAN (B.), « Mesures provisoires et arbitrage international », *RDAI*, 1993.

GOODE (R.), « The role of the *lex loci arbitri* in international commercial arbitration », *Arb. Int.* 2001, p. 19.

GUINCHARD (S.), « L'arbitrage et le respect du principe du contradictoire », *Rev. arb.* 1997, p. 185.

HANOTIAU (B.), « L'arbitrabilité et la *favor arbitrandum* : un réexamen », *JDI* 1994, p. 899.

HASCHER (D.), « Arbitrage du commerce international », *Rep. Internat*, Dalloz, n° 126.

HASCHER (D.), « L'exécution provisoire des sentences arbitrales en arbitrage international », in *Études de procédure et d'arbitrage en l'honneur de J.-F. POUDRET*, Lausanne, 1999, spéc. p. 413

HASCHER (D.) « Principe et pratique de procédure dans l'arbitrage commercial international », *Rec. Cours, La Haye*, 1999, spéc. p. 126 et s.

HASCHER (D.), « Rapport introductif », in *Competition and arbitration law*, Publ. CCI n° 480/3, 1993, p. 153.

HAUSMANINGER (Ch.), « The ICC Rules for a Pre- Arbitral Referee Procedure: A step Towards Solving the problem of Provisional Relief in International Commercial Arbitration ? » *ICSID Rev.*, 1992, p. 91.

HOFFMANN (V. B.), « International Construction Arbitration », in *Essays on international Commercial Arbitration*, Londres, Dordrecht, Boston, 1989, p. 344

HORY (A.), « Mesure d'instructions in futurum et arbitrage », *Rev. arb.* 1996, p. 191

R. HOUIN, « La gestion des entreprises publiques et les méthodes de droit commercial », : *Archives du philosophie de droit Phil. Dr* 1952.

IDOT (L.), « Une innovation surprenante : l'introduction de l'arbitrage dans le contrôle communautaire des concentrations », *Rev. arb.*, n°4, 2000, p. 591-613

JARROSSON (Ch.), « L'arbitrage et la convention européenne des droits de l'homme », *Rev. arb.* 1989, p.573.

JARROSSON (Ch.), « L'arbitrabilité, présentation méthodologique », *RJ com.* 1996, p. 3.

JARROSSON (Ch.), « Réflexion sur l'impérisme », *Etudes offerte à P. BELLET*, Litec, 1991.

JARROSSON (Ch.) et PELLERIN (J.), « Le droit français de l'arbitrage après le décret du 13 janvier 2011 », *Rev. arb.* 2011, p. 5.

JARROSSON (Ch.) et RICHER (L), « Un projet viable de réforme de l'arbitrage de droit administratif » *AJDA*, 2008, p. 617.

JEULAND (E.), « Les effets des jugements provisoires hors du territoire du for », *Revue de la Recherche juridique*, 1996-1, p. 173 et s.

JOLIVET (E.), « Quelques exemples de traitement du droit des procédures collectives dans l'arbitrage », *Chronique de jurisprudence arbitrale CCI, Cah. arb.*, vol. IV, Pedone 2008, p. 351.

JOLY (F.), « Le Règlement d'arbitrage international de l'Association Américaine d'Arbitrage », *Rev. arb.*, 1993, n° 3, p. 426

KESSEDJIAN (C.), « Principe de la contradiction et arbitrage », *Rev. arb.* 2015, p. 381 ;

KIRRY (A.), « Arbitrability: Current Trends in Europe », *Arb. Int.* 1996, vol. 12, n°4 p. 373

KLEIMAN (E.) et SALEH (S.), « Célérité et loyauté en droit français de l'arbitrage international : quels pouvoirs et quelle responsabilités pour les arbitres et les parties », *Cah. arb.* 2012, p. 99.

LAFONT (S.), « L'arbitrage en Mésopotamie », *Rev. arb.*, 2000, p. 557-590.

LAZAREFF (S.), « La langue de l'arbitrage international », *Bulletin de la cour International d'Arbitrage de la CCI*, 1997, volume 8, n° 1, p. 24.

LEBOULANGER (Ph.), « Principe de collégialité et délibéré arbitral », in *Mélange en l'honneur de F. Knoepfler, Helbing & Lichtenhahn*, Genève, 2005, p. 262.

LEMAIRE (S.), « La libération de l'arbitrage international en droit administratif » : *Rev. arb.* 2007, p. 407

LEVEL (P.), « Brèves réflexion sur l'office de l'arbitre », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? Mélanges en l'honneur de R. PERROT*, Dalloz, 1996, p. 259.

LEVEL (P.), « L'arbitrabilité », *Rev. arb.*, 1992, p. 240.

KIRRY (A.), « Arbitrability : Current Trends, in Europe », *Arb. Int.* 1996, vol. 12, n° 4, p. 373.

KLEIMAN (E.) et SALEH (S.), « Célérité et loyauté en droit français de l'arbitrage international : quels pouvoirs et quelle responsabilités pour les arbitres et les parties », *Cah. arb.* 2012, p. 99.

LALIVE (P.), « Assurer l'exécution des sentences arbitrales », in : *Travaux du 60^e anniversaire de la C.C.I.*, Publication C.C.I., n° 412, Paris 1984, p. 344.

LALIVE (P.), « Sur une commercialisation de l'arbitrage international », in *Liber Amicorum Claude Reymond : autour de l'arbitrage*, Paris, Litec, 2004, p. 167-172.

LAZAREFF (S.), « L'arbitre est-il un juge ? », in *Liber Amicorum Claude Reymond : autour de l'arbitrage : Mélanges offerts à Claude Reymond*, Paris, Litec, 2004.

LAWSON (D. A.), « Impartiality and Independance of International Arbitrators – A Commentary on the IBA Guidelines », *Bull. ASA* 2005, p. 22.

LEBEN (Ch.), « L'arbitrage par un tribunal rabbinique appliquent le droit hébraïque », *Rev. Arb.*, 2011 p.88.

LEBOULANGER (Ph.), « L'arbitrage international Nord-sud », in *Études offertes à Pierre Bellet*, Paris, Litec, 1991, p. 169.

LEMAIRE (S.), « La libération de l'arbitrage international en droit administratif » *Rev. arb.* 2007, p. 407.

de LEVAL (G.), « Le juge et l'arbitre, les mesures provisoires », *RID. Comp.*, 1993, p. 12 et s.

LOQUIN (E.), « Arbitrage. Compétence arbitrale- Conflits entre la compétence arbitrale et la compétence judiciaire », *J. Cl. Proc. Civ.*, fasc. n° 1034, spéc. n° 15.

LOQUIN (E.), « Arbitrabilité et protection des parties faibles », *Travaux du Comité français de droit international privé* 2006, p. 135.

LOQUIN (E.), « Les conséquences de la règle " le criminel tient le civil en état sur l'arbitrage" », *RTD com.* 1997, p. 231.

LOQUIN (E.), « Les obligations de confidentialité international, un trompe l'œil ? », *Bull. ASA* 2005, n° 2, vol. 23, p. 216.

LOQUIN (E.), « Retour dépassionné sur l'arrêt INSERM » : *JDI* 2011, pp. 841-861.

MANTILLA-SERRANO (F.), « International Arbitration and Insolvency Proceedings », *Arb. Int.* 1995, p. 51

MARTIN (R.), « Le référé, théâtre d'apparence », *D. Chron.*, 1979, p. 158

MAYER (P.), « Imperium de l'arbitre et mesures provisoires » in *Etudes de procédure et d'arbitrage en l'honneur de Jean-François Poudret* 437 (Lausanne, 1999).

MAYER (P.), « La règle morale dans l'arbitrage international », in *Etudes offertes à Pierre Bellet*, Paris, Litec, 1991.

MAYER (P.), « Le contrat illicite » : *Rev. arb.* 1984, p.21.

MAYER (P.), « L'autonomie de l'arbitre internationale dans l'appréciation de sa propre compétence », *RCADI*, 1989, 454 p.

MEZGER (H.), « L'arbitrage et l'ordre public » : *RTD com.* 1948, p. 611

MOATTI-NEUR (L.), « Justice en ligne, justice de demain ? », *Petites affiches*, 5 décembre 2001, n° 242, p. 7 à 12

MOTULSKY (A.), « La capacité de compromettre des personnes des établissements publics à caractère commercial d'après l'arrêt Société nationale de vente des surplus » : *Rev. arb.* 1958, p. 39.

MOTULSKY (A.), « L'arbitrage commercial et les personnes morales de droit public », *Rev. arb.* 1956, p. 38, reproduit in *Écrits*, II, p. 85.

MAZEAUD (L.) et VEDEL (G.) « EDF et GDF ont-ils la capacité de compromettre ? », *Cah. doc. jur. EDF et GDF* 1950, p. 224 et s.

MORERA (B.), « Être arbitre à l'époque de la globalisation », in *Liber Amicorum en l'honneur de Serge LAZAREFF*, Paris, A. Pedone, 2011, p.

MOREAU (B.), Les effets de la nullité de la sentence arbitrale, in *Étude offertes à P. BELLET*, Litec, 1991.

MOURRE (A.), « Le droit français de l'arbitrage international face à la convention européenne des droits de l'Homme », *Cah. arb.*, vol. I, *Gaz Pal.* éd. 2002, p. 22

OPPETIT (B.), « L'arbitrage en matière de brevets d'invention après la loi du 13 juillet 1978 », in *Arbitrage et transfert de techniques*, *Rev. arb.*, 1979, p. 83

ORTSCHEIDT (J.), « L'exécution provisoire des sentences arbitrales », *Rev. arb.*, 2005, p. 27.

ORTSCHEIDT (J.), « L'octroi et l'arrêt de l'exécution provisoire des sentences arbitrales en France », *Rev. arb.*, 2004, p. 9.

ORTSCHEIDT (J.) et SERAGLINI (Ch.), « La nouvelle articulation des recours en arbitrage international », in *Le nouveau droit français de l'arbitrage*, 2011, p. 189.

PERRET (F.), « L'arbitrabilité des contentieux en matière de brevets d'invention », *Mélanges Reymond, Litec*, 2004, p. 229.

PERROT (R.), « La compétence du juge des référés », *Gaz. Pal.*, 1974, doct. 2.895

PERROT (R.), « Les voies de recours en matière d'arbitrage », *Rev. arb.*, 1980, p. 268.

PLUYETTE (G.), « Une vue française », in *Mesures provisoires et conservatoires en matière d'arbitrage international*, Publ. CCI n° 519, 1993, p. 74

POUDRET (J.-F.), BESSON (S.), « Droit comparé de l'arbitrage international », *Revue Internatinal de droit comparé*, LGDJ, 2002, pp 746-749.

POUGOUÉ (P.G.) et KUATE TAMEGHE (S.S.), « Le système d'arbitrage de la CCJA », in *OHADA et les perspectives de l'arbitrage en Afrique*, Bruxelles, Bruylant, 2000.

MORERA (R.), « L'arbitrage dans le prochain futur : problèmes et réflexions », *La Gazette du Palais*, n°119, 2001, p. 7-9.

MOURY (J.), « De la règle de l'effet suspensif de l'appel en matière civile », in *Étude offertes à J. NORMAND, Justice et droit fondamentaux*, Litec, 2003, p. 353, spéc. n° 13-1

NAJJAR (I.), « Référé- provision et clause d'arbitrage », *Recueil Dalloz*, 1999, n°41, p. 650.

NORMAND (J.), « Droit belge, français et italien », in *les mesures provisoires*, Bruxelles 1998, p. 86.

RACINE (J.-B.), « Le nouvel arbitre » in *le nouveau droit français de l'arbitrage, sous la direction de Thomas CLAY*, *Rev. arb.*, 2011, p. 70-77.

RACINE (J.-B.), « Réflexion sur l'autonomie de l'arbitrage international commercial international », *Rev. arb.*, 2005, p. 305.

REINER (A.) « Les mesures provisoires et Conservatoires et l'arbitrage international, notamment l'Arbitrage CCI », *JDI* 1998, p. 853

ROBERT (J.), « Arbitrage civil et commercial », *RIDC*, 1967, pp.473-474

ROBERT (J.), « Le juge et l'arbitre », *Rev. arb.*, 1980, p. 233

ROBINE (E.), « Le choix des arbitres », *Rev. arb.*, 1990, p. 333

ROGERS (A.), « Arbitrability », *Arb. Int.* 1994, vol. 10, n° 3, p. 263.

ROSELL (J.) et PRAGER (H.), « International Arbitration and Bankruptcy: United States, France and the ICC », *Journ Intern. Arb.*, 2001, p. 471.

SANDERS (P.), « L'intervention du juge dans la procédure arbitrale (de la clause compromissoire à la sentence) », *Rev. arb.*, 1980, p. 246.

SARASSORO (H.C.), « Justice, morale et droits de l'homme, la corruption et l'enrichissement sans cause en Afrique aujourd'hui », *Afrique Contemporaine*, n° 156, 4/90, p. 195 à 206.

SCHWARTZ (A.), « Les pouvoirs de l'arbitre et l'expérience des institutions arbitrales : Pratique et expérience de la Cour de la CCI », in : *Mesure conservatoire et provisoire en matière d'arbitrage international*, Publication CCI, n° 519, Paris 1993, p.61

SCHWARTZ (E. A.), « The domain of arbitration and issues of arbitrability: the view from the ICC », *Foreign Investment Law Journal* 1994, vol. 9, n° 1, p. 17, spéc. p 18.

SERAGLINI (Ch.), « L'affaire Thales et le non-usage de l'exception d'ordre public international ou les dérèglements de la déréglementation », *Gaz. Pal.* 2005, 194, p. 5.

SERAGLINI (Ch.), « L'efficacité de l'autorité renforcée des sentences arbitrales en France après le décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 », *cah. arb.*, 2011, p. 375.

SERAGLINI, « Les parties faibles face à l'arbitrage international : à la recherche de l'équilibre », *Cah. arb.*, vol. IV, Pedone, 2008, p. 49

SINAY (V.H.), « La compétence exclusive » : *JCP G* 1958, I, p. 1451

SMIT (H.), « Les opinions dissidentes en matière d'arbitrage », *Bulletin de la Cour International d'arbitrage de la CCI*, 2004.

SOCKENG (R.), « La justice étatique et la justice arbitrale dans l'acte uniforme relatif au Droit de l'arbitrage », *Revue camerounaise de l'arbitrage*, 1999, p. 25-30.

SOLUS (H.), PERROT (R.), « Droit judiciaire privé, procédure de première instance », RIDC, Sirey, 1991. pp.951-953.

A. TWEEDDALE et K. TWEEDDALE, « Arbitration of commercial disputes », *International and English Law and Practice*, OXFORD, 2005, 1010 p.

TRAIN (F.-X.), « Modification de l'article 4 du Code de procédure pénale », *Rev. arb.* 2007, p. 145.

VIATTE (J.), « Les pouvoirs du juge des référés », *Gaz. Pal.*, 1976, doct. 2.709.

VIDAL (D.), « Arbitrage et procédure d'insolvabilité : observations à propos de quelques sentences CCI et autres décisions récentes », *Bull. CCI* 2009, n° 20-1, p. 55

VINCENT (J.), « Les pouvoirs du juge en matière de provision », *Mélanges P. KAYSER*, t. II, Presse universitaires d'Aix-Marseille, 1979, p. 471 et s.

WALID (A.), « Arbitrage et insolvabilité : les questions controversées au Brésil et en Amérique latine », *Cah. arb.* 2010, p. 391.

III- Colloques

CLAY (Th.), « Qui sont les arbitres internationaux ? » Approche sociologique, in *Les arbitres internationaux (sous la direction de J. ROSSEL)*, Colloque du 4 février 2005, Paris, Société de Législation Comparée, 2005, p. 13 à 31.

LALIVE (P.), « L'apport de la jurisprudence arbitrale : l'arbitrage commercial international : séminaire des 7 et 8 avril 1986 », Paris, Chambre de commerce Internationale, 1986.

LAMÈTHE (D.), « Portraits de groupe d'arbitres internationaux », in *les arbitres internationaux (sous la direction de J. ROSSEL)*, Colloque du 4 février 2005, Paris, Société de Législation Comparée, 2005, p. 38 à 41. p. 41.

LOQUIN (E.), « Arbitrage et propriété intellectuelle », Synthèse, Colloque, *Rev. arb.*, 2014, p. 37.

SILVA ROMERO (E.), « Brèves observations sur l'opinion dissidente », in *Les arbitres internationaux (sous la direction de J. ROSSEL)*, Colloque du 4 février 2005, Paris, Société de Législation Comparée, 2005, p. 179- 186.

SOUYRIS (J. J.A.) et CHETTRITE (G.), « Droit en action », in *Guide pratique de l'arbitrage en droit interne*, 2012.

VAN DEN BERG (A. J.), « The New York Arbitration Convention of 1958 » *Towards a Uniform Judicial Interpretation*, Kluwer, La Haye, 1981.

VEEDER (V.), « Is there any need for a code of ethics for international commercial arbitrators ? », in *Les arbitres internationaux (sous la direction de J. ROSSEL)*, Colloque du 4 février 2005, Paris, Société de Législation Comparée, 2005, p. 187-193

ZAHIR (H), Arbitrage et expertise judiciaire, in *Arbitrage et ordre public (sous la direction de M. AFERKOUS)*.

IV- Notes de jurisprudence

ANCEL (P.)

-note sous CA Paris, 8 oct. 1998 : *Rev. arb.* 1999, p. 350.

ARNALDEZ (J.-J.)

-note sous Paris, 15 juin 1989, *Rev. arb.* 1992, p. 80.

BÉGUIN (J.)

-obs sous Civ. 1^{re}, 9 déc. 2003, *JPC G* 2004, I, 119, n°8.

BEIGNER (B.)

-note sous Cass. 1^{re} civ., 7 juin 1995 : *D.* 1995, jurispr. p. 560.

BERTIN (Ph.)

-note sous Civ. 2^e, 17 juin 1971, *Bull. civ.* II, n° 222.

BLAISE (B.)

-note sous Cass. com., 21 oct. 1981: *Rev. arb.* 1982, p. 265 s., p. 276.

-note sous Cass. Com., 21 oct. 1981: *Rev. arb.* 1992, p. 264.

BOLARD (G.)

-note sous Civ. 2^e, 3 oct. 2002, *Rev. arb.* 2004, p. 585.

BOLLÉE (S.)

-note sous CA Paris, 23 mars 2006 : *Rev. arb.* 2007, p. 100.

BOUCOBZA (X.)

-note sous Cass. 1^{re} civ., 30 mars 2004, *Rev. arb.* 2005, p. 115.

-note sous Cass. 1^{re} civ., 30 mars 2004 : *Rev. arb.* 2005, p. 115.

-note sous CA Paris, 2 avr. 2003 et 28 janv. 2004 : *Rev. arb.* 2005, p. 115.

BOUSQUET (A. D.)

-note sous Paris, 10 nov. 1987, *Rev. arb.* 1989, p. 669.

BUREAU (D.)

-note sous Paris, 29 mars 2001, *Rev. arb.* 2001, p. 543.

CALLÉ (P.)

-note sous, Paris, 2 juin 2005, *Rev. arb.* 2005, p. 1015.

CHEVALIER (P.)

-note sous Civ. 1^{re}, 1^{er} juin 2011, n° 10- 15199 .

-note sous Civ. 1^{re}, 6 oct. 2010, Bull. civ. I, n° 185; JCP G 2010, II, 1028.

CLAY (Th.)

-obs sous Civ. 1^{re}, 6 juill. 2005, *D.* 2005, pan., p. 3060.

-note sous Cass. soc., 9 oct. 2001 : *Rev. arb.* 2002, p. 347.

-obs sous Civ. 2^e, 20 mars 2003, *D.* 2003, somm., p. 2470.

-obs sous Civ. 1^{re}, 8 juill. 2009, *D.* 2009, pan., p. 2959.

-obs sous Paris, 29 juin 2006, Thalès, *D.* 2006, p. 3031.

COHEN (D.)

-note sous Civ. 1^{re}, 30 oct. 2006, Bull. civ. I, n° 440; *Rev. arb.* 2008, p. 307.

-note sous Paris, 20 sept. 1995, Matra Hachette, *Rev. arb.* 1996, p. 87.

-note sous CA Paris, 7 oct. 2014, *Rev. arb.* 2015, p. 528, note

-obs sous CA. Paris, 22 mars 1991, *Rev. arb.* 1992.

-note sous CA Paris, 6 janv. 1984, *Rev. arb.* 1985, p. 279. CA Paris, 3^e ch., 17 janv. 1977.

COUCHEZ (G.)

- note sous civ. 2^e, 20 mars 1989, *Rev. arb.* 1989, p. 494.

DEGOS (L.)

-note sous Civ. 1^{re}, 29 juin 2007, Putrabali, *Bull. civ. I*, n° 250 ; *D.* 2008, chron., 1429.

DERAINS (Y.)

-obs sous Paris, 24 févr. 1995, *Rev. arb.* 1996, p. 141.

-obs sous Paris, 14 nov. 1996, *Rev. arb.* 1997, p. 434.

DIDIER (P.)

-note sous Cass. 2^e civ., 4 avr. 2002

-note sous Cass. com., 9 avr. 2002 : *Rev. arb.* 2003, p. 103.

-note sous Com., 9 avr. 2002, Toulousy, *Rev. arb.* 2003, p. 103 (2^e esp.).

-note sous Cass. com., 9 févr. 2002, *Rev. arb.* 2003, p. 103.

DUPREY (P.)

-obs sous Paris, 18 nov. 2004, *Rev. arb.* 2006, p. 755,

-note sous Paris, 21 nov. 2002. *Rev. arb.* 2003, p. 240

-note sous Paris, 22 mars 2007, *Rev. arb.* 2008, p. 704.

-note sous CA Paris, 26 janv. 2013, *Rev. arb.* 2014, p. 82.

FADLALLAH (I.)

Cass. 1^{re} civ., 4 juin 2008 : *Rev. arb.* 2008, p. 473.

FLÉCHEUX (G.)

-note sous Paris, 18 févr. 1986, *Rev. arb.* 1986, p. 583.

FOUCHARD (Ph.)

-note sous cass. 9 janvier 1979, *Rev. arb.* 1979, p. 478.

-note sous Paris 25 juin 1982, *Rev. arb.* 1983, p. 344

-note sous CA Paris, 25 nov. 2014 : *Rev. arb.* 2015, p. 555.

-note sous CA Paris, 24 nov. 2014 : *Rev. arb.* 2015, p. 555.

-obs sous Civ. 1^{re}, 3 avr. 2001, *Rev. arb.* 2003, p. 220.

-note sous CA Paris, 24 nov. 1981, *Rev. arb.* 1982, p. 224.

-obs sous Rép. Min. n° 35415, *JO Sénat Q*, 31 janv. 2002, p. 341 ; *Rev. arb.* 2002, p. 241.

FOUSSARD (D.)

-note sous CE, 3 mars 1989, Société des autoroutes de la Région Rhône-Alpes, *Rev. arb.* 1989, p. 188.

GAILLARD (E.)

-note sous Civ. 1^{re}, 18 nov. 1986, *Bull. civ.* I, n° 269 ; *JDI* 1987, p. 125.

-note sous Paris, 14 janv. 1997, Chromalloy, *JDI* 1998, p. 750, spéc. p. 752.

-note sous Paris, 22 sept. 1995, *Rev. arb.* 1996, p. 100.

-note sous Civ 1^{re}, 11 juin 1991, *Bull. civ.* I, n° 193 ; *JDI* 1991, p. 1005.

-note sous Civ. 1^{re}, 7 juin 2006, *Rev. arb.* 2006, p. 945.

-note sous Paris, 22 sept. 1995, *Rev. arb.* 1996, p. 109.

-note sous Cass. 1^{re} civ., 21 mai 1997 : *Rev. arb.* 1997, p. 537.

-note sous Civ. 1^{re}, 20 déc. 1993, *Dalico*, *JDI* 1994, p. 432.

GARAUD et R. ZIADÉ (J.-Y.)

-note sous Paris, 18 mars 2004, *Rev. arb.* 2004, p. 917.

GAUDEMET-TALLON (H.)

-note sous cass. 1^{re} civ., 6 mars 1990, *Rev. arb.* 1990 (2^e esp.), p. 633.

-note sous Cour suprême des États-Unies, 17 juin 1974, *Rev. arb.* 1975, p. 213.

GOLDMAN (B.)

-note sous, Paris 19 nov. 1982, *Rev. arb.* 1983, p. 465, 3^e esp., p. 379

-note sous Cass. Civ. 1^{re}, 9 oct. 1984, Sté Pabalk Ticaret Ltd Sirketi c/ Sté Norsolor, *Rev. arb.* 1985, p. 431.

-note sous Civ. 1^{re}, 9 oct. 1984, *Rev. arb.* 1985, p. 431.

-note sous Cass. civ., 7 mai 1963 : *JCP G* 1963, II, 13405.

-note sous Civ. 1^{re}, 6 janv. 1987, *JDI* 1987, p. 638.

-note sous Cass. civ., 2 mai 1966, *Rev. crit. DIP* 1967, p. 553.

HASCHER (D.)

-note sous Cass. 1^{re} civ. 9 oct. 1984, Sté Pabalk Ticaret Ltd Sirketi c/ Sté Norsolor, *Rev. arb.*, 1993, p. 255, 2^e espèce.

-note sous, Paris, 12 févr. 1993, *Rev. arb.* 1993, p. 255.

-note sous Civ. 1^{re}, 21 nov. 2006, Bull. civ. I, n° 502 ; *Rev. arb.* 2006, p. 1086.

-note sous Civ. 1^{re}, 10 mars 1993, *Rev. arb.* 1993, p. 255 (2^e esp.).

HORY (A.)

-note sous Civ. 1^{ère}, 29 juin 1994, *Rev. arb.* 1996, p. 400.

IDOT (L.)

-note sous Paris, 16 avr. 1989, *Rev. arb.* 1989, p. 711.

-note sous CA Paris, 7 janv. 1989, *Rev. arb.* 1990, 115.

-note sous CA Paris, 20 janv. 1989 : *Rev. arb.* 1989, p. 280.

-note sous Paris, 16 févr. 1989, Almira Films, *Rev. arb.* 1989, p. 711.

JAEGER (L.)

-note sous Paris, 11 juin 2009, *Rev. arb.* 2009, p. 652

-note sous Paris, 19 févr. 2004, 2 oct. 2003 et 19 oct. 2000, *Rev. arb.* 2004, p. 858 (1^{re}, 2^e et 4^e esp.).

JARROSSON (Ch.)

-note sous Paris 25 mars 1994, *Rev. arb.* 1994, p. 391, note

-note sous Cass. 1^{re} civ. 23 mars 1994, « Hilmarton », Bull. I, n° 104 ; *Rev. arb.*, 1994, p.327.

-note sous CA Paris, 19 mai 1993 : *Rev. arb.* 1993, p. 645.

-note sous Cass. 1^{re} civ., 7 déc. 1994 : *Rev. arb.* 1996, p. 67.

JARROSSON (Ch.) et PERLLERIN (J.)

-note sous Paris (Ord. Prem. psdt), 18 oct. 2011, *Rev. arb.* 2012 (1^{re} esp.), p. 393.

-note sous Civ. 2^e, 30 mars 2002, n° 00-20638 ; Ass. Plén., 2 nov. 1990, *Bull. Ass. Plén.*, n° 11.

JAULT-SESEKE (F.)

-note sous Cass. soc., 12 mars 2008, n° 01-44654, *RCDIP* 2006, p. 159.

LALIVE (P.)

-note sous Paris 1^{ère} Chambre, 15 septembre 1998, *Rev. arb.*, 1999, n° 1. p. 103 à 120.

LAAZOUZI (M.)

-note sous CE, sect. Cont., 7^e et 2^e ss-sect. 19 avr. 2013 : *Rev. arb.* 2013, p. 761.

LEBOULANGER (Ph.)

-note sous Cass. 1^{re} civ., 6 janv. 1987 : *Rev. arb.* 1987, p. 469.

LÉCUYER (H.)

-note sous Paris, 28 juin 2001, *Rev. arb.* 2001, p. 729.

LEURENT (B.)

Paris, 2 avr. 1998, *Rev. arb.* 1999, 821.

LEVEL (P.)

-note sous Civ. 1^{re}, 3 nov. 2004, n° 01-03262

-note sous Paris, 22 févr. 2001, *Rev. arb.* 2002, p. 723 (2^e esp.)

-note sous Paris, 18 janv. 2001, *Rev. arb.* 2002, p. 723 (1^{re} esp.)

-note sous Paris 10 juill. 1992, *Rev. arb.* 1994, p. 142.

-note sous Paris, 31 janv. 2008, *Rev. arb.* 2008, p. 163

-note sous Paris, 4 mai 2006, *Rev. arb.* 2006, p. 488

-note sous Civ. 1^{re}, 3 nov. 2004, n° 01- 03262

-note sous Civ. 1^{re}, 6 avr. 1994, *Rev. arb.* 1995, p. 263.

-note sous Paris, 27 oct. 1994, *Rev. arb.* 1995, p. 263.

-note sous Paris, 12 déc. 1989, *Rev. arb.* 1990, p. 863.

-note sous Cass. com., 8 mai 1961 : *D.* 1961, p. 464. Cass. note.

-note sous Cass. 1^{re} civ., 14 avr. 1964, San Carlo : *JCP G* 1965, II, 14406.

LHOUAZI (M.)

Cass. 1^{re} civ., 8 juill. 2015, n° 13-25.846, sté RAYANAIR et a., FS P+B+R+I : JurisData n° 2015- 016759 : JCP S 2016, 2045.

LIBCHABER (R.)

-note sous Paris, 30 juin 2005, *Rev. arb.* 2006, p. 687.

LIGNEAU (Ph.)

-note sous Cass. 1^{re} civ., 2 mai 1966, Galakis : *JCP G* 1966, II, 14798.

LOQUIN (E.)

-obs. sous CA Paris, 10 sept. 2009, *Rev. arb.* 2010, p. 557, *RTD. com.* 2015, p. 67.

-obs sous Cass. com., 9 avr. 2002 : *Rev. arb.* 2002, p. 777, *RTD com.* 2003, p. 62.

-note sous Cass. 3^e civ., 29 févr. 1972 : *Rev. arb.* 1972, p. 133.

-note sous Cass. 2^e civ., 7 nov. 1974 : *Rev. arb.* 1975, p. 302.

-obs sous T. confl., 17 mai 2010 : *Rev. arb.* 2010, p. 308 ; *RTD. Com* 2010.

-obs sous Cass. 1^{re} civ., 5 janv. 1999 : *RTD com.* 1999, p. 380.

MAYER (P.)

-note sous Civ. 1^{re} , 17 oct. 2000, *Rev. arb.* 2000, p. 648.

-note sous Civ. 1^{re}, 17 oct. 2000, *Rev. arb.* 2000, p. 648.

MOITY (J.H) et VERGNE (C.)

-obs sous Civ. 28 avr. 1987, *Rev. arb.* 1991 p. 345.

MOREAU (M.-A.)

-note Soc., 16 févr. 1999 et 4 mai 1999, *Rev. arb.* 1999, p. 347.

MOURRE (A.)

-note sous CA Paris, 18 nov. 2004 : *JDI* 2005, p. 357.

MOREAU (A. M.)

-note sous Civ. 2^e, 29 févr. 1984, *Rev. arb.* 1986, p. 43.

-note sous 8 janv. 1982, *Rev. arb.* 1982, p. 62.

-note sous Paris, 14 sept. 1994, *Rev. arb.* 1995, p. 448.

-note sous Civ. 2^e, 18 mai 1989, *Bull. civ.* II, n° 111.

-note sous CA Paris, 18 nov. 2004 : *JDI* 2005, p. 35.

- Cass. Soc., 16 févr. 1999 et 4 mai 1999, *Rev. arb.* 1999, p. 347.

MOTULSKY (H.)

-note sous CA Paris, 9 févr. 1954 : *JCP G* 1955, II, 8483.

MUIR WATT (H.)

-obs sous Orléans, 5 oct. 2000, *RCDIP* 2001, p. 354.

NIBOYET-HOEGY (M.-L.)

-note sous Soc., 12 févr. 1985, *RCDIP* 1986, p. 469.

-note sous Cass. soc., 12 févr. 1985, *RCDIP* 1986, p. 469

OPPETIT (B.)

-note sous RTD. Com 1994, p. 702, obs Dubarry et Loquin; *Rev. Crit. DIP* 1995, p. 356.

- note sous Cass. 18 mai 1971 : *JDI* 1972, p. 843.

ORTSCHEIDT (J.)

-obs sous Paris (ord. Réf.), 27 juill. 2000, *Rev. arb.* 2004, p. 91

-obs sous Civ. 1^{re}, 6 mai 2003, *JCP G* 2003, I, 164, n° 7.

-obs sous Civ. 1^{re}, 19 mars 2002, *JPC G* 2003, I, 105, n° 13.

-note sous Paris, 25 mars 2004, *Rev. arb.* 2004, p. 671.

-obs sous Civ. 14 nov. 2007, *JCP G* 2008, I, 164, n° 9.

-obs sous Civ. 1^{re}, 11 févr. 2009, *JCP G* 2009, I, 148, n° 11.

PELLERIN (J.)

-note sous Paris, 22 sept. 2005 et 25 juin 2006 (ord. CME) *Rev. arb.* 2007, p. 523.

-obs sous CA Paris, 30 mars 1995, *Rev. arb.* 1996, p. 131.

-note CA Paris, 16 juin 1994, *Rev. arb.* 1996, p. 135.

PILLEBOUT (L.-M.)

-note sous Paris, 31 janv. 2008, *Rev. arb.* 2008, p. 487.

-note sous Paris, 4 mai 2006, *Rev. arb.* 2006, p. 488.

Ph. PINSOLLE

-obs sous Paris, 22 mars 2000, *Rev. arb.* 2001, p. 199 (2^e esp.).

RACINE (J-B.)

-obs sous Paris, 10 sept. 1998, *Rev. arb.* 2001, p. 583 (1^{re} esp.).

-note sous Paris, 14 déc. 1999, *Rev. arb.* 2000, p. 471.

-note sous Paris, 20 juin 2002, *Rev. arb.* 2002, p. 971 (2^e esp.).

Obs sous Paris, 7 sept. 1999, *Rev. arb.* 2001 (2^e esp.), p. 583.

-note sous Paris, 14 déc. 1999, *Rev. arb.* 2000, p. 417 (2 esp.).

-note sous CA Paris, 13 févr. 2003, *Rev. arb.* 2004, p. 311.

ROBERT (J.)

-note sous CA Paris, 22 janv. 1954 : *D.* 1955, p. 335.

-note sous Cass. com., 20 nov. 1950, Tissot c/ Neff : *Bull. civ.* 1955, III, n° 355 ; *D.* 1951, p. 170 ; *S.* 1951, p. 120.

-note sous *Cass. com.*, 28 nov. 1950, p. 170.

-note sous CA Paris, 14 mai 1959, *D.* 1959, p. 437.

-note sous Cour suprême des États-Unis, 2 juill. 1985, *Mitsubishi c/ Soler*, *Rev. arb.* 1986, p. 273.

-note sous Cass. 1^{re} civ., 15 mai 2013, *Rev. arb.* 2014, p. 5.

-note sous T. confl., 19 mai 1958 avec la sté Myrtoon Steamship, *D.* 1958, p. 699

ROUDEAU-RIVIER (M.-C)

-note sous Civ. 1^{re}, 14 déc. 1983, *Rev. arb.* 1984, p. 483.

SERAGLINI (Ch.)

-obs sous Paris 29 sept. 2005, *JCP G* 2005, I, 148, n° 7.

-obs sous Civ. 2^e, 31 janv. 2002 *JCP G* 2003, I, 105, n°5.

-obs sous Civ. 1^{ère}. 4 juin 2008, *JCP G* 2008, I, 164 n°8.

-obs sous Soc., 30 nov. 2011, n° 11-12905 et 11-12906, *JCP G* 2012, 843, n° 2.

VASSEUR (M.)

CA Paris, 9 juin 1983, *Rev. arb.* 1984, p. 497, note.

V- Jurisprudences françaises

Paris, 1^{er} juin 1999, *JDI* 2000, p. 370

Civ., 10 juillet 1843, *DP* 1843, I, 343

CIV. 1^{re}, 7 mai 1963, *Gosset*, *JCP* 1963, II, 13405

Req. 31 mars 1862, *DP* 1862, I p. 242

Civ. 17 juill.1957, *Bull. civ.* II, n° 546

Cass. Civ. 1^{re}, 14 mars 1984, République islamique d'Iran c/ Commissariat à l'énergie atomique.

Civ. 2^e, 10 nov. 1998, Bull. civ. II, n° 266.

Civ. 1^{re}, 6 juill. 2005, D, 2005.

Cass. civ. 3^e, 20 déc. 1982.

Cass. civ. 2^e, 11 oct. 1995, « société Eurodisney c/ Société Impresa Pizzaritti (2 arrêts) » et « société Eurodisney c/ société Torno ».

Paris (ord. CME), 4 juillet 1997, prec.

Civ. 2^e 9 oct. 1991, Bull. civ. II^e n° 247

Cass., 20 mai 1976, Pas., 1976, I, 1103.

Cass., 20 déc. 1974, Pas., 1975, I, 437.

C. Cass. 2^e civ. 29 janvier 1960, *Sté Veuve J. Houdet et fils*, Rev. arb., 1960, p. 121.

Cass. civ., 9 janv. 1854 : DP 1854, 1, p. 69.

Cass. req., 7 nov. 1865 : DP 1866, 1, p. 204.

Obs. RTD civ. 1951, p. 106

CA Paris, 12 sept. 2002 : Rev. arb. 2003, p. 173.

CA Douai, 5 mai 2003 : Rev. arb. 2004, p. 719.

CA Angers, 27 mars 1953, D. 1954, p. 407

Cass. soc., 7 févr. 1958 : JCP 1958, II, 10777.

CA Paris, 22 mai 1980 et cass. com., 21 oct. 1981

Cass. com., 29 nov. 1950 : D 1951, p. 170.

CA Paris, 18 nov. 2004 : Rev. arb. 2005, p. 751.

Cass. 1^{re} civ., 4 avr. 1991 : Bull. civ. 1991, I, n° 119.

CA Paris, 23 nov. 1977 : Ann. Propr. Ind. 1979, p. 68

Cass. 1^{re} civ., 7 avr. 1987, D. 1988, 97.

Cass. 1^{re} civ., 31 mars 1971 : DS 1971, somm. p. 201.

Cass. 1^{re} civ., 15 mai 1973 : DS 1973, p. 478.

Cass. 2^e civ., 13 déc. 1978 : Rev. arb. 1979, p. 359

Civ., 9 janv. 1854, DP 1854, 1, p. 69

Req. 7 nov. 1865, D. 1866, 1, 204

Req. 6 juill. 1899, S. 1901, 1, 357 ; D. 1899, 1, 50

Cass. civ., 25 janv. JCP 1964, II, 13472.

Cass. req., 25 janv. 1926 : DH 1926, p. 99

Cass. com., 28 nov. 1960, Bull. civ. 1960, III, n° 379.

CE. 19 mai 1893, Ville d'Aix-les-Bains. T. civ. HAZEBROUCK, 5 avr. 1890. T. civ. Nevers, 16 mars 1891 : DP 1892, 2, p. 215

CE, 29 juill. 1881, DP 1893, 3, p. 12. T. civ. Lille, 13 avr. 1929, Gaz. Pal. 1929, 2, p. 68

T. civ. HAZEBROUCK, 5 août 1890, DP 1983, 2, p. 254 ;

T. civ. Lille, 13 avr. 1929, Gaz. Pal, 1929, 2, p. 68.

CE, 8 févr. 1935, Ville de Saint-Servan, *Rec.*

CE 1935, p. 173. CE, 1er févr. 1946, Office d'HLM de Marseille, *Rec. CE*, 1946, p. 35

CE, 13 déc. 1957, Société nationale de vente des surplus.

CA Paris, 15 juin 2006, Rev. arb. 2006, p. 945.

CE, 28 avr. 1948, Office d'HLM de Seine-et Oise : Rec. CE 1948, p. 180.

CE 26 déc. 1948, Hospices de Marseille : Rec. CE 1948, p. 457.

CE 5 Juill. 1950, Sté française de construction : Rec. CE 1950, p. 416.

Cass. crim., 23 janv. 1947 : Gaz. Pal 1947, 1, p. 76

Cass. com., 30 janv. 1967, D. 1968, p. 320.

Cass. com., 18 juin 1958 : Bull. civ. 1958, III, n° 52, p. 213.

CA Douai, 8 juill. 1955 : Rev. arb. 1956, p. 50

Cass. 1^{re} civ., 31 mars 1971 : DS 1971, somm. p. 201.

Cass. 1^{re} civ., 15 mai 1973 : DS 1973, p. 478.

Cass. 2^e civ., 13 déc. 1978, Rev. arb. 1979, p. 359

Civ. 1^{re}, 1^{er} juin 2011, n° 10- 15199.

VII- Jurisprudences européennes

Cass., 11 août 1978, *Pas.*, 1979, I, 309 ;

Cass., 11 mai 1977, *Pas.*, 1977, I, 924

VI - Sentences arbitrales

Sentence arbitrale Sapphire c/ *National Iranian Oil Company* rendue le 15 mars 1963 au sein de *l'annuaire suisse de droit international*, 1962, p. 273 et s.

Sent. CCI n° 8626 (1996), JDI 1999, p. 1073.

Sent. CCI n° 12193 (2004), JDI 2007, p. 1276, obs. E. S.-R

Sent. CCI, n° 5617 : JDI 1994, p. 1043

Sent. CCI n° 9163 (2001), JDI 2005, p. 1283, obs Y. D. et B. D

Sent. CCI n° 8626 (1996), JDI 1999, p. 1073.

VII- Les textes Français

L'ancien code de procédure civile

Le Code des assurances

Le Code civil

Le Code de la consommation

Le Code de l'énergie 9 mai 2012

Le code minier

Le nouveau code de procédure civile

Le code pénal

Le code de la propriété industrielle

Le code de travail

Loi n° 90-568 du 2 juillet 1990 relative au service public des postes et télécommunications

Loi n° 75-596 du 9 juillet 1975

La loi du 05 juillet 1984 sur les brevets

Loi du 31 décembre 1975 sur la sous-traitance

Loi NRE (les Nouvelles Régulation Économique) 2001- 420 du 15 mai 2001

Loi-type sur l'arbitrage commercial international adopté le 21 juin 1985 et amendé en 2006

VIII- Textes Internationaux

Convention européenne sur l'arbitrage commercial international du 21 avril 1961

Convention de Washington sur le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États du 18 mars 1965.

Convention européenne des droits de l'homme 3 septembre 1953

Loi espagnole sur l'arbitrage de 2003

Loi suédoise sur l'arbitrage de 1999

« Rapport introductif », in *Competition and arbitration law*, Publ. CCI n° 480/3 1993.

Règlement sur l'Association Américaine de l'arbitrage

Règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce international

Règlement intérieur de la cour international d'arbitrage de la CCI.

Règlement d'arbitrage LCIA

IX- Les textes communautaires africains

Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique du 17 octobre 1993.

Acte Uniforme de l'OHADA relatif à l'Arbitrage du 6 octobre 2017.

Règlement d'arbitrage du Centre d'Arbitrage, de Médiation et de Consiliation (CAMEC) de la Chambre de Commerce et d'Industrie du Bénin.

Décision n° 004/99 de la CCJA du 3 février 1999.

Loi n°2003-008 du 10 juillet 2003 relative à la répression des infractions contenues dans certains actes uniformes OHADA.

Décision n° 001 /PR du 11 janvier 2012 portant création, organisation et fonctionnement des Tribunaux de Commerce.

X- Liens internet

Texts/arbitration NYConvention, [consulté le 28 juin 2017] [http:// www.uncitral.org](http://www.uncitral.org).

OHADA, *le droit des affaires en Afrique*, [consulté le 15 mars 2018], <http://www.ohada.com>

Cameroun-Loi-2003-08-infractions, *OHADA droit Afrique.com*, [consulté le 26 mai 2018]

[http://www. Cameroun-Loi-2003-08-infractions com](http://www.Cameroun-Loi-2003-08-infractions.com).

TABLE DES MATIÈRES

SOMMAIRE	5
INTRODUCTION	9
PREMIÈRE PARTIE. LA COLLABORATION JUDICIEUSE DU JUGE ET DE L'ARBITRE AU COURS DE L'ARBITRAGE	28
TITRE I- Le concours du juge étatique à l'instance arbitrale	35
CHAPITRE I- La mission du juge étatique dans la phase liminaire de l'arbitrage	37
SECTION I- La constitution judiciaire du tribunal arbitral	38
§ I- Le principe de la désignation judiciaire des arbitres	40
A- Les méthodes de désignation des arbitres par les parties	42
B- Les restrictions relatives aux désignations des arbitres par les parties	45
§ II- La procédure d'intervention du juge étatique dans la désignation des arbitres à l'arbitrage international	48
A- L'assistance du juge d'appui au début de l'arbitrage international	50
B- Les appréciations sur la mission du juge d'appui dans la désignation des arbitres	52
SECTION II- Les restrictions relatives à la mission du juge étatique dans la phase liminaire de l'arbitrage	55
§ I- Le pouvoir du tribunal arbitral sur l'instance arbitrale	56
A- Les obligations primordiales de l'arbitre à l'égard des parties	59
B- Les sanctions relatives à la méconnaissance des obligations de l'arbitre	62
§ II- La privatisation des principes fondamentaux dans l'arbitrage international	64
A- Les prescriptions contraignantes du principe de la contradiction	66
B- Les règles de procédure issues de l'ordre public procédural	69
Conclusion du Chapitre I	73
CHAPITRE II- Les missions conséquentes du juge étatique et de l'arbitre dans la prise des mesures provisoires et conservatoires	75
SECTION I- Le prononcé des mesures provisoires et conservatoires dans l'arbitrage interne	77
§ I- La compétence partagée du juge étatique et de l'arbitre dans les mesures arbitrales	80
A- L'articulation des mesures provisoires et conservatoires ordinaires en présence d'une convention d'arbitrage.	82

B- L'accentuation des référés-provision en présence d'une convention d'arbitrage	85
§ II- La compétence exclusive du juge étatique et de l'arbitre dans les mesures provisoires et conservatoires	88
A- Le mécanisme d'incorporation des mesures provisoires et conservatoires à l'égard d'une sentence arbitrale dans le système juridique français.	89
B- L'exclusion conventionnelle de l'aptitude du juge étatique en matière de mesures provisoires dans le droit Français	91
SECTION II- L'impact des conventions internationales sur les mesures provisoires et conservatoires dans l'arbitrage international	94
§ I- La reconnaissance et la force exécutoire des mesures arbitrales internationales selon la convention de New York.....	96
A- L'application de la convention de New York à la reconnaissance et à l'exécution des mesures provisoires	99
B- Les controverses doctrinales relatives à l'applicabilité de la convention de New York face pour l'exécution des mesures provisoires.	102
§ II- Une appréciation critique sur les mesures arbitrales à l'international à partir du droit commun	105
A- La réticence du droit commun à la reconnaissance et l'exécution des sentences internationales.....	106
B- La tolérance du droit conventionnel sur la reconnaissance et l'exécution des sentences internationales.....	107
Conclusion du chapitre II	110
Conclusion de Titre I.....	111
TITRE II- Le contrôle du juge étatique sur les sentences arbitrales	113
CHAPITRE I- Un approfondissement sur l'efficacité des sentences arbitrales internationales	115
SECTION I- La particularité du contrôle étatique sur les sentences arbitrales en droit français	117
§ I- La démarcation entre la reconnaissance et l' <i>exéquatur</i> de la sentence en droit français.....	120
A- La procédure de la reconnaissance et d' <i>exequatur</i> de la sentence.....	123
B- La procédure du recours contre la reconnaissance ou l' <i>exéquatur</i>	126
§ II- La pertinence du recours en annulation de la sentence française.....	128
A- L'étendue de la décision du juge étatique pendant le recours en annulation.....	131
B- Étude analytique sur la compétence du juge étatique pendant l'exécution immédiate de la sentence....	135
SECTION II- Le droit conventionnel face au contrôle étatique de la sentence.....	138
§ I- Le principe de la primauté du champ d'application de la Convention de New York du 10 juin 1958.....	140

A- Les premiers motifs susceptibles d’ajourner l’ <i>exequatur</i> de la sentence.....	142
B- Les griefs secondaires suspensifs de la sentence	145
§ II- La Convention de Genève du 21 avril 1961.....	147
A- La procédure de renvoi aux règles de procédures interne	148
B- Le principe dilatoire de la Convention de Genève du 21 avril 1961 en matière de la reconnaissance et de l’exécution de la sentence.....	151
Conclusion du Chapitre I	152
CHAPITRE II- La compétence exclusive du juge étatique inhérente à la sentence arbitrale en droit OHADA	153
SECTION I- La force probante des mentions de la sentence	154
§ I- La compétence du juge de l’ <i>exequatur</i> en droit OHADA	155
A-Le déroulement de la saisie du juge dans l’espace OHADA.....	157
B- La portée de la vérification du juge étatique	160
§ II- Les voies de recours après l’ <i>exequatur</i>	162
A- L’ordonnance du premier président ou du conseiller de la mise en état.....	163
B- L’interdiction de l’ <i>exequatur</i>	164
SECTION II- L’exclusivité de la compétence du juge étatique pendant l’exécution provisoire de la sentence ..	166
§ I- La volonté des litigants dans la procédure d’exécution provisoire en droit OHADA	167
A- Le droit des litigants dans le cadre d’exécution provisoire	168
B- Une faculté spéciale pour un juge étatique spécial	169
§ II- L’exécution provisoire issue du juge étatique.....	170
A- Les conditions exprès relatives à la décision provisoire du juge étatique en espace OHADA.....	171
B- Les conditions implicites de la compétence du juge étatique pendant l’exécution provisoire	173
Conclusion du chapitre II	175
Conclusion du Titre II.....	176
Conclusion de la Première Partie.....	178
DEUXIÈME PARTIE. L’ÉMERGENCE D’UN MÉCANISME PROTECTEUR DES MARCHÉS GLOBALISÉS	181
TITRE I- L’arbitrage : un dispositif d’affermisssement de la sécurité judiciaire au sein de l’OHADA.....	187
CHAPITRE I- Le recours à l’arbitrage : une échappatoire aux insuffisances de la justice étatique en droit OHADA	189

SECTION I- La désignation des arbitres au sein de l'espace OHADA : Un choix confortable et idéal pour les litigants.....	191
§ I- Les prérequis professionnels d'un arbitre dans l'espace OHADA.....	192
A- Le fondement juridique du choix des litigants en droit OHADA.....	193
B- Les aptitudes professionnelles d'un arbitre pour le règlement d'un différend en droit OHADA	195
§ II- La prééminence de l'éthique de l'arbitre dans les États OHADA	196
A- L'exigence d'un code d'éthique dans l'arbitrage	198
B- La nécessité de la réglementation des frais d'arbitrage en espace OHADA.....	200
SECTION II- La procédure arbitrale en espace OHADA : un outil pour la sauvegarde judiciaire.....	202
§ I- La vérification de la responsabilité de l'arbitre au regard des parties en droit OHADA.....	204
A- L'obligation de révélation : un moyen de vérification du degré d'indépendance de l'arbitre.....	205
B- L'opinion dissidente de l'indépendance de l'arbitre.....	208
§ II- L'enclenchement de la responsabilité de l'arbitre en espace OHADA.....	209
A- Le fondement civil de la responsabilité contractuelle de l'arbitre.....	212
B- Le fondement civil de la responsabilité délictuelle de l'arbitre	214
Conclusion du Chapitre I	216
CHAPITRE II- L'arbitrage : un instrument d'expansion et de maintenance de la sécurité judiciaire	218
SECTION I- La commodité de la sécurité judiciaire en espace OHADA par la collaboration du juge judiciaire à l'instance arbitrale.....	219
§ I- La collaboration incontournable du juge étatique avant le déroulement de l'instance arbitrale en droit OHADA.....	220
A- La mission du juge étatique dans la récusation de l'arbitre en droit OHADA	222
B- La mission du juge dans le cadre de la validité au fond de la convention d'arbitrage en droit OHADA.....	223
§ II- L'incontournable collaboration du juge étatique au cours de l'instance arbitrale en droit OHADA	225
A- L'intervention du juge judiciaire de l'espace OHADA dans le cadre des mesures conservatoires ou provisoires.	226
B- L'intervention du juge judiciaire dans le cadre de la notification des sentences arbitrales	227
SECTION II- La consolidation de la sécurité judiciaire dans la mission du juge étatique sur la sentence arbitrale	228
§I- La mission du juge étatique durant l'exécution de la sentence arbitrale en faveur de la pérennité de la sécurité judiciaire	228

A- L’office du juge étatique au cours de la reconnaissance de la sentence arbitrale	229
B- L’office du juge étatique sur l’ <i>exequatur</i> de la sentence arbitrale	231
§ II- La mission du juge étatique dans les voies de recours contre la sentence arbitrale	232
A- La composition irrégulière du tribunal arbitral : gage d’une sécurité judiciaire internationale.....	233
B- Le non-respect de l’accord arbitral par les arbitres.....	235
Conclusion du Chapitre II	238
Conclusion de Titre I.....	239
TITRE II- La compétence arbitrale au regard de l’ordre public français	240
CHAPITRE I- L’arbitrabilité des litiges en France	242
SECTION I- L’immixtion de l’ordre public au cours de l’arbitrage en France	244
§ I- L’étude comparative entre l’ordre public de fond et l’ordre public juridictionnel : cas de la France	245
A- L’accroissement des différends arbitrables selon l’ordre public	246
B- La compétence arbitrale suite à la violation de l’ordre public par les litigants.....	249
§ II- Les caractéristiques d’inarbitrabilité.....	252
A- La disqualification de la fonction de l’arbitre en raison de l’illicéité de la convention d’arbitrage	255
B- Les matières inarbitrables par nature et leur restriction.....	258
SECTION II- La gestion des contentieux relatifs à l’ordre public de protection	261
§ I- L’intérêt de l’article 2059 du Code civil	262
A- Le rapport entre l’inarbitrabilité et l’indisponibilité des droits	264
B- L’incertitude sur l’applicabilité de l’article 2059	266
§ II- Le champ d’application de l’article 2059 du Code civil.....	270
A- La nullité de la clause compromissoire en droit français : cas du droit de la consommation et du droit alimentaire.....	272
B- La validité de la clause compromissoire en droit français : cas du droit de travail et des baux	275
Conclusion Chapitre I	278
CHAPITRE II- L’étendue des différends non arbitrables	279
SECTION I- L’inarbitrabilité des matières relatives à l’ordre public	281
§ I- L’exclusion traditionnelle des différends en matière d’état et de capacité des personnes.....	282
A- L’inarbitrabilité des matières relatives aux droits extrapatrimoniaux	284
B- La position du droit interne sur les droits extrapatrimoniaux	286

§ II- Les altercations relatives aux personnes publiques	287
A- Les juridictions compétentes dans le prononcé de la nullité	289
B- La position de la législation française sur la validité de la clause compromissoire	292
Section II- L'étude des matières inarbitrables contestées par l'ordre public	294
§ I- L'éviction non absolue de certaines matières à l'arbitrage	295
A- Les contours de l'arbitrabilité du droit de la concurrence et du droit des sociétés	297
B- Les raisons d'une inarbitrabilité potentielle en droit de la propriété industrielle	300
§ II- Appréciation critique de la position française sur l'inarbitrabilité en droit français	301
A- La neutralisation jurisprudentielle réformatrice de l'article 2060 du Code civil	302
B- L'éviction jurisprudentielle de l'article 2061 du Code civil	305
Conclusion du chapitre II	308
Conclusion du Titre II.....	309
Conclusion de la Deuxième Partie.....	310
CONCLUSION GÉNÉRALE.....	312
BIBLIOGRAPHIE	316
TABLE DES MATIÈRES	354

Sujet de thèse : Les rapports entre la justice étatique et la justice arbitrale. Étude comparative France-OHADA.

Résumé

L'arbitrage est un moyen de gestion de litige apprécié et privilégié par les acteurs du commerce international. Son bon fonctionnement dépend de la justice étatique. Ces deux appareils doivent entretenir un rapport tantôt fusionnel et tantôt concurrentiel. Le déroulement de cette relation peut réciproquement susciter des complications et de la méfiance. En France comme dans plusieurs autres États de l'Afrique subsaharienne, le juge étatique est le collaborateur de l'arbitre malgré l'envergure de leurs rapports. Ces États reconnaissent à la justice étatique son pouvoir explicite et implicite durant l'arbitrage. La présente recherche et étude aborde la mise en œuvre des compétences respectives attribuées à l'arbitre et au juge durant l'arbitrage. Afin d'accentuer et de pérenniser le bon déroulement de l'arbitrage en France et en Afrique francophone, cette étude s'est attardée sur la question de l'arbitrabilité et du développement économique. Après avoir énuméré des réalités freinant la floraison durable de l'arbitrage en Afrique, quelques solutions sont proposées pour le préserver de tout dysfonctionnement.

Mots clés : # arbitrage # différends # interétatique # procédures # rapprochement

Thesis subject: Relationships between state justice and arbitral justice. Comparative study France-OHADA

Abstract

Arbitration has been used to resolving cases appreciated by international trade actors. However, well-functioning depends upon state justice. Both devices should have maintain a fusional and competitive relationship. The unfolding of this relationship can reciprocally bring complications and mistrust. State judge is referee's collaborator despite the spacing of reports in France and several other states in sub-Saharan Africa. These states recognize the explicit and implicit power of state justice during arbitration. This study approaches courts assigned to the arbitrator and judge during their challenge. In order to accentuate and sustain the smooth running of arbitration in France and Francophone Africa, this research has been focused on the issue of economic development. After listing realities hindering the flowering of arbitration in this part of Africa, some solutions have been proposed to preserve this method of dispute resolution of dysfunction.

Key words: # arbitration # cases # interstate # proceedings # approximation