



HAL
open science

Contentieux économique

Denis Mouralis

► **To cite this version:**

Denis Mouralis. Contentieux économique. Doctorat. Contentieux économique, Aix-en-Provence, France. 2023, pp.265. <hal-04622399>

HAL Id: hal-04622399

<https://hal.science/hal-04622399v1>

Submitted on 24 Jun 2024

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.



Copyright - All rights reserved

CONTENTIEUX ECONOMIQUE

MASTER 1 DROIT DES AFFAIRES ET ALED – 2023-2024 – 1^{ER} SEMESTRE

Denis Mouralis

*Agrégé des facultés de droit
Professeur à Aix Marseille Université*

Directeur du master droit des affaires
Membre du Centre de droit économique

denis.mouralis@univ-amu.fr

Le présent document contient le texte du cours, des références bibliographiques et la référence de documents à lire impérativement. Il sera complété au fur et à mesure de la progression du cours. Comme il a été préparé rapidement, il est susceptible de contenir un certain nombre de coquilles et d'erreurs : l'enseignant sollicite l'indulgence des étudiant !

Ce document est réservé aux étudiants d'Aix Marseille Université inscrit au cours de contentieux économique. Toute diffusion, reproduction ou publication en est strictement interdite.

Lundi 11 septembre 2023

1 NOTION DE CONTENTIEUX ECONOMIQUE

- [1] Le contentieux économique, tel qu'on l'entend ici, recouvre l'ensemble des différends de nature économique. Plus exactement, nous nous intéresserons à toutes les méthodes permettant de résoudre ce type de contentieux et pas seulement aux méthodes juridictionnelles. Autrement dit, le substantif contentieux est ici utilisé au sens large et non dans son sens étroit, qui se limite aux différends soumis à une procédure juridictionnelle.
- [2] Il existe beaucoup de termes désignant les situations dans lesquelles deux ou plusieurs parties s'opposent : conflit, différend, litige, dispute, etc. Si on entre dans les détails, ces termes peuvent avoir des significations légèrement différentes. Le conflit est une situation dans laquelle les parties sont en désaccord mais n'ont pas encore précisé formellement les raisons de ce désaccord. Lorsque les parties sont conscientes de l'objet du conflit, notamment dans sa dimension juridique, celui-ci devient un différend. Enfin, pour certains, le terme litige doit être réservé au différend déjà soumis à une procédure juridictionnelle, en raison de son étymologie. En droit romain, la *litis contestatio* était l'accord des parties sur le contenu de la formule soumise par le prêteur au juge. Autrement dit, c'était l'objet du litige soumis au juge.
- [3] Un différend économique peut être défini comme un conflit entre deux ou plusieurs personnes, découlant d'un désaccord entre elles sur leurs droits respectifs, à propos d'une opération de nature patrimoniale et se rattachant à leur activité professionnelle ou leur objet social. Les différends économiques peuvent porter sur des objets très divers : vente, société, concurrence, sport, investissements, opération interne ou internationale, relations de travail, consommation... Ils peuvent aussi impliquer un État et une partie privée, comme en matière d'investissements transnationaux, voire seulement des États, par exemple lorsque deux États s'opposent sur l'application des traités gouvernant le commerce international.
- [4] Toutefois, dans ce cours, nous n'évoquerons pas, ou très marginalement, la résolution des différends économiques entre États. Nous envisagerons, en revanche, les méthodes de résolution des différends économiques opposant des opérateurs privés et, dans un contexte international, des opérateurs privés et des États.

2 MODES DE RESOLUTION DES DIFFERENDS ECONOMIQUES

- [5] Les méthodes disponibles pour résoudre les différends économiques sont très diverses. En ce domaine, la *summa divisio* est entre les modes amiables (2.1) et les modes juridictionnels (2.2) de résolution des différends économiques. Il faut aussi expliquer comment on peut choisir entre ces différents modes de résolution des différends (2.3).

2.1 MODES AMIABLES DE RESOLUTION DES DIFFERENDS ECONOMIQUES

- [6] Les modes amiables de résolution des différends (MARD) sont parfois aussi désignés par d'autres expressions. Il faut éviter l'expression modes amiables de résolution des litiges (MARL), puisque le litige est, en principe, un différend soumis au juge. On peut en revanche parler de modes amiables de résolution des conflits (MARC). L'expression modes alternatifs de résolution des différends ou des conflits ou, en anglais, *alternative dispute resolution* (ADR) peut être utilisée. Au sens strict, elle ne désigne que les

modes amiables mais certains y incluent l'arbitrage, comme alternative au recours eu juge.

- [7] Cela étant, on peut distinguer les modes amiables de résolution des différends économiques selon qu'ils impliquent (2.1.2) ou non (2.1.1) l'intervention d'un tiers neutre aidant les parties à résoudre leur différend. Il faut aussi évoquer l'accord amiable (2.1.3) et les sources des règles s'appliquant aux modes amiables (2.1.4).

2.1.1 Sans intervention d'un tiers neutre

- [8] Les parties à un différend peuvent, d'abord, entamer des pourparlers afin de le résoudre. Cette méthode, appelée négociation, est probablement la plus utilisée, souvent de manière informelle, notamment entre parties à un contrat. En pratique, beaucoup de différends entre cocontractants sont résolus rapidement et de manière informelle par de simples discussions. Parfois, les parties sont assistées de leurs avocats et la négociation prend un tour plus formel.

- [9] Il existe aussi une méthode élaborée, appelée négociation raisonnée, mise au point par Roger Fisher et William Ury, au sein du *Harvard Negotiation Project*, devenu depuis le *Program on Negotiation*, qui suit un processus rigoureux, selon quatre principes¹ :

- Identifier les enjeux émotionnels et les traiter séparément des enjeux matériels.
- Identifier les intérêts réels de chaque partie sans s'arrêter à ses revendications.
- Envisager ensemble plusieurs solutions possibles.
- Retenir la solution la plus respectueuse des intérêts de toutes les parties à partir de critères objectifs et vérifiables.

- [10] Il faut également citer la procédure participative, créée par la loi n° 2010-1609 du 22 décembre 2010 relative à l'exécution des décisions de justice, aux conditions d'exercice de certaines professions réglementées et aux experts judiciaires². Au cours de cette procédure, les parties, assistées de leurs avocats, échangent leurs arguments et leurs pièces de manière structurée. Cela peut leur permettre de mieux comprendre leurs positions respectives et de parvenir à un accord. A défaut, le différend est en état d'être jugé rapidement. Cette méthode, qui peut également servir à organiser la mise en état d'un litige porté devant une juridiction, devrait être davantage utilisée.

2.1.2 Avec intervention d'un tiers neutre

- [11] L'intervention d'un tiers neutre dans un mode amiable de résolution des différends peut avoir pour objet d'aider les parties à négocier une solution amiable à leur différend (2.1.2.1) ou de donner un avis (2.1.2.2). Le processus amiable peut aboutir à un accord amiable (2.1.2.3).

2.1.2.1 Aide à la négociation

- [12] Les processus dans lesquels un tiers aide les parties à négocier sont appelées conciliation ou médiation. La conciliation et la médiation peuvent être toutes deux définies comme une méthode dans laquelle un tiers neutre, appelé conciliateur ou médiateur, aide les parties à trouver une solution. Bien que ces deux modes de résolution des différends soient similaires, il y a deux différences entre eux.

¹ Pour une présentation générale, v. F. Gladel, « La "négociation raisonnée de Harvard" : une opportunité à saisir pour les avocats », *JCP G* 2012, 267.

² C. civ., art. 2062 à 2068 et C. proc. civ., art. 1542 à 1567.

- [13] D'une part, le Code de procédure civile distingue les deux méthodes, en leur attribuant deux régimes différents³. Il faut aussi mentionner, évidemment, la conciliation organisée par le Code de commerce pour les entreprises en difficulté⁴. Le conciliateur intervient à titre bénévole, tandis que le médiateur est rémunéré.
- [14] D'autre part, en principe, le médiateur a reçu une formation poussée à diverses techniques, qui sont le résultat de décennies de recherches en psychologie, sciences de la communication et management, et il s'efforce d'amener les parties à trouver elles-mêmes la solution qui leur convient. On dit parfois, à propos de la médiation, que c'est une forme de maïeutique : le médiateur fait accoucher les parties de la solution au litige. Au contraire, le conciliateur n'a pas forcément reçu une telle formation et il se montre plus actif, en proposant des pistes aux parties, sans jamais rien leur imposer, évidemment. Cela étant, en pratique, la différence n'est pas si tranchée car il existe des conciliateurs très bien formés aux techniques de la médiation et les médiateurs font parfois des suggestions aux parties.

2.1.2.2 *Prononcé d'un avis*

- [15] Il existe divers mécanismes dans lesquels un tiers émet un avis pour aider les parties à trouver une solution à leur litige. On pense, en premier lieu, à l'expertise, qui peut être une mesure d'instruction destinée à faciliter la manifestation de la vérité au cours d'une procédure juridictionnelle mais qui peut aussi servir à faciliter la recherche d'une solution amiable. Les parties peuvent ainsi décider de s'en remettre à l'avis d'un expert, qui précisera les circonstances du conflit. Une fois qu'elles sont mieux éclairées à ce sujet, elles peuvent parvenir assez facilement à une solution.
- [16] Il existe diverses modalités de recours à un expert. En matière de construction navale, il est généralement prévu que l'exécution du contrat sera suivie par un *surveyor*. Les contrats d'entreprise ayant pour objet la construction d'infrastructures importantes prévoient généralement la constitution d'un *dispute board*. Certains centres de médiation et d'arbitrage proposent également des procédures d'expertise⁵.
- [17] On peut aussi demander l'opinion d'un juriste sur les aspects juridiques du différend. Le Centre de médiation et d'arbitrage de Paris a ainsi adopté un règlement d'évaluation juridique indépendante⁶. Un tel avis peut, là encore, aider les parties à apprécier le rapport de force et à négocier de manière plus rationnelle.
- [18] L'avis du tiers peut être facultatif ou obligatoire mais, lorsqu'il est obligatoire, il n'a pas pour autant la valeur d'une décision de justice. La partie qui ne respecte pas les préconisations du tiers, même lorsqu'elles sont obligatoires, engage tout simplement sa responsabilité pour inexécution d'une obligation contractuelle, l'obligation, acceptée par elle, de respecter l'avis émis. Celui-ci n'a pas force exécutoire. Dès lors, la partie qui veut faire respecter l'avis par la partie défaillante doit saisir la juridiction compétente pour la faire condamner à l'exécution forcée ou à des dommages intérêts

³ C. proc. civ., art. 127 à 131-15 ; 1528 à 1571. V. aussi directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale ; décret 2017-1457 du 9 octobre 2017 sur les listes de médiateurs auprès de la cour d'appel ; loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative ; circulaire du 8 février 2018 sur les listes de médiateurs auprès du premier président CA.

⁴ C. Com., art. L. 611-4 à L. 611-16.

⁵ Par ex., le Centre de médiation et d'arbitrage de Paris (CMAP) : <<https://www.cmap.fr/notre-offre/lexpertise-amiable/>>.

⁶ <https://www.cmap.fr/wp-content/uploads/2016/11/Evaluation-Juridique-Independante-2007.pdf>

pour inexécution. Il ne faut donc pas confondre ces procédures d'expertise avec l'arbitrage même si, parfois, les clauses sont ambiguës, ce qui soulève des difficultés de qualification.

2.1.3 Résultat du processus : accord amiable

[19] L'accord amiable est un contrat destiné à résoudre un différend et non une méthode de résolution. D'ailleurs, plusieurs méthodes de résolution peuvent aboutir à un accord amiable : négociation, médiation, procédure participative, etc. De plus, les processus dans lesquels un tiers donne un avis obligatoire rendent généralement la conclusion d'un accord amiable superflu : les parties doivent, tout simplement, respecter les préconisations émises.

[20] Par ailleurs, il ne faut pas confondre accord amiable et transaction. Celle-ci est une catégorie particulière d'accord amiable, c'est un accord amiable comportant des concessions réciproques des deux parties, comme le dit l'article 2044 du Code civil :

La transaction est un contrat par lequel les parties, par des concessions réciproques, terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître.

Ce contrat doit être rédigé par écrit.

[21] Certes, généralement, les parties mettent fin à un différend au moyen de concessions réciproques. Cependant, on peut parfaitement concevoir un accord mettant fin à un différend et comprenant des concessions consenties par une seule des parties.

2.1.4 Sources des règles s'appliquant aux modes amiables

[22] Les modes amiables de résolution des différends sont assez peu réglementés. Il existe néanmoins quelques instruments nationaux, européens et internationaux ayant vocation à s'y appliquer :

- Code de procédure civile, articles 127 à 131-15 et 1528 à 1571.
- Loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative, art. 21 à 22-1.
- Directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale.
- Décret n° 2017-1457 du 9 octobre 2017 relatif à la liste des médiateurs auprès de la cour d'appel.
- Convention des Nations Unies sur les accords de règlement internationaux issus de la médiation, ouverte à la signature le 7 août 2019, dite Convention de Singapour⁷ [DOC11].

2.2 MODES JURIDICTIONNELS DE RESOLUTION DES DIFFERENDS ECONOMIQUES

[23] Les modes juridictionnels de résolution des différends consistent à confier à un tiers neutre le soin de déterminer la solution du différend au moyen d'une décision qui a la nature d'un acte juridictionnel, c'est-à-dire qui s'impose aux parties, qui est revêtue de l'autorité de la chose jugée et qui est susceptible d'exécution forcée. Généralement, le tiers détermine la solution en recherchant la manière dont les règles de droit doivent

⁷ Signée par cinquante-trois États au 31 août 2020, ratifiée par cinq États. Donc elle est entrée en vigueur entre les États qui l'ont ratifiée. La France ne l'a pas encore signée (site de la CNUDCI : https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtmsg_no=XXII-4&chapter=22&clang=fr).

s'appliquer au différend, ce qui transparaît dans l'étymologie du mot juridiction : *juris dictio*, dire le droit. Cependant, parfois, les parties confient au tiers la mission de rechercher une solution conforme à l'équité, sans nécessairement appliquer des règles de droit. Les parties peuvent soumettre leur différend à une juridiction arbitrale (2.2.1), étatique (2.2.2) ou internationale (2.2.3). Il faut aussi évoquer les organes de régulation (2.2.4).

2.2.1 Juridiction arbitrale

[24] L'arbitrage consiste, pour les parties à un différend, à conférer à une ou plusieurs personnes, appelées arbitres, qui ne sont pas des juges institués par l'État, le pouvoir de trancher ce différend par une sentence, qui a la valeur d'un jugement. Il faut présenter les différentes catégories d'arbitrages (2.2.1.1) et les sources du droit de l'arbitrage (2.2.1.2).

2.2.1.1 Différentes catégories d'arbitrages

[25] Il existe plusieurs dichotomies en matière d'arbitrage :

- Arbitrage en droit et arbitrage en amiable composition.
- Arbitrage entre personnes privées et arbitrage impliquant un État.
- Arbitrage commercial et arbitrage d'investissement.
- Arbitrage donnant lieu à un échange d'arguments et arbitrage sur dernière offre (*last offer arbitration*).

[26] On distingue aussi l'arbitrage institutionnel et l'arbitrage *ad hoc*. Il existe de très nombreux centres d'arbitrage, qui sont souvent également des centres de médiation. Quelques exemples :

- [Asian International Arbitration Centre](#) (AIAC, Kuala Lumpur)
- [Australian Centre for International Commercial Arbitration](#) (ACICA)
- [Cairo Regional Center of International Commercial Arbitration](#) (CRCICA).
- [Cour d'arbitrage internationale de la Chambre de commerce internationale](#).
- [Centre de médiation et d'arbitrage de Paris](#) (CMAP).
- [Chambre arbitrale internationale de Paris](#) (CAIP).
- [Chambre arbitrale maritime de Paris](#) (CAMP).
- [Chinese International Economic and Trade Arbitration Commission](#) (CIETAC)
- [Corte de Arbitraje de Madrid](#) (CAM).
- [Hong Kong International Arbitration Centre](#) (HKIAC)
- [Institut d'arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm](#) (SCC).
- [International Centre for Dispute Resolution](#) (ICDR).
- [Kigali International Arbitration Center](#) (KIAC).
- [London Court of International Arbitration](#) (LCIA).
- [Mauritius Chamber of Commerce and Industry Mediation and Arbitration Center](#) (MARC)
- [Nairobi Center for International Arbitration](#) (NCIA).

- [Singapore International Arbitration Centre](#) (SIAC)
- [Tribunal arbitral de Barcelona](#) (TAB).
- [Tribunal arbitral du sport](#) (TAS).

[27] Une autre distinction importante est celle qu'on fait entre l'arbitrage interne et l'arbitrage international. Dans beaucoup de pays, dits dualistes, ils sont soumis à des règles différentes, le régime de l'arbitrage international étant plus libéral. En droit français, le critère de distinction est économique, comme l'indique l'article 1504 du Code de procédure civile :

Est international l'arbitrage qui met en cause des intérêts du commerce international.

[28] La jurisprudence a repris ici les critères de qualification du contrat international définis par la doctrine Matter⁸. Est international l'arbitrage destiné à résoudre un différend découlant d'une opération qui ne s'est pas dénouée ou n'aurait pas dû se dénouer économiquement dans un seul État, parce qu'elle a impliqué ou aurait dû impliquer un transfert de biens, de services, de fonds, de technologies ou de personnel à travers les frontières⁹.

[29] Le droit fédéral américain distingue l'arbitrage interne à chaque État et l'arbitrage international, auquel est assimilé l'arbitrage se rattachant au commerce entre les États de l'Union, selon un critère similaire. L'arbitrage international, relevant du droit fédéral, est celui concernant les *maritime transactions* et le *commerce*, au sens ainsi défini :

'Maritime transactions', as herein defined, means charter parties, bills of lading of water carriers, agreements relating to wharfage, supplies furnished vessels or repairs to vessels, collisions, or any other matters in foreign commerce which, if the subject of controversy, would be embraced within admiralty jurisdiction; 'commerce', as herein defined, means commerce among the several States or with foreign nations, or in any Territory of the United States or in the District of Columbia, or between any such Territory and another, or between any such Territory and any State or foreign nation, or between the District of Columbia and any State or Territory or foreign nation, but nothing herein contained shall apply to contracts of employment of seamen, railroad employees, or any other class of workers engaged in foreign or interstate commerce¹⁰.

[30] En revanche, d'autres droits retiennent un critère juridique, avec des facteurs de rattachement typiques des règles de conflit du droit international privé. Il faut lire, par exemple, l'article 1^{er} de la loi-type CNUDCI :

3) Un arbitrage est international si :

a) Les parties à une convention d'arbitrage ont, au moment de la conclusion de ladite convention, leur établissement dans des États différents ; ou

b) Un des lieux ci-après est situé hors de l'État dans lequel les parties ont leur établissement :

⁸ Civ. 1re, 17 mai 1927, DH 1928. 25, concl. Matter et note Capitant

⁹ V. not. Cass. civ. 1^{ère}, 20 novembre 2013, n° 12-25.266, *Saica Pack France c/ Automation Group*; 30 mars 2004, n° 02-12.259, *Sté Painewebber*, Bull. civ. I, n° 97 ; 5 mars 2013, *Rev. arb.* 2013. 528 ; 14 juin 2001, *Compagnie commerciale André c/ SA Tradigrain France*, *Rev. arb.* 2001. 773, note C. Seraglini, et 805, obs. Y. Derains ; 28 janv. 1988, *Rev. arb.* 1988. 565, et obs. J.-L. Goutal, p. 439. CA Paris, 17 février 2015, *Tapie*, D. 2015, p. 1253, note D. Mouralis.

¹⁰ 9 U.S.C. §1.

- i) Le lieu de l'arbitrage, s'il est stipulé dans la convention d'arbitrage ou déterminé en vertu de cette convention ;
- ii) Tout lieu où doit être exécutée une partie substantielle des obligations issues de la relation commerciale ou le lieu avec lequel l'objet du différend a le lien le plus étroit ;
- c) Les parties sont convenues expressément que l'objet de la convention d'arbitrage a des liens avec plus d'un pays.
- 4) Aux fins du paragraphe 3 du présent article,
 - a) Si une partie a plus d'un établissement, l'établissement à prendre en considération est celui qui a la relation la plus étroite avec la convention d'arbitrage ;
 - b) Si une partie n'a pas d'établissement, sa résidence habituelle en tient lieu.

[31] On trouve un critère similaire à l'article 174 de la loi fédérale suisse de droit international privé :

¹ Les dispositions du présent chapitre s'appliquent à tout arbitrage si le siège du tribunal arbitral se trouve en Suisse et si au moins l'une des parties n'avait, au moment de la conclusion de la convention d'arbitrage, ni son domicile, ni sa résidence habituelle en Suisse.

² Les parties peuvent, par une déclaration expresse dans la convention d'arbitrage ou dans une convention ultérieure, exclure l'application du présent chapitre et convenir de l'application de la troisième partie du CPC.

³ Les parties en cause ou l'institution d'arbitrage désignée par elles ou, à défaut, les arbitres déterminent le siège du tribunal arbitral.

2.2.1.2 Sources du droit de l'arbitrage

[32] Il existe des sources internationales (a) et des sources internes (b).

a Les sources internationales

[33] L'arbitrage étant largement utilisé pour résoudre les litiges du commerce international, les sources internationales ont une grande importance et elles ont d'ailleurs produit une certaine uniformisation de ce droit dans le monde. Il faut d'abord citer un certain nombre de conventions internationales :

- Protocole de Genève du 24 septembre 1923 sur les clauses d'arbitrage.
- Convention de Genève du 26 septembre 1927 sur l'exécution des sentences arbitrales étrangères.
- Convention de New York du 10 juin 1958 sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères [DOC01].
- Convention de Washington du 18 mars 1965 sur le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États, créant le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI).
- Convention européenne de Genève du 21 avril 1961 sur l'arbitrage international.
- Convention de Maurice du 10 décembre 2014 sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités, destiné à permettre l'application du règlement sur la transparence aux arbitrages fondés sur des traités de protection des investissements conclu avant le 1^{er} avril 2014.

[34] Il faut également citer la loi-type de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI), publiée en 1985 et amendée en 2006 [DOC02] et les nombreux règlements d'arbitrage qui existent. Par exemple :

- Règlement CNUDCI 1976, 2010, 2013 [DOC04].
- Règlement de la CNUDCI sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités : applicable aux arbitrages d'investissement soumis au règlement d'arbitrage CNUDCI et fondé sur des traités de protection des investissements conclu le 1^{er} avril 2014 ou après.
- Règlement CCI 2017 [DOC05].
- Règlement CMAP 2022 [DOC06].

[35] Les publications de certains organismes purement privés, notamment l'International Bar Association (I.B.A.) exercent en pratique une influence certaine. Notamment :

- IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration.
- IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration 2010.

b Les sources nationales

[36] Selon les pays, l'arbitrage est réglementé par une loi spécifique ou par une partie du Code de procédure civile (parfois appelé code judiciaire, comme en Belgique). Les sources du droit français de l'arbitrage [DOC03] sont les suivantes :

- Code civil, art. 2059 à 2061.
- Code de justice administrative, art. L. 311-6.
- Code de procédure civile, art. 1442 à 1527.
- Code pénal, art. 226-13, 434-8, 434-9, 435-7.

[37] Jusqu'en 1980, les dispositions du Code de procédure civile de 1807 étaient applicables à l'arbitrage. Puis, le décret n°80-354 du 14 mai 1980 relatif à l'arbitrage et destiné à s'intégrer dans le nouveau code de procédure civile a réformé le droit de l'arbitrage interne. Ensuite, le décret n°81-500 du 12 mai 1981 instituant les dispositions des livres III et IV du nouveau code de procédure civile et modifiant certaines dispositions de ce code a intégré, dans le code de procédure civile de 1975, les articles relatifs à l'arbitrage interne et international. Cette réforme de 1980 et 1981 permit une importante modernisation du droit français. Plus récemment, le décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage a amélioré le droit français de l'arbitrage, notamment en codifiant plusieurs solutions jurisprudentielles, sans pour autant bouleverser l'architecture issue de la réforme de 1980 et 1981.

[38] A l'étranger, à titre d'exemple, on peut citer :

- Droit anglais : Arbitration Act, 1996.
- Droit suisse : loi fédérale sur le droit international privé (LDIP) du 18 décembre 1987.
- Droit américain de l'arbitrage international : Federal Arbitration Act, intégré dans le titre 9 du Code des États-Unis. L'arbitrage interne dans chaque État est régi par des lois locales.

[39] Enfin, la jurisprudence est une source importante en matière d'arbitrage, comme dans d'autres domaines.

2.2.2 Juridictions étatiques

[40] Les juridictions judiciaires et administratives peuvent connaître de différends économiques. Les sources des règles applicables sont, en France :

- Constitution et Convention européenne des droits de l'homme.
- Textes européens, notamment le Règlement (UE) n ° 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (Bruxelles I bis).
- Code de procédure civile.
- Code de l'organisation judiciaire.
- Code de justice administrative.
- Jurisprudence.

[41] Dans les pays de tradition anglaise, les sources sont :

- Jurisprudence (common law)
- Equity
- Règles adoptées par les juridictions, notamment les juridictions suprêmes (Federal Rules of Civil Procedure aux États-Unis d'Amérique), ou par un comité *ad hoc* (The Civil Procedure (Amendment) Rules 1999 en Angleterre et au Pays de Galles)
- *Statutes*: California Code of Civil Procedure, Illinois Code of Civil Procedure, New York Civil Practice Law and Rules.

[42] Nous n'évoquerons pas en détail le contentieux devant le juge étatique, qui relève du cours de droit judiciaire privé de licence. En revanche, nous parlerons plus en détail de certains aspects de la procédure devant le juge étatique qui sont peu ou pas étudiés dans ce cours de licence.

2.2.3 Juridictions internationales

[43] Les juridictions internationales instituées par plusieurs États peuvent aussi connaître de litiges économiques. Notamment, la Cour de justice de l'Union européenne statue parfois en matière de contentieux économique, par exemple pour mettre en œuvre les règles européennes de concurrence. On peut aussi citer la juridiction créée en matière d'investissement par l'Accord économique et commercial global entre le Canada et l'Union européenne (AECG ou CETA), appelée « *le tribunal* », et les autres juridictions de ce type créées par d'autres traités similaires conclus par l'Union européenne. Cela étant, nous n'évoquerons pas davantage ces juridictions.

2.2.4 Organes de régulation

[44] On pense ici aux autorités chargées de faire appliquer les règles propres à certains secteurs du droit des affaires, notamment les règles des marchés financiers et les règles de concurrence : Autorité de la concurrence, Autorité des marchés financiers, Commission européenne, Security and Exchange Commission aux États-Unis... Dans leur fonction de sanction, ces organes exercent une mission juridictionnelle. Cela étant, le volume du cours étant nécessairement limité, nous n'évoquerons pas davantage ces organes, qui sont étudiés par ailleurs dans d'autres cours.

2.3 CHOIX DE LA METHODE DE RESOLUTION DES DIFFERENDS

[45] Il faut préciser le contexte (2.3.1) et les critères (2.3.2) du choix.

2.3.1 Contexte du choix

[46] Seul le recours au juge étatique ne nécessite pas d'accord de volonté des parties car sa compétence et son pouvoir juridictionnel résultent de la loi. Cela étant, les parties peuvent, sous certaines conditions, s'accorder pour saisir un autre juge que celui compétent par défaut (convention de prorogation de compétence).

[47] Tous les autres modes de résolution des différends envisagés ci-dessus supposent un accord de volonté des parties. On peut ainsi les désigner comme des modes conventionnels de résolution des différends. Le choix d'y recourir peut-être effectué au moment où on rédige un contrat, en y insérant une clause de résolution des différends, ou au moment où le différend survient. On peut combiner plusieurs méthodes : méd-arb simultané ou successif, clauses à deux niveaux (*two-tier clauses*) : médiation préalable obligatoire puis, en cas d'échec, arbitrage ; voire à trois niveaux (*three-tier clauses*) : pourparlers informels puis, en cas d'échec, médiation, puis, en cas d'échec, arbitrage.

2.3.2 Critères du choix

[48] De nombreux critères doivent entrer en ligne de compte lorsqu'on choisit une méthode de résolution des différends :

- Durée d'exécution du contrat : dans un contrat de longue durée, on peut créer un organe permanent de résolution des différends : *dispute board, surveyor...*
- Importance de la confidentialité : arbitrage, médiation, conciliation, négociation sont confidentiels. Ce n'est pas le cas de la justice étatique.
- Importance de la célérité : négociation, médiation, conciliation sont les modes les plus rapides. L'arbitrage prend moins de temps que la justice étatique, du moins en principe.
- Coût : généralement, le coût de l'arbitrage surpasse le coût de la justice étatique, qui surpasse le coût de la conciliation et de la médiation, qui surpasse le coût de la négociation. L'expertise, surtout sous la forme du *dispute board*, peut représenter un coût élevé.
- Si on souhaite apaiser et pérenniser la relation commerciale entre les parties, les modes amiables sont préférables. Toutefois, de ce point de vue, l'arbitrage peut-être moins antagoniste que la justice étatique, comme l'exprime l'adage « *Arbitration is the settlement of a dispute between gentlemen, by gentlemen, in a gentlemanly way.* »
- Neutralité et disponibilité du tiers : arbitrage, médiation et conciliation sont préférables, surtout dans le commerce international.

[49] La négociation a lieu entre les parties elles-mêmes, qui devraient bien connaître la matière litigieuse. L'arbitrage permet de choisir les arbitres en fonction de leur compétence. On peut aussi choisir un médiateur ou un conciliateur en fonction de sa compétence. L'arbitrage, la conciliation et la médiation présentent l'avantage de la souplesse et de la flexibilité.

[50] Il faut aussi tenir compte de la complexité du différend : une juridiction étatique peut manquer de ressources humaines et matérielles si elle est saisie d'un différend

extrêmement complexe, qui est susceptible d'absorber tous ses moyens pendant de longs mois, voire des années. Si le différend implique un travail très important – nombre et volumes des pièces, grand nombre de témoins et d'experts, rapports d'expertise très long... – il peut arriver que la justice étatique soit en pratique incapable de le résoudre.

- [51] Enfin, l'arbitrage présente l'avantage d'aboutir à une décision facile à exécuter dans la plupart des pays du monde, grâce à la Convention de New York du 10 juin 1958 sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères. Toutefois, désormais, la Convention des Nations Unies sur les accords de règlement internationaux issus de la médiation (Convention de Singapour sur la Médiation) devrait pareillement faciliter l'exécution des accords amiables.

3 ENJEUX ECONOMIQUES ET PERSPECTIVES PROFESSIONNELLES

- [52] La résolution des différends économiques est, en soi, une activité économique, une activité de service, qui génère des revenus pour ses acteurs : avocats mais aussi médiateurs, arbitres, certains grands centres d'arbitrage, hôtels, *court reporters*, organismes louant des salles, etc. Cette activité contribue donc au PIB des États.

- [53] Il existe de grandes places d'arbitrage et la concurrence est féroce. Paris est fort bien placé dans cette compétition. Les autres grandes places d'arbitrage sont, notamment, Londres, la Suisse, la Suède, Le Caire, Singapour et Hong Kong. De nouvelles places émergent, comme l'Île Maurice et le Rwanda.

- [54] On assiste aujourd'hui à l'irruption de nouvelles technologies : LegalTech, BigData, intelligence artificielle. Des évolutions importantes sont déjà en cours, qui vont probablement bouleverser ce marché et qui accroissent déjà l'enjeu économique de cette activité de service.

- [55] Pour autant, vous pourrez sans doute faire votre carrière, ou une partie de votre carrière, dans ce domaine, en vous spécialisant dans la résolution des différends économiques : comme avocat ou comme juriste d'entreprises, essentiellement. Cela vous peut vous amener à exercer des missions d'arbitres et de médiateurs mais il ne faut pas concevoir ces missions comme une profession en soi. Même s'il existe quelques personnes, en fin de carrière, dont c'est l'unique activité, la plupart des arbitres et médiateurs exercent ces missions comme accessoire d'une activité professionnelle principale (professeurs de droit, avocats, voire experts ou ingénieurs, etc.).

- [56] Il faut approfondir vos connaissances juridiques, notamment en :

- Procédure civile, droit de l'arbitrage, règles applicables aux modes amiables.
- Procédures civiles d'exécution.
- Droit des contrats (droit français, anglais, suisse).
- Droit des sociétés.
- Droit de la concurrence.
- Droit international privé : conflits de lois et de juridictions.
- Droit du commerce international.
- Plus généralement : droit commercial, droit des affaires.

- [57] Mais il vous faut aussi acquérir des connaissances et savoir-faire moins juridiques, surtout pour la médiation :

- Économie, gestion des entreprises, comptabilité, relations internationales.
- Approche interculturelle.
- Rhétorique (argumentation devant une juridiction, *advocacy skills*).
- Méthode de la cross-examination.
- Méthodes de négociation.
- Méthodes de médiation.
- Méthodes de communication qui sont très liées à la psychologie : communication non-violente, écoute active, etc.
- D'où l'importance de maîtriser parfaitement la langue que vous utilisez et de faire preuve de finesse, de subtilité, de tact.
- Langues : très bonne maîtrise de votre langue maternelle et de l'anglais. Le français, l'espagnol, l'arabe et le mandarin sont également très utiles.

[58] Il existe des master 2 spécialisés. Le master 2 droit des affaires internationales et le DJCE, à Aix, peuvent vous amener vers ce genre de débouchés, puisqu'ils comportent de nombreux enseignements en matière de contentieux économique. Nous avons aussi la très grande chance d'avoir, au sein de notre faculté, le DESU MEDAFF (Droit et Pratique de la Médiation et de la Négociation en Droit des Affaires) :

- Directeurs : Monsieur Alexis Albarian et Maître Stéphanie Brunengo.
- 200h de cours.
- Diplôme conforme aux exigences de la profession d'avocat.
- Cours pratiques, professionnels, nombreuses mises-en-situation et études de cas.
- Cours le vendredi et parfois le samedi.
- Examens écrits et oraux en juin.
- Rapport de recherche voire rapport de stage.
- Dossier d'inscription disponible en ligne : <https://ida-facdedroit.univ-amu.fr>
- Dossier à déposer auprès de Madame Isabelle Quilichini (secrétariat de l'IDA).

4 EXAMEN

[59] A moins de modalités particulières adoptées par l'université d'ici là, le cours sera évalué au moyen d'une épreuve écrite finale, d'une durée d'une heure et demie, consistant en un questionnaire à choix multiple (QCM) de dix questions. Les questions ne seront pas de simples questions de cours mais inviteront au contraire le candidat à une réflexion afin qu'il mette en œuvre les connaissances acquises en cours au terme d'un véritable raisonnement. Pour chaque question, quatre réponses seront proposées, dont une et une seule juste. Le candidat répondra sur la feuille prévue à cet effet, distincte du sujet, en noircissant, pour chaque question, la case correspondant à sa réponse (A, B, C ou D).

[60] Les réponses seront traitées par un lecteur optique. Par conséquent, les cases correspondant aux réponses du candidat devront être soigneusement remplies au stylo bille noir. Le candidat devra coller son étiquette d'anonymat sur la feuille de réponse. À défaut de respecter ces consignes, le candidat risque de se voir attribuer la note de

zéro. Les candidats devront donc impérativement être munis de leurs étiquettes d'anonymat.

- [61] Il y aura deux types de sujets, comportant des questions et des réponses différentes, le sujet 1 et le sujet 2. Le lecteur optique étant programmé pour noter chacun de ces sujets indépendamment, le candidat devra indiquer sur sa feuille de réponse quel sujet il aura traité (sujet 1 ou sujet 2), et remettre sa feuille de réponse au surveillant indiqué. À défaut et en cas d'erreur, ses réponses risquent de ne pas être prises en compte. Chaque réponse juste rapportera deux points. Toute réponse fautive fera perdre 0,5 points au candidat. Une absence de réponse ne fera perdre ni gagner aucun point.
- [62] Les candidats pourront utiliser tous documents, à condition de les avoir apportés eux-mêmes et d'avoir inscrit leur nom, à l'encre indélébile, sur chaque document. Si le candidat apporte des feuilles non agrafées, son nom devra être inscrit, à l'encre indélébile, sur chacune d'elles. À défaut, les documents seront retirés au candidat jusqu'à la fin de l'épreuve et un procès-verbal de fraude sera dressé, en vue de poursuites disciplinaires.
- [63] Tout échange de document entre candidats donnera lieu à procès-verbal de fraude et poursuites disciplinaires. Tout refus de se conformer aux injonctions des surveillants donnera lieu à procès-verbal de fraude et poursuites disciplinaires.
- [64] L'objectif de l'épreuve sera d'évaluer la capacité d'analyse et de réflexion des candidats et leur aptitude à appliquer concrètement les connaissances acquises en cours. Les candidats n'auront pas à restituer mécaniquement un savoir appris par cœur mais devront démontrer leurs aptitudes de juristes. C'est pour cette raison qu'ils pourront utiliser tous documents. Toutefois, cette facilité ne sera d'aucun secours aux candidats qui n'auront pas accompli un travail sérieux de préparation, leur permettant d'assimiler le contenu des enseignements et des sources. Les candidats devront avoir lu les documents prescrits et avoir participé activement en cours.
- [65] Vous trouverez, sur la page Ametice du cours, les sujets des dernières années en droit de l'arbitrage et contentieux économique, ainsi que leurs corrigés. Je vous recommande de traiter d'abord chaque sujet, pour vous entraîner, sans regarder le corrigé.

5 METHODE ET PLAN

- [66] Chaque séance de cours sera consacrée à un thème, que vous devrez préparer en lisant le présent document et toutes les lectures qui y sont indiquées. Vous devez vous inscrire sur la page AMETICE du cours¹¹. Vous y trouverez des ressources, des informations et je pourrai vous diffuser des messages collectifs grâce à la page du cours.
- [67] Pendant le cours, nous discuterons sur la base de ces lectures préalables obligatoires. Je vous poserai des questions, pour vérifier que vous avez compris les points les plus délicats et je vous proposerai des mises en situation pratique. Vous pourrez aussi me poser vos questions. Cette méthode, à laquelle les étudiants français sont peu habitués, est pourtant largement utilisée dans le monde, notamment dans les pays de *common law*. Elle présente plusieurs avantages. En lisant les documents mis à leur disposition, les étudiants acquièrent les rudiments de la matière. La discussion pendant le cours permet d'approfondir la compréhension des questions étudiées et aide les étudiants à perfectionner leurs aptitudes de juristes. Je m'efforcerai, autant que possible de vous

¹¹ <https://ametice.univ-amu.fr/course/view.php?id=59995>. Clé : 1234.

faire partager mon expérience pratique mais aussi de vous montrer comment la pratique du droit est liée à sa théorie et à ce que vous apprenez en cours.

- [68] Cependant, les cours ne seront fructueux que si vous lisez préalablement et attentivement les documents prescrits. Je compte donc sur vous. Même si ma méthode vous surprend, faites-moi confiance et procédez ainsi que je vous le demande. Tout le temps que vous consacrerez à la préparation des leçons sera autant de temps gagné pour vos révisions.
- [69] Nous commençons aujourd'hui par une leçon de portée générale :
- Leçon 1 – Introduction générale (11 septembre 2023)
- [70] Puis nous poursuivrons par deux leçons sur les conventions tendant à la résolution des différends :
- Leçon 2 – Convention d'arbitrage (18 septembre 2023)
 - Leçon 3 – Autres conventions tendant à la résolution des différends (25 septembre 2023)
- [71] Nous poursuivrons par cinq leçons consacrées à l'arbitrage, qui est le mode normal de résolution des différends économiques, du moins en matière internationale :
- Leçon 4 – Recours à l'arbitrage (2 octobre 2023)
 - Leçon 5 – Régime de l'instance arbitrale (9 octobre 2023)
 - Leçon 6 – Organisation de l'instance arbitrale (16 octobre 2023)
 - Leçon 7 – Sentence arbitrale (23 octobre 2023)
 - Leçon 8 – Contrôle étatique de la sentence arbitrale (6 novembre 2023)
- [72] Nous quitterons alors les rives de l'arbitrage :
- Leçon 9 – Justice étatique (13 novembre 2023)
- [73] Puis nous aborderons les modes amiables de résolution des différends économiques :
- Leçon 10 – Avis amiable (20 novembre 2023)
 - Leçon 11 – Accord amiable (27 novembre 2023)

Lundi 18 septembre 2023

1 INTRODUCTION

[74] Cette leçon et la suivante sont consacrées aux conventions tendant à permettre la résolution des différends, qui sont assez diverses. Parmi ces conventions, celle qui a le régime le plus développé est la convention d'arbitrage, qui prévoit, comme son nom l'indique, le recours à l'arbitrage. Nous commençons donc par elle. Il convient de dresser la typologie de la convention d'arbitrage (2), avant d'envisager son autonomie (3), sa validité (4) et ses effets (5).

2 TYPOLOGIE DE LA CONVENTION D'ARBITRAGE

[75] Il existe deux grandes catégories de conventions d'arbitrage¹², la clause compromissoire¹³ et le compromis¹⁴. L'article 1442 du Code de procédure civile explique la différence entre les deux :

La convention d'arbitrage prend la forme d'une clause compromissoire ou d'un compromis.

La clause compromissoire est la convention par laquelle les parties à un ou plusieurs contrats s'engagent à soumettre à l'arbitrage les litiges qui pourraient naître relativement à ce ou à ces contrats.

Le compromis est la convention par laquelle les parties à un litige né soumettent celui-ci à l'arbitrage.

[76] A titre d'exemple, voici la clause compromissoire type proposée par la CCI :

Tous différends découlant du présent contrat ou en relation avec celui-ci seront tranchés définitivement suivant le Règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale par un ou plusieurs arbitres nommés conformément à ce Règlement.

[77] Et celle du CMAP :

Les différends qui viendraient à se produire à propos de la validité, de l'interprétation, de l'exécution ou de l'inexécution, de l'interruption ou de la résiliation du présent contrat, seront soumis à l'arbitrage conformément au règlement d'arbitrage du CMAP auquel les parties déclarent adhérer.

[78] Voici un exemple de clause compromissoire *ad hoc* :

Tous les différends découlant du présent contrat ou en relation avec celui-ci est soumis à un tribunal arbitral *ad hoc*, composé de trois arbitres. Le siège du tribunal arbitral est fixé à Paris.

Tout différend survenant lors de la mise en œuvre de la présente clause ou pendant le déroulement de la procédure arbitrale est résolue par le président du Tribunal judiciaire de Paris.

La partie souhaitant mettre en œuvre la procédure arbitrale en informe l'autre par lettre recommandée avec avis de réception (LRAR), en expliquant l'objet du litige et en désignant un arbitre. Le destinataire doit répondre dans un délai de deux

¹² En anglais : *arbitration agreement*.

¹³ En anglais : *arbitration clause* ou, plus rare, *compromissory clause*.

¹⁴ En anglais : *submission agreement* ou, plus rare, *compromise*.

semaines après réception de la lettre, en désignant un arbitre. A défaut, le président du Tribunal judiciaire de Paris désigne un arbitre à sa place.

Les deux arbitres ainsi nommés désignent le président du tribunal arbitral. A défaut de désignation du tribunal arbitral deux semaines après la désignation du dernier arbitre, le président du tribunal arbitral est désigné par le président du Tribunal judiciaire de Paris.

Les arbitres trancheront le litige par application de la loi suisse.

- [79] Il existe des clauses très mal rédigées, dites pathologiques, qui n'indiquent pas clairement l'intention des parties. Elles sont à éviter absolument ! En voici un exemple :

Tous différends relatifs à l'exécution du présent contrat seront soumis à un arbitre qui aidera les parties à trouver une solution amiable.

3 AUTONOMIE DE LA CONVENTION D'ARBITRAGE

- [80] La convention d'arbitrage est autonome, ce qui veut dire deux choses. D'une part, elle est autonome par rapport au contrat litigieux (3.1). Ce principe est universel et s'applique aux conventions d'arbitrage interne et international. D'autre part, la convention d'arbitrage international est autonome par rapport à toute loi étatique (3.2). Ce principe, en revanche, est propre au droit français. Nous rencontrons ici la première originalité du droit français de l'arbitrage – mais il y en a d'autres !

3.1 AUTONOMIE PAR RAPPORT AU CONTRAT LITIGIEUX

- [81] Le droit français comme les droits étrangers¹⁵ consacrent l'autonomie de la convention d'arbitrage par rapport au contrat litigieux, aussi appelé principe de séparabilité¹⁶. En pratique, cela concerne d'avantage la clause compromissoire que le compromis. Ce principe est parfaitement exposé par l'article 1447 du Code de procédure civile :

La convention d'arbitrage est indépendante du contrat auquel elle se rapporte. Elle n'est pas affectée par l'inefficacité de celui-ci.

Lorsqu'elle est nulle, la clause compromissoire est réputée non écrite.

- [82] Ce principe permet au tribunal arbitral de conserver le fondement de son pouvoir juridictionnel même si le contrat litigieux est nul, puisque la convention d'arbitrage reste valable. Inversement, si la convention d'arbitrage est elle-même affectée d'une cause de nullité, le contrat litigieux n'est pas forcément nul. L'autonomie justifie aussi une solution adoptée récemment par la Cour d'appel de Paris : la cession du contrat comportant une clause compromissoire, dénoncée par le cédé en vertu d'une autre clause interdisant une telle cession, ne rend pas la clause manifestement inapplicable au cédant¹⁷.

- [83] L'article 1230 du Code civil traduit la même logique à propos de la résolution du contrat contenant une clause de règlement des différends :

La résolution n'affecte ni les clauses relatives au règlement des différends, ni celles destinées à produire effet même en cas de résolution, telles les clauses de confidentialité et de non-concurrence.

¹⁵ Par ex. : Loi-type, art. 16(1). – Eng. Arb. Act, art. 7. – LSDIP, art. 178(3).

¹⁶ En anglais : *separability* ou *severability*.

¹⁷ CA Paris, 9 mars 2021, n° 18/21326, *Ukravtodor*, *Dalloz actualité*, 30 avr. 2021, obs. J. Jourdan-Marques.

3.2 AUTONOMIE PAR RAPPORT A TOUTE LOI NATIONALE

[84] La jurisprudence française a posé le principe de l'autonomie de la convention d'arbitrage international (3.2.1), qui reste singulier au regard du droit comparé (3.2.2).

3.2.1 Un principe posé par la jurisprudence française

[85] Plusieurs arrêts très connus ont progressivement affirmé l'autonomie de la convention d'arbitrage international par rapport à toute loi étatique, qui signifie, concrètement, que cette convention n'est gouvernée par aucune loi nationale mais par une règle matérielle¹⁸, élaborée à cette seule fin.

[86] Il faut d'abord citer l'arrêt *Hecht*, qui a décidé que la clause compromissoire figurant dans un contrat mixte mais international est valable car l'« accord compromissoire présente une complète autonomie »¹⁹. La Cour d'appel de Paris a été plus explicite dans l'arrêt *Menicucci* :

compte tenu de l'autonomie de la clause compromissoire, instituant un arbitrage dans un contrat international, celle-ci est valable indépendamment de la référence à toute loi étatique²⁰

[87] Cependant, c'est dans l'arrêt *Dalico* que la Cour de cassation a expliqué le principe d'autonomie de la manière la plus complète :

Sur les deux moyens réunis :

Attendu que par contrat signé le 15 juin 1981, le comité de la municipalité de Khoms El Mergeb, aux droits duquel est venu celui de la municipalité de Tripoli (Libye), a confié à la société danoise Dalico Contractors, des travaux de réalisation d'évacuation des eaux ; que ce contrat mentionnait comme faisant partie intégrante de la convention, outre les documents d'appel d'offres, des conditions types « amplifiées ou amendées par une annexe » ; que l'article 32 des conditions types également signées le 15 juin 1981, stipulait tant l'application au contrat de la loi libyenne que la juridiction des tribunaux libyens ; que la société Dalico a mis en œuvre la procédure d'arbitrage selon la clause compromissoire stipulée par référence à l'un des documents d'appel d'offres, et mentionnée dans l'annexe aux conditions types, laquelle modifiait, notamment, l'article 32 précité ; que le comité populaire s'y est opposé en faisant valoir que le document invoqué comme étant l'annexe prévue par les conditions types, ne comportait aucune signature et n'était pas valable au regard de la loi libyenne du contrat ; que l'arrêt attaqué (Paris, 26 mars 1991), a rejeté le recours en annulation de la sentence par laquelle les arbitres ont admis l'existence et la validité de la clause compromissoire ;

Attendu que par un premier moyen, il est fait grief à cet arrêt d'avoir écarté la loi libyenne, sans rechercher quelle norme régissait, selon les principes du droit international privé, l'existence et la validité en la forme de la clause compromissoire ; qu'en un second moyen, il est aussi reproché à la cour d'appel d'avoir, d'une part, déclaré adoptée cette clause figurant sur un document non signé parce qu'un autre document, qui n'était pas davantage signé, mais auquel renvoyait le contrat de base signé des parties, y faisait référence et, d'autre part, fait prévaloir une telle clause sur la clause attributive de juridiction insérée dans les conditions types signées ;

Mais attendu qu'en vertu d'une règle matérielle du droit international de l'arbitrage, la clause compromissoire est indépendante juridiquement du contrat

¹⁸ Selon la terminologie du droit international privé.

¹⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 4 juillet 1972, n° 70-14163, *Hecht*.

²⁰ CA Paris, 13 décembre 1975, *Menicucci*, *JDI* 1977, p. 107, note E. Loquin ; *Rev. arb.* 1977, p. 147, note Ph. Fouchard ; *Rev. crit. DIP* 1976, p. 506, note B. Oppetit.

principal qui la contient directement ou par référence et que son existence et son efficacité s'apprécient, sous réserve des règles impératives du droit français et de l'ordre public international, d'après la commune volonté des parties, sans qu'il soit nécessaire de se référer à une loi étatique ; qu'en l'espèce, la cour d'appel a légalement justifié sa décision en établissant l'existence de la clause d'arbitrage sans avoir égard à la loi libyenne du contrat et a, souverainement, retenu, par l'analyse et l'interprétation des documents produits, que l'annexe invoquée avait, notamment, pour objet de substituer la clause d'arbitrage stipulée à l'origine à celle donnant compétence aux tribunaux libyens et que son intégration dans l'ensemble contractuel démontrait, bien que ce document ne fut pas signé, la commune intention des parties de se soumettre à la clause litigieuse ;

D'où il suit que le premier moyen n'est pas fondé et que le second ne peut être accueilli ;

Par ces motifs :

Rejette le pourvoi²¹.

- [88] L'arrêt *Dalico* pose la question de savoir quel est le contenu de la règle matérielle gouvernant la convention d'arbitrage international. Cette règle repose avant tout sur un « *principe de validité de la convention d'arbitrage international* », comme la Cour de cassation l'a dit dans l'arrêt *Zanzi*²². Toutefois, ce principe simple ne suffit pas. Il faut préciser les circonstances dans lesquelles, à titre exceptionnel, la convention d'arbitrage international est considérée comme nul ou inapplicable.
- [89] Par exemple, le principe de validité ne peut s'appliquer pour imposer le respect de la convention d'arbitrage international à une partie qui ne l'a jamais acceptée. La Cour de cassation estime, comme le montre l'arrêt *Dalico*, que le tribunal arbitral puis, en cas de recours en annulation ou d'appel contre l'ordonnance d'exequatur de la sentence, le juge doivent d'abord vérifier, de manière concrète, l'existence d'un accord de volonté entre les parties pour recourir à l'arbitrage.
- [90] Cela étant, un certain nombre d'articles du Code de procédure civile comportent des dispositions relatives au régime de la convention d'arbitrage international qui, par conséquent, contribuent à définir le contenu de la règle matérielle visée par la jurisprudence :
- Article 1448 sur l'effet de la convention d'arbitrage.
 - Article 1504 sur la qualification d'arbitrage international.
 - Article 1507 : absence de condition de forme applicable à la convention d'arbitrage international.
 - Article 1508 : la convention d'arbitrage peut désigner les arbitres ou prévoir les modalités de leur désignation.
 - Article 1509 : la convention d'arbitrage peut prévoir quelles règles de procédure sont applicables.
- [91] Il faut aussi préciser que le principe d'autonomie n'est pas d'ordre public. Les parties peuvent soumettre la clause compromissoire à une loi nationale²³, par une stipulation expresse et spéciale²⁴. En effet, la clause compromissoire étant détachable du reste du

²¹ Cass. civ. 1^{ère}, 20 décembre 1993, n° 91-16828, *Dalico*.

²² Cass. civ. 1^{ère}, 5 janvier 1999, n° 96-21430, *Zanzi*.

²³ Cass. civ. 1^{ère}, 30 mars 2004, n° 01-14311, *Uni-Kod*.

²⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 28 septembre 2022, n° 20-20.260, *Sté Kout Food Group*, *JCP G* 2023, doct. 143, n° 7, obs. C. Nourissat ; doct. 221, n° 2, obs. C. Seraglini.

contrat, la clause soumettant le contrat dans son ensemble à une loi nationale ne suffit pas. Il faut, pour que la clause compromissoire soit soumise à une loi nationale, que les parties le prévoient en visant explicitement la convention d'arbitrage elle-même.

3.2.2 Un principe singulier au regard du droit comparé

[92] En droit comparé, la convention d'arbitrage international est, comme n'importe quel contrat international, gouvernée par une loi nationale. Cette loi est celle choisie par les parties, étant entendu qu'en vertu du principe de séparabilité, la loi choisie pour gouverner le contrat ne s'applique pas à la clause compromissoire. Le choix d'une loi pour gouverner cette dernière doit la viser expressément. A défaut de choix des parties, il convient de rechercher la loi applicable en vertu d'une règle de conflit. En droit anglais, c'est le très célèbre arrêt *Sulamérica* de la Cour d'appel d'Angleterre²⁵ qui a posé les règles de conflits de lois applicables à la convention d'arbitrage international.

9. It was common ground before us, as it had been before the judge, that the proper law of the arbitration agreement is to be determined in accordance with the established common law rules for ascertaining the proper law of any contract. These require the court to recognise and give effect to the parties' choice of proper law, express or implied, failing which it is necessary to identify the system of law with which the contract has the closest and most real connection: see *Dicey, Morris & Collins, The Conflict of Laws*, 14th ed., paragraph 16R-001. It was also common ground that an arbitration agreement forming part of a substantive contract is separable, in the sense that it has an existence separate from that of the contract in which it is found. That principle, which reflects the presumption that the parties intended that even disputes about matters which, if established, would undermine the intrinsic validity of the substantive contract (such as fraudulent misrepresentation) should be determined by their chosen procedure, has been given statutory recognition by section 7 of the Arbitration Act 1996. In *Fiona Trust & Holding Corp v Privalov* [2007] UKHL 40, [2008] 1 Lloyd's Rep. 254 the House of Lords re-emphasised both the presumption that parties to a contract who have included an arbitration clause intend that all questions arising out of their relationship should be determined in accordance with their chosen procedure and the separability of arbitration agreements which enables their intention to be effective.

10. The insured's case is that the parties have impliedly chosen the law of Brazil as the law governing the arbitration agreement. In support of that they rely on three principal factors: the express choice of the law of Brazil as the law governing the policy, coupled with the agreement that the courts of Brazil should have exclusive jurisdiction in respect of any disputes arising under, out of, or in connection with the policy; the close commercial connection between the policy and the state of Brazil (the parties, the subject matter of the insurance and the currency of the policy all being Brazilian and the language in which it is written being Portuguese); and the inclusion of a provision, which is itself governed by the law of Brazil, requiring the parties to attempt mediation as a pre-condition to any reference to arbitration. Of these, most emphasis was placed on the express choice of the law of Brazil to govern the policy, but the insured also relied on the wider commercial and legal context in which the arbitration agreement is set. Although they recognised that the parties had not made an express choice of proper law to govern the arbitration agreement, they submitted that the judge had failed to consider whether they had made an implied choice of proper law. Had he done so, he would have concluded that the parties intended the arbitration agreement, in common with all other aspects of the policy, to be governed by the law of Brazil. The insurers, on the other hand, relied heavily on the separability of the arbitration agreement and the choice of London as the seat of the arbitration

²⁵ *Sulamérica Cia Nacional De Seguros c. Enesa Engenharia*, [2012] EWCA Civ 638 (16 mai 2012).

as justifying the judge's decision that the proper law of the arbitration agreement was English law.

[...]

25. Although there is a wealth of dicta touching on the problem, it is accepted that there is no decision binding on this court. However, the authorities establish two propositions that were not controversial but which provide the starting point for any enquiry into the proper law of an arbitration agreement. The first is that, even if the agreement forms part of a substantive contract (as is commonly the case), its proper law may not be the same as that of the substantive contract. The second is that the proper law is to be determined by undertaking a three-stage enquiry into (i) express choice, (ii) implied choice and (iii) closest and most real connection. As a matter of principle, those three stages ought to be embarked on separately and in that order, since any choice made by the parties ought to be respected, but it has been said on many occasions that in practice stage (ii) often merges into stage (iii), because identification of the system of law with which the agreement has its closest and most real connection is likely to be an important factor in deciding whether the parties have made an implied choice of proper law: see *Dicey, Morris & Collins*, op. cit. paragraph 32-006. Much attention has been paid in recent cases to the closest and most real connection, but, for the reasons given earlier, it is important not to overlook the question of implied choice of proper law, particularly when the parties have expressly chosen a system of law to govern the substantive contract of which the arbitration agreement forms part.

[...]

31. In the light of these conflicting indications it is necessary to return to the two critical questions raised earlier: have the parties impliedly chosen the law of Brazil to govern the arbitration agreement; and if not, with which system of law does that agreement have the closest and most real connection? Taking into account the various factors to which I have referred, I do not think that in this case the parties' express choice of Brazilian law to govern the substantive contract is sufficient evidence of an implied choice of Brazilian law to govern the arbitration agreement, because (if the insured are correct) there is at least a serious risk that a choice of Brazilian law would significantly undermine that agreement. Having regard to the terms of conditions 11 and 12, I do not think that the parties can have intended to choose a system of law that either would, or might well, have that effect. This, it seems to me, reflects the fact that, although one may start from the assumption that the parties intended the same law to govern the whole of the contract, including the arbitration agreement, specific factors may lead to the conclusion that that cannot in fact have been their intention. In the end, therefore, I am unable to accept that the parties made an implied choice of Brazilian law to govern the arbitration agreement.

32. One then has to consider with what system of law the agreement has the closest and most real connection. Although Mr. Wolfson submitted that the agreement has a close and real connection with the law of Brazil, being the law governing the substantive contract in which the arbitration agreement itself is embedded, I think his argument fails adequately to distinguish between the substantive contract and the system of law by which it is governed. No doubt the arbitration agreement has a close and real connection with the contract of which it forms part, but its nature and purpose are very different. In my view an agreement to resolve disputes by arbitration in London, and therefore in accordance with English arbitral law, does not have a close juridical connection with the system of law governing the policy of insurance, whose purpose is unrelated to that of dispute resolution; rather, it has its closest and most real connection with the law of the place where the arbitration is to be held and which will exercise the supporting and supervisory jurisdiction necessary to ensure that the procedure is effective. Its closest and most real connection is with English law. I therefore agree with the judge that the arbitration agreement is governed by English law.

[93] Cela étant, dans les législations étrangères, certaines questions sont gouvernées par une règle matérielle, notamment les conditions formelles de validité de la convention d'arbitrage²⁶. Par exemple, l'article 178 de la loi suisse de droit international privé dispose :

1 Quant à la forme, la convention d'arbitrage est valable si elle est passée par écrit, télégramme, télex, télécopieur ou tout autre moyen de communication qui permet d'en établir la preuve par un texte.

2 Quant au fond, elle est valable si elle répond aux conditions que pose soit le droit choisi par les parties, soit le droit régissant l'objet du litige et notamment le droit applicable au contrat principal, soit encore le droit suisse.

3 La validité d'une convention d'arbitrage ne peut pas être contestée pour le motif que le contrat principal ne serait pas valable ou que la convention d'arbitrage concernerait un litige non encore né.

[94] Le premier paragraphe consacre une règle matérielle : il définit directement les conditions de validité de la convention d'arbitrage international sans référence à une loi nationale. Le second paragraphe, en revanche, contient une règle de conflit alternative.

[95] La Convention de New York obéit à une logique de conflit de lois, en retenant le siège du tribunal arbitral comme facteur de rattachement par défaut. Son article V dispose ainsi :

1. La reconnaissance et l'exécution de la sentence ne seront refusées, sur requête de la partie contre laquelle elle est invoquée, que si cette partie fournit à l'autorité compétente du pays où la reconnaissance et l'exécution sont demandées la preuve :

a. que [la convention d'arbitrage] 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 ;

[96] Cela étant, il faut garder à l'esprit que la loi applicable à la convention d'arbitrage dépend aussi de la question posée et du contexte dans lequel elle se pose. Par exemple, dans le cadre d'une procédure d'exécution de la sentence, le juge vérifie si le litige était arbitral au regard de son droit national²⁷.

4 VALIDITE DE LA CONVENTION D'ARBITRAGE

[97] Il faut envisager les conditions formelles (4.1) et substantielles (4.2) de validité de la convention d'arbitrage.

4.1 CONDITIONS FORMELLES DE VALIDITE

[98] En droit français, la convention d'arbitrage interne est soumise à l'exigence d'une forme écrite ou, du moins, d'une transcription littérale, par l'article 1443 du Code de procédure civile :

A peine de nullité, la convention d'arbitrage est écrite. Elle peut résulter d'un échange d'écrits ou d'un document auquel il est fait référence dans la convention principale.

[99] Ce texte autorise ce qu'on appelle la convention d'arbitrage par référence : une mention de l'instrument signé par les parties, souvent intitulé « *conditions particulières* », renvoie à un document, souvent intitulé « *conditions générales* », qui pose les principes

²⁶ V. loi-type CNUDCI, art. 7. – Convention Genève, art. 1(2)(a).

²⁷ Convention de New York, art. V(2)(a).

applicables à tous les contrats conclus par l'une des parties et qui contient la clause compromissoire. La jurisprudence interprète d'ailleurs l'article 1443 de manière très libérale, ayant tendance à considérer que la clause engage une partie si elle figure dans un document écrit et qu'il est prouvé qu'elle l'a acceptée²⁸.

[100] En revanche, à propos de la convention d'arbitrage international, l'article 1507 applique le principe général du consensualisme :

La convention d'arbitrage n'est soumise à aucune condition de forme.

[101] Cependant, d'un point de vue pratique, la portée de ce texte est quelque peu réduite par l'obligation de produire la convention d'arbitrage ou une copie de celle-ci au moment de l'exécution de la sentence²⁹. Pour autant, le droit français, ici encore, se distingue par son libéralisme. Dans la plupart des systèmes juridiques, la convention d'arbitrage international est soumise à l'exigence d'un écrit, avec, il est vrai, un certain nombre de tempéraments. Notamment, elle peut être conclue par un échange d'écrits³⁰. Depuis les amendements de 2006, la loi-type CNUDCI, avec les deux versions alternatives de l'article 7, laisse le choix aux législateurs désireux de la transposer :

Article 7. Définition et forme de la convention d'arbitrage

Option I

1) Une "convention d'arbitrage" est une convention par laquelle les parties décident de soumettre à l'arbitrage tous les différends ou certains des différends qui se sont élevés ou pourraient s'élever entre elles au sujet d'un rapport de droit déterminé, contractuel ou non contractuel. Une convention d'arbitrage peut prendre la forme d'une clause compromissoire dans un contrat ou d'une convention séparée.

2) La convention d'arbitrage doit se présenter sous forme écrite.

3) Une convention d'arbitrage se présente sous forme écrite si son contenu est consigné sous une forme quelconque, que la convention elle-même ou le contrat aient ou non été conclus verbalement, du fait d'un comportement ou par d'autres moyens.

4) 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.

5) En outre, une convention d'arbitrage se présente sous forme écrite si elle est consignée dans un échange de conclusions en demande et en réponse dans lequel l'existence d'une telle convention est alléguée par une partie et n'est pas contestée par l'autre.

6) La référence dans un contrat à tout document contenant une clause compromissoire vaut convention d'arbitrage écrite, à condition que la référence soit telle qu'elle fasse de la clause une partie du contrat.

²⁸ Cass. com., 17 juin 1997, n° 95-11567.

²⁹ C. pr. civ., art. 1515, al. 1^{er}.

³⁰ V. par ex. Eng. Arb. Act, art. 5 ; LSDIP art. 178(1).

Option II

Une « convention d'arbitrage » est une convention par laquelle les parties décident de soumettre à l'arbitrage tous les différends ou certains des différends qui se sont élevés ou pourraient s'élever entre elles au sujet d'un rapport de droit déterminé, contractuel ou non contractuel.

[102] Conformément à cette tendance générale, l'article II de la Convention New York impose aux États parties de reconnaître les conventions d'arbitrage, sous réserve qu'elles soient écrites :

1. Chacun des États contractants reconnaît la convention écrite par laquelle les parties s'obligent à soumettre à un arbitrage tous les différends ou certains des différends qui se sont élevés ou pourraient s'élever entre elles au sujet d'un rapport de droit déterminé, contractuel ou non contractuel, portant sur une question susceptible d'être réglée par voie d'arbitrage.

2. On entend par « convention écrite » une clause compromissoire insérée dans un contrat, ou un compromis, signés par les parties ou contenus dans un échange de lettres ou de télégrammes.

3. Le tribunal d'un État contractant, saisi d'un litige sur une question au sujet de laquelle les parties ont conclu une convention au sens du présent article, renverra les parties à l'arbitrage, à la demande de l'une d'elles, à moins qu'il ne constate que ladite convention est caduque, inopérante ou non susceptible d'être appliquée.

[103] De plus, l'article IV(a)(b) permet aux États parties d'exiger, en vue de l'exécution d'une sentence, la production de la convention d'arbitrage ou d'une copie de celle-ci.

4.2 CONDITIONS SUBSTANTIELLES DE VALIDITE

[104] Les conditions substantielles de validité de la convention d'arbitrage interne obéissent au droit commun français des contrats. Gardez donc à l'esprit que vous pouvez invoquer, à propos d'une telle convention d'arbitrage, toutes les causes de nullité du droit des contrats. A propos du compromis, l'article 1445 du Code de procédure civile ajoute une condition de validité : « *A peine de nullité, le compromis détermine l'objet du litige* ».

[105] Les conditions substantielles de validité de la convention d'arbitrage international sont régies, selon l'approche française, par la règle matérielle élaboré par la jurisprudence et, selon l'approche dominante en droit comparé, par la loi applicable à la convention d'arbitrage. C'est pourquoi l'article V(1)(a) de la Convention de New York autorise les États parties à refuser l'exécution d'une sentence si la 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 était pas valable

[106] Cela étant observé, il faut faire quelques observations particulières relatives à la capacité des parties (4.2.1), à l'intégrité de leur consentement (4.2.2), au pouvoir de représentation du signataire de la convention d'arbitrage (4.2.3) et à l'arbitrabilité du litige (4.2.4).

4.2.1 Capacité des parties

[107] Conformément à l'approche habituelle en droit international privé, la capacité des parties à conclure une convention d'arbitrage est, en principe, régie, non par la loi nationale ou la règle matérielle gouvernant cette convention mais par la loi personnelle de la partie considérée. S'agissant d'une personne physique, il s'agit, suivant les règles de conflits appliquées par le tribunal arbitral ou le juge saisi, de sa loi nationale – droit

français notamment – ou de la loi de son domicile – droit anglais notamment. L'article V(1)(a) de la Convention de New York, très logiquement, dispose que l'exécution de la sentence peut être refusée si :

les parties à la convention [d'arbitrage] étaient, en vertu de la loi à elles applicable, frappées d'une incapacité

- [108] En droit français, la capacité des personnes physiques à conclure une convention d'arbitrage ne fait l'objet d'aucune règle particulière. Il suffit d'être majeur et capable. En ce qui concerne les personnes morales, elles sont, selon une jurisprudence ancienne et constante, capable de compromettre, la conclusion d'une convention d'arbitrage étant un acte de gestion courante entrant dans l'objet social.
- [109] Cela étant, si la convention d'arbitrage est internationale, les juges français appliquent ici la règle matérielle, qui absorbe ainsi la question de la capacité. Le principe de validité assure l'efficacité de la convention d'arbitrage international. En revanche, selon l'approche dominante en droit comparé, on appliquerait plutôt, pour déterminer si une personne morale était capable de compromettre, la *lex societatis*.
- [110] Il faut aussi préciser que si une personne fait l'objet d'une procédure d'insolvabilité, en vertu de la loi applicable à cette procédure, le tribunal de la faillite ou un organe de la procédure peut avoir à approuver les conventions d'arbitrage passées par elle pour qu'elles soient valables. En droit français, en cas de sauvegarde ou de redressement judiciaire, la convention d'arbitrage doit être approuvée par le juge-commissaire³¹. En cas de liquidation, c'est le liquidateur qui la conclut, le débiteur étant dessaisi, mais, là aussi, avec l'autorisation du juge-commissaire³².

4.2.2 Intégrité du consentement des parties

- [111] L'intégrité du consentement des parties à une convention d'arbitrage interne est protégée par le droit commun des contrats. S'agissant de la convention d'arbitrage international, selon l'approche française, on applique la règle matérielle, en partant du principe que la convention d'arbitrage est valable mais en recherchant, *in concreto*, si les parties y ont librement consenti. Selon l'approche dominante, on applique la loi gouvernant la convention d'arbitrage.

4.2.3 Pouvoir de représentation du signataire de la convention d'arbitrage

- [112] Assez fréquemment, les sociétés essaient d'échapper à une convention d'arbitrage international en soutenant qu'elle a été signée par une personne n'ayant pas le pouvoir de le faire. Un arrêt illustre bien l'approche française et l'application de la règle matérielle à cette question :

Attendu que la Société d'études et représentations navales et industrielles (Soerni) a confié le transport d'une vedette de Libreville à Pointe Noire à la société suisse Air sea broker limited (ASB) ; qu'elles ont conclu une lettre de décharge de responsabilité faisant référence, pour tout litige, aux règles d'arbitrage prévues à la clause 16 - arbitrage - du connaissance CLS ; que, la vedette ayant coulé, la procédure d'arbitrage a été mise en oeuvre et, par sentence rendue à Londres le 27 février 2006, la clause d'arbitrage du connaissance CLS étant déclarée applicable, la société Soerni a été condamnée à indemniser la société ASB ; qu'après avoir déposé plainte avec constitution de partie civile pour faux et usage de faux, la société Soerni a, le 20 décembre 2006, fait appel de l'ordonnance

³¹ C. com., art. L. 622-7, alinéa 2 et L. 631-14, I.

³² C. com., art. L. 642-24.

ayant déclaré la sentence exécutoire en France ; qu'elle a demandé à la cour d'appel de surseoir à statuer en l'attente de la décision pénale à intervenir ;

[...]

Mais attendu que l'engagement d'une société à l'arbitrage ne s'apprécie pas par référence à une quelconque loi nationale mais par la mise en œuvre d'une règle matérielle déduite du principe de validité de la convention d'arbitrage fondée sur la volonté commune des parties, de l'exigence de bonne foi et de la croyance légitime dans les pouvoirs du signataire de la clause pour conclure un acte de gestion courante qui lie la société ; que l'arrêt retient exactement, d'abord, que la lettre d'exonération de responsabilité, faisant expressément référence aux « règles d'arbitrage du connaissance CLS », a été signée, pour la société Soerni, par M. X..., seul contact de la société ASB pendant les négociations, cette dernière n'ayant été mise en garde, ni avant ni après la signature de la lettre, sur un éventuel défaut de pouvoir de ce salarié par les dirigeants de la société Soerni qui avaient au contraire tacitement ratifié l'opération en demandant un devis pour une assurance complémentaire ; puis que la volonté d'arbitrer de la société Soerni résulte de sa connaissance de l'existence d'une référence claire à la convention d'arbitrage dans la lettre d'exonération de responsabilité ; que la cour d'appel a décidé à bon droit que la société Soerni était engagée par la clause compromissoire ; que le moyen n'est pas fondé dans ses trois premières branches³³ ;

Et attendu que la société Soerni, qui n'établit pas que la reconnaissance ou l'exécution de la sentence soit contraire à l'ordre public international, tente de remettre en cause la décision de la cour d'appel qui a souverainement dit qu'il n'y avait pas de fraude procédurale de la société ASB ; que le moyen doit être rejeté ;

- [113] La Cour de cassation a aussi eu l'occasion de préciser qu'une société qui conclut une convention d'arbitrage international en agissant comme chef de file d'un groupement de sociétés n'a pas à produire un mandat spécial pour compromettre au nom des autres³⁴.

4.2.4 Arbitrabilité du litige

- [114] L'arbitrabilité est l'aptitude d'un litige à être soumis à l'arbitrage, sachant que les différentes législations sur l'arbitrage interdisent d'y recourir pour certains différends. Une convention d'arbitrage portant sur un litige inarbitrable est nulle. Les stipulations de la convention et le but poursuivi sont alors contraires à l'ordre public³⁵. Cela dit, il faut d'abord s'interroger sur la loi gouvernant l'arbitrabilité (4.2.4.1), avant d'évoquer les critères généraux de l'arbitrabilité (4.2.4.2), le régime particulier de la clause compromissoire (4.2.4.3) et des litiges impliquant une personne publique (4.2.4.4).

4.2.4.1 Loi gouvernant l'arbitrabilité

- [115] Concernant les conventions d'arbitrage interne, l'arbitrabilité est déterminée par le droit français. Concernant les conventions d'arbitrage international, là encore, selon l'approche française, il faut appliquer la règle matérielle qui, sur ce point, revient en réalité à appliquer les règles d'ordre public international du droit français, dont l'arrêt *Dalico* réservait le respect. Selon l'approche conflictualiste, il faut vérifier si le litige est arbitrable en vertu de la loi nationale gouvernant la convention d'arbitrage. Cela étant, les juges saisis d'un recours contre une sentence ou d'une demande d'exécution vérifient également si, selon leur loi nationale, le litige était arbitrable, parce que,

³³ Cass. civ. 1ère, 8 juillet 2009, 08-16025, *Soerni c. Air Sea Broker*.

³⁴ Cass. civ. 1ère, 28 janvier 2015, *Groupe industriel du cuir c. Rudis*, n° 13-24626.

³⁵ En droit français : C. civ., art. 1162.

encore une fois, l'inarbitrabilité de certains différends relève de l'ordre public international tel que chaque juge national le conçoit.

[116] Ainsi, la Convention de New York permet aux États partis de refuser d'exécuter une sentence soit parce que le litige était inarbitrable en vertu de la loi gouvernant la convention d'arbitrage, soit parce que, selon la loi de l'État requis, le différend était inarbitrable. En effet, l'article V dispose :

1. La reconnaissance et l'exécution de la sentence ne seront refusées, sur requête de la partie contre laquelle elle est invoquée, que si cette partie fournit à l'autorité compétente du pays où la reconnaissance et l'exécution sont demandées la preuve:

a. [...] 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; ou

[...]

2. La reconnaissance et l'exécution d'une sentence arbitrale pourront aussi être refusées si l'autorité compétente du pays où la reconnaissance et l'exécution sont requises constate :

a. Que, d'après la loi de ces pays, l'objet du différend n'est pas susceptible d'être réglé par voie d'arbitrage; ou

[...]

[117] La loi-type obéit à la même logique. L'article 34(2)(a)(i) impose au juge d'annuler une sentence si la convention d'arbitrage est nulle en vertu de la loi à laquelle les parties l'ont soumise ou, à défaut, en vertu de la loi du siège du tribunal arbitral. L'article 34(2)(b)(i) permet au juge d'annuler une sentence si le litige est inarbitrable selon la loi du for. Les articles 36(1)(a)(i) et 36(1)(b)(i) prévoient que l'exécution de la sentence est refusée dans les mêmes circonstances.

[118] On signalera enfin que l'article 178(2) de la loi suisse de droit international privé, pour sa part, conduit à rechercher si le litige est arbitral selon l'une des trois lois énumérées :

Quant au fond, [la convention d'arbitrage] est valable si elle répond aux conditions que pose soit le droit choisi par les parties, soit le droit régissant l'objet du litige et notamment le droit applicable au contrat principal, soit encore le droit suisse.

4.2.4.2 Critères généraux de l'arbitrabilité

[119] En droit français, ce sont les articles 2059 et 2060 du Code civil qui énoncent les critères de l'arbitrabilité :

Article 2059

Toutes personnes peuvent compromettre sur les droits dont elles ont la libre disposition.

Article 2060

On ne peut compromettre sur les questions d'état et de capacité des personnes, sur celles relatives au divorce et à la séparation de corps [...] et plus généralement dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public [...]

[120] Ainsi, le critère essentiel de l'arbitrabilité est le caractère disponible des droits litigieux. Autrement dit, lorsque le litige porte sur des droits que les parties peuvent librement céder ou auxquels elles peuvent librement renoncer, il est arbitral. Dans le cas contraire, il ne l'est pas. La plupart du temps, il y a une identité entre la catégorie des droits patrimoniaux et celle des droits disponibles. Cela étant, l'identité entre droits

patrimoniaux et droits disponibles n'est pas totale. Par exemple, les créances de cotisation des organismes de sécurité sociale sont des droits patrimoniaux mais sans doute pas des droits disponibles, puisque leur titulaire ne peut pas y renoncer librement, le Code de la sécurité sociale encadrant strictement les remises de dette, notamment.

[121] Ainsi, en application de ce critère relatif à la disponibilité des droits litigieux, l'état des personnes n'est pas arbitral. Il en va de même de l'action publique visant à réprimer les infractions et de toutes les procédures répressives en droit de la concurrence ou des marchés financiers. Un tribunal arbitral ne peut pas non plus se prononcer sur l'existence et la validité des droits de propriété intellectuelle, qui ne sont pas disponibles. Ces questions sont réservées à certaines juridictions étatiques, dont les décisions s'imposent *erga omnes*.

[122] Toutefois, il faut souligner que le contour de l'inarbitrabilité est aussi restreint que possible. Ainsi, l'action en réparation du préjudice causé par une infraction pénale ou une infraction au droit de la concurrence ou au droit des marchés financiers est arbitrale. Les différends relatifs au partage d'une succession ou d'une indivision post-communautaire sont arbitraux. Il en va de même des litiges contractuels ou extra-contractuels entre opérateurs privés dans lesquels les règles du droit de la concurrence sont applicables et des actions relatives à des contrats portant sur des droits de propriété intellectuelle. Il est même permis au tribunal arbitral de prendre position, dans la motivation, sur leur validité, dans la mesure nécessaire pour résoudre le différend qui lui est soumis. Il doit seulement s'abstenir de prendre une décision sur cette question. La Cour de cassation a rendu un arrêt qui illustre bien ce principe :

Sur le moyen, pris en ses diverses branches, ci-après annexé :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Paris, 1er décembre 2011), que la société Victocor technologies, dont le siège est en Belgique, ayant des activités de recherche, développement, marketing et vente de revêtement anticorrosion de pièces métalliques par la technique du zingage par thermodiffusion, a signé le 22 octobre 2004 avec la société Benteler automobiltechnik, dont le siège est en Allemagne, laquelle produit des pièces de carrosserie et de moteurs pour l'industrie automobile, un « accord de confidentialité » aux termes duquel elles se sont engagées à ne pas divulguer les informations échangées et à reconnaître mutuellement leurs droits de propriété intellectuelle ; qu'un différend étant né entre elles à la suite du dépôt par la société Benteler automobiltechnik d'une demande de brevets en Allemagne, en France et aux Etats-Unis (famille de brevets D1), la société Victocor technologies a introduit une procédure d'arbitrage par application de la clause compromissoire insérée au contrat, puis qu'une sentence arbitrale rendue le 8 juillet 2008 a condamné la société Benteler automobiltechnik à lui payer une certaine somme ; que la société Victocor technologies estimant que certains brevets déposés en 2005 (famille de brevets D2 et D4) en Allemagne, aux Etats-Unis et en France, par la société Benteler automobiltechnik, l'avaient été en violation de leur accord, a, à nouveau, mis en oeuvre la clause d'arbitrage ; que, par une sentence rendue à Paris le 3 septembre 2010, le tribunal arbitral a, notamment, dit que la société Benteler automobiltechnik avait commis des violations de l'article 2 de l'accord, mais qu'à défaut de démonstration d'un préjudice, la société Victocor technologies était mal fondée en ses demandes de compensations financières ; que, sur recours en annulation de celle-ci, la cour d'appel a annulé la sentence en ce qu'elle a dit que le retrait de la demande déposée aux Etats-Unis de la famille de brevets D4 constituait un manquement contractuel de la société Benteler automobiltechnik et a rejeté le recours pour le surplus ;

Attendu que la société Victocor technologies fait grief à l'arrêt de rejeter sa demande d'annulation partielle de la sentence arbitrale ;

Attendu, d'abord, qu'après avoir constaté qu'il résultait des écritures prises devant le tribunal arbitral ainsi que du compte-rendu des débats, qu'à titre principal, la société Benteler automobiltechnik avait allégué que l'article 3.6 de l'accord de confidentialité ne s'appliquait qu'aux obligations de confidentialité et non aux droits de propriété intellectuelle, et que ce n'était que dans l'hypothèse où l'interprétation de la société Victocor technologies l'emporterait qu'elle acceptait de se placer sur le même fondement pour étayer sa demande reconventionnelle, la cour d'appel, qui a répondu aux conclusions sans être tenue de suivre les parties dans le détail de leur argumentation, a pu estimer qu'il n'existait aucune interprétation convergente des parties de nature à lier le tribunal arbitral ;

Attendu, ensuite, qu'ayant retenu que le tribunal arbitral avait estimé que la clause pénale invoquée par la société Victocor technologies n'était pas applicable aux atteintes aux droits de propriété intellectuelle prohibées par l'article 2 du contrat et que celle-ci ne démontrait pas avoir subi de préjudice résultant des violations, la cour d'appel a, hors de toute dénaturation, relevé exactement que les arbitres avaient retenu qu'il n'y avait pas de fondement alternatif à la condamnation sollicitée par la société Victocor technologies ;

Et attendu qu'en constatant que le tribunal arbitral avait retenu que les dépôts des demandes de brevets (famille D2 et D4) ne comportaient aucune information confidentielle, le savoir-faire incorporé dans ces demandes figurant déjà dans l'état de la technique, tel qu'il résultait notamment d'un brevet russe précédemment publié, que la société Victocor technologies n'établissait pas de préjudice, que l'office allemand des brevets n'avait pas eu connaissance de l'antériorité russe, laquelle avait une incidence substantielle sur la valeur des brevets, la cour d'appel en a exactement déduit, sans encourir les griefs du moyen, que le tribunal arbitral ne s'était pas prononcé à titre principal sur la validité des brevets et n'avait ni méconnu sa mission, ni le principe de la contradiction, ni l'ordre public international ;

D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi³⁶ ;

[123] On peut comparer cet arrêt à une décision de la Cour suprême du Canada qui a décidé que le droit d'auteur était parfaitement arbitral, son existence ne dépendant pas d'une décision de l'État³⁷.

[124] L'article 2060 indique aussi que « *les matières qui intéressent l'ordre public* » sont inarbitrables. La jurisprudence en déduisait autrefois que tous les litiges dont la résolution supposait l'application de règles d'ordre public étaient inarbitrables. Cela traduisait une conception erronée de l'arbitrage, selon laquelle le tribunal arbitral n'est pas une véritable juridiction, apte à préserver l'efficacité des règles d'ordre public. Il n'est évidemment rien : les tribunaux arbitraux, à l'instar des juridictions étatiques, peuvent et doivent appliquer toutes les règles impératives pertinentes. D'ailleurs, s'ils ne le font pas et que la sentence est contraire à l'ordre public, elle pourra être annulée ou son exequatur, refusée. La jurisprudence a donc évolué, avec deux arrêts ayant décidé qu'un litige n'est pas inarbitrable pour la seule raison que sa résolution suppose d'appliquer des règles d'ordre public, que ce soit en matière d'arbitrage international³⁸ ou interne³⁹. La Cour de cassation a ainsi expliqué :

³⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 12 juin 2013, n° 12-16864.

³⁷ C. supr. du Canada, *Desputeaux c. Ed. Chouette*, [2003] 1 SCR 178.

³⁸ CA Paris, 19 mai 1993, *Labinal*.

³⁹ Cass. com., 9 avril 2002, n° 98-16829, *Toulousy*.

il appartient à l'arbitre, hors les cas où la non-arbitrabilité relève de la matière, de mettre en œuvre les règles impératives du droit, sous le contrôle du juge de l'annulation⁴⁰

- [125] Dans le même sens, la Cour de justice de l'Union européenne a décidé que, si une sentence méconnaît le droit européen de la concurrence, elle doit être annulée, sans aucunement remettre en cause l'arbitrabilité des litiges relevant du droit de la concurrence⁴¹. Dans d'autres pays, la jurisprudence a adopté la même position, qui relève, encore une fois, d'une saine conception de l'arbitrage. Ainsi, la Cour suprême des États-Unis a jugé, dans le célèbre arrêt *Mitsubishi c. Soler*, qu'un tribunal arbitral peut parfaitement se prononcer sur un différend contractuel dans lequel des règles du droit fédéral de la concurrence sont applicables. Il appartient aux arbitres de faire respecter ces règles, étant entendu qu'à défaut, la sentence ne pourra pas être exécutée aux États-Unis⁴². Auparavant, la Cour suprême avait décidé que les litiges internationaux concernant les sûretés soumises au *US Securities Act* sont arbitrables⁴³, opérant ainsi un revirement de jurisprudence par rapport à un arrêt plus ancien⁴⁴.
- [126] Du point de vue du droit français, ces évolutions suscitent une question : à partir du moment où les litiges dans lesquels le tribunal arbitral doit appliquer des règles d'ordre public sont arbitrables, que recouvre l'inarbitrabilité des « *matières qui intéressent l'ordre public* » prévue par l'article 2060, alinéa 1^{er}, du Code civil ? Il faut sans doute considérer que ce texte évoque certaines matières qui, bien que relevant du domaine patrimonial, sont soustraites à l'arbitrage et réservées au juge étatique, en vertu des dispositions explicites ou implicites d'un texte déterminé, afin de mieux préserver l'intérêt général.
- [127] Toutefois, de nos jours, on ne trouve guère qu'un seul exemple, celui des procédures collectives. Un tribunal arbitral ne peut pas ouvrir et superviser une procédure de sauvegarde, redressement ou liquidation judiciaires. Les droits mis en cause dans une telle procédure sont patrimoniaux mais, l'objectif étant de préserver les entreprises, l'emploi et le bon fonctionnement de l'économie, il y a là un monopole du juge étatique. Cependant, si certaines créances du passif relèvent d'une convention d'arbitrage, il appartient au tribunal arbitral, une fois qu'elles ont été dûment déclarées, de statuer sur leur existence et leur montant⁴⁵.
- [128] Pour conclure sur l'arbitrabilité, du point de vue du droit comparé, on peut affirmer que le contour de l'arbitrabilité est à peu près le même dans tous les pays, avec parfois de légères nuances. Par exemple, l'article 177(1) de la loi suisse de droit international privé retient la patrimonialité comme critère de l'arbitrabilité. Il faut toutefois signaler un contre-exemple intéressant. En Ontario, on peut soumettre à l'arbitrage les questions concernant les conséquences patrimoniales de la séparation du couple mais aussi les questions relatives à l'autorité parentale et à la garde des enfants⁴⁶.

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ CJUE, 1^{er} juin 1999, *Eco Swiss China Time c. Benetton*, C-126/97.

⁴² US Sup. Court, *Mitsubishi c. Soler*, 473 US 614, 1985.

⁴³ *Scherk v. Alberto Culver*, 417 US 506 (1974).

⁴⁴ *Wilko v. Swan*, 346 US 427 (1953).

⁴⁵ C. com., art. L. 624-2. – Cass. com., 2 juin 2004, n° 02-18700, *Bull. civ.* 2004, IV, n° 110. – Cass. com., 2 juin 2004, n° 02-13940, *Bull. civ.* 2004, IV, n° 112.

⁴⁶ Loi sur le droit de la famille de 1990, art. 51 et 59.1. Loi sur l'arbitrage de 1991, art. 1

4.2.4.3 Régime particulier de la clause compromissoire

[129] En droit français, la clause compromissoire obéit à un régime légèrement plus restrictif. Autrement dit, la clause compromissoire relative à certains différends arbitrables obéit à un régime spécifique alors qu'à propos des mêmes différends, le compromis ne présente aucune particularité. C'est l'article 2061 du Code civil qui dispose :

La clause compromissoire doit avoir été acceptée par la partie à laquelle on l'oppose, à moins que celle-ci n'ait succédé aux droits et obligations de la partie qui l'a initialement acceptée.

Lorsque l'une des parties n'a pas contracté dans le cadre de son activité professionnelle, la clause ne peut lui être opposée.

[130] Le second alinéa de cet article est destiné à protéger le non-professionnel, considéré comme une partie faible. Même si le texte est ambigu, il faut comprendre que c'est seulement dans les contrats conclus entre un professionnel et un non professionnel que la clause compromissoire est inopposable à ce dernier. Dans une telle configuration, si le non-professionnel est demandeur, il peut saisir, à son choix, une juridiction arbitrale ou étatique. Si le professionnel est demandeur, il peut saisir une juridiction arbitrale ou étatique mais le non-professionnel peut invoquer l'incompétence de la juridiction saisie, soit en excipant de la clause compromissoire soit, au contraire, en invoquant son inopposabilité.

[131] La rédaction actuelle de l'article 2061 du Code civil est le fruit d'une longue évolution. A l'origine, l'arrêt *Prunier* avait décidé que la clause compromissoire était nulle⁴⁷. La solution, adoptée à propos d'un contrat d'assurance, s'explique probablement par la volonté de protéger l'assuré. Cependant, elle était formulée de manière très générale. La loi du 31 décembre 1925 a ensuite modifié le Code de commerce, pour autoriser la clause compromissoire dans les contrats entre commerçants. Toutefois, la loi du 5 juillet 1972⁴⁸ a introduit l'article 2061 du Code civil, alors rédigé de manière très restrictive :

La clause compromissoire est nulle s'il n'est disposé autrement par la loi.

[132] Ainsi, pendant longtemps, en droit français, la clause compromissoire était nulle, sauf dans les contrats entre commerçants. Toutefois, la loi du 15 mai 2001⁴⁹ a amendé l'article 2061, de la manière suivante :

Sous réserve des dispositions législatives particulières, la clause compromissoire est valable dans les contrats conclus à raison d'une activité professionnelle.

[133] Dès lors, la clause compromissoire était valable dans tous les contrats conclus entre professionnels, qu'ils fussent ou non commerçants. A propos des contrats de travail, la question s'est posée de savoir s'ils pouvaient désormais inclure une clause compromissoire, du moins lorsque l'employeur agit à titre professionnel, le contrat étant toujours conclu dans un objectif professionnel par le salarié. La jurisprudence a considéré que le salarié n'était pas un professionnel au sens de l'article 2061, qui concernait plutôt les personnes morales et les personnes physiques contractant dans le cadre de l'exercice d'une profession indépendante. Toutefois, la Cour de cassation a décidé que, dans un contrat de travail, la clause compromissoire n'était plus nulle mais

⁴⁷ Cass. civ., 10 juillet 1843, S. 1843, 1, 561, note Devilleneuve ; *Rev. arb.*, 1992, p. 399.

⁴⁸ Loi n° 72-626 du 5 juillet 1972 instituant un juge de l'exécution et relative à la réforme de la procédure civile.

⁴⁹ Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques.

inopposable au salarié⁵⁰. La rédaction actuelle de l'article 2061, manifestement inspirée de cette solution prétorienne, résulte de la loi du 18 novembre 2016⁵¹.

- [134] Cela dit, il faut citer deux articles du Code de commerce, qui assurent la validité et l'opposabilité des clauses compromissoires contenues dans certains contrats :

Article L. 721-3

Les tribunaux de commerce connaissent :

- 1° Des contestations relatives aux engagements entre commerçants, entre établissements de crédit, entre sociétés de financement ou entre eux ;
- 2° De celles relatives aux sociétés commerciales ;
- 3° De celles relatives aux actes de commerce entre toutes personnes.

Toutefois, les parties peuvent, au moment où elles contractent, convenir de soumettre à l'arbitrage les contestations ci-dessus énumérées.

Article L. 721-5

Par dérogation au 2° de l'article L. 721-3 et sous réserve des compétences des juridictions disciplinaires et nonobstant toute disposition contraire, les tribunaux civils sont seuls compétents pour connaître des actions en justice dans lesquelles l'une des parties est une société constituée conformément à la loi n° 90-1258 du 31 décembre 1990 relative à l'exercice sous forme de sociétés des professions libérales soumises à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé, ainsi que des contestations survenant entre associés d'une telle société.

Néanmoins, les associés peuvent convenir, dans les statuts, de soumettre à des arbitres les contestations qui surviendraient entre eux pour raison de leur société.

- [135] De plus, la jurisprudence a toujours considéré que ce régime spécifique était inapplicable aux clauses compromissoires figurant dans des contrats internationaux⁵², dans lesquels la clause compromissoire est valable et opposable, quelle que soit la qualité des parties, sous réserve que le litige soit arbitrable. Même après la réforme de l'article 2061, celui-ci demeure inapplicable à la clause compromissoire internationale, qui relève d'une règle matérielle.

- [136] Enfin, les contrats de consommation constituent un cas particulier. Selon des dispositions du Code de la consommation antérieures à l'entrée en vigueur de l'article 2061 dans sa forme actuelle, la clause compromissoire y est présumée abusive⁵³, à charge pour le professionnel de démontrer qu'elle ne crée pas de « *déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties* »⁵⁴. Concernant les contrats internes de consommation, depuis que l'article 2061 a été modifié, le professionnel n'a vraisemblablement plus le loisir de démontrer que la clause n'est pas abusive pour obtenir son application, puisqu'il suffit au consommateur, pour y échapper, d'invoquer son inopposabilité. En revanche, les contrats internationaux de consommation ne semblent pas relever de l'article 2061 du Code civil. Pour autant, lorsqu'ils comportent une clause compromissoire, celle-ci doit être conforme aux règles européennes protégeant les consommateurs, qui sont d'ordre public international, et l'effet négatif

⁵⁰ Cass. soc., 30 novembre 2011, n° 11-12905.

⁵¹ LOI n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle.

⁵² Cass. civ. 1^{ère}, 5 janvier 1999, n° 96-21430, *Bull. civ.* 1999, I, n° 2.

⁵³ C. cons., art. R. 212-2, 10°.

⁵⁴ C. cons., art. L. 212-1, al. 1^{er}.

du principe compétence compétence ne s'applique pas à la clause compromissoire internationale insérée dans un contrat de consommation⁵⁵.

4.2.4.4 Régime particulier des litiges impliquant une personne publique

[137] En droit français, par principe, les litiges intéressant les personnes publiques sont inarbitrables (a). Ce principe admet toutefois un certain nombre d'exceptions (b). Il faut enfin s'interroger sur l'application de ces règles du droit français en matière d'arbitrage international (c).

a Inarbitrabilité de principe

[138] Le premier alinéa de l'article 2060 du Code civil dispose également :

On ne peut compromettre [...] sur les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics [...].

[139] Ce texte impose l'interdiction de compromettre non pas en raison de la nature d'une partie mais en raison de la nature du différend. Il dit qu' « *on ne peut compromettre* », le pronom indéfini « *on* » pouvant se rapporter à toutes sortes de personnes, y compris privées, « *sur les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics* », ce qui montre bien que c'est le lien entre le litige et une personne publique qui interdit de compromettre.

[140] Il faut en tirer deux conclusions. D'une part, l'interdiction de compromettre peut s'appliquer à une personne privée à propos d'un litige intéressant les collectivités publiques. Par exemple, une société de droit privé concessionnaire d'un service public peut se heurter à cette interdiction à propos d'un différend avec une autre partie privée étroitement lié à son activité de concessionnaire, qui intéresse une collectivité publique⁵⁶. D'autre part, cette interdiction de compromettre découle, non d'une incapacité de la personne publique, mais de l'inarbitrabilité du différend⁵⁷.

[141] Ainsi, en droit français, par principe, les différends intéressant les personnes publiques sont inarbitrables. Le droit français n'est pas, ici, extrêmement original. D'autres systèmes juridiques, par exemple, le droit libanais⁵⁸, connaissent le même type de prohibition. Cela étant, il existe aujourd'hui de nombreuses exceptions à ce principe.

b Exceptions

[142] Le Code de justice administrative énumère un certain nombre de catégories de litiges arbitrables bien qu'intéressant des personnes publiques (b.a), d'autres textes prévoient l'arbitrabilité des litiges relatifs aux marchés de partenariat (b.b) et aux contrats d'organisation des compétitions sportives internationales (b.c).

b.a Exceptions énumérées dans le Code de justice administrative

[143] L'article L. 311-6 du Code de justice administrative dispose :

Par dérogation aux dispositions du présent code déterminant la compétence des juridictions de premier ressort, il est possible de recourir à l'arbitrage dans les cas prévus par :

1° Les article L. 2197-6 et L. 2236-1 du code de la commande publique ;

⁵⁵ v. *infra*, n° 402.

⁵⁶ CE, 3 mars 1989, n° 79532, *Société des autoroutes de la région Rhône-Alpes c. GIE Isère, Savoie Autoroutes*, Lebon ; D. 1990, p. 67, obs. P. Terneyre.

⁵⁷ En ce sens, Cass. civ. 1ère, 2 mai 1966, *Galakis*, Bull. civ. n° 256.

⁵⁸ Conseil d'État libanais, *Liban c. FTML (Cellis) SAL*, 17 juillet 2001.

2° L'article 7 de la loi n° 75-596 du 9 juillet 1975 portant dispositions diverses relatives à la réforme de la procédure civile ;

3° L'article L. 321-4 du code de la recherche ;

4° Les articles L. 2102-6, L. 2111-14 et L. 2141-5 du code des transports ;

5° L'article 9 de la loi n° 86-972 du 19 août 1986 portant dispositions diverses relatives aux collectivités locales ;

6° L'article 28 de la loi n° 90-568 du 2 juillet 1990 relative à l'organisation du service public de la poste et des télécommunications ;

7° L'article 24 de la loi n° 95-877 du 3 août 1995 portant transposition de la directive 93/7 du 15 mars 1993 du Conseil des Communautés européennes relative à la restitution des biens culturels ayant quitté illicitement le territoire d'un État membre.

- [144] Ce texte nécessite des explications. La première exception visée remonte à la loi de finance du 17 avril 1906. Cette dérogation avait été adoptée par suite des difficultés ayant entravé le règlement de marchés conclu pour l'organisation de l'exposition universelle de 1900. Ces dispositions législatives figurent aujourd'hui dans l'article L. 2197-6 du Code de la commande publique :

Par dérogation aux dispositions du premier alinéa de l'article 2060 du code civil, le recours à l'arbitrage pour le règlement des litiges opposant les personnes publiques à leurs cocontractants dans l'exécution des marchés publics est possible pour les litiges relatifs à l'exécution financière des marchés publics de travaux et de fournitures de l'État, des collectivités territoriales et des établissements publics locaux ainsi que dans les autres cas où la loi le permet.

- [145] L'article L. 2197-7 ajoute :

Le recours à l'arbitrage pour le règlement des litiges opposant des personnes privées dans l'exécution des marchés est possible dans les conditions définies par le livre IV du code de procédure civile.

- [146] Quant à la deuxième exception, l'article 7 de la loi du n° 75-596 du 9 juillet 1975 est le texte qui a rajouté à l'article 2060 du Code civil le second alinéa prévoyant que :

Toutefois, des catégories d'établissements publics à caractère industriel et commercial peuvent être autorisées par décret à compromettre.

- [147] Cette possibilité a été très peu utilisée. On peut citer le décret du 8 janvier 2002 autorisant à compromettre les Charbonnages de France et des houillères de bassin, EDF et GDF mais, concernant ces deux derniers établissements, leur privatisation rend cette autorisation obsolète. En tant que société de droit privé, elles peuvent librement compromettre.

- [148] Quant à la troisième exception, l'article L. 321-4 du Code de la recherche dispose :

Les établissements publics à caractère scientifique et technologique peuvent être autorisés à prendre des participations, à constituer des filiales, à participer à des groupements et à recourir à l'arbitrage en cas de litiges nés de l'exécution de contrats de recherche passés avec des organismes étrangers après approbation du conseil d'administration.

Ils peuvent également transiger. Un décret fixe les conditions d'octroi de ces autorisations et, le cas échéant, le délai à l'expiration duquel elles sont réputées accordées.

- [149] La quatrième exception remonte à l'article 25 de la loi du 30 décembre 1982⁵⁹, dont les dispositions ont été transposées dans le Code des transports :

Article L. 2102-6

La SNCF a la capacité de transiger et de conclure des conventions d'arbitrage.

Article L2111-14

SNCF Réseau a la capacité de transiger et de conclure des conventions d'arbitrage.

Article L. 2141-5

SNCF Mobilités a la capacité de transiger et de conclure des conventions d'arbitrage.

- [150] La cinquième exception vise l'article 9 de la loi du 19 août 1986⁶⁰. Ce texte permet l'inclusion d'une clause compromissoire dans les contrats conclus « *pour la réalisation d'opérations d'intérêt national* ». Il a été adopté pour satisfaire aux exigences de la société Walt Disney Productions en vue de la création du Parc Disneyland de Marne-la-Vallée. Elle voulait que le contrat conclu avec l'État, la région Île-de-France, le département du Val-de-Marne et l'établissement de la ville nouvelle de Marne-la-Vallée soit soumis à l'arbitrage. Or, le Conseil d'État avait estimé qu'une clause compromissoire, dans un tel contrat, serait nulle⁶¹.

- [151] Quant à la sixième exception, l'article 28 de la loi du 2 juillet 1990⁶² permet à la Poste de conclure des conventions d'arbitrage.

- [152] Quant à la septième exception, l'article 24 de la loi du 3 août 1995⁶³ dispose :

L'État est autorisé à recourir à l'arbitrage pour mettre en œuvre la procédure de retour d'un bien culturel à condition que le propriétaire, le possesseur ou le détenteur aient donné leur accord.

- [153] A défaut de recours à l'arbitrage, l'article 14 de la même loi prévoit que l'État français doit introduire une action devant le tribunal compétent de l'État membre où se trouve le bien.

b.b Marchés de partenariat

- [154] L'article 11 de l'ordonnance du 17 juin 2004⁶⁴, puis l'article 90 de l'ordonnance du 23 juillet 2015⁶⁵ autorisaient le recours à l'arbitrage dans les marchés de partenariat. L'ordonnance de 2015 a été abrogée par celle du 26 novembre 2018⁶⁶. Désormais, l'arbitrage est autorisé dans les contrats de partenariat comme dans tous les marchés publics, en vertu de l'article L. 2197-7 du Code de la commande publique, dont l'article L. 1112-1 définit le marché de partenariat :

⁵⁹ Loi n° 82-1153 du 30 décembre 1982 d'orientation des transports intérieurs

⁶⁰ Loi n° 86-972 du 19 août 1986 portant dispositions diverses relatives aux collectivités locales.

⁶¹ CE, avis, 6 mars 1986, n° 339710.

⁶² Loi n° 90-568 du 2 juillet 1990 relatives à l'organisation du service public de la Poste et des télécommunications.

⁶³ Loi n° 95-877 du 3 août 1995 portant transposition de la directive 93/7 du 15 mars 1993 du Conseil des Communautés européennes relative à la restitution des biens culturels ayant quitté illicitement le territoire d'un Etat membre. Loi n° 95-877 du 3 août 1995 portant transposition de la directive 93/7 du 15 mars 1993 du Conseil des Communautés européennes relative à la restitution des biens culturels ayant quitté illicitement le territoire d'un Etat membre.

⁶⁴ Ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat.

⁶⁵ Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics.

⁶⁶ Ordonnance n° 2018-1074 du 26 novembre 2018 portant partie législative du code de la commande publique.

Un marché de partenariat est un marché public qui a pour objet de confier à un opérateur économique ou à un groupement d'opérateurs économiques une mission globale ayant pour objet la construction, la transformation, la rénovation, le démantèlement ou la destruction d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels nécessaires au service public ou à l'exercice d'une mission d'intérêt général et tout ou partie de leur financement. Le titulaire du marché de partenariat assure la maîtrise d'ouvrage de l'opération à réaliser.

Cette mission globale peut en outre comprendre :

1° Tout ou partie de la conception des ouvrages, équipements ou biens immatériels ;

2° L'aménagement, l'entretien, la maintenance, la gestion ou l'exploitation d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels ou une combinaison de ces éléments ;

3° La gestion d'une mission de service public ou des prestations de services concourant à l'exercice, par la personne publique, de la mission de service public dont elle est chargée.

b.c Contrats relatifs aux compétitions sportives internationales

[155] Enfin, les contrats relatifs aux grandes manifestations sportives, conclues par l'État et, parfois, des collectivités territoriales avec les organisations sportives internationales comportent souvent une clause compromissoire. Par exemple, le contrat de ville-hôte pour la XXXIII^e Olympiade en 2024, conclu le 13 septembre 2017 entre le Comité international olympique, la commune de Paris et le Comité national olympique et sportif français comporte un article 51, libellé comme suit :

Droit applicable et arbitrage

51.1. Ce contrat est exclusivement régi par le droit substantiel interne de Suisse, sans application des principes relatifs aux conflits de lois.

51.2. Tout litige concernant la validité, l'interprétation ou l'exécution du Contrat ville hôte sera résolu de façon concluante par voie d'arbitrage, à l'exclusion des tribunaux étatiques de Suisse, du Pays hôte ou de tout autre pays, et jugé par le Tribunal Arbitral du Sport conformément au Code de l'arbitrage en matière de sport dudit tribunal. Le siège de l'arbitrage sera à Lausanne, canton de Vaud, Suisse. Si, pour une raison quelconque, le Tribunal Arbitral du Sport décline sa compétence, le litige sera résolu de façon concluante devant les tribunaux étatiques à Lausanne, Suisse.

51.3. La Ville hôte, le CNO⁶⁷ hôte et le COJO⁶⁸ renoncent expressément à l'application de toute clause juridique en vertu de laquelle ils pourraient prétendre à l'immunité dans tout procès, arbitrage ou autre action en justice :

a. intentée par le CIO ou tout autre Indemnitaire du CIO ;

b. intentée par un tiers contre le CIO ou tout autre Indemnitaire du CIO ; ou

c. intentée en relation avec les engagements pris par les Autorités du Pays hôte.

Cette renonciation s'applique non seulement à la juridiction mais aussi à la reconnaissance et à l'exécution de tout jugement, décision ou sentence arbitrale.

51.4. La Ville hôte et le CNO hôte admettent la validité de toutes actions et autres mises en demeure si elles sont signifiées au COJO.

⁶⁷ Comité national olympique et sportif français.

⁶⁸ Comité d'organisation des jeux olympiques et paralympiques de Paris 2024, association de droit français créée pour l'occasion.

- [156] Afin de garantir la validité de cette clause, dans la loi n° 2018-202 du 26 mars 2018 relative à l'organisation des jeux Olympiques et Paralympiques de 2024, un article 6 a été inséré, disposant :

Par dérogation à l'article 2060 du code civil, le contrat de ville hôte, signé le 13 septembre 2017 entre, d'une part, le Comité international olympique et, d'autre part, la Ville de Paris et le Comité national olympique et sportif français, ainsi que les conventions d'exécution de ce contrat conclues à compter du 13 septembre 2017 entre les personnes publiques et le Comité international olympique ou le Comité international paralympique en vue de la planification, de l'organisation, du financement et de la tenue des jeux Olympiques et Paralympiques de 2024 peuvent comporter des clauses compromissaires.

- [157] Pour prendre un autre exemple, le contrat d'organisation de la Coupe d'Europe de football de 2016 prévoyait également le recours à l'arbitrage. L'article 3 de la loi n° 2011-617 du 1er juin 2011 relative à l'organisation du championnat d'Europe de football de l'UEFA en 2016 l'avait expressément autorisé.

c Application de ces règles du droit français en matière internationale ?

- [158] S'agissant des différents intéressant les personnes publiques, le droit du commerce international, qui est un ensemble de règles coutumières transnationales destinées à régir les contrats internationaux⁶⁹, recèle un principe bien connu et appliqué par les tribunaux arbitraux internationaux, qui est l'inverse du principe du droit français. La convention d'arbitrage acceptée par une personne publique est valable et efficace et la partie publique ne peut invoquer une quelconque prohibition de son droit national pour y échapper. Conformément à ce principe, l'article 177(2) de la loi suisse de droit international privé dispose :

Si une partie à la convention d'arbitrage est un État, une entreprise dominée ou une organisation contrôlée par lui, cette partie ne peut invoquer son propre droit pour contester l'arbitrabilité d'un litige ou sa capacité d'être partie à un arbitrage.

- [159] De même, la Convention de Genève comporte un article II libellé comme suit :

Capacité des personnes morales de droit public de se soumettre à l'arbitrage

1. Dans les cas visés à l'article 1, paragraphe 1, de la présente Convention, les personnes morales qualifiées, par la loi qui leur est applicable, de « personnes morales de droit public » ont la faculté de conclure valablement des conventions d'arbitrage.

2. Au moment de signer ou de ratifier la présente Convention ou d'y adhérer, tout État pourra déclarer qu'il limite cette faculté dans les conditions précisées dans sa déclaration.

- [160] La Cour de cassation a appliqué ce principe dans son fameux arrêt *Galakis*, pour décider que l'interdiction de compromettre faite aux personnes publiques françaises ne s'appliquait que dans l'ordre interne et pas dans l'ordre international⁷⁰. A propos des personnes publiques étrangères, dont le droit peut contenir une prohibition similaire à celle du droit français, la Cour d'appel de Paris a expliqué, de manière similaire :

Quel qu'en soit le fondement, la prohibition pour un État de compromettre est limitée aux contrats d'ordre interne et n'est pas d'ordre public international, lequel interdirait au contraire à un opérateur public de se prévaloir des dispositions

⁶⁹ Cette notion sera étudiée plus en détail lors de la leçon 7 et le contenu des règles du droit du commerce international sera étudié dans le cours de droit du commerce international au second semestre.

⁷⁰ Cass. civ. 1ère, 2 mai 1966, *Galakis*, *Bull. civ.* n° 256

restrictives de son droit national ou de la loi du contrat pour se soustraire a posteriori à l'arbitrage convenu⁷¹.

- [161] Cela dit, dans les pays où la même prohibition existe à l'égard des différends internes, elle s'applique parfois aussi aux différends internationaux. Le Conseil d'État libanais a ainsi décidé que seuls les contrats internationaux n'impliquant pas l'exercice de prérogatives de puissance publique peuvent être soumis à l'arbitrage⁷².
- [162] En France, le Conseil d'État est hostile à l'idée que les contrats internationaux puisse échapper à la prohibition des conventions d'arbitrage relatives aux différends intéressant les personnes publiques, du moins lorsque le contrat est, selon la qualification française, administratif. Dans son avis relatif à la création du parc Euro Disneyland, il a souligné que le contrat projeté entre les collectivités locales et Walt Disney « *rel[evait] de l'ordre juridique interne français* » et non « *des principes applicables en matière de commerce international* »⁷³.
- [163] Pour autant, pendant longtemps, la position du Conseil d'État était indifférente parce qu'il était admis que le juge judiciaire avait compétence exclusive pour connaître des recours et des procédures d'exécution à propos des sentences internationales, quel que soit l'objet du litige. Cela a changé avec les arrêts du Tribunal des conflits réservant au juge administratif la compétence pour les recours en annulation⁷⁴ et les procédures d'exequatur⁷⁵ contre les sentences internationales, lorsque le différend arbitré est soumis aux règles impératives du droit public français relatives à l'occupation du domaine public ou à celles qui régissent la commande publique⁷⁶.
- [164] Or, le Conseil d'État a estimé que l'interdiction pour les personnes publiques de recourir à l'arbitrage devait s'appliquer, sauf dérogation expresse prévue dans une loi française ou une convention internationale, sans réserver le cas où le différend serait international⁷⁷. Autrement dit, pour la Cour de cassation, un litige administratif international est international avant d'être administratif, alors que pour le Conseil d'État, c'est l'inverse. Dès lors, les sentences rendues pour résoudre un différend relatif à l'occupation du domaine public ou à la commande publique sont exposées à un risque de refus d'exequatur ou d'annulation.
- [165] Cela étant, il faut relativiser ce danger. D'une part, il existe aujourd'hui de nombreuses exceptions à la prohibition du recours à l'arbitrage dans les différends intéressant les personnes publiques, de telle sorte que beaucoup de sentences rendues dans ce domaine sont assurément valables, qu'elles soient internes ou internationales. D'autre part, les clauses compromissaires sont relativement rares dans les contrats conclus par les personnes publiques françaises.

5 EFFETS DE LA CONVENTION D'ARBITRAGE

- [166] La convention d'arbitrage oblige les parties à soumettre à l'arbitrage tout litige relevant de son champ d'application et, en cas d'arbitrage institutionnel, de se conformer au

⁷¹ CA Paris, *Kuwait Foreign Trade Contracting and Investment Company* (KFTCIC), 13 juin 1996, *JDI* 1997, p. 151, note E. Loquin.

⁷² Conseil d'État libanais, *Liban c. FTML (Cellis) SAL*, 17 juillet 2001.

⁷³ CE, avis, 6 mars 1986, n° 339710.

⁷⁴ Trib. conf., 17 mai 2010, *Inserm c. Fondation Letten*, n° C3754.

⁷⁵ Trib. conf., 24 avril 2017, *Ryanair*, n° C4075.

⁷⁶ Nous en reparlerons lors de la leçon 8 relative au contrôle étatique de la sentence arbitrale.

⁷⁷ CE, 9 novembre 2016, *Fosmax (sté) c. TCM FR*, n° 388806.

règlement d'arbitrage de l'institution choisie⁷⁸. Autrement dit, la convention d'arbitrage confère au tribunal arbitral compétence pour connaître du litige ou de la catégorie de litiges qu'elle vise. Elle interdit aussi de saisir le juge étatique (5.1). Il faut enfin évoquer le rayonnement de la clause compromissoire (5.2).

5.1 INTERDICTION DE SAISIR LE JUGE ETATIQUE

[167] La convention d'arbitrage interdit corrélativement aux parties de saisir le juge étatique d'un litige relevant de son champ d'application. Tout juge étatique saisi d'un tel litige doit renvoyer les parties à l'arbitrage⁷⁹. Concrètement, il se déclare incompétent ou sursoit à statuer. Toutefois, dans la plupart des pays, le juge étatique peut porter une appréciation sur la validité et l'applicabilité de la convention d'arbitrage, ce qui est tout-à-fait naturel, puisqu'en procédure civile, tout juge est juge de sa compétence. Il suffit de lire attentivement, par exemple, le libellé de l'article II(3) de la Convention de New York pour le comprendre :

Le tribunal d'un État contractant, saisi d'un litige sur une question au sujet de laquelle les parties ont conclu une convention au sens du présent article, renverra les parties à l'arbitrage, à la demande de l'une d'elles, à moins qu'il ne constate que ladite convention est caduque, inopérante ou non susceptible d'être appliquée.

[168] Le droit français est, ici, très original, en ce qu'il interdit au juge étatique saisi d'une demande susceptible de relever d'une convention d'arbitrage, de statuer sur la compétence, sous réserve d'exceptions très étroites. C'est ce qu'on appelle l'effet négatif du principe compétence compétence, l'effet positif de ce principe étant que le tribunal arbitral peut statuer sur sa propre compétence⁸⁰.

5.2 RAYONNEMENT DE LA CLAUSE COMPROMISSOIRE

[169] Par nature, le rayonnement concerne uniquement la clause compromissoire, et non le compromis. La clause compromissoire peut être étendue (5.2.1) et circuler (5.2.2).

5.2.1 Extension de la clause compromissoire

[170] La clause compromissoire internationale est étendue à toutes les parties qui, bien que ne l'ayant pas signée, sont :

la clause compromissoire insérée dans un contrat international a une validité et une efficacité propres qui commandent d'en étendre l'application aux parties directement impliquées dans l'exécution du contrat et dans les litiges qui peuvent en résulter, dès lors qu'il est établi que leur situation contractuelle et leurs activités font présumer qu'elles ont accepté la clause d'arbitrage dont elles connaissaient l'existence et la portée, bien qu'elles n'aient pas été signataires du contrat qui la stipulait⁸¹.

[171] La Cour de cassation elle-même a décidé que :

l'effet de la clause d'arbitrage international s'étend aux parties directement impliquées dans l'exécution du contrat et les litiges qui peuvent en résulter⁸²

⁷⁸ V. règl. arb. CCI, art. 6(1) et 6(2). – Règl. Arb. CMAP, art. 1.

⁷⁹ Convention de New York, art. II(3). – Loi-type CNUDCI, art. 8.

⁸⁰ V. *infra*, n° 377 à 387.

⁸¹ CA Paris, 23 juin 2020, n° 17/22943, *Kabab-Ji* [pièce CE-2-13], *JDI* 2021, p. 153, note J.-B. Racine, *JDI* 2021, p. 768, note K. Mehtiyeva ; *JDI* 2022, p. 1306, note F.-X. Train ; *Rev. arb.* 2020, p. 701, note E. Gaillard ; *Cah. arb.* 2020, p. 61, note P. Rosher. – CA Paris, 7 décembre 1994, RTD com, 1994, p. 401, note E. Loquin.

⁸² Cass. civ. 1^{ère}, 27 mars 2007, *ABS*, n° 04-20842, *Bull. civ.* 2007, I, n° 129.

- [172] La clause compromissoire peut, notamment, être étendue aux sociétés du même groupe si leur intervention lors de la négociation ou de l'exécution du contrat montre qu'elles en ont eu connaissance et y ont adhéré⁸³.
- [173] Ce terme d'extension est trompeur car il laisse entendre que la clause compromissoire serait étendue à des personnes qui n'y sont pas parties. Il n'en est évidemment rien puisqu'une telle solution serait contraire au principe de la liberté contractuelle. Cette jurisprudence tend plutôt à faire respecter la clause compromissoire par et au bénéfice de toutes les personnes dont il est établi qu'elles y ont adhéré, bien que ne l'ayant pas signé.
- [174] La jurisprudence admettant l'extension de la clause compromissoire a été rendue principalement en matière d'arbitrage international et il a pu sembler que ce mécanisme était exclu en matière d'arbitrage interne. D'une part, la convention d'arbitrage interne doit être écrite, à peine de nullité bien qu'elle puisse être incluse dans un écrit par référence à un autre document⁸⁴. Si ce principe est appliqué de manière stricte, il est impossible d'admettre qu'une personne puisse y être partie sans l'avoir signée ou sans avoir signé un instrument y faisant référence. C'est d'ailleurs sans doute cette considération qui explique que la jurisprudence d'autres pays, où la convention d'arbitrage international est soumise à une exigence d'écrit, soit plus réservée sur l'extension de la clause compromissoire⁸⁵. D'autre part, l'arbitrage international est le mode normal de résolution des litiges du commerce international, ce qui justifie de plus fort l'extension de la clause compromissoire dans ce domaine⁸⁶.
- [175] Cependant, certains arrêts révèlent que le mécanisme de l'extension s'applique à la clause compromissoire interne, en donnant implicitement au terme « écrit » figurant dans l'article 1443 du Code de procédure civile un sens plus flexible qu'en droit commun de la preuve⁸⁷. L'écrit peut constituer en un document écrit contenant la clause, dont il est établi qu'une partie en a eu connaissance et a, par son comportement, accepté d'y adhérer. En voici une illustration :

Sur le premier moyen, pris en sa première branche :

Vu l'article 1443 du nouveau Code de procédure civile ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que la société Négobeureuf a vendu des aliments pour bétail, impropres à la consommation à Mme X...; que celle-ci l'a assignée en paiement d'une certaine somme à titre de dommages-intérêts ; que sa demande a été accueillie par un jugement rendu par le Tribunal ; que la société Négobeureuf a assigné en garantie devant cette même juridiction son fournisseur, la société Jouandin, laquelle a appelé, à son tour, en garantie la société Lucernex; que celle-ci a soulevé l'incompétence de la juridiction étatique au profit d'une juridiction arbitrale, en faisant état d'une clause compromissoire ;

Attendu que, pour rejeter l'exception d'incompétence, l'arrêt retient que le contrat du 21 septembre 1990 établi par le vendeur, mentionnant l'objet et les conditions de vente, en faisant référence aux règles et usages français pour le commerce des graines et des produits du sol (Charte Ruffra), n'a pas été signé par l'acheteur, que le cabinet de courtage a bien établi un projet de contrat faisant référence à la

⁸³ Sentence *Dow Chemical*, CCI n° 4131, *JDI* 1983, p. 899, note Y. Derains. – V. aussi sentence CCI 1434, 1974.

⁸⁴ C. pr. civ., art. 1443.

⁸⁵ V. not. *Kabab-Ji v. Kout Food*, [2021] UKSC 48, spec. n° 54 à 75. – *Dallah Real Estate and Tourism Holding Company c. Pakistan*, [2010] UKSC 46 (3 novembre 2010).

⁸⁶ En ce sens, v. J.-B. Racine, *Droit de l'arbitrage*, Paris, Presses universitaires de France, 2016, n° 328.

⁸⁷ C. civ., art. 1364 à 1367.

Charte Rufra, adressé aux deux parties contractantes, mais en leur laissant le soin de donner leur accord, qui n'a été matérialisé par aucun écrit ;

Attendu qu'en se déterminant par de tels motifs, sans rechercher si la société Jouandin, en exécutant sans réserve le contrat faisant référence à la Charte Rufra, n'avait pas accepté cette clause portée à sa connaissance par l'envoi de la convention et la lettre du courtier, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ;

Par ces motifs, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur tout autre grief :

Casse et annule...⁸⁸

5.2.2 Circulation de la clause compromissoire

[176] La clause compromissoire internationale est également susceptible de circuler, c'est-à-dire qu'elle est transmise au cessionnaire de la créance qui relève de son champ d'application :

la clause d'arbitrage international, valable par le seul effet de la volonté des contractants, est transmise au cessionnaire avec la créance, telle que cette créance existe dans les rapports entre le cédant et le débiteur cédé ; que, dès lors, la cour d'appel a justement décidé que la clause d'arbitrage stipulée dans le contrat conclu entre la société Sud Marine et la société SNTM-Hyproc s'imposait à la banque Worms, cessionnaire de la créance⁸⁹ ;

[177] La clause se transmet aussi dans une chaîne homogène de contrats translatifs de propriété. Par un important arrêt *Peavey*, la Cour de cassation a ainsi expliqué :

Attendu que dans une chaîne homogène de contrats translatifs de marchandises, la clause d'arbitrage international se transmet avec l'action contractuelle, sauf preuve de l'ignorance raisonnable de l'existence de cette clause⁹⁰

[178] Ces solutions sont clairement fondées sur la règle matérielle applicable, selon la jurisprudence française, à la convention d'arbitrage internationale. L'arrêt *Peavey* a été rendue au visa de l'ancien article 1492 du Code de procédure civile, devenu aujourd'hui l'article 1504, qui définissait l'arbitrage international. Cela étant, d'autres arrêts ont appliqué la même solution en matière d'arbitrage interne⁹¹. De plus, un arrêt bien connu en la matière, ayant appliqué cette solution à une clause compromissoire internationale, ne l'a pas justifiée par une référence à la règle matérielle :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Paris, 3 novembre 2004), que la société française Alcatel business systems (ABS), fabricant de terminaux mobiles et portables, a collaboré avec la société belge Alcatel micro electronics (AME), faisant partie du même groupe, pour la fabrication d'une nouvelle puce électronique ; que la société AME a conclu avec la société américaine Amkor technology Inc (Amkor) un contrat relatif à la vente de composants électroniques, comportant une clause compromissoire désignant l'American arbitration association (AAA) de Philadelphie ; que la société Amkor était liée avec un fabricant de composants, la société coréenne Anam semiconductor Inc (Anam), par un contrat de fonderie contenant une convention d'arbitrage visant l'AAA de Santa Clara en Californie ; que les puces fabriquées par la société Anam étaient remises directement à la société AME qui, après les avoir "encapsulées", les livrait à la société ABS ; que, des désordres étant survenus, la société ABS et son assureur, la société AGF, qui l'avait partiellement indemnisée, ont assigné la société Amkor, ses deux filiales françaises, les sociétés Amkor technology euroservices et Amkor Wafer

⁸⁸ Cass. com., 17 juin 1997 ; n° 95-11567.

⁸⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 5 janvier 1999, *Banque Worms*, n° 96-20202, *Bull. civ.* 1999, I, n° 1.

⁹⁰ Cass. civ. 1^{ère}, 6 février 2001, n° 98-20776, *Bull. civ.* 2001, I, n° 22.

⁹¹ V. par ex. Cass. civ. 2^{ème}, 20 décembre 2001, n° 00-10806, *Bull. civ.* 2001, II, n° 198.

fabrication services, et la société Anam devant un tribunal de commerce en paiement de dommages-intérêts ; que les défendeurs, invoquant la clause compromissoire désignant l'AAA de Philadelphie, ont soulevé l'incompétence de la juridiction étatique ;

Sur le premier moyen, pris en ses trois premières branches, et sur le second moyen, pris en ses deux branches :

[...]

Mais attendu que, dans une chaîne de contrats translatifs de propriété, la clause compromissoire est transmise de façon automatique en tant qu'accessoire du droit d'action, lui-même accessoire du droit substantiel transmis, sans incidence du caractère homogène ou hétérogène de cette chaîne ; que l'arrêt retient, par motifs propres et adoptés, d'abord que le composant électronique, objet du litige, a été fabriqué par la société Anam et vendu par celle-ci à la société Amkor qui l'a revendu à la société AME ; ensuite que la société AME a "encapsulé" le produit, qui, selon les constatations de l'expert judiciaire, demeurait dissociable, avant de le livrer à la société ABS qui l'a intégré dans ses téléphones mobiles ; qu'au vu de ces éléments, la cour d'appel a décidé à bon droit qu'il existait une chaîne de contrats translatifs de propriété et en a justement déduit que la clause compromissoire, contenue au contrat liant les sociétés Amkor et AME, à laquelle la société Anam avait adhéré, avait force obligatoire à l'égard de la société ABS, dès lors que cette clause est transmise en tant qu'accessoire du droit d'action, lui-même accessoire du droit substantiel ; que, par ce seul motif, la cour d'appel a légalement justifié sa décision ;

D'où il suit que les moyens doivent être rejetés ;

Sur le premier moyen, pris en sa quatrième branche :

Attendu que les sociétés ABS et AGF reprochent encore à l'arrêt d'avoir ainsi statué, alors, selon le moyen, que l'action directe de nature contractuelle du maître de l'ouvrage ou du sous-acquéreur implique l'existence d'une chaîne de contrats translatifs de propriété ; qu'en retenant la nature contractuelle de l'action du maître de l'ouvrage contre les filiales du sous-traitant, au prétexte que celles-ci étaient intervenues dans le cadre de l'agrément par l'entreprise principale du composant électronique, sans caractériser l'existence d'une convention translatrice de propriété qui les aurait obligées à l'égard de l'un quelconque des participants à la chaîne de contrats, la cour d'appel a violé les articles 1165 et 1382 du code civil ;

Mais attendu que l'effet de la clause d'arbitrage international s'étend aux parties directement impliquées dans l'exécution du contrat et les litiges qui peuvent en résulter ; que la cour d'appel, qui a relevé que les deux sociétés française filiales de la société Amko étaient intervenues pour l'agrément par la société AME, des micro-processeurs électroniques, en a exactement déduit que ces sociétés étaient en droit de se prévaloir, à l'égard de la société ABS et de son assureur subrogé, de la clause d'arbitrage stipulée au contrat liant leur société mère à la société AME ;

Que le moyen n'est pas fondé ;

Par ces motifs :

Rejette le pourvoi⁹²

⁹² Cass. civ. 1^{ère}, 27 mars 2007, *ABS*, n° 04-20842, *Bull. civ.* 2007, I, n° 129.

LEÇON 3 - AUTRES CONVENTIONS TENDANT A LA RESOLUTION DES DIFFERENDS

Lundi 25 septembre 2023

1 INTRODUCTION

[179] La plupart des méthodes de résolution des différends ne peuvent être mises en œuvre qu'avec l'accord des parties. Seule la saisine du juge étatique peut avoir lieu sans un tel accord, qui reste néanmoins nécessaire pour saisir un autre juge que celui compétent en vertu des règles de procédure civile. Ainsi, les parties à un différend actuel ou éventuel peuvent conclure de nombreuses conventions stipulant une méthode de résolution des différends (2). De plus, lorsque ces méthodes font intervenir un ou plusieurs tiers neutres, elles nécessitent aussi la conclusion de conventions avec ceux-ci (3).

2 CONVENTIONS ENTRE LES PARTIES STIPULANT UN MODE DE RESOLUTION DES DIFFERENDS

[180] Tout naturellement, il faut distinguer les clauses stipulant un mode de résolution des différends suivant qu'elles prévoient le recours à un mode amiable (2.1) ou à un mode juridictionnel (2.2). Il existe aussi des clauses mixtes, qui combinent plusieurs modes de résolution des différends (2.3).

2.1 CONVENTIONS STIPULANT LE RECOURS A UN MODE AMIABLE

[181] Les conventions stipulant le recours à un mode amiable de résolution des différends peuvent prendre la forme d'une clause insérée dans un contrat avant la naissance du différend (2.1.1) ou d'un contrat conclu après la naissance du différend (2.1.2).

2.1.1 Clause insérée dans un contrat avant la naissance du différend

[182] Dans un contrat, les parties peuvent prévoir deux types de clauses tendant à la résolution amiable des différends : la conciliation (2.1.1.1) et l'expertise (2.1.1.2).

2.1.1.1 *Clause de conciliation*

[183] Ici, il faut comprendre le terme conciliation dans sa plus large acception, qui inclut non seulement la conciliation au sens strict – négociations entre les parties facilitées par un conciliateur – mais aussi la médiation, ainsi que la négociation entre les parties sans intervention d'un tiers. La mise-en-œuvre de cette procédure amiable peut être facultative, comme dans la clause type CCI ci-dessous :

Les parties peuvent, à tout moment et sans préjudice de toutes autres procédures, rechercher un règlement de tout différend résultant du présent contrat ou s'y rapportant, conformément au Règlement de médiation de la CCI.

[184] Lorsque la clause impose aux parties de mettre en œuvre la méthode amiable qu'elle vise avant la saisine d'une juridiction arbitrale ou étatique, c'est une clause de conciliation préalable obligatoire, conciliation devant être entendu ici dans son sens le plus large. Il existe une jurisprudence assez abondante et favorable à ce type de clause. La Cour de cassation a décidé qu'une telle clause est licite et crée une fin de non-

recevoir tant qu'elle n'a pas été mise en œuvre⁹³. Cela étant, la jurisprudence en la matière est riche et appelle plusieurs observations.

a Conditions précises de mise-en-œuvre

[185] Plus récemment, la chambre commerciale de la Cour de cassation a subordonné cet effet de la clause de conciliation préalable obligatoire à une condition. Selon elle, la clause ne crée une fin de non-recevoir que si elle est assortie de conditions précises de mise-en-œuvre⁹⁴. La raison en est simple : sans conditions précises de mise-en-œuvre, le cocontractant souhaitant saisir une juridiction ne sait pas comment déclencher le processus de conciliation et il ne sait pas non plus, en cas d'inertie de son cocontractant ou en cas de négociations infructueuses, au bout de combien de temps il peut considérer que la condition préalable a été respectée, de sorte qu'il peut introduire son action. La clause doit donc contenir toutes les précisions de cet ordre. A défaut, selon cette jurisprudence de la chambre commerciale, elle est néanmoins valable mais ne crée pas de fin de non-recevoir.

[186] La troisième chambre civile de la Cour de cassation avait semblé adopté une position contraire à celle de la chambre commerciale, en décidant que la clause de conciliation préalable obligatoire créait une fin de non-recevoir même à défaut de conditions précises de mise-en-œuvre⁹⁵. Toutefois, un arrêt plus récent semble s'aligner sur ceux de la chambre commerciale, en précisant que, si une partie n'invoque pas le défaut, dans la clause, de conditions précises de mise en œuvre, le juge n'a pas à soulever ce moyen d'office⁹⁶. Implicitement, cela laisse entendre que cette condition doit être respectée pour que la clause crée une fin de non-recevoir.

[187] Évidemment, en pratique, quelle que soit la position de la jurisprudence, il est fortement recommandé d'assortir la clause de conciliation préalable obligatoire de conditions précises de mise-en-œuvre, afin de guider les parties. Cela peut se faire de deux manières. Si la clause prévoit le recours à la médiation, il est possible de désigner un centre de médiation qui organisera le processus en appliquant son règlement, lui-même suffisamment précis. La chambre commerciale elle-même a estimé que cela suffisait à satisfaire la condition relative aux conditions précises de mise-en-œuvre⁹⁷. Il suffit de reproduire la clause-type publiée par le centre. Voici la clause-type CCI :

En cas de différend résultant du présent contrat ou s'y rapportant, les parties conviennent de discuter et d'envisager en premier lieu de soumettre le différend au Règlement de médiation de la CCI.

[188] Si les parties ne veulent pas recourir aux services d'un centre ou si elles veulent mettre en œuvre une négociation sans l'intervention d'un tiers, il faut préciser de quelle manière la clause sera appliquée. Voici un exemple :

En cas de différend résultant du présent contrat ou s'y rapportant, les parties s'engagent, avant toute procédure juridictionnelle, à se rapprocher afin d'entamer des négociations en vue de résoudre le différend.

⁹³ Cass. civ. 2^{ème}, Cass. ch. mixte, 14 février 2003, n° 00-19423 et 00-19424.

⁹⁴ Cass. com., 19 juin 2019, n° 17-28.804. – Cass. com., 29 avril 2014, n° 12-27004. – V. aussi, plus ambigu : Cass. com., 30 mai 2018, n° 16-26.403 et 16-27.691.

⁹⁵ Cass. civ. 3^{ème}, 19 mai 2016, n° 15-14464. – V. aussi, moins net : Cass. civ. 3^{ème}, 16 novembre 2017, n° 16-24642.

⁹⁶ Cass. civ. 3^{ème}, 4 avril 2019, 18-11.339.

⁹⁷ Cass. com., 30 mai 2018, n° 16-26.403.

La partie la plus diligente informera l'autre de son intention d'entamer des pourparlers par une lettre recommandée avec avis de réception, qui précisera l'objet du différend. A défaut de réponse trente jours après la réception de cette lettre, chaque partie pourra saisir la juridiction compétente.

Si des pourparlers commencent, à défaut d'accord amiable résolvant le différend trente jours après le début des pourparlers, chaque partie pourra saisir la juridiction compétente.

b Fin de non-recevoir non régularisable

[189] Par ailleurs, la Cour de cassation a décidé que la fin de non-recevoir créée par la cause ne peut pas être régularisée en cours d'instance⁹⁸. Autrement dit, le demandeur ne peut pas, après avoir introduit son action mais avant que le juge ne statue sur la fin de non-recevoir, provoquer la mise-en-œuvre de la négociation, de la conciliation ou de la médiation prévue par la clause, pour ensuite soutenir que la fin de non-recevoir a disparu.

[190] Cette solution peut sembler contraire à l'article 126, alinéa 1^{er}, du Code de procédure civile, qui permet la régularisation des fins de non-recevoir lorsque celle-ci est possible. Cependant, ici, la Cour de cassation retient que, la clause prévoyant une conciliation obligatoire et préalable à la saisine du juge, une fois que celle-ci a eu lieu, par hypothèse, la régularisation est impossible. Le juge doit constater l'existence d'une fin de non-recevoir et mettre fin à l'instance. Le demandeur doit ensuite entamer le processus amiable stipulé et, seulement en cas d'échec, il pourra à nouveau saisir le juge. Cette jurisprudence stricte a pour objectif de donner son plein effet à la clause de conciliation préalable obligatoire en contraignant celui qui veut prendre l'initiative du procès à la respecter.

[191] Ainsi, la Cour de cassation entend donner leur plein effet aux clauses de ce type, qu'elle voit d'un bon œil. Elle veut encourager le recours aux modes amiables de résolution des différends, ce qui est dans l'air du temps. D'abord, on considère aujourd'hui que les modes amiables, lorsqu'ils aboutissent, permettent d'apporter aux différends les meilleures solutions, puisqu'elles sont élaborées et acceptées par les parties. Ensuite, ces méthodes amiables permettent souvent aux parties d'apaiser les tensions existant entre elles et de conserver des relations commerciales. Enfin, de manière plus prosaïque, le recours au mode amiable contribue à alléger les rôles des tribunaux.

c Clause de conciliation préalable obligatoire et demande reconventionnelle

[192] Sauf stipulation contraire, la clause de conciliation préalable obligatoire ne fait pas obstacle à la présentation d'une demande reconventionnelle⁹⁹. Cela se comprend car, par hypothèse, la conciliation a été mise en œuvre avant l'introduction de la demande principale, de telle sorte que la prétention correspondant à la demande reconventionnelle a pu être discutée au cours de ce processus amiable même si, évidemment, le principe de confidentialité empêche le juge de connaître le détail des pourparlers.

d Clause de conciliation préalable obligatoire dans un contrat de consommation

[193] Selon l'article R. 212-2, 10° du Code de la consommation :

sont présumées abusives [...], sauf au professionnel à rapporter la preuve contraire, les clauses ayant pour objet ou pour effet de :

⁹⁸ Cass. ch. mixte, 12 décembre 2014, pourvoi n° 13-19684. – Cass. civ. 3^{ème}, 16 novembre 2017, n° 16-24642.

⁹⁹ Cass. com., 24 mai 2017, n° 15-25457.

[...]

10° Supprimer ou entraver l'exercice d'actions en justice ou des voies de recours par le consommateur, notamment en obligeant le consommateur [...] à passer exclusivement par un mode alternatif de règlement des litiges.

- [194] La Cour de cassation applique cette disposition aux clauses de conciliation préalable obligatoire, alors même qu'elles n'imposent pas au consommateur de recourir exclusivement à un mode amiable puisque la conciliation n'est qu'un préalable obligatoire à la saisine du juge qui, après cette étape, reste possible. Doit être cassé l'arrêt qui donne effet à une clause de médiation préalable obligatoire sans que le professionnel n'ait démontré qu'elle n'était pas abusive¹⁰⁰. Même lorsque le consommateur auquel la clause est opposée n'invoque pas la législation sur les clauses abusives, le juge doit, d'office, examiner sa régularité¹⁰¹.

e Clause de conciliation préalable obligatoire dans un contrat de travail

- [195] La Cour de cassation a jugé en 2012 :

en raison de l'existence en matière prud'homale d'une procédure de conciliation préliminaire et obligatoire, une clause du contrat de travail qui institue une procédure de conciliation préalable en cas de litige survenant à l'occasion de ce contrat n'empêche pas les parties de saisir directement le juge prud'homal de leur différend¹⁰²

- [196] Plus récemment, dans un avis, la chambre sociale a réitéré sa position à propos d'une clause de médiation préalable obligatoire¹⁰³. Cette position est vraisemblablement inspirée par la crainte d'entraver l'action en justice des parties au contrat de travail, en particulier le salarié. Elle est néanmoins malvenue, parce qu'elle prive les parties d'une chance de trouver une solution amiable à leur différend. En particulier, la médiation ne peut pas être assimilée à la conciliation devant le conseil de prud'hommes. Au cours d'une médiation, le médiateur aide les parties à exprimer leurs ressentis et leurs positions, à se comprendre et à rechercher une solution amiable à leur litige. Cela confère au processus une grande chance d'aboutir. Au contraire, les conseillers prud'hommaux n'ont ni le temps ni la formation nécessaire pour favoriser l'émergence d'une solution amiable. De fait, la conciliation échoue généralement. Par conséquent, en cas de différend, il serait utile d'imposer aux parties à un contrat de travail de recourir à une médiation avant de saisir le juge.

f Clause de conciliation préalable obligatoire et action fondée sur un régime légal de responsabilité

- [197] La clause de conciliation préalable obligatoire ne peut faire obstacle à l'action fondée sur un régime légal de responsabilité – en l'espèce la responsabilité décennale prévue par l'article 1792 du Code civil¹⁰⁴. Ici, l'action n'est pas fondée sur le contrat qui contient la clause et la Cour de cassation estime que celle-ci lui est inapplicable car elle était rédigée de manière trop générale. Autrement dit, elle restreint le champ d'application du contrat aux actions exclusivement fondées sur celui-ci. Pour autant, il

¹⁰⁰ Cass. civ. 1^{ère}, 16 mai 2018, pourvoi n° 17-16.197.

¹⁰¹ Cass. civ. 3^{ème}, 19 janvier 2022, n° 21-11.095, CCC 2022, comm. 54, note S. Bernheim-Desvaux.

¹⁰² Cass. soc., 5 décembre 2012, n° 11-20.004.

¹⁰³ Cass. soc., avis, 14 juin 2002, n° 15006, JCP soc. 2022, 1258, note A. Lucchini et M. Verner, et 1204, note A. Bugada.

¹⁰⁴ Cass. civ. 3^{ème}, 23 mai 2019, n° 18-15286. – Cass. civ. 3^{ème}, 23 mai 2007, n° 06-15668.

est sans doute loisible aux parties d'inclure explicitement, dans ce type de contrats, l'action en responsabilité décennale.

g Clause de conciliation préalable obligatoire et saisine du juge des référés

[198] De troisième part, la clause de conciliation préalable obligatoire n'interdit pas de saisir le juge des référés, avant même sa mise-en-œuvre, afin d'obtenir une mesure provisoire ou conservatoire¹⁰⁵.

h Clause de conciliation préalable obligatoire et mesure d'exécution forcée

[199] Un arrêt a décidé que :

une clause imposant ou permettant une conciliation préalablement à la présentation d'une demande en justice relative aux droits et obligations contractuels des parties ne peut, en l'absence de stipulation expresse en ce sens, faire obstacle à l'accomplissement d'une mesure d'exécution forcée ; que nonobstant une telle clause, un commandement de payer valant saisie immobilière peut être délivré et le débiteur assigné à comparaître à une audience d'orientation du juge de l'exécution¹⁰⁶

[200] Cette solution appelle trois observations. D'abord, elle est susceptible de s'appliquer principalement aux clauses de conciliation préalable obligatoire contenue dans des contrats notariés, revêtus de la force exécutoire, car les autres actes ne peuvent donner lieu à exécution forcée avant l'obtention d'un titre exécutoire, ce qui suppose de saisir le juge d'une demande de condamnation et, donc, de respecter la clause. Cela dit, la solution pourrait être étendue aux saisies conservatoires. Ensuite, interdire aux parties de mettre en œuvre une mesure d'exécution forcée avant la mise en œuvre de la cause de conciliation préalable obligatoire aurait été en adéquation avec l'esprit d'une telle clause, qui est de donner une chance aux parties de résoudre leur différend à l'amiable avant d'entamer une procédure quelconque. Enfin, d'un autre côté, la Cour de cassation réserve la possibilité de stipuler expressément que les mesures d'exécution forcée sont impossibles à défaut d'une tentative préalable de conciliation. Les rédacteurs d'actes devront s'interroger et interroger leurs clients sur l'opportunité d'une telle précision.

2.1.1.2 Clause d'expertise

[201] La clause d'expertise prévoit, en cas de différend, la désignation d'un expert chargé de donner son avis sur les circonstances du différend. Un certain nombre de centres de médiation et d'arbitrage proposent ce type de méthode de résolution des différends, conformément à un règlement spécifique qu'ils publient. Voici la clause type CMAP :

En cas de survenance d'une difficulté d'ordre technique ou financier, soit au cours, soit après l'exécution du contrat, les parties, avant tout recours contentieux, demanderont un Avis technique amiable. L'organisation en est confiée au CMAP (Centre de Médiation et d'Arbitrage de Paris) près la Chambre de Commerce et d'Industrie Paris-Île de France, conformément à son règlement d'Avis technique amiable, dont les parties ont eu connaissance et auquel elles déclarent adhérer.

Sauf convention contraire des parties, cet avis ne sera pas contraignant. Il ne pourra être invoqué ou produit dans une procédure contentieuse que sur accord des parties.

¹⁰⁵ Cass. com., 8 novembre 2016, n° 14-21481.

¹⁰⁶ Cass. civ. 2ème, 21 mars 2019, n° 18-14.773. V. déjà Cass. civ. 2ème, 22 juin 2017, n° 16-11.975.

- [202] Le CMAP propose aussi une évaluation juridique indépendante, qui permet aux parties d’avoir une appréciation sur les enjeux juridiques du différend et une idée de la solution qu’une juridiction adopterait pour le résoudre. Voici la clause type CMAP :

En cas de survenance d’une difficulté d’ordre juridique, soit au cours, soit après l’exécution du contrat, les parties, avant tout recours contentieux, demanderont une évaluation juridique indépendante. L’organisation en sera confiée au CMAP – Centre de Médiation et d’Arbitrage de Paris – près la Chambre de Commerce et d’Industrie de Paris Île-de-France, conformément à son règlement d’évaluation juridique indépendante, dont les parties ont eu connaissance et auquel elles déclarent adhérer.

Sauf convention contraire des parties, cet avis ne sera pas contraignant. Il ne pourra être invoqué ou produit dans une procédure contentieuse que sur accord des parties.

- [203] En principe, l’avis de l’expert ne lie pas les parties. Toutefois, même si l’avis lie les parties, cela signifie qu’elles s’obligent à respecter les préconisations de l’expert. Cette obligation a une simple valeur contractuelle. L’avis de l’expert, même obligatoire, n’est pas une sentence. L’évaluation juridique indépendante obligatoire s’apparente à ce que les juristes italiens appellent l’*arbitrato irrituale* ou arbitrage contractuel.

- [204] Dans les contrats de construction navale ou terrestre, on désigne généralement un ou plusieurs experts chargés de suivre l’exécution du contrat et de résoudre les désaccords techniques pouvant survenir. En matière maritime, on les appelle généralement *surveyor*. En matière de construction de bâtiments terrestres, l’usage est de constituer un *dispute board*. Le centre ADR de la CCI propose un règlement en la matière, ainsi qu’une clause-type :

Par les présentes, les parties conviennent de constituer un Dispute Review Board (« DRB ») conformément au Règlement de la Chambre de commerce internationale (la « CCI ») relatif aux dispute boards (le « Règlement »), lequel est considéré comme faisant partie intégrante des présentes. Le DRB se compose de [un/trois/X] membre[s] nommé[s] dans le présent contrat ou nommé[s] conformément au Règlement.

Tous différends découlant du présent contrat ou en relation avec celui-ci seront soumis, en premier lieu, au DRB conformément au Règlement. Quel que soit le différend en question, le DRB émettra une recommandation conformément au Règlement.

Si une partie ne se conforme pas à une recommandation alors qu’elle y est tenue par le Règlement, l’autre partie peut soumettre ce manquement, sans avoir à le soumettre en premier lieu au DRB, à un arbitrage suivant le Règlement d’arbitrage de la CCI par un ou plusieurs arbitres nommés conformément audit Règlement d’arbitrage. Une partie qui ne s’est pas conformée à une recommandation alors qu’elle y est tenue par le Règlement ne peut pas invoquer une question relative au fond de la recommandation comme moyen de défense à l’égard de son défaut de respect sans délai de celle-ci.

Si l’une des parties notifie par écrit à l’autre partie et au DRB, conformément au Règlement, son désaccord avec une recommandation, ou bien si le DRB n’émet pas de recommandation dans le délai prévu par le Règlement, ou encore si le DRB est dissous conformément au Règlement avant d’avoir émis la recommandation, le différend sera définitivement tranché suivant le règlement d’arbitrage de la CCI par un ou plusieurs arbitres nommés conformément audit Règlement d’arbitrage.

[205] La clause d'expertise préalable obligatoire crée une fin de non-recevoir qui interdit de saisir le juge tant qu'elle n'a pas été mise en œuvre¹⁰⁷. Toutefois, en cas d'urgence, le demandeur devrait pouvoir demander en référé une mesure provisoire ou conservatoire.

2.1.2 Conventions conclues après la naissance du différend

[206] Après la naissance du différend, les parties peuvent conclure un accord écrit pour encadrer un processus de négociation, de conciliation ou de médiation. Un tel accord est d'ailleurs obligatoire pour recourir à la procédure participative¹⁰⁸. Cela dit, bien souvent, à défaut de clause contractuelle, les processus amiables sont mis en œuvre sur la base d'un accord oral. On peut, tout simplement, saisir un centre de médiation qui proposera la mesure à l'autre partie¹⁰⁹. Si celle-ci accepte cette proposition, elle accepte l'offre de conclure une convention de résolution amiable du litige formulée par l'autre partie et transmise par le centre, ce qui emporte conclusion de ladite convention.

2.2 CONVENTIONS STIPULANT LE RECOURS A UN MODE JURIDICTIONNEL

[207] Il existe deux types de conventions stipulant le recours à un mode juridictionnel des différends, la convention d'arbitrage, qui oblige les parties à recourir à l'arbitrage, et la convention de prorogation de compétence, qui modifie les règles de compétence des juridictions étatiques, obligeant les parties à saisir, en cas de litige, une autre juridiction étatique que celle qui serait normalement compétente en vertu des règles de procédure civile. Nous avons déjà traité, dans la leçon précédente, de la convention d'arbitrage. Envisageons maintenant la convention de prorogation de compétence. Les conventions de ce type sont désignées par des expressions assez variées : convention ou clause d'élection de for, convention ou clause d'*electio fori*, convention ou clause attributive de compétence, convention ou clause attributive de juridiction¹¹⁰. Il faut distinguer selon que la convention tend à proroger la compétence matérielle (2.2.1) ou territoriale (2.2.2).

2.2.1 Prorogation de compétence matérielle

[208] Par principe, les conventions de prorogation de compétence matérielle sont nulles parce que la compétence matérielle des juridictions étatiques est d'ordre public. Toutefois, il y a deux tempéraments à ce principe. D'une part, une fois le litige né, les parties peuvent décider que le litige sera soumis à une juridiction, bien que celle-ci soit incompétente en raison du montant de la demande¹¹¹. D'autre part, il faut signaler que les parties peuvent renoncer à l'appel, une fois le litige né, si celui-ci porte sur des droits disponibles et¹¹².

2.2.2 Prorogation de compétence territoriale

[209] La convention de prorogation de compétence territoriale obéit à un régime différent selon qu'elle concerne un litige interne (2.2.2.1) ou international (2.2.2.2). Il faudra aussi signaler que la convention de prorogation de compétence territoriale est autonome (2.2.2.3).

¹⁰⁷ Cass. com., 23 octobre 2012, n° 11-23864.

¹⁰⁸ C. civ., art. 2063.

¹⁰⁹ Règl. méd. CCI, art. 3. – Règl. méd. CMAP, art. 1 à 4.

¹¹⁰ En anglais : *forum selection agreement*.

¹¹¹ C. pr. civ., art. 41, al. 1^{er}.

¹¹² C. pr. civ., art. 41, al. 2 et 556.

2.2.2.1 Litige interne

[210] L'article 48 du Code de procédure civile traite des clauses de prorogation de compétence territoriale mais ses dispositions sont sans doute également applicables aux conventions de prorogation de compétence territoriale conclues après la naissance du différend :

Toute clause qui, directement ou indirectement, déroge aux règles de compétence territoriale est réputée non écrite à moins qu'elle n'ait été convenue entre des personnes ayant toutes contracté en qualité de commerçant et qu'elle n'ait été spécifiée de façon très apparente dans l'engagement de la partie à qui elle est opposée.

[211] La jurisprudence a précisé que la clause attributive de compétence territoriale est inopposable à la partie qui saisit le juge des référés¹¹³. Autrement dit, les mesures provisoires et conservatoires peuvent être demandées, en référé, à tout juge compétent selon les règles de procédure civile.

2.2.2.2 Litige international

[212] En matière internationale, le régime des clauses d'élection de for a été défini par la jurisprudence (a). Certaines de ces clauses sont également soumises aux dispositions pertinentes du Règlement Bruxelles I bis (b).

a Jurisprudence française

[213] La jurisprudence a écarté, à propos des litiges internationaux, l'article 48 du Code de procédure civile, qui prohibe les clauses d'élection de for sauf entre commerçants. Ainsi, conformément à un principe très répandu en droit comparé, la convention internationale de prorogation de compétence, autrement dit la convention qui désigne le juge d'un pays comme compétent pour juger un différend international, est valable. En droit français, ce principe a été énoncé par le célèbre arrêt *Compagnie des Signaux* :

Les clauses prorogeant la compétence internationale sont en principe licites, lorsqu'il s'agit d'un litige international, comme c'était le cas en l'espèce, et lorsque la clause ne fait pas échec à la compétence territoriale impérative d'une juridiction française, hypothèse qui est exclue en l'occurrence ;

[...] l'article 48 du nouveau code de procédure civile doit s'interpréter en ce sens que doivent être exclues de la prohibition qu'il édicte les clauses qui ne modifient la compétence territoriale interne qu'en conséquence d'une modification de la compétence internationale

Il en résultait une renonciation des parties françaises au bénéfice des articles 14 et 15 du code civil ;

Contrairement à l'affirmation du moyen en sa cinquième branche, la désignation globale des juridictions d'un État dans une clause de prorogation de compétence est licite du moins si le droit interne de cet État permet de déterminer le tribunal spécialement compétent¹¹⁴

[214] Du fait de sa validité, la convention d'élection de for fonde la compétence du juge français si elle le désigne. Inversement, si elle désigne un juge étranger, elle prive le juge français de sa compétence. Cela dit, il faut lire attentivement l'ensemble de cet arrêt car il précise le régime de la clause internationale d'élection de for. D'abord, même s'il ne vise que les clauses d'élection de for, la solution qu'il énonce peut être étendue aux conventions d'élection de for conclue après la naissance du litige. Ensuite,

¹¹³ Cass. civ. 2^{ème}, 17 juin 1998, n° 95-10.563, *Bull. civ.* 1998, II, n° 200.

¹¹⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 17 décembre 1985, *Compagnie des signaux*, n° 84-16338, *Bull. civ.* 1985, I, n° 354.

la convention se bornant à désigner le juge d'un pays en général est valable et efficace : il suffit d'appliquer les règles de compétence territoriale du pays désigné pour déterminer, à l'intérieur de ce pays, la juridiction compétente. Enfin, pour autant, la convention peut aussi désigner la juridiction précisément compétente à l'intérieur du territoire français : par exemple, elle peut donner compétence au tribunal de commerce de Marseille.

- [215] Néanmoins, même si l'arrêt ne le dit pas, une convention internationale d'élection de for ne peut déroger aux règles de compétence matérielle des juridictions françaises. De plus, la clause n'est opposable à une partie que si elle l'a acceptée. Ce principe a été rappelé, notamment, en matière de transport maritime, où l'opposabilité au destinataire de la marchandise de la clause compromissoire figurant dans un connaissement a suscité beaucoup de contentieux¹¹⁵. Enfin, comme en matière interne, la clause internationale d'élection de for est inopposable à la partie qui saisit le juge des référés pour obtenir une mesure provisoire ou conservatoire. L'arrêt de 1998 précité¹¹⁶, bien que rendu en matière interne, n'a pas limité à cette matière la portée de la solution retenue.
- [216] En outre, des arrêts postérieurs se sont prononcés sur les clauses asymétriques de prorogation de compétence territoriale. Ce sont des clauses qui contraignent une partie à saisir une juridiction déterminée mais offrent plusieurs options à l'autre partie. Ces clauses sont relativement fréquentes dans les conditions générales des banques. Selon la Cour de cassation, une telle clause est valable à condition de permettre l'identification de la juridiction pouvant être saisie par la partie disposant d'un choix. Ainsi, une clause offrant à une partie la possibilité de saisir « toute juridiction » est nulle¹¹⁷. En revanche, est valable la clause qui impose aux clients d'une banque de saisir la juridiction genevoise mais permet à la banque de saisir toute autre autorité compétente selon la loi suisse¹¹⁸.
- [217] Aujourd'hui, la jurisprudence française est complétée par des dispositions provenant du Règlement Bruxelles I bis et de conventions internationales. Dans son champ d'application chacune de ces dispositions priment sur le droit français mais il n'y a pas de contradiction véritable entre elles et la jurisprudence française. Toute question qui n'est pas traitée par ces dispositions internationales doit être résolue par le juge saisi, qui peut se référer aux textes internes ou aux précédents jurisprudentiels.

b Règlement Bruxelles I bis

- [218] Les conventions d'élection de for désignant un tribunal situé sur le territoire d'un État membre de l'Union européenne sont soumises aux dispositions des articles 25 et 26 du

¹¹⁵ Cass. com., 14 décembre 2022, n° 20-17.768, *D.* 2023, p. 438, note P. Delebecque ; *D.* 2023, p. 925, n° I-B-5, obs. F. Jault ; JCP E 2023, 316, note J.-J. Barbiéri.

¹¹⁶ Cass. civ. 2^{ème}, 17 juin 1998, n° 95-10.563, *Bull. civ.* 1998, II, n° 200.

¹¹⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 3 octobre 2018, n° 17-21.309, *D.* 2018, p. 1974, 2019, p. 1016, obs. F. Jault-Seseke, et p. 1956, obs. E. Farnoux.

¹¹⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 28 septembre 2022, n° 21-13.686, *D.* 2023, p. 925, n° I-B-5, obs. F. Jault.

Règlement Bruxelles I bis¹¹⁹. L'article 25 pose le principe de la validité et de l'efficacité de ce type de conventions, sous réserve de certaines conditions de forme.

Article 25

1. Si les parties, sans considération de leur domicile, sont convenues d'une juridiction ou de juridictions d'un État membre pour connaître des différends nés ou à naître à l'occasion d'un rapport de droit déterminé, ces juridictions sont compétentes, sauf si la validité de la convention attributive de juridiction est entachée de nullité quant au fond selon le droit de cet État membre. Cette compétence est exclusive, sauf convention contraire des parties. La convention attributive de juridiction est conclue :

a) par écrit ou verbalement avec confirmation écrite ;

b) sous une forme qui soit conforme aux habitudes que les parties ont établies entre elles ;

ou

c) dans le commerce international, sous une forme qui soit conforme à un usage dont les parties ont connaissance ou étaient censées avoir connaissance et qui est largement connu et régulièrement observé dans ce type de commerce par les parties à des contrats du même type dans la branche commerciale considérée.

2. Toute transmission par voie électronique qui permet de consigner durablement la convention est considérée comme revêtant une forme écrite.

3. Les juridictions d'un État membre auxquelles l'acte constitutif d'un trust attribue compétence sont exclusivement compétentes pour connaître d'une action contre un fondateur, un trustee ou un bénéficiaire d'un trust, s'il s'agit des relations entre ces personnes ou de leurs droits ou obligations dans le cadre du trust.

4. Les conventions attributives de juridiction ainsi que les stipulations similaires d'actes constitutifs de trust sont sans effet si elles sont contraires aux dispositions des articles 15, 19 ou 23 ou si les juridictions à la compétence desquelles elles dérogent sont exclusivement compétentes en vertu de l'article 24.

5. Une convention attributive de juridiction faisant partie d'un contrat est considérée comme un accord distinct des autres clauses du contrat.

La validité de la convention attributive de juridiction ne peut être contestée au seul motif que le contrat n'est pas valable.

[219] Le Règlement comporte aussi, aux articles 15, 19 et 23, des dispositions encadrant plus strictement les conventions d'élection de for dans les matières où une partie, considérée comme faible, est particulièrement protégée par des règles de compétence spécifiques. Ce régime restrictif s'applique si le défendeur est domicilié dans un État membre. Ainsi, il ne peut être dérogé aux dispositions protégeant le preneur d'assurance, le consommateur et le salarié que par un accord postérieur à la naissance du différend qui offre à ceux-ci la faculté de saisir d'autres juridictions que celles désignées par le règlement.

c Conventions internationales

[220] Au titre des conventions internationales, il faut citer la Convention de Lugano du 30 octobre 2007 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, conclue par l'Union européenne avec l'Islande, la Norvège et la Suisse afin d'adopter les mêmes principes que ceux figurant

¹¹⁹ Règlement (UE) No 1215/2012 du parlement européen et du conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale.

dans la Convention de Bruxelles puis les Règlements Bruxelles I et I bis. L'article 23 de la Convention de Lugano est similaire à l'article 25 du Règlement Bruxelles I bis.

- [221] Les accords d'élection de for sont également soumis aux dispositions de la Convention de La Haye du 30 juin 2005¹²⁰, ratifiée par l'Union européenne et entrée en vigueur pour tous les États membres, sauf le Danemark, spécifiquement exclu par la déclaration d'adhésion¹²¹, le 1^{er} octobre 2015. Cette convention s'applique aux « *accords exclusifs d'élection de for* », désignant les tribunaux d'un État contractant à l'exclusion de tous autres, dans une situation internationale, ainsi définie par l'article 1 :

2. [au regard de la compétence] une situation est internationale sauf si les parties résident dans le même État contractant et si les relations entre les parties et tous les autres éléments pertinents du litige, quel que soit le lieu du tribunal élu, sont liés uniquement à cet État.

3. [au regard de l'exécution] une situation est internationale lorsque la reconnaissance ou l'exécution d'un jugement étranger est requise.

- [222] L'article 3(c) impose la forme écrite pour les accords d'élection de for, avec néanmoins une certaine souplesse :

un accord exclusif d'élection de for doit être conclu ou documenté :

i) par écrit ; ou

ii) par tout autre moyen de communication qui rende l'information accessible pour être consultée ultérieurement ;

- [223] Les articles 8 à 15 garantissent l'exécution dans les États membres des jugements rendus par les juges désignés par les accords d'élection de for. Les articles 5 à 7 définissent les effets des accords d'élection de for :

Article 5

Compétence du tribunal élu

1. Le tribunal ou les tribunaux d'un État contractant désignés dans un accord exclusif d'élection de for sont compétents pour connaître d'un litige auquel l'accord s'applique, sauf si celui-ci est nul selon le droit de cet État.

2. Le tribunal ayant compétence en vertu du paragraphe premier ne peut refuser d'exercer sa compétence au motif qu'un tribunal d'un autre État devrait connaître du litige.

3. Les paragraphes précédents n'affectent pas les règles relatives :

a) à la compétence d'attribution ou à la compétence fondée sur le montant de la demande ;

b) à la répartition interne de compétence parmi les tribunaux d'un État contractant. Toutefois, lorsque le tribunal élu dispose d'un pouvoir discrétionnaire de renvoyer l'affaire, le choix des parties est dûment pris en considération.

Article 6

Obligations du tribunal non élu

Tout tribunal d'un État contractant autre que celui du tribunal élu sursoit à statuer ou se dessaisit lorsqu'il est saisi d'un litige auquel un accord exclusif d'élection de for s'applique, sauf si :

¹²⁰ <https://www.hcch.net/fr/instruments/conventions/full-text/?cid=98>.

¹²¹ V ; site de la Conférence de la Haye : <https://www.hcch.net/fr/instruments/conventions/status-table/notifications/?csid=1044&disp=resdn>.

- a) l'accord est nul en vertu du droit de l'État du tribunal élu ;
- b) l'une des parties n'avait pas la capacité de conclure l'accord en vertu du droit de l'État du tribunal saisi ;
- c) donner effet à l'accord aboutirait à une injustice manifeste ou serait manifestement contraire à l'ordre public de l'Etat du tribunal saisi ;
- d) pour des motifs exceptionnels hors du contrôle des parties, l'accord ne peut raisonnablement être mis en œuvre ; ou
- e) le tribunal élu a décidé de ne pas connaître du litige.

Article 7

Mesures provisoires et conservatoires

Les mesures provisoires et conservatoires ne sont pas régies par la présente Convention. Celle-ci n'exige ni n'empêche l'octroi, le rejet ou la levée des mesures provisoires et conservatoires par un tribunal d'un État contractant. Elle n'affecte pas la possibilité pour une partie de demander de telles mesures, ni la faculté du tribunal d'accorder, de rejeter ou de lever de telles mesures.

2.2.2.3 *Autonomie de la convention de prorogation de compétence territoriale*

[224] S'inspirant manifestement du régime de la convention d'arbitrage, la jurisprudence a reconnu l'autonomie de la convention d'élection de for, qu'elle soit interne ou internationale, par rapport au contrat auquel elle se réfère (a). Elle a récemment consacré, en matière internationale, son autonomie par rapport à toute loi nationale (b).

a Autonomie de la convention par rapport au contrat auquel elle se réfère

[225] La plupart du temps, la convention d'élection de for prend la forme d'une clause insérée dans un contrat et visant les litiges en rapport avec le contrat. La clause prorogeant la compétence territoriale est autonome par rapport à la convention qui la contient et n'est pas affectée par la nullité de celle-ci :

une clause attributive de compétence, en raison de son autonomie par rapport à la convention principale dans laquelle elle s'insère, n'est pas affectée par l'inefficacité de cet acte¹²²

[226] Ainsi, la chambre commerciale s'aligne sur la solution déjà adoptée par la première chambre civile¹²³. L'article 25(5) du Règlement Bruxelles I bis assure également l'autonomie de la clause attributive de compétence territoriale. Cette solution est confortée, en cas de résolution du contrat, par l'article 1230 du Code civil, issu de la réforme de 2016 :

La résolution n'affecte ni les clauses relatives au règlement des différends, ni celles destinées à produire effet même en cas de résolution, telles les clauses de confidentialité et de non-concurrence.

[227] De même, l'article 3(d) de la Convention de La Haye consacre le caractère détachable de l'accord d'élection de for :

un accord exclusif d'élection de for faisant partie d'un contrat est considéré comme un accord distinct des autres clauses du contrat. La validité de l'accord exclusif d'élection de for ne peut être contestée au seul motif que le contrat n'est pas valable.

[228] Tout naturellement, ces principes sont énoncés en visant la clause d'élection de for, parce que son insertion dans un contrat rend particulièrement nécessaire de souligner

¹²² Cass. com., 5 juillet 2017 ; n° 15-21894.

¹²³ Cass. civ. 1^{ère}, 8 juillet 2010, n° 07-17788

son caractère détachable. Cependant, il va de soi que le principe s'applique aussi à la convention d'élection de for conclue postérieurement à la naissance d'un différend contractuel. Son sort ne dépend pas de celui du contrat litigieux.

b *Autonomie de la clause internationale par rapport à toute loi nationale*

[229] Dans un arrêt récent, la Cour de cassation a rappelé que la clause d'élection de for figurant au verso d'un connaissement n'était opposable au destinataire de la marchandise que s'il en avait eu connaissance. A cette occasion, elle a indiqué que « *les conditions d'opposabilité qui découlent des principes généraux concernant la rédaction, la présentation matérielle et l'acceptation de pareilles clauses* » relèvent d'une « *règle de droit matériel* »¹²⁴. Ainsi, la jurisprudence française consacre l'autonomie de la convention internationale d'élection de for par rapport à toute loi nationale. Cette convention est soumise à une règle de droit matériel dont le contenu est défini par la jurisprudence et, lorsqu'elles sont applicables, par les dispositions du droit européen et des Conventions de La Haye et de Lugano.

2.3 CONVENTION MIXTE

[230] Il est possible de combiner les différents types de clauses évoquées ci-dessus pour élaborer une clause à deux, voire à trois, niveaux¹²⁵. En particulier, il est judicieux de prévoir une tentative de médiation puis un recours juridictionnel, soit devant un tribunal arbitral, soit devant le juge étatique. Lorsque les parties choisissent cette dernière option, elles peuvent ajouter une clause d'élection de for. Ainsi, les parties se ménagent l'opportunité de rechercher une solution amiable à leur différend, ce qui permet généralement d'élaborer une solution plus adaptée, de manière peu coûteuse, et aussi, bien souvent, d'apaiser les relations entre les parties. Pour autant, en cas d'échec de la médiation, la clause prévoit un recours juridictionnel, ce qui évitera toute hésitation. On peut ajouter un premier niveau, qui consiste en des pourparlers informels, avant, le cas échéant, la mise-en-œuvre d'une médiation, puis d'une procédure juridictionnelle.

[231] La combinaison de la médiation et de l'arbitrage est appelée en pratique med-arb. Le med-arb peut être successif mais aussi simultané : un tribunal arbitral est constitué en même temps que la médiation commence. Si celle-ci aboutit rapidement, l'arbitrage est interrompu et le tribunal arbitral peut rendre une sentence d'accord partie. Voici la clause CCI de med-arb successif :

En cas de différend résultant du présent contrat ou s'y rapportant, les parties soumettent en premier lieu le différend à la procédure prévue par le Règlement de médiation de la CCI. Si le différend n'a pas été réglé dans le cadre dudit Règlement dans un délai de [45] jours suivant le dépôt de la demande de médiation ou dans tout autre délai dont les parties peuvent convenir par écrit, le différend sera ensuite tranché définitivement suivant le Règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale par un ou plusieurs arbitres nommés conformément à celui-ci.

[232] Et voici la clause CCI de med-arb simultané

(x) En cas de différend résultant du présent contrat ou s'y rapportant, les parties soumettent en premier lieu le différend à la procédure prévue par le Règlement de médiation de la CCI. L'introduction de la procédure prévue par le Règlement

¹²⁴ Cass. com., 14 décembre 2022, n° 20-17.768, *D.* 2023, p. 438, note P. Delebecque ; *D.* 2023, p. 925, n° I-B-5, obs. F. Jault ; *JCP E* 2023, 316, note J.-J. Barbiéri.

¹²⁵ En anglais : *two-tier clause, three-tier clause*.

de médiation de la CCI ne fera pas obstacle à l'introduction par l'une ou l'autre des parties d'un arbitrage conformément à la sous-clause (y) ci-dessous.

(y) Tous différends découlant du présent contrat ou en relation avec celui-ci seront tranchés définitivement suivant le Règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale par un ou plusieurs arbitres nommés conformément à ce Règlement.

3 CONVENTIONS AVEC DES TIERS EN VUE DE METTRE EN ŒUVRE UNE METHODE DE RESOLUTION DES DIFFERENDS

[233] Même si on n'y prête peu attention, lorsqu'un processus de résolution des différends nécessite l'intervention de tiers, sa mise-en-œuvre implique la conclusion de contrats entre les parties et les tiers concernés. Ces contrats sont généralement oraux, voire tacite, mais certains documents peuvent contenir des dispositions que les parties doivent respecter. On envisagera les conventions organisant le recours à l'arbitrage (3.1.1) et à la médiation (3.1.2).

3.1.1 Conventions organisant le recours à l'arbitrage

[234] Quatre types de contrats¹²⁶ peuvent être conclus en vue d'organiser un arbitrage : le contrat d'arbitre (3.1.1.1), le contrat d'organisation de l'arbitrage (3.1.1.2), le contrat de collaboration arbitrale (3.1.1.3) et le contrat de financement de l'arbitrage par un tiers (3.1.1.4).

3.1.1.1 Contrat d'arbitre

[235] Le contrat d'arbitre est conclu entre chaque arbitre siégeant dans le tribunal arbitral est les litigants. Il impose à l'arbitre de poursuivre sa mission jusqu'au prononcé de la sentence ; et aux litigants, de collaborer loyalement à la procédure arbitrale et de verser les honoraires convenus à l'arbitre ou, en matière d'arbitrage institutionnel, de verser les frais d'arbitrage au centre d'arbitrage qui reversera ensuite ses honoraires à l'arbitre. Le contrat est formé au moment où l'arbitre accepte sa mission¹²⁷. Les dispositions de l'acte de mission transcrivent, en grande partie, le contenu du contrat d'arbitre. L'article 1457 du Code de procédure civile précise :

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.

[236] Les honoraires du tribunal arbitral peuvent être calculés de manière forfaitaire, en fonction de l'enjeu du différent, ou au taux horaire. En France, la première méthode est la plus répandue. En matière d'arbitrage *ad hoc*, les arbitres négocient le montant de leurs honoraires avec les parties.

[237] La Cour de cassation a rendu un arrêt intéressant qui décide que les litigants sont co-débiteurs solidaires des honoraires des arbitres et qui fait échapper le contrat d'arbitre, en matière internationale, à toute loi nationale, ce qui revient à le soumettre à une règle matérielle :

Sur le moyen unique :

¹²⁶ V. T. Clay, *L'arbitre*, Paris, Dalloz, 2001.

¹²⁷ V. *infra*, leçon 4.

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Paris, 30 juin 2015), que la société française Getma international et la République de Guinée ont conclu un contrat de concession portuaire ; qu'un différend étant né de sa résiliation par la seconde, elles ont désigné MM. X..., Y... et Z... comme arbitres dans l'arbitrage ouvert, en application de la clause compromissoire, devant la Cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA ; qu'en cours de procédure, les parties ont accepté de fixer à une certaine somme le montant total des honoraires des arbitres ; que le tribunal arbitral a rendu sa sentence le 29 avril 2014 ; que la République de Guinée ayant refusé de payer la part lui incombant, MM. X..., Y... et Z... ont assigné en référé la société Getma international en paiement d'une provision égale à la part impayée ;

Attendu que la société Getma fait grief à l'arrêt de la condamner à payer diverses sommes aux arbitres à titre de provision, alors, selon le moyen :

[...]

Mais attendu qu'après avoir relevé le caractère international de l'arbitrage, la cour d'appel, qui n'avait pas à se référer à une loi étatique, en a exactement déduit, par une décision motivée, que la nature solidaire de l'obligation des parties au paiement des frais et honoraires des arbitres résultait du contrat d'arbitre, de sorte que cette dernière, non discutée en son montant, n'était pas sérieusement contestable ; que le moyen, qui, en ses quatrième et cinquième branches, critique des motifs surabondants de l'arrêt, n'est pas fondé ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi¹²⁸ ;

[238] Par ailleurs, la jurisprudence française considère que l'arbitre bénéficie d'une immunité partielle contre les actions en responsabilité dirigées contre lui :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Paris, 1er mars 2011), que, par un « protocole d'accord » comportant une clause compromissoire, M. X..., dit Y..., agissant pour son compte et celui de ses associés, a cédé les actions composant le capital de la société d'expertise comptable Fegec à M. Z..., lequel agissait en son nom personnel et en qualité de président de la société Consultaudit ; que, par une convention annexe, les parties ont prévu la faculté pour M. Y... de reprendre tout ou partie de la clientèle de la société Fegec ; que des difficultés étant survenues quant à l'exécution de cette option de rétrocession de clientèle, M. Z... et la société Consultaudit ont mis en oeuvre la procédure d'arbitrage ; que, par une sentence du 23 juin 2000, devenue irrévocable, le tribunal arbitral a prononcé la résolution des conventions et de leurs actes d'exécution, dans les rapports entre les parties, aux torts de M. Y..., et condamné ce dernier à rembourser certaines sommes à M. Z... et à la société Consultaudit, en échange des actions détenues par eux ; qu'estimant que la remise des parties en l'état antérieur à la résolution n'était plus possible en raison de la dépréciation de la valeur des actions de la société Fegec, ce dont M. Z... et la société Consultaudit seraient responsables, M. Y... a, le 19 décembre 2001, présenté une demande de réouverture de la procédure d'arbitrage tendant à obtenir un complément de sentence concernant les conséquences de la résolution ; qu'après avoir été déclarée recevable par le tribunal arbitral, une fois ce dernier reconstitué, cette demande a été jugée irrecevable par un arrêt irrévocable de la cour d'appel de Paris du 19 février 2004, comme tendant à remettre en cause la décision irrévocable d'appel, du 18 octobre 2001, ayant confirmé la sentence du 23 juin 2000 ; qu'ayant sollicité à nouveau, du tribunal arbitral, l'interprétation de cette sentence, M. Y... a présenté, le 23 février 2004, une demande « incidente et complémentaire » en annulation des conventions pour dol ; que, par trois sentences des 14 janvier, 7 juin et 4 octobre 2004, infirmées par une décision devenue irrévocable, le tribunal arbitral a accueilli cette demande en annulation, condamné M. Z... et la société

¹²⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 1^{er} février 2017, *Getma*, n° 15-25687.

Consultaudit à payer certaines sommes à M. Y..., l'une à titre d'indemnité provisionnelle à valoir sur son préjudice résultant du dol, l'autre au titre de la remise des parties en l'état antérieur à la cession, compte tenu de la dépréciation des actions intervenue depuis le 18 octobre 2001, et ordonné la compensation entre la seconde somme, correspondant au prix convenu des actions lors de leur cession, avec celle due par M. Y... au titre de la restitution du prix de la cession ; qu'estimant que les arbitres avaient méconnu, par ces sentences, l'autorité de la chose jugée attachée aux arrêts du 18 octobre 2001 et du 19 février 2004, poursuivi abusivement la procédure d'arbitrage après le 18 octobre 2001 et commis d'autres fautes, M. Z... et la société Consultaudit les ont assignés, devant une juridiction étatique, en indemnisation de leur préjudice résultant de l'impossibilité de faire exécuter la sentence du 23 juin 2000 ; que, depuis lors, la société Consultaudit a été placée en liquidation judiciaire ;

Sur le premier moyen :

Attendu que M. Z... fait grief à l'arrêt de le débouter de son action en responsabilité contre les arbitres, alors, selon le moyen, que la responsabilité de l'arbitre, qui est uni aux parties par un lien de nature contractuelle et qui n'est investi d'aucune fonction publique, doit s'apprécier dans les conditions du droit commun, si bien qu'en jugeant que l'arbitre n'était responsable que de sa faute personnelle qui, pour engager sa responsabilité, doit être équipollente au dol, constitutive d'une fraude, d'une faute lourde ou d'un déni de justice, la cour d'appel a violé les articles 1142 et 1147 du code civil ;

Mais attendu que la critique fondée sur la prétendue méconnaissance de l'autorité de la chose jugée, à laquelle se rattache celle concernant la poursuite de l'instance arbitrale, tendant à remettre directement en cause le contenu des sentences rendues, et partant l'exercice de la fonction juridictionnelle des arbitres, c'est à bon droit que la cour d'appel, après avoir, tout d'abord, relevé que l'arbitrage avait été poursuivi après le 18 octobre 2001 sur la base de faits nouveaux ou nouvellement découverts et que les arbitres avaient statué comme amiables compositeurs, ensuite, déclaré irrecevable le grief portant sur l'absence de relevé d'office du moyen tiré du défaut de cohérence dans l'articulation des moyens et, enfin, exclu l'existence d'un manquement des arbitres à leur obligation d'impartialité et de bonne foi, a écarté leur responsabilité en l'absence de preuve de faits propres à caractériser une faute personnelle équipollente au dol ou constitutive d'une fraude, d'une faute lourde ou d'un déni de justice, justifiant ainsi légalement sa décision ;

Et sur le second moyen, ci-après annexé :

[...]

Par ces motifs :

Rejette le pourvoi¹²⁹ ;

- [239] Cet arrêt révèle que l'immunité n'est pas absolue et une partie peut tenter une action en responsabilité contre un arbitre. Celle-ci relève du droit commun des contrats et des règles communes de compétence. Le Tribunal judiciaire de Paris a même jugé que l'exclusion de l'arbitrage figurant au règlement Bruxelles I¹³⁰ ne s'étend pas aux actions en responsabilité dirigée contre un arbitre, qui relèvent donc des dispositions de ce règlement¹³¹.

¹²⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 15 janvier 2014, n° 11-17196.

¹³⁰ Règlement (UE) n° 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, art. 1(2)(d).

¹³¹ TJ Paris, 31 mars 2021, n° 19/00795.

3.1.1.2 Contrat d'organisation de l'arbitrage

- [240] Le contrat d'organisation de l'arbitrage est conclu par les litigants ayant opté pour l'arbitrage institutionnel, avec le centre d'arbitrage choisi. Le centre s'engage à organiser l'arbitrage et résoudre toutes difficultés conformément à son règlement. Les parties s'engagent à coopérer loyalement avec le centre dans ce but, à se conformer au règlement d'arbitrage et à régler les frais d'arbitrage. Le contrat est formé au moment où les parties saisissent le centre. La responsabilité du centre d'arbitrage obéit au droit commun des contrats.
- [241] En matière d'arbitrage institutionnel, les centres déterminent unilatéralement les frais d'arbitrage, en se référant à leur barème, qui est public. Voici, à titre d'exemple, le barème du CMAP. Ces montants représentent les frais d'arbitrage, dont le Centre conserve une petite partie, le reste étant reversé aux arbitres :

Pour un montant en litige de	Tribunal à un arbitre Montant maximum	Tribunal à trois arbitres Montant maximum
0 à 250 000 €	20 000 €	45 000 €
250 001 € à 1 000 000 €	40 000 €	95 000 €
1 000 001 € à 2 500 000 €	60 000 €	155 000 €
2 500 001 € à 5 000 000 €	80 000 €	200 000 €
5 000 001 € à 7 500 000 €	100 000 €	245 000 €
7 500 001 € à 10 000 000 €	120 000 €	290 000 €
10 000 001 € à 20 000 000 €	160 000 €	390 000 €
20 000 001 € à 30 000 000 €	200 000 €	490 000 €
30 000 001 € à 40 000 000 €	240 000 €	590 000 €
40 000 001 € à 50 000 000 €	280 000 €	690 000 €
Plus de 50.000.001 €	Sur devis	Sur devis

- [242] A titre de comparaison, vous pouvez examiner le barème de la CCI, figurant en annexe de son règlement. La CCI propose aussi, sur son site Internet, un calculateur de coût¹³². Par exemple, pour un litige dont l'intérêt serait de 5 000 000 €, les honoraires des arbitres varieraient entre 93 318 € et 407 474 €, et les frais administratifs revenant au centre, seraient de 42 966 €.

3.1.1.3 Contrat de collaboration arbitrale

- [243] En matière d'arbitrage institutionnel, le contrat de collaboration arbitrale est conclu par chaque arbitre avec le centre d'arbitrage. L'arbitre s'engage à poursuivre sa mission jusqu'au prononcé de la sentence, à coopérer loyalement avec le centre d'arbitrage et à se conformer à son règlement. Le centre s'engage à apporter son assistance à l'arbitre, conformément à son règlement.

3.1.1.4 Contrat de financement de l'arbitrage par un tiers

- [244] Les arbitrages étant très coûteux, depuis une vingtaine d'années se développe une activité financière consistant, pour des fonds spécialisés, à financer les frais d'arbitrage et de procédure des demandeurs, en contrepartie de quoi les demandeurs s'engagent à reverser au fond, en cas de succès, une partie de leurs gains, de 20 à 30% en général. En cas d'échec de l'action, le fonds n'est pas remboursé.
- [245] Cette activité est très lucrative parce que les fonds sélectionnent soigneusement les dossiers en fonction de leurs chances de succès et de l'enjeu financier et parce qu'ils financent beaucoup d'arbitrages en même temps. Les échecs essayés dans certaines

¹³² <https://tinyurl.com/4r968k4b>.

procédures sont compensés par les gains réalisés dans les autres. Les fonds disposent de liquidités importantes, apportés par des investisseurs agissant à titre privé ou par des entreprises, attirés par les gains élevés. Malgré la remontée des taux d'intérêts et, donc, du rendement des autres placements financiers, ce type d'investissement reste attractif. La difficulté pour ces fonds est donc de trouver des arbitrages à financer. Bien souvent, ils se rapprochent de cabinets d'avocats spécialisés en arbitrage, afin que ceux-ci leur proposent des dossiers.

3.1.2 Conventions organisant le recours à la médiation

[246] Le recours à la médiation suppose la conclusion de contrats entre les parties et le médiateur et, le cas échéant, entre les parties et le centre de médiation et entre ce dernier et le médiateur. Ces contrats ne sont généralement pas écrits, quoique, parfois, le médiateur fasse signer un acte de mission aux parties. Bien entendu, le médiateur doit être rémunéré par les parties. Habituellement, ses honoraires sont partagés à égalité entre les parties. En cas de médiation institutionnelle, le centre de médiation facture les frais aux parties puis rémunère le médiateur. Il y a peu de contentieux à propos des contrats permettant la mise-en-œuvre de la médiation.

[247] Les médiateurs sont généralement rémunérés à un taux horaire, sachant qu'une médiation commerciale dure généralement une dizaine d'heures. A titre d'exemple, voici le barème du CMAP. Il y a un premier tarif, pour les litiges de faible enjeu, qui est le même qu'ils soient internes ou internationaux, avec un forfait :

	Droits d'ouverture	Honoraires au forfait
0 à 25 000 €	250 €	750 € (5h maximum)
25 001 € à 50 000 €	500 €	1 500 € (8h maximum)

[248] Pour les litiges de plus fort enjeu, le barème prévoit un taux horaire et distingue suivant qu'ils sont internes ou internationaux. Pour les premiers, le droit d'ouverture est de 500 € et pour les seconds, de 600 €. Quant au barème horaire, il varie comme suit :

	National	International
50 001 € à 150 000 €	350 €	450 €
150 001 € à 500 000 €	400 €	500 €
500 001 € à 1 000 000 €	500 €	600 €
1 000 001 € à 2 500 000 €	600 €	700 €
2 500 001 € à 5 000 000 €	700 €	800 €
Plus de 5 000 001 €	Sur devis	Sur devis

Lundi 2 octobre 2022

1 INTRODUCTION

[249] A la différence des juridictions étatiques, en permanence disponibles pour traiter le contentieux relevant de leur compétence, un tribunal arbitral doit être constitué pour examiner chaque litige relevant d'une convention d'arbitrage. C'est la demande d'arbitrage (2) émanant de la partie la plus diligente qui déclenche cette constitution (3).

2 DEMANDE D'ARBITRAGE

[250] La demande d'arbitrage *ad hoc* (2.1) se distingue de la demande d'arbitrage institutionnel (2.2). Quelle que soit la nature de la demande, il faut s'interroger sur son effet (2.3).

2.1 DEMANDE D'ARBITRAGE AD HOC

[251] La demande d'arbitrage *ad hoc* est présentée conformément aux stipulations de la clause compromissoire. Généralement, celle-ci prévoit que la partie souhaitant recourir à l'arbitrage en informe l'autre, par une lettre recommandée avec avis de réception, en expliquant l'objet du litige et en désignant un arbitre. Le défendeur a alors un certain délai pour répondre, en expliquant sa position et en désignant un autre arbitre. Les deux arbitres ainsi désignés ont un certain délai pour choisir le président du tribunal arbitral.

[252] A défaut de clause compromissoire, la partie souhaitant mettre en œuvre un arbitrage en informe l'autre par tout moyen. Si l'autre partie est d'accord, il leur appartient de préparer et signer un compromis.

[253] Enfin, si les parties ont choisi l'arbitrage *ad hoc* mais ont adhéré au règlement CNUDCI, il convient de procéder conformément à l'article 3 du règlement, relatif à la notification d'arbitrage :

1. La partie ou les parties prenant l'initiative de recourir à l'arbitrage (ci-après dénommées « le demandeur ») communiquent à l'autre partie ou aux autres parties (ci-après dénommées « le défendeur ») une notification d'arbitrage.

2. La procédure arbitrale est réputée commencer à la date à laquelle la notification d'arbitrage est reçue par le défendeur.

3. La notification d'arbitrage doit contenir les indications ci-après :

a) La demande tendant à ce que le litige soit soumis à l'arbitrage ;

b) Les noms et coordonnées des parties ;

c) La désignation de la convention d'arbitrage invoquée ;

d) La désignation de tout contrat ou autre instrument juridique duquel est né le litige ou auquel il se rapporte ou, en l'absence d'un tel contrat ou instrument, une brève description de la relation considérée ;

e) Une brève description du litige et, le cas échéant, une estimation de la somme sur laquelle il porte ;

f) L'objet de la demande ;

g) Une proposition quant au nombre d'arbitres, à la langue et au lieu de l'arbitrage, à défaut d'accord sur ces points conclu précédemment entre les parties.

4. La notification d'arbitrage peut aussi contenir les indications suivantes :

- a) Une proposition tendant à désigner une autorité de nomination, visée à l'article 6, paragraphe 1 ;
 - b) Une proposition tendant à nommer un arbitre unique, visée à l'article 8, paragraphe 1 ;
 - c) La notification de la nomination d'un arbitre, visée à l'article 9 ou à l'article 10.
5. Un différend relatif au caractère suffisant de la notification d'arbitrage n'empêche pas la constitution du tribunal arbitral. Ce différend est tranché définitivement par le tribunal arbitral.

[254] L'article 4 du règlement CNUDCI traite de la réponse à la notification d'arbitrage :

1. Dans les 30 jours de la réception de la notification d'arbitrage, le défendeur communique au demandeur une réponse, qui doit contenir les indications suivantes :
 - a) Le nom et les coordonnées de chaque défendeur ;
 - b) Une réponse aux indications figurant dans la notification d'arbitrage conformément à l'article 3, paragraphe 3 c à g.
2. La réponse à la notification d'arbitrage peut aussi contenir les indications suivantes :
 - a) Toute exception d'incompétence d'un tribunal arbitral devant être constitué en vertu du présent Règlement ;
 - b) Une proposition tendant à désigner une autorité de nomination, visée à l'article 6, paragraphe 1 ;
 - c) Une proposition tendant à nommer un arbitre unique, visée à l'article 8, paragraphe 1 ;
 - d) La notification de la nomination d'un arbitre, visée à l'article 9 ou à l'article 10 ;
 - e) Une brève description de la demande reconventionnelle ou de la demande en compensation éventuellement formée, y compris, le cas échéant, une estimation de la somme sur laquelle elle porte, et l'objet de cette demande ;
 - f) Une notification d'arbitrage conformément à l'article 3 lorsque le défendeur formule un chef de demande contre une partie à la convention d'arbitrage autre que le demandeur.
3. Un différend concernant l'absence de réponse du défendeur à la notification d'arbitrage ou une réponse incomplète ou tardive à celle-ci n'empêche pas la constitution du tribunal arbitral. Ce différend est tranché définitivement par le tribunal arbitral.

2.2 DEMANDE D'ARBITRAGE INSTITUTIONNEL

[255] La demande d'arbitrage institutionnel est présentée conformément au règlement d'arbitrage du centre choisi par les parties. Voici, par exemple, les articles 4 et 5 du Règlement CCI 2021 :

Article 4 – Demande d'arbitrage

1 Toute partie désirant avoir recours à l'arbitrage selon le Règlement adresse sa demande d'arbitrage (la « Demande ») au Secrétariat, à l'un des bureaux mentionnés dans le Règlement intérieur. Le Secrétariat notifie au demandeur et au défendeur la réception de la Demande et la date de celle-ci.

2 La date de réception de la Demande par le Secrétariat est considérée, à toutes fins, être celle d'introduction de l'arbitrage.

3 La Demande contient les éléments suivants :

- a) les nom et dénominations complètes, qualités, adresse et autres coordonnées de chacune des parties,

- b) les nom et dénominations complètes, adresse et autres coordonnées de toute(s) personne(s) représentant le demandeur dans l'arbitrage,
- c) un exposé de la nature et des circonstances du litige à l'origine des demandes et du fondement de celles-ci,
- d) une indication des décisions sollicitées ainsi que les montants de toutes demandes quantifiées et, si possible, une estimation de la valeur pécuniaire de toutes autres demandes,
- e) toutes conventions pertinentes et notamment la ou les conventions d'arbitrage,
- f) lorsque les demandes sont formées en application de plusieurs conventions d'arbitrage, une indication de la convention d'arbitrage en application de laquelle chacune des demandes est formée,
- g) toutes indications utiles et toutes observations ou propositions concernant le nombre des arbitres et leur choix conformément aux dispositions des articles 12 et 13 ainsi que toute désignation d'arbitre exigée de ce fait,
- h) toutes indications utiles et toutes observations ou propositions concernant le lieu de l'arbitrage, les règles de droit applicables et la langue de l'arbitrage.

Le demandeur peut soumettre avec la Demande tout autre document ou élément qu'il estime approprié ou de nature à contribuer à une résolution efficace du litige.

4 Avec la Demande, le demandeur :

- a) verse le droit d'enregistrement fixé par l'Appendice III (« Frais et honoraires de l'arbitrage ») en vigueur à la date d'introduction de l'arbitrage, et
- b) soumet un nombre suffisant d'exemplaires de la Demande pour chacune des autres parties, chaque arbitre et le Secrétariat, lorsque le demandeur sollicite l'envoi de la Demande par remise contre reçu, lettre recommandée ou service de courrier.

Si le demandeur ne satisfait pas à l'une de ces conditions, le Secrétariat peut lui impartir un délai pour y satisfaire ; à son expiration, le dossier sera clos sans que cela fasse obstacle à la réintroduction des mêmes demandes, à une date ultérieure, dans une nouvelle Demande.

5 Lorsqu'il dispose du nombre suffisant de copies de la Demande et que le droit d'enregistrement requis a été payé, le Secrétariat transmet au défendeur, pour réponse, une copie de la Demande et des pièces annexes.

Article 5 – Réponse à la Demande, demande reconventionnelle

1 Le défendeur soumet, dans un délai de 30 jours à compter de la réception de la Demande communiquée par le Secrétariat, une réponse (la « Réponse ») contenant les éléments suivants :

- a) ses nom et dénominations complètes, qualités, adresse et autres coordonnées,
- b) les nom et dénominations complètes, adresse et autres coordonnées de toute(s) personne(s) représentant le défendeur dans l'arbitrage,
- c) ses commentaires sur la nature et les circonstances du litige à l'origine des demandes et sur le fondement de celles-ci,
- d) sa position sur les décisions sollicitées,
- e) toutes observations ou propositions concernant le nombre des arbitres et leur choix au vu des propositions formulées par le demandeur et conformément aux dispositions des articles 12 et 13 ainsi que toute désignation d'arbitre exigée de ce fait,
- f) toutes observations ou propositions concernant le lieu de l'arbitrage, les règles de droit applicables et la langue de l'arbitrage.

Le défendeur peut soumettre avec la Réponse tout autre document ou élément qu'il estime approprié ou de nature à contribuer à une résolution efficace du litige.

2 Le Secrétariat peut accorder au défendeur une prolongation de délai pour soumettre la Réponse, à condition que la demande de prolongation contienne les observations ou propositions du défendeur concernant le nombre des arbitres et leur choix et, si nécessaire en vertu des articles 12 et 13, une désignation d'arbitre. À défaut, la Cour procédera conformément au Règlement.

3 La Réponse est soumise en un nombre suffisant d'exemplaires pour chaque autre partie, chaque arbitre et le Secrétariat, lorsque le défendeur sollicite l'envoi de la Réponse par remise contre reçu, lettre recommandée ou service de courrier.

4 Le Secrétariat communique la Réponse et les pièces annexes à toutes les autres parties.

5 Toutes les demandes reconventionnelles formées par un défendeur doivent l'être avec la Réponse et contenir :

a) un exposé de la nature et des circonstances du litige à l'origine des demandes reconventionnelles et du fondement de celles-ci,

b) une indication des décisions sollicitées ainsi que les montants de toutes demandes reconventionnelles quantifiées et, si possible, une estimation de la valeur pécuniaire de toutes autres demandes reconventionnelles,

c) toutes conventions pertinentes et notamment la ou les conventions d'arbitrage, et

d) lorsque des demandes reconventionnelles sont formées en application de plusieurs conventions d'arbitrage, une indication de la convention d'arbitrage en application de laquelle chacune des demandes reconventionnelles est formée.

Le défendeur peut soumettre avec les demandes reconventionnelles tout autre document ou élément qu'il estime approprié ou de nature à contribuer à une résolution efficace du litige.

6 Le demandeur peut soumettre une note en réponse aux demandes reconventionnelles, dans un délai de trente jours à partir de la réception des demandes reconventionnelles communiquées par le Secrétariat. Avant de remettre le dossier au tribunal arbitral, le Secrétariat peut prolonger ce délai.

[256] Vous lirez aussi les articles 4 et 5 du Règlement d'arbitrage CMAP 2022 :

Article 4 – Demande d'arbitrage

4.1. Le CMAP est saisi par une demande d'arbitrage qui contient :

(a) l'état civil ou la raison sociale et l'adresse du demandeur et, le cas échéant, le nom et l'adresse de son conseil ;

(b) l'état civil ou la raison sociale et l'adresse du défendeur et, le cas échéant, le nom et l'adresse de son conseil ;

(c) toutes adresses électroniques auxquelles le défendeur et son conseil peuvent être joints rapidement ;

(d) un exposé succinct de l'objet du litige et des demandes présentées, y compris une estimation de leur valeur pécuniaire ;

(e) toutes conventions pertinentes et notamment la ou les conventions d'arbitrage ;

(f) si la clause n'indique pas le nombre d'arbitres devant composer le tribunal arbitral, le nombre impair d'arbitres que le demandeur aimerait voir désigner ;

(g) lorsque les parties sont convenues du nombre, nécessairement impair, d'arbitres, l'indication de celui ou ceux que le demandeur propose de désigner.

4.2. La demande d'arbitrage peut être envoyée au Secrétariat par courrier électronique. La demande d'arbitrage peut aussi être adressée au Centre, au

format papier, par courrier postal, simple ou recommandé, ou par tout autre moyen. Elle peut enfin être déposée au Secrétariat, au format papier.

4.3. Lorsqu'elle est communiquée au Centre au format papier, la demande est remise en autant d'exemplaires que de défendeurs, plus un exemplaire pour le CMAP.

4.4. Quel que soit le procédé utilisé pour l'envoi de la demande d'arbitrage, le Centre n'est saisi que lorsqu'il a accusé réception de celle-ci. Il appartient au demandeur de se ménager la preuve de l'envoi de sa demande d'arbitrage.

4.5. La demande n'est enregistrée que si elle est accompagnée du paiement des droits d'ouverture, tels que fixés par le barème en vigueur au jour de la demande.

Article 5 – Réponse à la demande d'arbitrage

5.1. Dès son enregistrement, la demande d'arbitrage est notifiée au défendeur par le Secrétariat, par courrier électronique ou postal, ou par tout autre moyen. Cette notification impartit au défendeur un délai de trente jours pour répondre.

5.2. La réponse est adressée au Secrétariat par courrier électronique ou, au format papier, par courrier postal, simple ou recommandé, ou par tout autre moyen. Elle peut également être déposée, au format papier, au Secrétariat. Lorsque la réponse est communiquée au format papier, elle doit être remise en autant d'exemplaires que de parties, plus un exemplaire pour le CMAP.

5.3. Si la clause n'indique pas le nombre d'arbitres devant composer le tribunal arbitral, le défendeur précise le nombre impair d'arbitres qu'il aimerait voir désigner. Si les parties sont déjà convenues du nombre, nécessairement impair, d'arbitres, le défendeur indique celui ou ceux qu'il propose de désigner.

5.4. Dès réception de la réponse, le Secrétariat la communique au demandeur par courrier électronique ou postal, ou par tout autre moyen.

5.5. La réponse peut contenir des demandes reconventionnelles. Dans ce cas, le demandeur peut, quatorze jours au plus tard après avoir reçu la réponse, soumettre au Secrétariat une brève note en réplique aux demandes reconventionnelles, sans que cela ne puisse retarder la constitution du tribunal arbitral.

[257] La demande d'arbitrage doit être accompagnée du paiement des droits d'ouverture du dossier. A titre indicatif, ces droits sont de 5 000 \$ pour la CCI et 1 800 € pour le CMAP. Les droits d'enregistrement restent acquis au centre d'arbitrage même si les parties renoncent ensuite à la procédure arbitrale. Selon le règlement d'arbitrage CCI, ils s'imputent sur les frais d'arbitrage¹³³.

2.3 EFFET DE LA DEMANDE D'ARBITRAGE

[258] La demande d'arbitrage, comme toute demande en justice, interrompt le délai de prescription de l'action qu'elle exerce. La date d'interruption de la prescription est, très probablement, la date à laquelle la demande est reçue par son destinataire, le défendeur ou le centre d'arbitrage. A ce propos, l'article 4.2 du règlement d'arbitrage CCI précise :

La date de réception de la Demande par le Secrétariat est considérée, à toutes fins, être celle d'introduction de l'arbitrage.

[259] Si une mention obligatoire en vertu de la clause compromissoire ou du règlement d'arbitrage fait défaut dans la demande d'arbitrage, ou si elle comporte une erreur, ou encore si les droits d'ouverture ne sont pas payés, le centre demande au demandeur de

¹³³ Règl. arb. CCI, app. III, art. 1(1).

compléter sa demande ou il le fait de lui-même. En tous les cas, les centres d'arbitrage n'ont pas pour habitude de rejeter purement et simplement les demandes incomplètes.

[260] Cependant, si la demande est déposée juste avant l'expiration d'un délai de prescription et si elle est incomplète ou comporte une erreur au moment où elle est reçue par le centre, on peut se demander si elle a interrompu le délai de prescription. En arbitrage international, d'ailleurs, la première question à résoudre est celle de la loi applicable sur ce point. C'est la loi gouvernant la procédure qui détermine les conditions de validité d'un acte de procédure mais c'est plutôt la loi applicable à l'obligation qui gouverne les conséquences, quant à la prescription, de l'irrégularité d'un tel acte¹³⁴.

[261] En droit français, il faut certainement appliquer, *mutatis mutandis*, l'article 2241 du Code civil et considérer que la demande d'arbitrage incomplète interrompt malgré tout le délai de prescription :

La demande en justice, même en référé, interrompt le délai de prescription ainsi que le délai de forclusion.

Il en est de même lorsqu'elle est portée devant une juridiction incompétente ou lorsque l'acte de saisine de la juridiction est annulé par l'effet d'un vice de procédure.

3 CONSTITUTION DU TRIBUNAL ARBITRAL

[262] La constitution du tribunal arbitral obéit à certains principes (3.1) et elle suppose parfois l'intervention d'une autorité de nomination (3.2). Il faut expliquer comment les arbitres sont désignés (3.3). On attend des arbitres qu'ils fassent preuve de certaines qualités (3.4). Une fois le tribunal arbitral réuni, il s'adjoint parfois un secrétaire (3.5) et il est d'usage de signer un acte de mission (3.6).

3.1 PRINCIPES GOUVERNANT LA CONSTITUTION DU TRIBUNAL ARBITRAL

[263] Les parties sont libres d'adopter les modalités de désignation des arbitres qui leur conviennent et leur volonté doit être respectée. C'est ce qui résulte de l'article 1452 du Code de procédure civile, qui énonce les modalités de désignation du tribunal arbitral, tout en précisant qu'elles ne s'appliquent qu'à défaut d'accord des parties¹³⁵. Les parties peuvent d'ailleurs désigner les arbitres dans la convention d'arbitrage ou, simplement, y expliquer les modalités de leur désignation. A défaut, la convention d'arbitrage n'est pas nulle mais sa mise-en-œuvre nécessitera soit un accord des parties sur la désignation des arbitres, soit l'intervention d'une autorité de nomination¹³⁶.

[264] Cette liberté dans le choix des modalités de désignation des arbitres est également une application de la liberté contractuelle. En matière d'arbitrage institutionnel, en choisissant un centre d'arbitrage, les parties adoptent les modalités de désignation prévues par son règlement.

[265] Il existe cependant une limite à la liberté des parties, en vertu d'un autre principe, celui de l'égalité des parties dans la désignation du tribunal arbitral, énoncé par l'arrêt *Dutco* :

Sur les deux premières branches du moyen unique de chacun des pourvois, réunis :

¹³⁴ V. Règl. Rome I, art. 12(1)(d). – Règl. Rome II, art. 15(h).

¹³⁵ V. aussi Eng. Arb. Act, art. 15. – LSDIP, art. 179(1).

¹³⁶ C. pr. civ., art. 1444.

Vu les articles 1502, 2°, 1504 du nouveau Code de procédure civile et l'article 6 du Code civil ;

Attendu que le principe de l'égalité des parties dans la désignation des arbitres est d'ordre public ; qu'on ne peut y renoncer qu'après la naissance du litige ;

Attendu qu'un accord de consortium a été conclu, le 26 mars 1981, entre la société Dutco construction, de Dubai, et les deux sociétés allemandes BKMI et Siemens, en vue de la construction à Oman d'une cimenterie ; qu'il y était stipulé que tous différends seront tranchés selon le règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale, par trois arbitres nommés conformément à ce règlement ; que, sur la demande d'arbitrage unique présentée par la société Dutco, séparément, contre ses deux cocontractantes pour des créances distinctes concernant celles-ci, un tribunal arbitral a été constitué de trois arbitres dont un désigné conjointement par les deux défenderesses avec protestations et réserves ; que le Tribunal a jugé qu'il avait été régulièrement constitué et que la procédure arbitrale devait se poursuivre sous la forme multipartite contre les deux défenderesses ;

Attendu que pour rejeter les recours en annulation formés par les sociétés BKMI et Siemens contre la sentence, l'arrêt attaqué retient que la clause compromissoire intégrée dans l'accord liant les trois sociétés exprime sans ambiguïté la volonté commune des parties à un même contrat de soumettre à trois arbitres tous les différends résultant de leur accord, d'où il se déduit nécessairement de la nature multipartite du contrat lui-même, avec l'éventualité prévisible de différends opposant trois partenaires, que les parties ont admis la possibilité d'un tribunal unique composé de trois arbitres pour statuer sur un litige opposant les trois parties, avec les aménagements découlant d'une telle situation ;

Attendu qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il soit nécessaire de statuer sur les autres griefs des pourvois :

CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions...¹³⁷

- [266] Ainsi, dans l'arrêt *Dutco*, la Cour de cassation a censuré le procédé consistant à demander à deux parties, considérées comme consorts, à désigner ensemble un arbitre, alors que leur adversaire était en mesure de désigner seul un arbitre. Inversement, dans le récent arrêt *Vidatel*, la Cour d'appel de Paris a considéré que le principe d'égalité serait méconnu si trois parties défendant des intérêts communs désignaient chacune un arbitre alors que leur adversaire n'en désignait qu'un seul, le cinquième arbitre devant être désigné par les quatre premiers¹³⁸. En effet, de cette façon, une majorité d'arbitres serait désignée par des parties ayant le même intérêt au litige. Un centre d'arbitrage doit s'abstenir d'appliquer une clause compromissoire prévoyant un tel procédé de désignation des arbitres et doit plutôt les désigner lui-même, sans retenir aucun des noms proposés par les parties.
- [267] On le voit, le principe d'égalité doit être appliqué avec discernement. Suivant les circonstances, la désignation d'un arbitre par plusieurs parties alors qu'une autre partie n'en désigne qu'un seul peut être contraire ou conforme à ce principe. En fin de compte, pour éviter le risque de violation du principe d'égalité, si les parties ne sont pas d'accord sur le choix des arbitres, la solution revient à confier à un tiers la désignation de tous les arbitres, sans tenir compte des suggestions des parties. Ainsi, aucune partie n'aura eu une quelconque influence sur la composition du tribunal. En effet, le principe

¹³⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 7 janvier 1992, *Dutco*, n° 89-18.708.

¹³⁸ CA Paris, 26 janv. 2021, n° 19/10666, *Dalloz actualité*, 22 févr. 2021, obs. J. Jourdan-Marques.

d'égalité exige que les parties jouent le même rôle dans la désignation des arbitres, pas qu'elles y jouent un rôle. Par conséquent, si les arbitres sont tous désignés par un tiers, le principe d'égalité est respecté.

- [268] Si nécessaire, il appartient au juge d'appui ou au centre d'arbitrage de désigner l'ensemble des arbitres¹³⁹. Le règlement d'arbitrage CCI 2021 prévoit précisément ce cas de figure dans son article 12(9) :

Nonobstant tout accord conclu par les parties sur les modalités de constitution du tribunal arbitral, la Cour peut, dans des circonstances exceptionnelles, nommer chacun des membres du tribunal arbitral afin d'écartier un risque significatif de traitement injuste et inéquitable pouvant affecter la validité de la sentence.

- [269] L'article 17(9) du Règlement CMAP 2022 a également été rédigé en tenant compte du principe d'égalité :

17.9. La Commission d'arbitrage peut toujours, nonobstant les dispositions des paragraphes 1 à 7 du présent article et nonobstant toutes conventions des parties, refuser de confirmer les arbitres et le président proposés et désigner elle-même un des membres ou l'ensemble des membres du tribunal arbitral, lorsque le respect du principe d'égalité des parties dans la désignation des arbitres ou tout autre motif légitime l'impose.

- [270] Cela étant, si le tribunal arbitral est composé d'une manière contraire à la stricte égalité des parties, sans qu'aucune d'elles ne proteste, elles sont réputées avoir renoncé à invoquer cette irrégularité et ne peuvent plus l'invoquer à l'occasion d'un recours en annulation, en vertu du principe d'estoppel, dont l'article 1466 du Code de procédure civile fait ici application, de même que la plupart des règlements d'arbitrage¹⁴⁰.

3.2 AUTORITE DE NOMINATION

- [271] Les parties peuvent s'en remettre, pour désigner les arbitres, à une autorité de nomination. D'ailleurs, même lorsque les parties ont choisi de les désigner elles-mêmes, des difficultés peuvent surgir au cours de la constitution du tribunal arbitral. Par exemple, le défendeur peut rester inerte et s'abstenir de désigner un arbitre. Il peut arriver aussi que la clause compromissoire n'explique pas comment les arbitres doivent être désignés et que les parties ne parviennent pas à trouver un accord à ce sujet, ou encore qu'une partie désigne un arbitre ne satisfaisant pas aux conditions posées dans la convention d'arbitrage. Le rôle de l'autorité de nomination est de résoudre tous les différends relatifs à la constitution du tribunal arbitral¹⁴¹.

- [272] En arbitrage institutionnel, c'est le centre d'arbitrage, c'est-à-dire, selon la terminologie du Code de procédure civile, la personne chargée d'organiser l'arbitrage, qui joue le rôle d'autorité de nomination¹⁴², conformément à son règlement d'arbitrage. Généralement, au sein des centres d'arbitrage, un organe particulier, composé de spécialistes expérimentés, est chargé de cette mission. Au sein de la CCI, cette mission est assurée par un organe appelé la cour, par opposition au secrétariat. Au CMAP, la commission d'arbitrage est chargée de désigner ou confirmer les arbitres.

¹³⁹ C. pr. civ., art. 1453.

¹⁴⁰ V. règl. CCI, art. 40. – règl. CMAP, art. 18.3.

¹⁴¹ C. pr. civ., art. 1454.

¹⁴² C. pr. civ., art. 1450, al. 2, 1452, 1453, 1454

[273] En arbitrage *ad hoc*, l'autorité de nomination par défaut est le juge d'appui. En matière d'arbitrage interne, l'article 1459 du Code de procédure civile dispose :

Le juge d'appui compétent est le président du tribunal judiciaire.

Toutefois, si la convention d'arbitrage le prévoit expressément, le président du tribunal de commerce est compétent pour connaître des demandes formées en application des articles 1451 à 1454. Dans ce cas, il peut faire application de l'article 1455.

Le juge territorialement compétent est celui désigné par la convention d'arbitrage ou, à défaut, celui dans le ressort duquel le siège du tribunal arbitral a été fixé. En l'absence de toute stipulation de la convention d'arbitrage, le juge territorialement compétent est celui du lieu où demeure le ou l'un des défendeurs à l'incident ou, si le défendeur ne demeure pas en France, du lieu où demeure le demandeur.

Conformément à l'article 9 du décret n° 2019-966 du 18 septembre 2019, les présentes dispositions entrent en vigueur le 1er janvier 2020.

[274] L'article 1460 ajoute :

Le juge d'appui est saisi soit par une partie, soit par le tribunal arbitral ou l'un de ses membres.

Le juge statue selon la procédure accélérée au fond.

Le juge d'appui statue par jugement non susceptible de recours. Toutefois, ce jugement peut être frappé d'appel lorsque le juge déclare n'y avoir lieu à désignation pour une des causes prévues à l'article 1455.

[275] Jusqu'à l'entrée en vigueur du décret du 20 décembre 2019¹⁴³, le juge d'appui statuant selon la procédure en la forme des référés, qui obéissait aux règles de la procédure de référé mais aboutissait à une ordonnance rendue au fond et, donc, revêtue de l'autorité de chose jugée¹⁴⁴. Il en va évidemment de même du jugement rendu au terme de la nouvelle procédure accélérée au fond.

[276] Quant à la compétence du juge d'appui français en arbitrage international, l'article 1504 du Code de procédure civil dispose :

En matière d'arbitrage international, le juge d'appui de la procédure arbitrale est, sauf clause contraire, le président du tribunal judiciaire de Paris lorsque :

1° L'arbitrage se déroule en France ; ou

2° Les parties sont convenues de soumettre l'arbitrage à la loi de procédure française ; ou

3° Les parties ont expressément donné compétence aux juridictions étatiques françaises pour connaître des différends relatifs à la procédure arbitrale ; ou

4° L'une des parties est exposée à un risque de déni de justice.

[277] Cela étant, en arbitrage *ad hoc*, les parties peuvent choisir une autre autorité de nomination. On trouve des clauses prévoyant que le président d'une institution, telle qu'une chambre de commerce et d'industrie, devra désigner les arbitres. Toutefois, pour être certain que l'autorité choisie accepte de jouer ce rôle, le mieux est de désigner un centre d'arbitrage qui accepte d'agir seulement en tant qu'autorité de nomination.

¹⁴³ Décret n° 2019-966 du 18 septembre 2019 portant substitution du tribunal judiciaire au tribunal de grande instance et au tribunal d'instance en application de l'article 95 de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice et diverses dispositions relatives à l'organisation judiciaire et modifiant l'annexe du décret n° 2019-913 du 30 août 2019 pris en application de l'article 95 de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation (2018-2022) et de réforme pour la justice.

¹⁴⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 13 mars 2013, n° 12-20073.

Dans ce cas, son rôle se borne à désigner les arbitres. Elle le fait selon un règlement spécifique¹⁴⁵ et son règlement d'arbitrage ne s'applique pas. Cela suppose de payer des frais administratifs, assez modiques¹⁴⁶.

[278] Lorsque les parties à un arbitrage *ad hoc* optent pour l'application du règlement CNUDCI, elles ont tout intérêt à désigner une autorité de nomination. A défaut, en cas de besoin et si les parties ne parviennent pas, le moment venu, à se mettre d'accord, il faudra avant tout demander au secrétaire général de la Cour permanente d'arbitrage de choisir une autorité de nomination, ce qui est assez long et fastidieux. Il faut lire à ce sujet l'article 6 du règlement CNUDCI :

Autorités de désignation et de nomination

1. À moins que les parties n'aient déjà choisi une autorité de nomination d'un commun accord, l'une d'elles peut à tout moment proposer le nom d'une ou de plusieurs institutions ou personnes, y compris le Secrétaire général de la Cour permanente d'arbitrage de La Haye (ci-après la « CPA »), susceptibles d'exercer les fonctions d'autorité de nomination.
2. Si, dans les 30 jours après que la proposition d'une partie visée au paragraphe 1 a été reçue par toutes les autres parties, aucune autorité de nomination n'a été choisie d'un commun accord entre toutes les parties, l'une d'elles peut demander au Secrétaire général de la CPA de désigner cette autorité.
3. Lorsque le présent Règlement fixe un délai dans lequel une partie doit soumettre une question à une autorité de nomination et qu'aucune autorité de nomination n'a été choisie d'un commun accord ni désignée, ce délai est suspendu à partir de la date à laquelle une partie engage la procédure de choix ou de désignation d'une telle autorité jusqu'à la date de ce choix ou de cette désignation.
4. Sous réserve de l'article 41, paragraphe 4, si l'autorité de nomination refuse d'agir, ou si elle ne nomme pas d'arbitre dans les 30 jours après avoir reçu de l'une des parties une demande en ce sens, n'agit pas dans tout autre délai prévu par le présent Règlement ou ne se prononce pas sur la récusation d'un arbitre dans un délai raisonnable après avoir reçu de l'une des parties une demande en ce sens, une partie peut demander au Secrétaire général de la CPA de désigner une autre autorité de nomination pour la remplacer.
5. Lorsqu'ils s'acquittent de leurs fonctions en vertu du présent Règlement, l'autorité de nomination et le Secrétaire général de la CPA peuvent demander à toute partie et aux arbitres les renseignements qu'ils jugent nécessaires et donnent aux parties et, s'il y a lieu, aux arbitres la possibilité d'exposer leurs vues de la manière qu'ils jugent appropriée. Toutes les communications à cette fin qui émanent de l'autorité de nomination et du Secrétaire général de la CPA ou qui leur sont destinées sont également adressées, par leur expéditeur, à toutes les autres parties.
6. Lorsqu'une partie demande à l'autorité de nomination de nommer un arbitre conformément à l'article 8, 9, 10 ou 14, elle lui envoie copie de la notification d'arbitrage et, si celle-ci existe, de la réponse à cette notification.
7. L'autorité de nomination a égard aux considérations propres à garantir la nomination d'un arbitre indépendant et impartial et tient compte du fait qu'il peut être souhaitable de nommer un arbitre d'une nationalité différente de celle des parties.

¹⁴⁵ V. par ex. *Règlement de la CCI comme autorité de nomination dans les procédures d'arbitrage CNUDCI ou dans d'autres procédures d'arbitrage. – Règlement de l'autorité de nomination dans les arbitrages ad hoc (CMAP)*

¹⁴⁶ V. Règl. aut. nom. CCI, app., art. 3. – Règl. aut. Nomination CMAP – Barème CMAP : 1 000 €.

[279] Quelle que soit l'autorité de nomination, il peut arriver qu'elle soit convaincue que, de manière évidente, il n'y a pas de convention d'arbitrage valable et applicable ou, s'agissant des centres d'arbitrage, que la convention d'arbitrage ne les désigne pas. C'est pourquoi l'article 1455 du Code de procédure civile dispose :

Si la convention d'arbitrage est manifestement nulle ou manifestement inapplicable, le juge d'appui déclare n'y avoir lieu à désignation.

[280] Il faut lire également l'article 8 du Règlement d'arbitrage CMAP :

Si la désignation du CMAP ou si la compétence arbitrale est contestée avant la constitution du tribunal arbitral et si une partie le lui demande, la Commission d'arbitrage apprécie, *prima facie*, la possibilité de mettre en œuvre la procédure arbitrale.

[281] Et l'article 6, paragraphes 3, 4 et 5 du règlement d'arbitrage CCI :

3 Lorsqu'une partie contre laquelle une demande a été formée ne répond pas à cette demande ou qu'une partie soulève un ou plusieurs moyens relatifs à l'existence, la validité ou la portée de la convention d'arbitrage ou relatifs à la possibilité de soumettre l'ensemble des demandes à un arbitrage unique, l'arbitrage aura lieu et toute question relative à la compétence ou à la possibilité de soumettre l'ensemble des demandes à un arbitrage unique sera tranchée directement par le tribunal arbitral, à moins que le Secrétaire général ne soumette la question à la décision de la Cour conformément à l'article 6, paragraphe 4.

4 Dans tous les cas soumis à la Cour conformément à l'article 6, paragraphe 3, la Cour décide si, et dans quelle mesure, l'arbitrage aura lieu. L'arbitrage aura lieu si et dans la mesure où, *prima facie*, la Cour estime possible qu'il existe une convention d'arbitrage visant le Règlement. Notamment :

(i) lorsque l'arbitrage intéresse plus de deux parties, il aura lieu entre les parties, y compris les parties intervenant conformément à l'article 7(1), à l'égard desquelles, *prima facie*, la Cour estime possible qu'il existe une convention d'arbitrage les liant toutes et visant le Règlement, et

(ii) lorsque des demandes au titre de l'article 9 sont formées en application de plusieurs conventions d'arbitrage, l'arbitrage aura lieu relativement aux demandes pour lesquelles, *prima facie*, la Cour estime possible (a) que les conventions d'arbitrage en application desquelles elles sont formées sont compatibles et (b) que toutes les parties à l'arbitrage sont convenues de les faire trancher dans un arbitrage unique.

La décision prise par la Cour conformément à l'article 6, paragraphe 4, ne préjuge pas de la recevabilité ou du bien-fondé du ou des moyens des parties.

5 Dans tous les cas où la Cour rend une décision conformément à l'article 6, paragraphe 4, il appartient au tribunal arbitral de prendre toute décision sur sa propre compétence, sauf en ce qui concerne les parties ou les demandes à l'égard desquelles la Cour décide que l'arbitrage ne peut avoir lieu.

3.3 DESIGNATION DES ARBITRES

[282] Il faut, avant tout, déterminer le nombre d'arbitres (3.3.1). On expliquera ensuite comment sont désignés des arbitres multiples (3.3.2) et un arbitre unique (3.3.3). Il faut également bien comprendre qu'en arbitrage institutionnel, le centre d'arbitrage doit confirmer les arbitres proposés par les parties (3.3.4). Enfin, il faut préciser la date de constitution du tribunal arbitral (3.3.5).

3.3.1 Détermination du nombre d'arbitres

[283] Il appartient aux parties de déterminer le nombre d'arbitres, dans la clause compromissoire, dans le compromis ou par un accord séparé. A défaut d'accord entre

les parties sur ce point, en arbitrage *ad hoc*, c'est au juge d'appui de trancher¹⁴⁷. En arbitrage institutionnel, les parties sont parfois invitées à prendre parti sur ce point, dans la demande d'arbitrage¹⁴⁸ et la réponse¹⁴⁹ à la demande d'arbitrage ou ultérieurement.

- [284] En matière d'arbitrage interne, les arbitres sont nécessairement en nombre impair¹⁵⁰. Si les parties ont prévu un nombre pair d'arbitres, elles doivent compléter le tribunal arbitral. A défaut, le juge d'appui¹⁵¹ ou le centre d'arbitrage¹⁵² doit le faire. En revanche, en matière d'arbitrage international, cette exigence ne s'applique pas¹⁵³. Cela dit, en pratique, même en arbitrage international, les tribunaux arbitraux sont la plupart du temps composés d'un nombre impair d'arbitres, plus précisément d'un arbitre unique ou de trois arbitres, les tribunaux arbitraux à cinq ou sept arbitres étant rares et se rencontrant essentiellement dans les arbitrages entre États.
- [285] Certains règlements d'arbitrage prévoient que le tribunal arbitral est composé d'un ou trois arbitres¹⁵⁴ mais cela ne leur interdit pas de mettre en œuvre des clauses prévoyant un nombre d'arbitres supérieur, comme l'illustre l'affaire *Vidatel*, dans laquelle la Cour d'arbitrage international CCI a accepté de désigner cinq arbitres¹⁵⁵. Autrement dit, les parties désignant un règlement d'arbitrage peuvent déroger à ce type de disposition, sauf disposition expresse contraire figurant dans ledit règlement.

3.3.2 Arbitres multiples

- [286] En arbitrage *ad hoc*, les arbitres sont désignés selon les modalités choisies par les parties. En cas de désaccord entre elles, l'article 1452, 2° du Code de procédure civile, applicable en matière interne et internationale¹⁵⁶, dispose :
- 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.
- [287] En arbitrage institutionnel, les règlements prévoient généralement que chaque partie désigne un arbitre et que le centre désigne le président du tribunal arbitral¹⁵⁷ mais, généralement, même pour le choix du président, le centre tient compte des propositions des arbitres, voire des parties. Cela dit, si les parties s'abstiennent de faire des propositions ou en cas de silence du défendeur, le centre d'arbitrage désigne le tribunal arbitral en choisissant lui-même tout ou partie des arbitres.
- [288] En cas d'arbitrage multipartite, c'est-à-dire opposant plus de deux parties, tout dispositif prévoyant que les demandeurs ou les défendeurs désignent conjointement un

¹⁴⁷ C. pr. civ., art. 1454.

¹⁴⁸ Règl. arb. CCI, art. 4(1)(g).

¹⁴⁹ Règl. arb. CCI, art. 5(1)(e).

¹⁵⁰ C. proc. Civ., art. 1451, al. 1^{er}.

¹⁵¹ C. pr. civ., art. 1451.

¹⁵² Règl. arb. CCI, art. 12(2). – Règl. arb. CMAP, art. 11.

¹⁵³ V. C. pr. civ., art. 1506, qui ne mentionne pas l'art. 1451 parmi les dispositions applicables en matière d'arbitrage international.

¹⁵⁴ Règl. arb. CCI, art. 12(1).

¹⁵⁵ CA Paris, 26 janv. 2021, n° 19/10666, *Daloz actualité*, 22 févr. 2021, obs. J. Jourdan-Marques.

¹⁵⁶ C. pr. civ., art. 1506, 2°.

¹⁵⁷ Règl. arb. CCI, art. 12 et 13. - Règl. arb. CMAP, art. 11 et 12.

arbitre est contraire au principe d'égalité entre les parties, du moins si les demandeurs et les défendeurs ne sont pas en nombres égaux. Encore faut-il qu'une partie soulève une objection au moment de la désignation du tribunal arbitral. A défaut, toutes les parties sont réputées avoir renoncé à invoquer le principe d'égalité et le tribunal est régulièrement constitué¹⁵⁸.

[289] En cas d'objection, la seule solution est la désignation de tous les arbitres par le juge d'appui, l'autorité de nomination choisie par les parties ou le centre d'arbitrage¹⁵⁹. A titre d'exemple, voici l'article 17 du Règlement d'arbitrage CMAP 2022 :

17.1. Lorsque le tribunal arbitral doit être constitué d'un arbitre unique, celui-ci est proposé, d'un commun accord, par l'ensemble des parties, dans le délai imparti, le cas échéant, par la Commission d'arbitrage. A défaut d'accord des parties, la Commission d'arbitrage désigne l'arbitre unique.

17.2. Lorsque le tribunal arbitral doit être constitué de plusieurs arbitres, en nombre égal à celui des parties, chacune d'elles propose un arbitre.

17.3. Lorsque le tribunal arbitral doit être constitué d'un nombre d'arbitres différent du nombre de parties, les demandeurs et les défendeurs proposent conjointement un arbitre.

17.4. Les propositions ainsi formulées sont soumises à la confirmation de la Commission d'arbitrage.

17.5. Lorsque le tribunal arbitral doit être composé de plusieurs arbitres, les arbitres proposés par les parties, une fois confirmés, proposent une personne pour présider le tribunal arbitral. Cette personne doit être également confirmée par la Commission d'arbitrage.

17.6. Lorsque la Commission d'arbitrage refuse de confirmer un arbitre ou le président du tribunal arbitral, elle invite la partie, le groupe de parties ou les arbitres qui avaient proposé la personne refusée, à formuler une nouvelle proposition pour confirmation.

17.7. Lorsque l'application de la convention d'arbitrage et du présent article conduirait à la constitution d'un tribunal arbitral comprenant un nombre pair d'arbitres, les parties proposent, d'un commun accord, dans le délai imparti par la Commission d'arbitrage, un arbitre supplémentaire pour compléter le tribunal arbitral. La proposition ainsi formulée est soumise à la confirmation de la Commission d'arbitrage. A défaut de proposition des parties, la Commission d'arbitrage désigne l'arbitre supplémentaire.

17.8. Tous différends et toutes difficultés liés à la constitution du tribunal arbitral sont réglés, faute d'accord des parties, par la Commission d'arbitrage.

17.9. La Commission d'arbitrage peut toujours, nonobstant les dispositions des paragraphes 1 à 7 du présent article et nonobstant toutes conventions des parties, refuser de confirmer les arbitres et le président proposés et désigner elle-même un des membres ou l'ensemble des membres du tribunal arbitral, lorsque le respect du principe d'égalité des parties dans la désignation des arbitres ou tout autre motif légitime l'impose.

¹⁵⁸ C. pr. civ., art. 1466.

¹⁵⁹ V. *supra*, § 242 à 246.

3.3.3 Arbitre unique

[290] Les parties peuvent désigner l'arbitre unique d'un commun accord. A défaut, c'est le juge d'appui ou le centre d'arbitrage qui le désigne. C'est ce que prévoit l'article 1452, 1° du Code de procédure civile¹⁶⁰ :

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 ;

[291] La désignation d'un arbitre unique par l'une des parties, sans l'accord de l'autre, serait contraire au principe d'égalité entre les parties. Cependant, si la partie victime de cette inégalité ne proteste pas immédiatement, elle est censée avoir renoncé à se prévaloir de cette irrégularité¹⁶¹.

[292] Toutefois, il existe une pratique relativement répandue, surtout en arbitrage interne, qui consiste à insérer dans les contrats une clause compromissoire prévoyant que l'arbitre doit être choisi parmi des personnes énumérées dans une liste incluse dans la clause. La clause prévoit même parfois que le demandeur choisira unilatéralement l'arbitre sur cette liste. La jurisprudence semble considérer que ce type de clause ne méconnaît pas le principe d'égalité des parties, même en cas de choix unilatéral de l'arbitre, parce qu'au moment de la conclusion du contrat, les parties ont pu, d'un commun accord, établir la liste¹⁶². Pourtant, au moment de la mise en œuvre de l'arbitrage, c'est bel et bien une des parties qui choisit l'arbitre. On peut donc être circonspect à propos de cette jurisprudence.

[293] Par ailleurs, la Cour de cassation a souligné que cette pratique ne saurait justifier la désignation d'un arbitre figurant sur la liste mais présentant un conflit d'intérêt. Pour éviter le risque que toutes les personnes mentionnées soient affectées d'un conflit d'intérêt, il est recommandé de prévoir un choix assez large. Par exemple, quatre noms semblent être insuffisants¹⁶³.

3.3.4 Confirmation par le centre d'arbitrage

[294] Les centres d'arbitrage se réservent généralement le droit de confirmer les arbitres désignés par les parties. Il est rare qu'ils refusent de le faire mais, dans certains cas particuliers, cela peut arriver, notamment en raison d'un conflit d'intérêts révélé par l'arbitre. Outre l'article 17 du Règlement d'arbitrage CMAP 2022, il faut lire l'article 13 du Règlement d'arbitrage CCI 2021 :

Nomination et confirmation des arbitres

1 Lors de la nomination ou confirmation d'un arbitre, la Cour tient compte de sa nationalité, de son lieu de résidence et de tout lien avec les pays auxquels ressortissent les parties et les autres arbitres ainsi que de la disponibilité et de l'aptitude de l'arbitre à conduire l'arbitrage conformément au Règlement. Il en va de même lorsque le Secrétaire général est appelé à confirmer un arbitre selon l'article 13(2).

2 Le Secrétaire général peut confirmer en qualité de coarbitres, arbitres uniques et de présidents de tribunaux arbitraux les personnes désignées par les parties ou en application de leurs accords particuliers, à condition que la déclaration qu'elles ont soumise ne contienne pas de réserves concernant leur impartialité ou

¹⁶⁰ V. aussi règl. arb. CCI, art. 12 et 13. - Règl. arb. CMAP, art. 11 et 12.

¹⁶¹ C. pr. civ., art. 1466.

¹⁶² CA Versailles, 4 juin 2019, RG n° 17/06632.

¹⁶³ Cass. civ. 1^{ère}, 18 décembre 2014, n° 14-11.085.

leur indépendance ou que leur déclaration avec réserves concernant leur impartialité ou leur indépendance ne donne lieu à aucune contestation. La Cour est informée de cette confirmation lors de l'une de ses sessions suivantes. Si le Secrétaire général estime qu'un coarbitre, un arbitre unique ou un président de tribunal arbitral ne doit pas être confirmé, cette question est soumise à la décision de la Cour.

3 Lorsqu'il incombe à la Cour de nommer un arbitre, elle procède à la nomination sur la base d'une proposition d'un comité national ou groupe de la CCI qu'elle estime approprié. Si la Cour n'accepte pas cette proposition, ou si ce comité national ou groupe ne fait pas la proposition demandée dans le délai imparti par la Cour, la Cour peut réitérer sa demande, demander une proposition à un autre comité national ou groupe qu'elle estime approprié, ou nommer directement toute personne qu'elle estime adéquate.

4 La Cour peut aussi nommer directement toute personne qu'elle juge compétente pour agir en qualité d'arbitre :

a) lorsqu'une ou plusieurs des parties sont des États ou peuvent être considérées comme des entités étatiques,

b) lorsque la Cour juge approprié de nommer un arbitre d'un pays ou territoire où il n'y a pas de comité national ou groupe, ou

c) lorsque le Président certifie à la Cour qu'il existe des circonstances dont il résulte, à son avis, qu'une nomination directe est nécessaire et appropriée.

5 Lorsque la Cour nomme l'arbitre unique ou le président du tribunal arbitral, cet arbitre unique ou président sera de nationalité différente de celle des parties. Toutefois, si les circonstances le justifient et qu'aucune des parties ne s'y oppose dans le délai imparti par le Secrétariat, l'arbitre unique ou le président du tribunal arbitral peut être ressortissant du même pays que l'une des parties.

6 Lorsque la convention d'arbitrage sur laquelle l'arbitrage est fondé découle d'un traité, et sauf accord contraire des parties, aucun arbitre ne peut avoir la même nationalité qu'une partie à l'arbitrage.

3.3.5 Date de constitution du tribunal arbitral

[295] L'article 1456 du Code de procédure civile dispose :

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.

[296] A défaut de disposition contraire dans la convention d'arbitrage, le règlement d'arbitrage ou l'acte de mission, l'instance arbitrale débute donc le jour où le dernier arbitre accepte sa mission. C'est le point de départ du délai d'arbitrage. En revanche, la date à laquelle la prescription de l'action est interrompue est, très probablement, la date de la demande d'arbitrage.

[297] Les règlements d'arbitrage comportent généralement des dispositions différentes. L'article 22 du règlement CMAP dispose ainsi :

Le tribunal arbitral est saisi à compter de la date de la communication du dossier par le Secrétariat, conformément aux stipulations des articles 11.4 et 23.1 du présent règlement.

[298] En vertu de l'article 11.4, le dossier n'est transmis au tribunal arbitral qu'après paiement des provisions sur les frais d'arbitrage appelés par le centre.

[299] En revanche, l'article 4.2 du règlement d'arbitrage CCI mentionne la date d'introduction de l'arbitrage, ce qui n'est pas la date de constitution du tribunal arbitral :

La date de réception de la Demande par le Secrétariat est considérée, à toutes fins, être celle d'introduction de l'arbitrage.

3.4 QUALITES ATTENDUES DES ARBITRES

[300] Il faut d'abord préciser si les arbitres peuvent être des personnes physiques ou morales (3.2.1) et s'ils doivent être inscrits sur une liste d'arbitres (3.2.2). Il faut ensuite expliquer qu'on attend d'eux des qualités professionnelles (3.2.3) et personnelles (3.2.4). Enfin, évidemment, ils doivent être indépendants et impartiaux (3.2.5).

3.4.1 Personne physique ou morale ?

[301] En arbitrage interne, l'article 1450 du Code de procédure civile dispose :

La mission d'arbitre ne peut être exercée que par une personne physique jouissant du plein exercice de ses droits.

Si la convention d'arbitrage désigne une personne morale, celle-ci ne dispose que du pouvoir d'organiser l'arbitrage.

[302] Curieusement, cet article n'est pas applicable en matière d'arbitrage international, puisqu'il ne figure pas dans l'énumération de l'article 1506. Cela étant, même en matière d'arbitrage international, l'usage est de ne désigner comme arbitres que des personnes physiques.

3.4.2 Inscription sur une liste d'arbitres ?

[303] La profession d'arbitre n'est pas réglementée. Toute personne majeure et capable peut exercer cette fonction. Il n'est donc pas nécessaire d'être inscrit sur une liste quelconque. Cela étant, les centres d'arbitrage constituent des listes, en sélectionnant des personnes expérimentées, généralement réparties dans des groupes différents en fonction de leurs compétences : droit des sociétés, distribution, contrats internationaux, etc. Dans la plupart des centres, la liste est ouverte, ce qui signifie que les parties peuvent choisir un arbitre n'y figurant pas. Elle est alors utilisée essentiellement par le centre lorsqu'il doit choisir lui-même un arbitre. Parfois cependant la liste est fermée : les parties elles-mêmes sont tenues de choisir un arbitre figurant dessus. C'est le cas, notamment, de la liste du Tribunal arbitral du sport¹⁶⁴.

[304] La Chambre de commerce internationale s'appuie sur des comités nationaux constitués dans tous les pays. Ce sont eux qui dressent les listes d'arbitres, par pays. A chaque fois que nécessaire, la CCI demande à un ou deux comités nationaux, choisis en fonction de l'objet du litige, de la nationalité des parties et du droit applicable, de lui proposer des noms¹⁶⁵.

3.4.3 Qualités professionnelles

[305] Les parties – ou leurs avocats – et les centres d'arbitrage choisissent les arbitres en fonction de leurs compétences, qui devraient être en adéquation avec l'objet du différend. Les arbitres sont souvent des professeurs de droit ou des avocats pratiquant l'arbitrage aussi comme conseils. Parfois, on désigne des experts-comptables, des ingénieurs ou des experts, pour les litiges comportant une forte composante technique.

¹⁶⁴ Règl. de proc. TAS, art. R 33, al. 2.

¹⁶⁵ Règl. arb. CCI, art. 13(3).

Toutefois, il est préférable que le président du tribunal arbitral soit un juriste ayant une expérience conséquente de l'arbitrage. La clause compromissoire peut imposer que les arbitres aient certaines qualifications professionnelles. L'article 19 de l'Arbitration Act anglais précise d'ailleurs que le juge, lorsqu'il désigne un arbitre, doit tenir compte de tout accord des parties sur les qualifications requises.

3.4.4 Qualités personnelles

[306] Dans tous les cas, les arbitres doivent être rigoureux, disponibles, aptes à consacrer le temps nécessaire à l'instruction du litige, à l'étude des pièces et des écritures des parties, à l'audience. Ils doivent faire preuve d'une certaine autorité, surtout le président. Les parties attendent aussi d'eux qu'ils fassent preuve d'objectivité et d'honnêteté intellectuelle. Enfin, ils doivent être prudents, au sens latin du terme, c'est-à-dire avoir la capacité de trancher les différends avec sagesse et sagacité.

[307] En matière d'arbitrage international, les clauses compromissoires et les règlements d'arbitrage prévoient souvent que l'arbitre unique ou le président du tribunal arbitral ne doit avoir la nationalité d'aucune des parties¹⁶⁶. Il s'agit, évidemment, de s'assurer de sa neutralité. Cela dit, on peut se demander si une telle exigence est discriminatoire¹⁶⁷.

3.4.5 Indépendance et impartialité

[308] L'indépendance et l'impartialité sont évidemment des qualités indispensables aux arbitres, puisque ceux-ci remplissent une fonction juridictionnelle¹⁶⁸. Ces deux notions sont distinctes même si on les associe systématiquement. L'indépendance est le fait d'être insensible à toute influence des parties, de leurs conseils, du centre d'arbitrage, du pouvoir politique ou de toute autre personne ou institution. L'impartialité est le fait de ne pas avoir de préjugé sur le différend.

[309] Cependant, il est impossible de connaître l'état d'esprit des arbitres, de telle sorte qu'on ne vérifie pas subjectivement leur indépendance et leur impartialité. Celle-ci est évaluée au vu de circonstances factuelles objectives. On recherche s'il existe des circonstances de nature à créer un doute légitime quant à l'indépendance et l'impartialité de chaque arbitre. Dans l'affirmative, si une partie le souhaite, elle pourra en tirer les conséquences. C'est pourquoi pèse sur les arbitres une obligation de révélation (3.4.5.1). Une fois que chaque arbitre y a satisfait, si une partie estime qu'une circonstance révélée est problématique, il peut renoncer à sa mission (3.4.5.2). Sinon, l'arbitre peut être révoqué (3.4.5.3) ou récusé (3.4.5.4). Il faut toutefois envisager l'hypothèse d'un défaut de révélation (3.4.5.5). Enfin, il faudra expliquer quels critères permettent de déterminer si une circonstance doit être révélée (3.4.5.6).

3.4.5.1 Obligation de révélation pesant sur les arbitres

[310] Cette obligation de révélation existe dans tous les systèmes juridiques. Avant d'accepter sa mission, l'arbitre doit souscrire ce qu'il est convenu d'appeler une déclaration d'indépendance. De même, si, au cours de la procédure arbitrale, l'arbitre

¹⁶⁶ Règl. arb. CCI, art. 13(5). – Règl. arb. CMAP, art. 12.1. – Comp. règl. arb. CNUDCI, art. 7.

¹⁶⁷ J.-B. Racine, note sous l'arrêt *Jivraj c. Hashwani*, *Rev. arb.*, 2011, p. 1026, n° 21.

¹⁶⁸ C. pr. civ., art. 1456. – Eng. Arb. Act, art. 24. – LSDIP, art. 180(1)(c). – Loi-type CNUDCI, art. 12 et 13.

a connaissance d'un conflit d'intérêts, il doit le révéler. Ainsi, l'alinéa 2 de l'article 1456 du Code de procédure civile dispose :

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.

[311] Les règlements d'arbitrage prévoient la même obligation en y ajoutant souvent une déclaration de disponibilité. Par exemple, l'article 11 du règlement d'arbitrage CCI dispose :

2 Avant sa nomination ou sa confirmation, l'arbitre pressenti signe une déclaration d'acceptation, de disponibilité, d'impartialité et d'indépendance. L'arbitre pressenti fait connaître par écrit au Secrétariat les faits ou circonstances qui pourraient être de nature à mettre en cause son indépendance dans l'esprit des parties, ainsi que les circonstances qui pourraient faire naître des doutes raisonnables quant à son impartialité. Le Secrétariat communique ces informations par écrit aux parties et leur fixe un délai pour présenter leurs observations éventuelles.

3 L'arbitre fait connaître immédiatement par écrit au Secrétariat et aux parties les faits ou circonstances de même nature que ceux visés à l'article 11, paragraphe 2, concernant son impartialité ou son indépendance qui surviendraient pendant l'arbitrage.

[312] Et l'article 19 du Règlement d'arbitrage CMAP dispose :

18.1. Les arbitres doivent être indépendants et impartiaux et le demeurer jusqu'au prononcé de la sentence.

18.2. Les arbitres doivent, avant d'accepter leur mission, révéler à la Commission d'arbitrage toute circonstance susceptible de créer, dans l'esprit des parties, un doute raisonnable quant à leur indépendance ou leur impartialité. Ils doivent également révéler sans délai toute circonstance de ce type, même notoire, qui pourrait naître après l'acceptation de leur mission.

18.3. Les arbitres sont désignés, confirmés ou maintenus dans leur mission sur décision de la Commission d'arbitrage prise après avoir recueilli l'avis des parties.

18.4. Les arbitres s'engagent à se rendre disponibles pendant toute la durée de la procédure et à agir avec loyauté et célérité.

[313] Selon l'un des arrêts rendu dans la très célèbre affaire *Tecnimont*, cette obligation de transparence est cruciale et il convient de rechercher si l'arbitre l'a respectée et non s'il était bel et bien indépendant et impartial¹⁶⁹. Le professeur Thomas Clay en a déduit que l'obligation d'indépendance avait été diluée dans l'obligation de transparence¹⁷⁰. Cette analyse a toutefois été démentie par la suite, la Cour de cassation ayant souligné qu'il faut distinguer d'une part, le devoir de révélation et, d'autre part, l'indépendance et l'impartialité de l'arbitre¹⁷¹

3.4.5.2 Renonciation de l'arbitre

[314] L'arbitre contesté par une partie au vu de sa déclaration d'indépendance peut toujours renoncer à sa mission. A ce stade, comme l'article 1456 du Code de procédure civile le laisse entendre, l'arbitre n'a pas encore accepté définitivement sa mission, de telle

¹⁶⁹ V. CA Paris, 12 févr. 2009, n° 07/22164, *Tecnimont*, *Rev. arb.* 2009, p. 186, note T. Clay.

¹⁷⁰ Note sous l'arrêt précité, n° 7.

¹⁷¹ Cass. civ. 1^{ère}, 10 octobre 2012, n° 11-18.405, *Rev. arb.* 2013, p. 130, note C. Jarrosson. – V. aussi, Cass. civ. 1^{ère}, 16 mars 1999, n° 96-12.748, *Qatar*, n° 1999-001118, *Bull. civ.* I, n° 88.

sorte qu'il n'engage pas sa responsabilité en cas de démission. En pratique, il arrive assez souvent qu'un arbitre, dans ce cas de figure, renonce à sa mission, en estimant que la confiance des parties est primordiale.

3.4.5.3 Révocation d'un arbitre

[315] Si les parties s'accordent sur le fait qu'une circonstance révélée par l'arbitre crée un doute sur son indépendance et son impartialité, à défaut de renonciation de l'arbitre, elles peuvent toujours, en arbitrage *ad hoc*, le révoquer d'un commun accord. L'article 1458 du Code de procédure civile le permet :

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.

[316] En arbitrage institutionnel, les parties peuvent aussi révoquer un arbitre, sous réserve de l'accord du centre d'arbitrage, qui a son mot à dire puisque c'est lui qui a confirmé l'arbitre. L'article 15(1) du règlement CCI est clair sur ce point :

Il y a lieu à remplacement d'un arbitre en cas de décès, ou en cas de démission, récusation ou demande de toutes les parties acceptées par la Cour.

3.4.5.4 Récusation d'un arbitre

[317] Cela étant, il est très rare que les parties soient d'accord sur la conséquence à tirer d'une révélation d'un arbitre. Généralement, l'une d'elle est gênée mais pas l'autre. Évidemment, s'agissant d'un co-arbitre, c'est plutôt la partie qui l'a choisi qui ne trouve rien à redire, surtout si elle connaissait la circonstance avant même que l'arbitre ne la révèle.

[318] La partie qui estime qu'une circonstance crée un doute sur l'indépendance et l'impartialité d'un arbitre doit demander sa récusation. En arbitrage *ad hoc*, il faut saisir le juge d'appui, dans le mois de la révélation :

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.

[319] En arbitrage institutionnel, il faut procéder selon le règlement. L'article 14 du règlement d'arbitrage CCI dispose :

1 La demande de récusation, fondée sur une allégation de défaut d'impartialité ou d'indépendance ou sur tout autre motif, est introduite par la soumission au Secrétariat d'une déclaration écrite précisant les faits et circonstances sur lesquels cette demande est fondée.

2 Cette demande doit être soumise par une partie, à peine de forclusion, soit dans les trente jours suivant la réception par celle-ci de la notification de la nomination ou de la confirmation de l'arbitre, soit dans les trente jours suivant la date à laquelle la partie introduisant la récusation a été informée des faits et circonstances qu'elle invoque à l'appui de sa demande de récusation, si cette date est postérieure à la réception de la notification susvisée.

3 La Cour se prononce sur la recevabilité, en même temps que, s'il y a lieu, sur le bien-fondé de la demande de récusation, après que le Secrétariat a mis l'arbitre concerné, les autres parties et tout autre membre du tribunal s'il y en a, en mesure de présenter leurs observations par écrit dans un délai convenable. Ces observations sont communiquées aux parties et aux arbitres.

[320] L'article 19 du Règlement d'arbitrage CMAP prévoit :

19.1. La partie qui entend récuser un arbitre pour une circonstance révélée ou découverte après sa désignation doit, immédiatement et, au plus tard, trente jours

après la date à laquelle elle a eu ou aurait dû avoir connaissance de la cause de récusation, adresser à la Commission d'arbitrage une demande motivée. Après avoir procédé à une instruction contradictoire et après avoir recueilli les observations de l'arbitre visé par la demande de récusation, la Commission d'arbitrage se prononce sur cette demande, par décision non motivée et non susceptible de recours.

19.2. La demande de récusation n'est plus recevable après que la sentence a été rendue.

19.3. Sauf décision contraire de la Commission d'arbitrage, l'instance arbitrale est suspendue en attendant sa décision sur la demande de récusation.

[321] La partie qui, ayant connaissance d'une circonstance de nature à créer un doute sur l'indépendance ou l'impartialité de l'arbitre, ne demande pas sa récusation dans le délai requis par le Code de procédure civile ou le règlement d'arbitrage est réputée avoir renoncé à se prévaloir de cette irrégularité, notamment dans le cadre d'un recours en annulation¹⁷².

[322] Par ailleurs, le jugement rendu par le juge d'appui sur une demande de récusation est revêtu de l'autorité de chose jugée. Dès lors, en cas de rejet de la demande de récusation, la partie qui l'avait formée ne peut fonder un recours en annulation sur la circonstance invoquée devant le juge d'appui¹⁷³. L'application, ici, de l'autorité de chose jugée du jugement qui a statué sur une demande de récusation, pour interdire une demande d'annulation ou de refus d'exequatur de la sentence, qui n'a pas le même objet, est remarquable. En revanche, lorsque le centre d'arbitrage, qui n'est pas une juridiction, statue sur la demande de récusation, sa décision n'est pas revêtue de l'autorité de chose jugée.

[323] Enfin, il faut souligner que la loi-type CNUDCI prévoit un mécanisme en deux étapes, selon lequel le tribunal arbitral doit d'abord statuer sur la demande de récusation. L'article 13 dispose :

1) Sous réserve des dispositions du paragraphe 3 du présent article, les parties sont libres de convenir de la procédure de récusation de l'arbitre.

2) Faute d'un tel accord, la partie qui a l'intention de récuser un arbitre expose par écrit les motifs de la récusation au tribunal arbitral, dans un délai de quinze jours à compter de la date à laquelle elle a eu connaissance de la constitution du tribunal arbitral ou de la date à laquelle elle a eu connaissance des circonstances visées à l'article 12-2. Si l'arbitre récusé ne se déporte pas ou que l'autre partie n'accepte pas la récusation, le tribunal arbitral se prononce sur la récusation.

3) Si la récusation ne peut être obtenue selon la procédure convenue par les parties ou en application du paragraphe 2 du présent article, la partie récusante peut, dans un délai de trente jours après avoir eu communication de la décision rejetant la récusation, prier le tribunal ou autre autorité visé à l'article 6 de prendre sur la récusation une décision qui ne sera pas susceptible de recours; dans l'attente de cette décision, le tribunal arbitral, y compris l'arbitre récusé, peut poursuivre la procédure arbitrale et rendre une sentence.

[324] L'article 9 du règlement d'arbitrage du CIRDI prévoit aussi que le tribunal arbitral se prononce sur la demande de récusation.

¹⁷² C. pr. civ., art. 1466. – V. aussi Cass. civ. 1^{ère}, 25 juin 2014, n° 11-26.529, *Tecnimont*.

¹⁷³ Cass. civ. 1^{ère}, 13 mars 2013, n° 12-20573.

3.4.5.5 Défaut de révélation

- [325] Comme on l'a vu, la prévention des conflits d'intérêts repose sur la transparence imposée aux arbitres. Cependant, s'ils s'abstiennent volontairement ou omettent par inadvertance une circonstance qu'ils auraient dû révéler, que se passe-t-il ? Si une partie découvre cette circonstance au cours de la procédure arbitrale, elle peut demander la récusation de l'arbitre, dans le délai prévu par le Code de procédure civile ou le règlement d'arbitrage, qui commence à courir le jour où elle a eu connaissance du fait qu'elle invoque. Dans les arbitrages à fort enjeu, les parties confient parfois à des entreprises spécialisées des investigations sur les arbitres.
- [326] Si une partie découvre, après le prononcé de la sentence, un conflit d'intérêts non révélé, si le délai de recours en annulation contre la sentence n'est pas épuisé ou si un tel recours est pendant, cette circonstance peut être invoquée au soutien du recours, au titre de la constitution irrégulière du tribunal arbitral¹⁷⁴. Si le délai de recours en annulation est épuisé ou si la cour s'est déjà prononcée sur le recours, il n'est plus possible de demander l'annulation de la sentence. En revanche, il est possible de s'opposer à l'exequatur de la sentence dans tous les pays où celle-ci n'a pas encore été obtenue au moment de la découverte du fait non révélé.
- [327] La partie lésée peut aussi engager la responsabilité civile de l'arbitre, l'omission volontaire étant assurément une faute et l'omission involontaire, si elle s'apparente à une négligence, l'étant certainement aussi. On peut aussi envisager un recours en révision de la sentence¹⁷⁵, à condition toutefois que l'omission s'inscrive dans une véritable fraude¹⁷⁶, ce qui n'est pas forcément le cas¹⁷⁷.

3.4.5.6 Circonstances devant être révélées

- [328] Comment déterminer les circonstances qui doivent être révélées ? Les différentes lois nationales et les règlements d'arbitrage ne comportent ni liste ni critère. Il faut donc se tourner vers la jurisprudence des juges d'appui, qui décident si les demandes de récusation sont fondées ou non, et des juges contrôlant les sentences, lorsqu'ils sont saisis de cette question.
- [329] En arbitrage international voire interne, les *Lignes Directrices de l'IBA sur les Conflits d'Intérêts* ont une grande influence. Beaucoup d'arbitres et de parties s'y réfèrent lorsqu'ils veulent apprécier l'existence d'un conflit d'intérêts. Après quelques règles générales, les lignes directrices énumèrent un certain nombre de circonstances, réparties en trois listes. Celles de la liste rouge doivent être révélées et sont susceptibles de renonciation expresse de la part des parties – sauf quelques-unes. Les circonstances de la liste orange doivent être révélées et sont susceptibles de renonciation expresse ou tacite. Enfin, les circonstances de la liste verte ne révèlent aucun conflit d'intérêts réel. Les centres d'arbitrage communiquent parfois aux arbitres des listes de circonstances à révéler. Tel est le cas, par exemple, dans un document élaboré par la Cour d'arbitrage internationale CCI, la *Note du 1^{er} janvier 2019 aux parties et aux tribunaux arbitraux sur la conduite de l'arbitrage*.

¹⁷⁴ C. pr. civ., art. 1492, 2° et 1520, 2°.

¹⁷⁵ C. pr. civ., art. 594 s. et 1502.

¹⁷⁶ C. pr. civ., art. 595.

¹⁷⁷ Pour un exemple de rétractation d'une sentence arbitrale interne, v. CA Paris, 17 février 2015, n° 13/13278, *D.* 2015, p. 1253, note D. Mouralis.

- [330] Il est possible de dresser, à partir de ces différentes sources, une présentation synthétique des circonstances devant être révélées ou non. D'abord, de manière générale, les circonstances de notoriété publique n'ont pas à être révélées¹⁷⁸, du moins celles qui étaient notoires au moment de la constitution du tribunal arbitral. Les circonstances notoires qui apparaissent par la suite doivent être révélées¹⁷⁹. La Cour de cassation considère ainsi que les parties doivent se renseigner au moment de la désignation des arbitres mais ne sont pas tenues de maintenir ensuite une veille permanente. Cela étant précisé, il faut distinguer les circonstances révélant un manque d'indépendance et celles révélant un manque d'impartialité.
- [331] En ce qui concerne l'indépendance, l'arbitre doit révéler tous les liens de nature financière entre lui, une partie ou son avocat, dès lors qu'il existe un courant d'affaires. Ainsi, un professeur de droit doit révéler s'il a déjà donné des consultations à l'avocat qui le désigne ; un avocat doit révéler s'il a été associé ou collaborateur dans le cabinet de l'avocat d'une partie ; et il convient de révéler si on a déjà été désigné comme arbitre par le même cabinet d'avocats ou la même partie. Par exemple, un arbitre ayant été désigné plusieurs fois par le même cabinet d'avocat doit le révéler et doit aussi révéler qu'il a été désigné une autre fois, récemment, même si le centre d'arbitrage n'a pas confirmé sa nomination¹⁸⁰.
- [332] Par exception, les liens ténus, de faible importance ou anciens n'ont pas nécessairement à être révélés. Par exemple, le président du tribunal arbitral, avocat dans un cabinet appartenant à un réseau, n'est pas tenu de révéler qu'un avocat appartenant à un autre cabinet d'avocats membre du même réseau a été désigné comme administrateur puis liquidateur judiciaire d'une société appartenant au même groupe, parmi quarante autres, d'une des parties à l'arbitrage¹⁸¹. Cela étant, dans le doute, la transparence doit être privilégiée par l'arbitre.
- [333] Toujours au titre de l'indépendance, les liens amicaux ou professionnels mais pas financiers n'ont pas à être révélés. Par exemple, un arbitre n'a pas à révéler qu'il connaît l'avocat qui l'a désigné pour l'avoir croisé plusieurs fois dans des colloques ou réunions professionnelles. Par exception toutefois, les relations personnelles étroites, c'est-à-dire les liens affectifs ou amicaux très forts, doivent être révélées. Ainsi, un arbitre désigné par son cousin germain ou son ami d'enfance devrait révéler cette circonstance. Récemment, la Cour d'appel de Paris a estimé que l'éloge funèbre publié par le président d'un tribunal arbitral à la suite du décès de l'avocat d'une partie dénotait une relation personnelle étroite qui aurait dû être révélée. Le défaut de révélation justifiait l'annulation de la sentence¹⁸².
- [334] Au titre de l'impartialité, il convient de révéler toute circonstance qui fait qu'on a déjà eu connaissance du même litige. Par exemple, l'ancien magistrat désigné comme arbitre qui aurait déjà eu connaissance du même dossier doit le révéler. En revanche, en principe, les prises de positions scientifiques, dans un article par exemple, ne démontrent pas un manque d'impartialité, parce qu'une position de principe ne préjuge

¹⁷⁸ V. par ex. le dernier arrêt de la saga *Tecnimont* : Cass. civ. 1^{ère}, 3 Octobre 2019, n° 18-15.756.

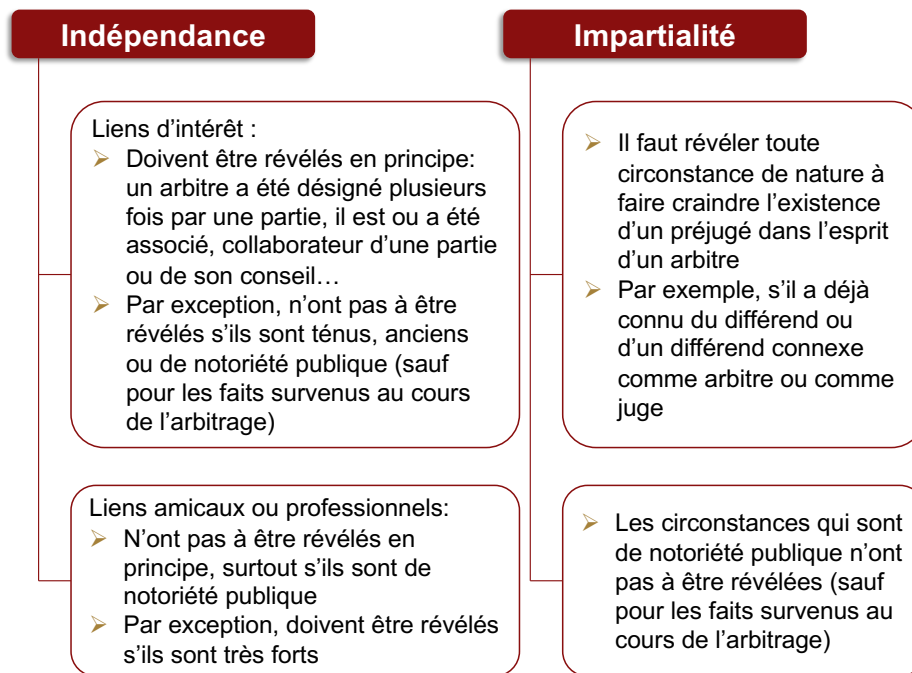
¹⁷⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 3 octobre 2019, n° 18-15.756.

¹⁸⁰ CA Paris, 23 févr. 2021, n° 18/03068, *Lerco*, *Dalloz actualité*, 30 avr. 2021, obs. J. Jourdan-Marques.

¹⁸¹ CA Paris, 26 janv. 2021, n° 19/10666, *Vidatel*, *Dalloz actualité*, 22 févr. 2021, obs. J. Jourdan-Marques.

¹⁸² CA Paris, CA Paris, pôle 5, ch. 16, 10 janv. 2023, n° 20/18330, *Port autonome de Douala*, *JCP G* 2023, 507, note D. Mouralis ; doctr. 221, n° 4, obs. P. Giraud ; *JCP E* 2023, 1061, note D. Mainguy ; *Dalloz actualité*, 14 mars 2023, note J. Jourdan-Marques.

pas de l'appréciation d'un dossier particulier. La figure ci-dessous résume les critères de révélation.



3.5 SECRETAIRE DU TRIBUNAL ARBITRAL

[335] Le tribunal arbitral désigne assez souvent un secrétaire, qui joue un rôle analogue à celui du greffier des juridictions étatiques. Il assiste le tribunal, reçoit et classe les écritures et les pièces, peut faire des recherches. Il peut même assister au délibéré, notamment pour prendre des notes. Parfois le secrétaire rédige tout ou partie du projet de sentence, conformément au délibéré des arbitres, sous la direction du président. Cependant, le secrétaire ne doit pas mais ne prendre une part active au délibéré et à la décision des arbitres, qui leur appartient exclusivement. Le secrétaire est souvent un jeune avocat travaillant dans un cabinet pratiquant l'arbitrage. Selon l'usage, le président le rémunère en prélevant une partie de sa sur-rémunération.

3.6 ACTE DE MISSION

[336] Le Code de procédure civile n'impose pas la signature d'un acte de mission mais c'est un usage assez répandu. D'ailleurs, les règlements d'arbitrage le prévoient souvent¹⁸³. L'acte de mission identifie précisément les parties, les conseils et les arbitres, reproduit la convention d'arbitrage, rappelle l'objet du litige et les positions des parties et précise les modalités de l'arbitrage et les règles de procédure à suivre. Ces précisions sont utiles car les lois nationales et les règlements d'arbitrage laissent aux parties et aux arbitres d'importantes marges de manœuvre.

[337] C'est en principe le président du tribunal arbitral qui prépare le projet d'acte de mission. Il le soumet ensuite à ses co-arbitres puis aux conseils des parties. Il organise alors une réunion avec les conseils pour discuter du projet. Lorsqu'un accord a été trouvé sur son contenu, l'acte de mission est signé par les arbitres et les parties. Les avocats peuvent le signer au nom de leur client, à condition de produire un pouvoir exprès et spécial.

¹⁸³ Règl. arb. CCI, art. 23. – Règl. arb. CMAP, art. 18.2.

Lundi 9 octobre 2022

1 INTRODUCTION

[338] L'instance arbitrale débute lorsque le tribunal arbitral est constitué, c'est-à-dire lorsque tous les arbitres ont accepté leur mission¹⁸⁴ ou à la date spécifiée par le règlement d'arbitrage applicable. L'instance prend fin le jour où le tribunal arbitral rend sa sentence finale, qui le dessaisit, sauf recours en omission de statuer, en interprétation ou en rectification d'erreur matérielle¹⁸⁵, ou à la date d'expiration du délai d'arbitrage¹⁸⁶.

[339] Afin de comprendre comment, concrètement, l'instance arbitrale est organisée¹⁸⁷, il faut en connaître le régime, c'est-à-dire, en quelque sorte, le cadre normatif, qui est riche. D'abord, il faut déterminer les règles de droit applicables à l'instance arbitrale (2) même si ses principes directeurs (3) sont, pour une large part, universels. Il convient aussi d'évoquer la compétence (4) et les pouvoirs (5) du tribunal arbitral, qu'il exerce en rendant des décisions, à propos desquels certaines précisions s'imposent (6).

2 REGLES DE DROIT APPLICABLES A L'INSTANCE ARBITRALE

[340] Naturellement, il faut ici distinguer l'arbitrage interne (2.1) et l'arbitrage international (2.2). Cela dit, certaines règles sont susceptibles de s'appliquer à ces deux catégories d'arbitrage : des règles supra-législatives protégeant les droits humains (2.3) et des règles non étatiques (2.4).

2.1 ARBITRAGE INTERNE

[341] En matière d'arbitrage interne, les règles étatiques applicables sont évidemment celles du pays où l'arbitrage a lieu. Dans les pays dont le droit est dualiste, les règles pertinentes sont celles régissant l'arbitrage interne. En droit français, ces règles figurent dans le titre I du livre IV du Code de procédure civile. Quant aux dispositions générales du Code, destinées à s'appliquer à toutes les procédures civiles, l'article 1464 précise :

A moins que les parties n'en soient convenues autrement, le tribunal arbitral détermine la procédure arbitrale sans être tenu de suivre les règles établies pour les tribunaux étatiques.

Toutefois, sont toujours applicables les principes directeurs du procès énoncés aux articles 4 à 10, au premier alinéa de l'article 11, aux deuxième et troisième alinéas de l'article 12 et aux articles 13 à 21, 23 et 23-1.

Les parties et les arbitres agissent avec célérité et loyauté dans la conduite de la procédure.

Sous réserve des obligations légales et à moins que les parties n'en disposent autrement, la procédure arbitrale est soumise au principe de confidentialité.

[342] On reviendra, dans les développements ci-après, sur chacun des textes cités. Il faut observer qu'avant la réforme de 1980, le principe figurant à l'article 1009 du Code de procédure civile de 1807 était inverse : les parties et les arbitres devaient suivre les

¹⁸⁴ C. pr. civ., art. 1456, al. 1^{er}.

¹⁸⁵ C. pr. civ., art. 1485.

¹⁸⁶ C. pr. civ., art. 1477.

¹⁸⁷ V. *infra*, leçon 5.

formes et délais établis pour les tribunaux, sauf volonté contraire des parties. Le même principe figure toujours à l'article 1018 du Code mauricien de procédure civile, largement inspiré du code français de 1807.

2.2 ARBITRAGE INTERNATIONAL

[343] En arbitrage international, les parties peuvent choisir les règles gouvernant la procédure arbitrale. A défaut de choix de leur part, il appartient au tribunal arbitral de les déterminer. La liberté des parties est très grande car, si on lit attentivement les textes, on observe que les parties ne sont pas tenues de choisir une loi nationale mais peuvent aussi se référer à des règles non-étatiques de procédure. Sur ce point, le droit français n'est pas original.

Article 1509 du Code de procédure civile

La convention d'arbitrage peut, directement ou par référence à un règlement d'arbitrage ou à des règles de procédure, régler la procédure à suivre dans l'instance arbitrale.

Dans le silence de la convention d'arbitrage, le tribunal arbitral règle la procédure autant qu'il est besoin, soit directement, soit par référence à un règlement d'arbitrage ou à des règles de procédure.

Article 19 de la loi-type CNUDCI - Détermination des règles de procédure

1) Sous réserve des dispositions de la présente Loi, les parties sont libres de convenir de la procédure à suivre par le tribunal arbitral.

2) Faute d'une telle convention, le tribunal arbitral peut, sous réserve des dispositions de la présente Loi, procéder à l'arbitrage comme il le juge approprié. Les pouvoirs conférés au tribunal arbitral comprennent celui de juger de la recevabilité, de la pertinence et de l'importance de toute preuve produite.

Article 34(1) de l'Arbitration Act

It shall be for the tribunal to decide all procedural and evidential matters, subject to the right of the parties to agree any matter.

Article 182 de la loi Suisse de DIP

1 Les parties peuvent, directement ou par référence à un règlement d'arbitrage, régler la procédure arbitrale ; elles peuvent aussi soumettre celle-ci à la loi de procédure de leur choix.

2 Si les parties n'ont pas réglé la procédure, celle-ci sera, au besoin, fixée par le tribunal arbitral, soit directement, soit par référence à une loi ou à un règlement d'arbitrage.

3 Quelle que soit la procédure choisie, le tribunal arbitral doit garantir l'égalité entre les parties et leur droit d'être entendues en procédure contradictoire.

[344] Des expressions telles que « régler la procédure », « procéder à l'arbitrage comme il le juge approprié », « decide all procedural and evidential matters » sont délibérément vagues, permettant ainsi aux parties, à défaut au tribunal arbitral, d'organiser la procédure sans nécessairement choisir une loi étatique. Ainsi, l'article 1509 du Code de procédure civile indique que les parties ou le tribunal arbitral peuvent régler la procédure en se référant à un « règlement d'arbitrage » ou à des « règles de procédure », ce qui permet de choisir des règles étatiques de procédure, sans limiter le choix à de telles règles : on peut se référer uniquement à un règlement d'arbitrage ou à des règles non étatiques de procédure. Il existe par exemple des règles transnationales de procédure, notamment les Principes ALI / UNIDROIT de procédure civile

transnationale¹⁸⁸ ou les règles de Prague sur la conduite efficace des procédures en arbitrage international¹⁸⁹. L'article 1509 autorise même les parties ou le tribunal arbitral à régler la procédure directement, c'est-à-dire en détaillant eux-mêmes les règles qui seront suivies.

[345] On appelle parfois *lex arbitri* la loi applicable à la procédure arbitrale mais, comme le mot *lex* renvoie en principe à une loi étatique, on peut estimer que cette expression est inappropriée pour désigner les règles encadrant une procédure arbitrale internationale, puisqu'elles ne sont pas forcément étatiques. On peut aussi utiliser cette expression en admettant que la *lex arbitri*, au sens large, désigne aussi de telles règles.

[346] Toutefois, il ne faut pas perdre de vue que, quelles que soient les règles de procédure choisies par les parties ou le tribunal arbitral pour gouverner l'instance arbitrale, les dispositions impératives de la loi du siège du tribunal arbitral doivent être respectées, puisque c'est devant le juge du siège qu'un recours en annulation pourra être exercé, sauf, évidemment, renonciation des parties, dans les pays où une telle renonciation est permise. En outre, en cas d'annulation dans le pays où la sentence a été rendue, l'article V(1)(e) de la Convention de New York autorise les États parties à ne pas exécuter la sentence. Par conséquent, si une règle impérative du pays où siège le tribunal arbitral est méconnue, la sentence risque d'être annulée par le juge local et inefficace dans la plupart des pays du monde.

[347] L'article V(1)(b) de la Convention de New York permet également aux États parties de ne pas exécuter une sentence rendue en méconnaissance du principe de la contradiction, ce qui est une raison, pour tous les tribunaux arbitraux internationaux, de veiller au respect de ce principe, par ailleurs consacré par toutes les législations nationales, même s'il est parfois désigné par un autre vocable :

1. La reconnaissance et l'exécution de la sentence ne seront refusées, sur requête de la partie contre laquelle elle est invoquée, que si cette partie fournit à l'autorité compétente du pays où la reconnaissance et l'exécution sont demandées la preuve :

[...]

b. Que 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 ;

[348] De plus, l'article V(2)(b) de la Convention permet au juge du pays requis de ne pas reconnaître et exécuter une sentence si :

la reconnaissance ou l'exécution de la sentence serait contraire à l'ordre public de ce pays

[349] Le tribunal arbitral peut donc être enclin à prêter attention aux principes procéduraux impératifs des pays où, vraisemblablement, il sera nécessaire de demander l'exequatur de la sentence, à défaut d'une exécution spontanée par le débiteur. On désigne souvent ces pays où on peut anticiper qu'une exécution forcée sera nécessaire comme les pays susceptibles de recevoir la sentence.

[350] Cela étant, les législations sur l'arbitrage international sont généralement très libérales, du moins celles des grandes places d'arbitrage. Dès lors, elles comportent peu de principes impératifs contraignants, de telle sorte que si le tribunal arbitral respecte et

¹⁸⁸ <<https://www.unidroit.org/fr/instruments/procedure-civile-transnationale>>.

¹⁸⁹ <<https://praguerules.com/>>

fait respecter le principe de la contradiction et ses corollaires, les droits de la défense et l'égalité des armes, non seulement il respectera la Convention de New York mais aussi, fort probablement, les principes processuels impératifs de la loi du siège et des lois des États susceptibles de recevoir la sentence. Il faut toutefois prêter attention aux conséquences procédurales que peuvent produire, sur l'arbitrage, les procédures collectives et pénales, selon la loi du pays où elles ont été ouvertes, conséquences qui relèvent généralement, du point de cette loi, de l'ordre public.

2.3 REGLES SUPRA-LEGISLATIVES PROTEGEANT LES DROITS HUMAINS

[351] Il faut ici s'interroger sur l'application à la procédure arbitrale de certaines règles constitutionnelles (2.3.1) et conventionnelles (2.3.2).

2.3.1 Règles constitutionnelles

[352] Le bloc de constitutionnalité comporte plusieurs dispositions garantissant des droits processuels : droit à un recours juridictionnel effectif, fondé sur l'article 16 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen¹⁹⁰ ; droits de la défense¹⁹¹ ; contradiction, corollaire des droits de la défense¹⁹² ; égalité dans l'exercice des droits de la défense¹⁹³ et dans l'accès à la justice¹⁹⁴, découlant de l'égalité devant la loi, garantie par l'article 6 de la Déclaration des droits¹⁹⁵. Cela étant, ces principes ont avant tout vocation à guider le législateur et non de s'appliquer directement à l'instance civile même si la Cour de cassation vise parfois expressément un principe à valeur constitutionnelle pour fonder un arrêt¹⁹⁶.

[353] On peut tout-à-fait concevoir qu'un tribunal arbitral interne, voire un tribunal arbitral international siégeant en France, vise ainsi un principe processuel à valeur constitutionnelle pour justifier une décision sur l'organisation de l'instance arbitrale. Cela étant, ce n'est pas nécessaire, sauf, peut-être, dans des cas très particuliers, car les dispositions du code de procédure civile, conformes à la loi et à la Constitution, constituent un cadre suffisant et conforme au bloc de constitutionnalité.

2.3.2 Règles conventionnelles

[354] Plusieurs conventions internationales contiennent des dispositions intéressant la procédure civile. D'abord, la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948, qui n'a, certes, qu'une valeur déclarative, vise le droit à un recours effectif pour faire sanctionner toute atteinte aux droits fondamentaux reconnus par la constitution ou la loi (art. 8) et le droit à un procès équitable (art. 10). Ensuite, le Pacte des Nations Unies relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966 protège le droit à un procès équitable (art. 14, §1). Enfin, la Charte des droits fondamentaux de

¹⁹⁰ Cons. const., 21 janv. 1994, 93-335 DC, cons. 4. – Cons. const., 9 avr. 1996, 96-373 DC, cons. 83. – Cons. const., 23 juill. 1999, 99-416 DC, cons. 38. – Cons. const., 19 déc. 2000, 2000-437 DC, cons. 43. – Cons. const., 2 déc. 1980, 80-119 L, cons. 6.

¹⁹¹ Droit fondamental à caractère constitutionnel : Cons. const., 13 août 1993, 93-325 DC, cons. 84. – V. aussi, Cons. const., 29 déc. 1989, 89-268 DC, cons. 89 ; 22 avr. 1997, 97-389 DC, cons. 32. Principe fondamental reconnu par les lois de la République : Cons. const., 2 déc. 1976, 76-70 DC, cons. 2. – Cons. const., 19-20 janv. 1981, 81-127 DC, cons. 52. – Cons. const., 28 juill. 1989, 89-260 DC, cons. 44. – Cons. const., 23 juill. 1999, 99-416 DC, cons. 38.

¹⁹² Cons. const., 29 déc. 1989, 89-268 DC, cons. 58.

¹⁹³ Cons. const., 29 août 2002, 2002-461 DC, cons. 23.

¹⁹⁴ Cons. const., 20 janv. 1981, 80-127 DC, cons. 37.

¹⁹⁵ Cons. const., 23 juill. 1975, 75-56 DC, cons. 4.

¹⁹⁶ Cons. const., 30 juin 1995, n° 94-20302, D. 1995, p. 513, note R. Drago ; JCP G 1995, II, 22478, note M. Jéol et A. Perdriau.

l'Union européenne, obligatoire aux termes de l'article 6, §1, du Traité sur l'Union européenne, reconnaît le « *droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial* » (art. 47).

- [355] Si ces instruments obligent principalement les États, rien n'interdit à un tribunal arbitral, afin de résoudre une question de procédure, de s'en inspirer, à titre de principes à valeur universelle. La Cour d'appel de Paris a eu l'occasion de juger que l'égalité des armes appartient à l'ordre public international français de protection¹⁹⁷. Par conséquent, sa méconnaissance par un tribunal arbitral pourrait justifier l'annulation de la sentence arbitrale. Cela dit, là encore, les tribunaux arbitraux devraient rarement avoir besoin d'appuyer leurs décisions de procédure sur les instruments conventionnels protégeant les droits fondamentaux, les principes énoncés dans les législations nationales et les règlements d'arbitrage protégeant suffisamment ces droits.
- [356] Cela dit, l'application à l'arbitrage de l'article 6(1) de la Convention européenne des droits de l'homme est une question largement débattue en doctrine¹⁹⁸. La Cour de cassation a semblé dire à une époque que cet instrument ne concerne pas le tribunal arbitral¹⁹⁹, qui n'est pas « *établi par la loi* ». En réalité, il est aujourd'hui acquis que l'article 6(1) est applicable à la procédure arbitrale mais il faut distinguer l'arbitrage forcé – lorsque les parties sont obligées d'y avoir recours²⁰⁰ – et l'arbitrage volontaire – lorsque les parties ont librement choisi d'y avoir recours.
- [357] Lorsque l'arbitrage est forcé, l'article 6(1) s'y applique systématiquement et complètement ; lorsqu'il est volontaire, les parties peuvent valablement renoncer à certains droits protégés par la Convention EDH²⁰¹ mais certainement pas à ceux qui garantissent le caractère équitable du procès, notamment la contradiction. Dans le cas de l'arbitrage forcé, le tribunal arbitral peut être assimilé à une juridiction de l'État. Même dans le cas de l'arbitrage volontaire, ce sont les États qui autorisent le recours à l'arbitrage et donnent effet à la sentence. Les États parties à la Convention européenne

¹⁹⁷ CA Paris, 14 mai 2019, n° 16/16502, *JCP E*, 2020, 1025, n° 15, obs. J. Ortscheidt.

¹⁹⁸ V. not. L. Clover Alcolea, « Trust arbitration and the European Convention on Human Rights », *Trusts & Trustees*, 2018, vol. 10, p. 976. – N. Fricero, « L'arbitrage à l'aune de la Convention européenne », in Y. Strickler et J.-B. Racine (dir.), *L'arbitrage, questions contemporaines*, L'Harmattan, 2012, p. 47. – J. Van Compernelle, « L'application des garanties de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme à l'arbitrage : question mal posée ou enjeu véritable ? », *Rev. dr. int. dr. comp.*, 2010, 386. – F. Knoepfler, « Les droits de l'homme et l'arbitrage », *Rev. suisse dr. int'l et eur.*, 3/2007, p. 463. – P. Hodges, « The relevance of Article 6 of the European Convention on Human Rights in the context of arbitration proceedings », *Int'l Arb. LR*, 2007, vol. 10(5), p. 163. – S. Besson, « Arbitration and Human Rights », *Bull. ASA* 2006, 395. – Y. Banifatemi, « Le droit au juge et l'arbitrage commercial international », in *Libertés, justice, tolérance : mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan*, Bruylant, 2004, p. 167. – A. Mourre, « Le droit français de l'arbitrage international face à la convention européenne des droits de l'homme », *Gaz. Palais*, 1^{er} déc. 2000, p. 16. – P. Lambert, « L'arbitrage et l'article 6, 1^o de la Convention européenne des droits de l'homme », in *L'arbitrage et la Convention européenne des droits de l'homme*, Anthemis, 2001, p. 9. – D. Poncet, « Un arbitre indépendant et impartial aux termes de l'article 6, 1^o de la Convention européenne des droits de l'homme : un point de vue de la Suisse », in *Mélanges en hommage à P. Lambert : Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire*, Bruylant, 2000, p. 655. – C. Jarrosson, « L'arbitrage et la Convention européenne des droits de l'homme », *Rev. arb.* 1989, 573. -

¹⁹⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 20 février 2001, n° 99-12574, *Bull. civ.* 2001, I, n° 39, *Cubic Defense Systems*.

²⁰⁰ Comme par exemple l'arbitrage du bâtonnier, obligatoire pour les différends professionnels entre avocats (loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, art. 7, al. 7) ou l'arbitrage du Tribunal arbitral du sport en matière disciplinaire, imposé par les fédérations sportives à leurs membres.

²⁰¹ CEDH, 2 octobre 2018, n° 40575/10, *Mutu et Pechstein c. Suisse*, § 95 ; v. obs. L. Milano, *JCP G* 2018, act. 1121. – V. aussi Cour EDH, 28 octobre 2010, *Suda c. République tchèque*, n° 1643/06, § 49. – Com. EDH, *Bramelid et Malmström c. Suède*, n° 8588/79 et 8589/79, décision de la Commission du 12 décembre 1983, § 30..

des droits de l'homme doivent donc veiller à ce que le fonctionnement du tribunal arbitral, qui est une véritable juridiction²⁰², satisfasse aux exigences du procès équitable. Partant, le tribunal arbitral lui-même doit veiller au respect de ces exigences.

2.4 REGLES NON-ETATIQUES DE PROCEDURE

[358] Comme on l'a vu, que l'arbitrage soit interne ou international, les parties peuvent se référer à un règlement d'arbitrage. Simplement, en matière interne, le droit étatique local s'applique nécessairement, le règlement d'arbitrage ne faisant que compléter et préciser les règles de procédure alors, qu'en matière internationale, le règlement d'arbitrage peut constituer le seul ensemble de règles applicables à la procédure arbitrale.

[359] Les règlements des grands centres d'arbitrage sont conformes aux grands principes processuels reconnus par les différentes législations nationales, de telle sorte qu'il n'y a pas de difficulté. Ils apportent quelques précisions sur l'organisation de la procédure tout en laissant aux parties et, à défaut de choix de leur part, au tribunal arbitral, une très grande marge de manœuvre pour préciser les règles à suivre²⁰³.

[360] En toute logique, les parties et les arbitres ne peuvent pas déroger aux dispositions impératives du règlement d'arbitrage d'un centre, puisqu'elles se sont engagées, vis-à-vis de lui, à le respecter, aux termes du contrat d'organisation de l'arbitrage. En revanche, avant la constitution du tribunal arbitral, les parties peuvent librement déroger à toutes les dispositions du règlement d'arbitrage CNUDCI, puisqu'il s'applique uniquement dans les arbitrages *ad hoc*, et que les parties ne s'engagent à le respecter que l'une vis-à-vis de l'autre. Une fois que le tribunal arbitral est constitué, on peut hésiter. A travers le contrat d'arbitre, les parties se sont probablement engagées, vis-à-vis de chaque arbitre, à respecter le règlement d'arbitrage, du moins ses dispositions impératives. D'un autre côté, on peut soutenir que l'organisation de la procédure relève, avant tout, du pouvoir des parties et que le tribunal arbitral doit se conformer à leur volonté.

[361] Par ailleurs, le droit souple a ici une certaine influence, en particulier les lignes directrices de l'International Bar Association²⁰⁴, auxquelles les parties et les arbitres se réfèrent souvent, en arbitrage international, évidemment, mais aussi, de plus en plus, en arbitrage interne :

- Lignes directrices de l'IBA sur la représentation des Parties dans l'arbitrage international.
- Règles de l'IBA sur l'administration de la preuve dans l'arbitrage international.

[362] Il faut également citer, au titre des sources de droit souple, les Règles sur la conduite efficace de la procédure d'arbitrage international (Règles de Prague)²⁰⁵, publiées en 2018. Elles ont été élaborées par un groupe international de praticiens de l'arbitrage international, afin d'offrir aux parties et aux arbitres un ensemble de dispositions particulièrement adaptées et pragmatiques.

²⁰² *Mutu et Pechstein c. Suisse*, §94. – V. déjà :

²⁰³ Règl. arb. CCI, art. 19. – Règl. Arb. CMAP, art. 18.2. – Règl. CNUDCI, art. 17.1.

²⁰⁴ <https://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx>.

²⁰⁵ <https://praguerules.com/>

3 PRINCIPES DIRECTEURS DE L'INSTANCE ARBITRALE

[363] Quelles que soient les règles de procédure applicables, il existe un certain nombre de principes impératifs, universels ou quasiment universels, qui gouvernent toutes les procédures arbitrales²⁰⁶. Ce sont d'ailleurs des principes processuels essentiels, applicables à toutes les procédures, arbitrales ou étatiques. On peut les qualifier, pour reprendre un terme bien connu en procédure civile, de principes directeurs de l'instance arbitrale²⁰⁷ : la contradiction (3.1), l'égalité entre les parties (3.2), la loyauté (3.3), la célérité (3.4), l'efficacité (3.5), l'estoppel (3.6), la confidentialité (3.7) et le principe dispositif (3.8).

3.1 CONTRADICTION

[364] Le principe de la contradiction est, naturellement, au cœur de la procédure arbitrale comme de toute procédure juridictionnelle. C'est un principe universel dont la méconnaissance est sanctionnée par la nullité de la sentence et l'impossibilité de l'exécuter²⁰⁸. En matière d'arbitrage interne, en vertu de l'article 1464 du Code de procédure civile, les dispositions suivantes du même code sont également applicables :

Article 14

Nulle partie ne peut être jugée sans avoir été entendue ou appelée.

Article 15

Les parties doivent se faire connaître mutuellement en temps utile les moyens de fait sur lesquels elles fondent leurs prétentions, les éléments de preuve qu'elles produisent et les moyens de droit qu'elles invoquent, afin que chacune soit à même d'organiser sa défense.

Article 16

Le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction.

Il ne peut retenir, dans sa décision, les moyens, les explications et les documents invoqués ou produits par les parties que si celles-ci ont été à même d'en débattre contradictoirement.

Il ne peut fonder sa décision sur les moyens de droit qu'il a relevés d'office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations.

Article 23-1

Si l'une des parties est atteinte de surdité, le juge désigne pour l'assister, par ordonnance non susceptible de recours, un interprète en langue des signes ou en langage parlé complété, ou toute personne qualifiée maîtrisant un langage ou une méthode permettant de communiquer avec les sourds. Le juge peut également recourir à tout dispositif technique permettant de communiquer avec cette partie.

Toutefois, l'alinéa précédent n'est pas applicable si la partie atteinte de surdité compar it assistée d'une personne de son choix en mesure d'assurer la communication avec elle.

²⁰⁶ C. pr. civ., art. 1510. – Loi-type CNUDCI, art. 18. – Loi suisse DIP, art. 182(3). – Règl. arb. CCI, art. 22(4).

²⁰⁷ Pour une étude systématique de ces principes, v. L. Bernheim – Van de Castele, *Les principes fondamentaux de l'arbitrage*, Bruxelles, Bruylant, 2012, spéc. né 459   732.

²⁰⁸ C. pr. civ., art. 1492, 4  et 1520, 4 . – Conv. NY, art. V(1)(b). – Loi-type CNUDCI, art. 34(2)(a)(ii) (annulation) et art. 36(1)(a)(ii) (refus de reconnaissance ou d'exécution). – Loi suisse DIP, 190(2)(d). – Eng. Arb. Act, art. 33(1)(a).

- [365] Cela dit, les règles énoncées par les articles 14 à 16 du Code de procédure civile s'appliquent assurément aussi au tribunal arbitral international, à travers l'exigence générale de respect du principe de la contradiction, qui figure, elle, à l'article 1510, *in fine*. Quant à la partie atteinte de surdité, même en matière d'arbitrage international, le principe de la contradiction implique de trouver un moyen lui permettant de communiquer.
- [366] D'une manière générale, le respect du principe de la contradiction a pour corollaire celui des droits de la défense, les deux notions étant très proches. Chaque partie doit être en mesure de présenter sa défense, c'est-à-dire de faire valoir et expliquer ses prétentions et ses moyens, et de produire les preuves pertinentes.
- [367] Cependant, toujours en vertu de l'article 1464 du Code de procédure civile, l'article 17 du même code est censé s'appliquer à l'arbitrage interne :
- Lorsque la loi permet ou la nécessité commande qu'une mesure soit ordonnée à l'insu d'une partie, celle-ci dispose d'un recours approprié contre la décision qui lui fait grief.
- [368] Pourtant, il est extrêmement délicat, pour un tribunal arbitral, de rendre une décision non contradictoire ou, selon l'expression utilisée en anglais, *ex parte*. D'une part, les arbitres sont conscients de l'importance du principe de la contradiction et craignent, s'ils y font une entorse, d'être censurés par le juge contrôlant leur sentence. D'autre part, une décision *ex parte* risque de ruiner le climat de confiance entre les parties et les arbitres, auquel ces derniers sont très attachés. Pour autant, en arbitrage interne, les articles 17 et 1464 autorisent les arbitres à prendre ce type de mesures non contradictoires, si cela est indispensable pour préserver l'intérêt légitime d'une partie. Il convient néanmoins de motiver très solidement la décision sur ce point. De plus, conformément à l'article 17, le tribunal arbitral doit accepter de réexaminer sa décision si la partie qui n'en avait pas été informée, une fois qu'elle l'est, le lui demande.
- [369] En matière d'arbitrage international, l'article 17 est inapplicable. En conséquence, si l'arbitrage est soumis à la loi française de procédure, il paraît difficile, pour le tribunal arbitral, de prendre une mesure *ex parte*. En revanche, la loi-type comporte des dispositions autorisant le tribunal arbitral à prononcer des mesures provisoires ou conservatoires de manière non contradictoire. Évidemment, une telle entorse au principe de la contradiction doit être indispensable pour assurer l'efficacité de la mesure²⁰⁹.

3.2 ÉGALITE ENTRE LES PARTIES

- [370] Le principe d'égalité entre les parties, auquel on peut rattacher l'égalité dans la désignation des arbitres, protégée par la jurisprudence française, est expressément énoncé, en matière d'arbitrage international, par l'article 1510 du Code de procédure civile :
- Quelle que soit la procédure choisie, le tribunal arbitral garantit l'égalité des parties et respecte le principe de la contradiction.
- [371] Ce principe est reconnu par de nombreuses législations²¹⁰ et de nombreux règlements d'arbitrage²¹¹. Parfois, la notion d'égalité n'apparaît pas mais il est prescrit au tribunal

²⁰⁹ Loi-type CNUDCI, art. 17B et 17C. – V. *supra* § 318.

²¹⁰ Loi-type CNUDCI, art. 18. – Loi suisse DIP, art. 182(3) et 190(2)(d).

²¹¹ Règl. arb. CNUDCI, art. 17(1).

arbitral de traiter les parties de manière équitable²¹², ce qui impose le maintien de l'égalité entre elles. De toute façon, une disposition expresse garantissant l'égalité entre les parties n'est pas indispensable, puisqu'une procédure juridictionnelle sans égalité entre les parties est inconcevable. On sait bien que l'égalité des armes est une composante du procès équitable²¹³. En arbitrage interne comme international, la violation du principe d'égalité est sanctionnée par la jurisprudence française, suivant le contexte, à travers la violation du principe de la contradiction ou de l'ordre public²¹⁴

3.3 LOYAUTE

[372] L'article 1464, alinéa 3, du Code de procédure civile, également applicable en matière internationale en vertu de l'article 1506, 3^o, impose aux parties et aux arbitres « *d'agir avec [...] loyauté dans la conduite de la procédure* »²¹⁵. On ne retrouve pas cette exigence dans les autres législations, sauf à considérer que l'adverbe « *fairly* » figurant à l'article 33(1) de l'*Arbitration Act*, exprime la même idée. Cependant, là encore, le respect du principe de la contradiction implique celui des droits de la défense, qui suppose que les parties et le tribunal arbitral se comportent loyalement. S'ils ne le font pas, généralement, cela aura pour résultat d'empêcher une partie de présenter sa défense.

[373] L'arrêt qui a visé le principe de loyauté en procédure civile illustre parfaitement le lien entre ce principe et celui de la contradiction. Ainsi, la Cour de cassation, a reproché à une cour d'appel de ne pas avoir autorisé la production, après la clôture des débats, d'une lettre reçue par une partie le jour de l'audience mais que l'autre partie qui l'avait reçue bien avant, s'était abstenue de produire, au visa suivant :

Vu les articles 10, alinéa 1^{er}, du Code civil et 3 du nouveau Code de procédure civile ;

Attendu que le juge est tenu de respecter et de faire respecter la loyauté des débats²¹⁶ ;

[374] Observons d'ailleurs que, si certains auteurs estiment observer l'émergence d'un principe général de loyauté en procédure civile, en se fondant notamment sur cet arrêt²¹⁷, c'est uniquement à propos de l'arbitrage que ce mot apparaît dans le Code de procédure civile.

3.4 CELERITE

[375] La célérité est une valeur essentielle de l'arbitrage, qui doit offrir aux parties un recours juridictionnel efficace et, donc, permettant d'aboutir à une solution sans délai. Il est donc normal que cette exigence se retrouve en droit français²¹⁸, comme dans d'autres législations²¹⁹, ainsi que dans certains règlements d'arbitrage²²⁰. Pour autant, même lorsque les règles de procédure applicables ne mentionnent pas expressément la notion

²¹² Eng. Arb. Act, art. 33(1). – Règl. CCI, art. 22(4).

²¹³ CEDH, 30 octobre 1991, *Borgers c. Belgique*, requête n° 12005/86. – V. aussi D. Jean-Pierre et F. Mélin-Soucramanien, « Le principe d'égalité des armes », *RRJ* 1999, p. 469.

²¹⁴ C. proc. civ., art. 1492, 5^o et 1520, 5^o ; v. CA Paris, 9 septembre 1997, *Heilmann v. Sté Graziano Trasmissioni*, *Rev. arb.* 1998, p. 712, obs. Y. Derains.

²¹⁵ D. Mouralis, « Loyauté et arbitrage », in F. Petit, dir., *Droit et loyauté*, Paris, Dalloz, 2015, p. 47.

²¹⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 7 juin 2005, n° 05-60044.

²¹⁷ S. Guinchard, C. Chainais, F. Ferrand, L. Mayer, *Procédure civile*, 34^e éd., Paris, Dalloz, n° 832 à 836.

²¹⁸ C. pr. civ., art. 1464 et 1506, 3^o.

²¹⁹ Par ex. : Eng. Arb. Act, art. 33(1)(b).

²²⁰ Pare x. : règl. arb. CCI, art. 22(1).

de célérité, les parties, les conseils et les arbitres sont toujours conscients de la nécessité d'éviter les retards inutiles. D'ailleurs, la célérité est un principe processuel général, puisque rendre la justice dans un délai raisonnable est une des exigences du procès équitable, expressément mentionnée dans l'article 6(1) de la Convention européenne des droits de l'homme.

- [376] La célérité de la procédure arbitrale est garantie, entre autres, par l'obligation, pour les arbitres, de respecter un délai d'arbitrage. En matière interne, ce délai existe nécessairement et est, par défaut, de six mois²²¹. En matière internationale, le code de procédure civile, comme les législations étrangères, n'imposent pas de délai mais les clauses compromissoires et les règlements d'arbitrage stipulent généralement un délai de six mois²²². Le délai peut être prorogé par accord des parties, par le centre d'arbitrage ou par le juge d'appui²²³ mais pas par le tribunal arbitral lui-même car il ne saurait avoir le pouvoir d'étendre la limite temporelle de son investiture, sauf dans le cas particulier d'une interruption ou suspension de l'instance arbitrale²²⁴.

3.5 EFFICACITE

- [377] La notion d'efficacité ne figure pas dans les différentes législations sur l'arbitrage mais on la trouve dans l'article 22(1) du règlement d'arbitrage CCI :

Le tribunal arbitral et les parties font tous leurs efforts pour conduire la procédure d'arbitrage avec célérité et efficacité en termes de coût, eu égard à la complexité et à l'enjeu du litige.

- [378] Même lorsqu'aucun règlement d'arbitrage visant ce principe n'est applicable, les arbitres sont toujours soucieux de conduire la procédure de manière efficace et les usagers de l'arbitrage recherchent généralement cette efficacité, à laquelle ils doivent contribuer, même si on peut parfois observer, de leur part, des stratégies dilatoires, auxquelles les arbitres doivent résister. Ainsi, on peut dire que l'efficacité est un principe général de l'instance arbitrale²²⁵. Concrètement, cela signifie que les arbitres doivent toujours s'efforcer d'organiser la procédure de la manière la plus simple et la plus économe en termes de temps, d'efforts et de coûts, dans le respect, évidemment, des autres principes gouvernant l'instance arbitrale. En particulier, la célérité est très liée à l'efficacité.

3.6 ESTOPPEL

- [379] Le principe d'estoppel, originaire de la tradition juridique anglaise, veut qu'une partie soit irrecevable à soulever au détriment de son adversaire, un moyen qui traduit une contradiction fondamentale avec son attitude procédurale précédente. L'article 1466 du Code de procédure civile, applicable en matière internationale en vertu de l'article 1506, 3^o, décline ce principe en matière d'arbitrage :

La partie qui, en connaissance de cause et sans motif légitime, s'abstient d'invoquer en temps utile une irrégularité devant le tribunal arbitral est réputée avoir renoncé à s'en prévaloir.

²²¹ C. pr. civ., art. 1463, al. 1^{er}.

²²² Règl. arb. CCI, art. 31(1). – Règl. arb. CMAP, art. 24.1.

²²³ C. pr. civ., art. 1463, al. 2. – Eng. Arb. Act, art. 50. – Règl. arb. CCI, art. 31(2). – Règl. arb. CMAP, art. 24.1.

²²⁴ V. *infra*, § 528 à 533.

²²⁵ T. Clay, « 'Liberté, égalité, efficacité' : la devise du nouveau droit français de l'arbitrage – Commentaire article par article », *JDI* 2012, p. 443 et 815. – L. Bernheim – Van de Castele, *Les principes fondamentaux de l'arbitrage*, Bruxelles, Bruylant, 2012, spéc. n^o 458 et 459.

- [380] On trouve des dispositions équivalentes dans plusieurs législations étrangères²²⁶ et règlements d'arbitrage²²⁷. L'article 1466 du Code de procédure civile y a été introduit par le décret du 13 janvier 2011²²⁸ ayant réformé le droit français de l'arbitrage mais la Cour de cassation avait déjà appliqué le même principe, dans un arrêt qui est d'ailleurs le premier à avoir mentionné le principe d'estoppel en procédure civile :

Sur le moyen unique, pris en ses quatre branches :

Attendu que M. X... a saisi, le 19 janvier 1982, le Tribunal des différends irano-américains dont le siège est à La Haye, pour obtenir la réparation du préjudice que lui aurait causé une expropriation de parts de sociétés ; qu'une sentence arbitrale rendue le 2 mars 1993 par ce Tribunal l'a débouté de ses demandes ; qu'il fait grief à l'arrêt confirmatif attaqué (Paris, 28 juin 2001), ayant déclaré exécutoire en France cette décision, d'avoir, premièrement, dénaturé ses conclusions en affirmant qu'il n'avait pas invoqué l'application de la Convention de New-York de 1958 pour s'opposer à cet exequatur ;

deuxièmement d'avoir violé l'article 1502-1 du nouveau Code de procédure civile, alors que le Tribunal a statué sans convention d'arbitrage car le traité conclu entre les Etats-Unis et l'Iran, qui a institué cette juridiction, ne peut pas constituer, au sens de ce texte, une convention d'arbitrage à laquelle peut adhérer une partie privée ;

troisièmement, de n'avoir pas recherché si cette convention, à la supposer existante, n'était pas nulle à raison d'un vice du consentement au regard du même texte ;

Mais attendu que l'arrêt, sans encourir le grief de dénaturation, a justement décidé que M. X..., qui a lui-même formé la demande d'arbitrage devant le Tribunal des différends irano-américains et qui a participé sans aucune réserve pendant plus de neuf ans à la procédure arbitrale, est irrecevable, en vertu de la règle de l'estoppel, à soutenir, par un moyen contraire, que cette juridiction aurait statué sans convention d'arbitrage ou sur convention nulle, faute de convention qui lui soit applicable ; que le moyen, qui est nouveau en sa quatrième branche, qui manque en fait en sa première et qui est inopérant en ses autres branches, ne peut être accueilli ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi²²⁹ ;

- [381] La jurisprudence veille à donner au principe d'estoppel une réelle efficacité. C'est au moment du recours en annulation contre la sentence ou du recours contre l'ordonnance lui ayant accordé l'exequatur que le principe d'estoppel produit son effet. On l'évoquera donc plus en détail lorsqu'on traitera du contrôle de la sentence par le juge étatique²³⁰.

3.7 CONFIDENTIALITE

- [382] Le droit français impose, sauf volonté contraire des parties, le respect de la confidentialité en matière d'arbitrage interne²³¹. En revanche, ce principe ne s'applique pas en matière internationale et on ne le retrouve pas dans les législations étrangères. Ainsi, contrairement à ce qu'on pourrait croire, à défaut de stipulation en ce sens dans

²²⁶ Loi-type CNUDCI, art. 4. – Eng. Arb. Act, art. 73.

²²⁷ Règl. arb. CNUDCI, art. 32. – Règl. arb. CCI, art. 40. – Règl. arb. CMAP, art. 23.6.

²²⁸ Décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage.

²²⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 6 juillet 2005, Golshani c. Iran, n° 01-15.912, *Bull. civ.* 2005, I, 252.

²³⁰ V. *infra*, leçon 8.

²³¹ C. pr. civ., art. 1464.-

la convention d'arbitrage, l'arbitrage international n'est pas soumis au principe de confidentialité.

- [383] Cela dit, les arbitres internationaux font toujours preuve de la plus grande discrétion. D'ailleurs, lorsqu'ils sont membres d'un barreau, le secret professionnel imposé par leur déontologie s'étend aux informations recueillies à l'occasion de leur mission d'arbitres. Même lorsqu'ils ne sont pas avocat, les arbitres internationaux ont conscience de devoir respecter la confidentialité de l'arbitrage, à tel point qu'on peut considérer qu'elle résulte pour eux d'une obligation implicite du contrat d'arbitre²³².
- [384] Les conseils, qui sont presque toujours avocats, sont également soumis au secret professionnel. Ils doivent d'ailleurs veiller à la confidentialité de toutes les écritures et pièces qui leur sont remises, notamment en assurant, autant que faire se peut, la sécurité informatique de leurs équipements. L'usage de la vidéoconférence présente le même enjeu de sécurité.
- [385] En réalité, ce sont les parties à un arbitrage international qui sont les plus susceptibles de rompre la confidentialité si celle-ci ne leur est pas imposée par la convention d'arbitrage. Cela étant, même lorsque les parties sont soumises au principe de confidentialité, elles peuvent produire la sentence dans le cadre d'un recours contre celle-ci ou d'une procédure d'exécution.
- [386] En matière d'arbitrage d'investissement, eu égard aux intérêts publics qui sont en cause, le principe dominant est plutôt celui de la transparence. Les sentences et, parfois, d'autres actes de procédure, sont publiés. De plus, pour garantir cette transparence, la CNUDCI a publié un règlement sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités, qui s'applique aux arbitrages d'investissement soumis au règlement d'arbitrage CNUDCI fondé sur des traités de protection des investissements conclu le 1^{er} avril 2014 ou après. Elle a aussi proposé à la signature des États la Convention de Maurice du 10 décembre 2014 sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités, destiné à permettre l'application du règlement sur la transparence aux arbitrages fondés sur des traités de protection des investissements conclu avant le 1^{er} avril 2014.
- [387] Lorsque les arbitres sont tenus à la confidentialité, si celle-ci est rompue de leur fait, ils engagent leur responsabilité civile. En France, en matière d'arbitrage interne, la violation délibérée de l'obligation de confidentialité pourrait aussi constituer le délit incriminé par l'article 226-13 du Code pénal :

La révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire soit par état ou par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire, est punie d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende.

3.8 PRINCIPE DISPOSITIF

- [388] Le principe dispositif s'applique assurément en matière d'arbitrage interne, auquel l'article 1464 du Code de procédure civile étend les articles suivants du même code :

Article 4

L'objet du litige est déterminé par les prétentions respectives des parties.

²³² V. en ce sens D. Mouralis, « L'arbitrage international est-il confidentiel ? », *Revue arabe des chaires ALECSO*, à paraître, n° 11 et 12.

Ces prétentions sont fixées par l'acte introductif d'instance et par les conclusions en défense. Toutefois l'objet du litige peut être modifié par des demandes incidentes lorsque celles-ci se rattachent aux prétentions originaires par un lien suffisant.

Article 5

Le juge doit se prononcer sur tout ce qui est demandé et seulement sur ce qui est demandé.

Article 6

A l'appui de leurs prétentions, les parties ont la charge d'alléguer les faits propres à les fonder.

Article 7

Le juge ne peut fonder sa décision sur des faits qui ne sont pas dans le débat.

Parmi les éléments du débat, le juge peut prendre en considération même les faits que les parties n'auraient pas spécialement invoqués au soutien de leurs prétentions.

Article 8

Le juge peut inviter les parties à fournir les explications de fait qu'il estime nécessaires à la solution du litige.

- [389] En matière internationale, ces principes s'appliquent aussi même si les textes ne le disent pas explicitement. Le tribunal arbitral doit assurément statuer sur tout le litige et seulement sur le litige, tel qu'il est défini par l'acte de mission et les écritures des parties. S'il statue *infra petita*, les parties peuvent lui demander de réparer une telle omission de statuer²³³ et, en droit anglais²³⁴ et suisse²³⁵, cela justifie l'annulation de la sentence. S'il statue *ultra petita*, il ne respecte pas les termes de sa mission, ce qui justifie l'annulation de la sentence²³⁶ ou un refus d'exécution²³⁷.
- [390] Cela dit, le principe dispositif s'applique avec souplesse. Sauf disposition contraire de l'acte de mission, les parties peuvent, tout au long de la procédure, faire évoluer l'objet du litige et les termes du débat, en présentant des moyens et prétentions nouveaux²³⁸.
- [391] Selon un principe bien établi, probablement corollaire du principe dispositif, que ce soit en matière interne ou internationale, il appartient aux parties de prouver les faits pertinents. Cela traduit le caractère accusatoire de la procédure arbitrale, même si le tribunal arbitral lui-même peut prendre des initiatives probatoires²³⁹. En matière d'arbitrage interne, l'article 9 du Code de procédure civile est applicable :

Article 9

Il incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention.

²³³ C. pr. civ., art. 1485.

²³⁴ Eng. Arb. Act, art. 68(2)(b).

²³⁵ Loi suisse DIP, art. 190(2)(c).

²³⁶ C. pr. civ., art. 1492, 3° et 1520, 3°. – Loi suisse DIP, art. 190(2)(c). – Eng. Arb. Act, art. 68(2)(b).

²³⁷ C. pr. civ., art. 1492, 3° et 1520, 3°. – Convention NY, art. V(1)(c).

²³⁸ Loi-type CNUDCI, art. 23(2).

²³⁹ V. *infra*, leçon 5.

[392] Les dispositions suivantes sont également applicables en matière d'arbitrage interne :

Article 12 alinéas 2 et 3

Il [le juge] doit donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée.

Toutefois, il ne peut changer la dénomination ou le fondement juridique lorsque les parties, en vertu d'un accord exprès et pour les droits dont elles ont la libre disposition, l'ont lié par les qualifications et points de droit auxquels elles entendent limiter le débat.

Article 13

Le juge peut inviter les parties à fournir les explications de droit qu'il estime nécessaires à la solution du litige.

[393] Il faut sans doute en déduire que le tribunal arbitral peut soulever d'office un moyen de droit, dans les mêmes conditions que le juge étatique, mais doit redonner leur exacte qualification aux faits et actes litigieux. En matière internationale, le relevé d'office d'un moyen de droit n'est pas fondé par un texte mais il est probablement possible. On en reparlera à propos des règles mises en œuvre par le tribunal arbitral pour juger le litige au fond²⁴⁰.

[394] Cela dit, le relevé d'office d'un moyen de droit ou de fait est toujours délicat pour un tribunal arbitral, même en arbitrage interne auquel s'appliquent les articles 7, 12 et 13 du Code de procédure civile. En effet, le moyen soulevé sera toujours à l'avantage d'une partie et au détriment de l'autre. Or, le tribunal arbitral, qui a été investi par les parties et qui est toujours très soucieux de son impartialité, craint d'apparaître comme privilégiant l'une d'elles. En tous les cas, si le tribunal soulève d'office un moyen de droit il doit, pour respecter le principe de la contradiction, inviter les parties à présenter leurs observations sur ce moyen.

4 COMPETENCE DU TRIBUNAL ARBITRAL

[395] En procédure civile, on distingue les notions de compétence et de pouvoir juridictionnels. La compétence juridictionnelle est l'aptitude à connaître de certaines demandes, tandis que le pouvoir est l'aptitude à trancher le litige et prononcer les mesures demandées. La compétence d'une juridiction est contestée au moyen d'une exception de procédure, l'exception d'incompétence, et son pouvoir, au moyen d'une fin de non-recevoir. Cela dit, la distinction est parfois délicate. Quoi qu'il en soit, le tribunal arbitral est compétent pour statuer sur son pouvoir juridictionnel (4.1) et sur le fond (4.2).

4.1 COMPETENCE DU TRIBUNAL ARBITRAL POUR STATUER SUR SON POUVOIR JURIDICTIONNEL

[396] Il y a ici une certaine confusion entre pouvoir et compétence. La compétence du tribunal arbitral pour statuer sur son pouvoir juridictionnel est souvent présentée comme une compétence pour statuer sur la compétence, d'où le terme de principe compétence compétence (4.1.1). Après avoir expliqué le contenu de ce principe, il faudra évoquer le régime de l'exception d'incompétence (4.1.2).

²⁴⁰ V. *infra*, leçon 7.

4.1.1 Principe compétence compétence

[397] Le principe compétence compétence est énoncé par l'article 1465 du Code de procédure civile :

Le tribunal arbitral est seul compétent pour statuer sur son pouvoir juridictionnel.

[398] Comme le montrent la rédaction du texte et, en particulier, l'adjectif « *seul* », le principe compétence compétence produit un double effet, positif (4.1.1.1) et négatif (4.1.1.2).

4.1.1.1 Effet positif

[399] Selon l'article 1465, le tribunal arbitral peut statuer sur son pouvoir juridictionnel, ce qui inclut la compétence, c'est-à-dire le champ d'application de ce pouvoir juridictionnel. Il peut aussi statuer sur le principe et l'existence de son pouvoir juridictionnel. Par exemple, il peut décider si la convention d'arbitrage est valable ou nulle. C'est pour inclure toutes les questions relatives au pouvoir juridictionnel du tribunal arbitral que l'article 1465 utilise ce mot.

[400] Le principe selon lequel le tribunal arbitral est juge de l'existence de son pouvoir juridictionnel et de l'étendue de celui-ci, c'est-à-dire de sa compétence, est universel²⁴¹. Sa portée dépasse l'arbitrage et s'étend à l'ensemble du droit processuel : toute juridiction est juge de son pouvoir et de sa compétence car le juge de l'action est juge de l'exception²⁴². En ce qui concerne le juge étatique, l'article 49, alinéa 1^{er}, du Code de procédure civile pose le principe selon lequel le juge est compétent pour statuer sur les moyens de défense, ce qui inclut les fins de non-recevoir et l'exception d'incompétence. Les articles 75 à 82 montrent également que le juge doit statuer sur toute exception d'incompétence.

4.1.1.2 Effet négatif

[401] L'effet négatif du principe compétence compétence signifie que le tribunal arbitral est exclusivement compétent pour statuer en premier sur sa compétence, étant entendu que la décision du tribunal arbitral sur ce point est susceptible d'être contrôlée ensuite par le juge étatique, à l'occasion d'un recours en annulation ou d'un recours contre l'ordonnance ayant revêtu la sentence de l'exequatur²⁴³. Il faut ici noter la présence de l'adjectif « *seul* » dans l'article 1465 du Code de procédure civile. L'article 1448 tire les conséquences concrètes de l'effet négatif du principe compétence compétence :

Lorsqu'un litige relevant d'une convention d'arbitrage est porté devant une 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.

La juridiction de l'État ne peut relever d'office son incompétence.

Toute stipulation contraire au présent article est réputée non écrite.

[402] La Cour de cassation veille à donner son plein effet à l'adverbe « *manifestement* » et à ce que le juge étatique se déclare incompétent s'il y a le moindre doute sur la nullité de la convention d'arbitrage. Voici un arrêt qui illustre ce propos :

Sur le moyen unique pris en ses diverses branches :

²⁴¹ V. par ex. Eng. Arb. Act, art. 30. – LSDIP, art. 186(1). – Loi-type, art. 16(1). – Règl. arb. CCI, art. 6(3).

²⁴² H. Roland et L. Boyer, *Adages du droit français*, 3^e éd., Litec, 1992, n^o 177, p. 357.

²⁴³ C. proc. civ., art. 1492, 1^o, et 1520, 1^o.

Vu les articles 1448 et 1465 du code procédure civile ;

Attendu qu'il appartient à l'arbitre de statuer par priorité sur sa propre compétence, sauf nullité ou inapplicabilité manifeste de la clause d'arbitrage ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que la société Ascat a saisi la juridiction consulaire d'une demande de condamnation de la société de Clarens en résiliation du contrat de co-courtage conclu entre elles et en paiement de diverses sommes au titre de commissions, que la société de Clarens a opposé la clause compromissoire du contrat ;

Attendu que, pour déclarer la juridiction consulaire compétente, l'arrêt énonce que la clause compromissoire de l'accord de co-courtage ne soumet à l'arbitrage que les désaccords des parties liées à l'interprétation du contrat, étant par ailleurs constant qu'une telle clause doit s'interpréter strictement, et conclut que les refus de paiement ne trouvent pas leur origine dans une difficulté d'interprétation mais dans le retard, invoqué par la société de Clarens, de réception des bordereaux lui permettant de calculer le montant des rétro-commissions à verser ;

Qu'en statuant ainsi, alors que le litige consistait à déterminer si la demande de la société de Clarens ne se rattachait pas à l'interprétation du contrat et n'entrait donc pas dans le champ d'application de la convention d'arbitrage, relevant ainsi de la compétence exclusive de l'arbitre, la cour d'appel a violé les textes susvisés par refus d'application ;

Par ces motifs :

Casse et annule...²⁴⁴

- [403] Pour donner un autre exemple, la clause compromissoire visant « *les contestations nées de l'interprétation et de l'exécution de l'accord de franchise* » n'est pas manifestement inapplicable à une action en nullité²⁴⁵. En revanche, la clause compromissoire d'un contrat est manifestement inapplicable à un autre contrat concourant à la même opération contractuelle mais qui comporte une clause d'élection de for²⁴⁶. En matière interne, en l'absence de tout document écrit transcrivant la clause compromissoire, celle-ci est manifestement nulle²⁴⁷. Cela étant dit, les dispositions de l'article 1448 appellent un certain nombre d'observations.

a Effet négatif et procédure collective

- [404] En matière de procédure collective, l'effet négatif du principe compétence compétence s'applique aussi mais le créancier doit d'abord déclarer sa créance. Si le tribunal n'est pas constitué au moment où le juge commissaire vérifie les créances, celui-ci doit se déclarer incompétent, après avoir vérifié que la déclaration de créance est valable²⁴⁸. La convention d'arbitrage n'est pas un contrat en cours au sens de l'article L. 622-13 du Code de commerce, de telle sorte que l'administrateur judiciaire ne peut la résilier afin de rendre le juge étatique compétent²⁴⁹. En effet, la convention d'arbitrage est une convention de procédure. Lorsqu'elle prend la forme d'une clause compromissoire, elle est détachable du contrat qui la contient qui, lui, s'il est en cours, peut être continué ou non par l'administrateur judiciaire. L'impossibilité pour le débiteur en liquidation

²⁴⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 29 janvier 2014, n° 12-29086.

²⁴⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 12 décembre 2007, n° 07-13927

²⁴⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 4 juillet 2006, 06-11591.

²⁴⁷ C. pr. civ., art. 1443.

²⁴⁸ Cass. com., 2 juin 2004, n° 02-18700, *Cutting (sté) c. Alstom Power Turbomachines*, Bull. civ. 2004, IV, n° 110.

²⁴⁹ Cass. com., 23 novembre 2022, n° 21-10.614, *Sté Vacama*, JCP G 2023, doctr. 221, n° 3, obs. L. Jandard; JCP G 2022, act. 1439, obs. P. Canet ; Act. proc. coll. 2023, repère 15, F.-X. Lucas ; BJE janv. 2023, note S. Benlisi ; Dalloz actualité, 9 janvier 2023, obs. J. Jourdan-Marques ; Dalloz actualité, 7 déc. 2022, obs. C. Lebel.

judiciaire de faire face aux frais d'arbitrage n'emporte pas inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage²⁵⁰.

b Effet négatif et impécuniosité

[405] D'ailleurs, plus généralement, l'impécuniosité d'une partie, qu'elle soit ou non placée en procédure collective, n'est pas, en soi, une cause d'inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage. Cependant, tout en rappelant ce principe, la Cour de cassation observe dans une espèce récente que la partie impécunieuse « *n'avait pas soutenu qu'une tentative préalable d'engagement d'une procédure arbitrale avait échoué, faute de remède apporté aux difficultés financières alléguées* »²⁵¹. Cela laisse entendre que si la partie impécunieuse a essayé, sans y parvenir en raison de son défaut de ressources, de mettre en œuvre la convention d'arbitrage, celle-ci pourrait être considérée comme manifestement inapplicable.

[406] Dans cette espèce, la Cour d'appel de Paris avait auparavant expliqué « *qu'il revient aux acteurs de l'arbitrage d'écarter tout risque de déni de justice face à un plaideur aux moyens financiers limités* »²⁵². Dans un autre arrêt, elle a écrit qu'« *il appartient en tout état de cause au tribunal arbitral de permettre l'accès au juge, un éventuel manquement de sa part sur ce point étant susceptible d'être sanctionné ultérieurement* »²⁵³. Ainsi, la jurisprudence adopte une position nuancée. Les difficultés financières d'une partie ne justifient pas d'écarter la convention d'arbitrage mais les acteurs de l'arbitrage sont invités à éviter tout déni de justice. A eux de déterminer comment mais plusieurs mesures sont envisageables, notamment la modération des honoraires et des délais de paiement.

c Effet négatif et inopposabilité de la convention d'arbitrage interne au non-professionnel

[407] Cela étant, la réforme de l'article 2061 du Code civil par la loi du 18 novembre 2016 devrait conduire à une évolution de la jurisprudence : à chaque fois qu'un défendeur invoquera l'inopposabilité d'une clause compromissoire interne devant le juge étatique, celui-ci devra accepter de se prononcer sur ce point, l'inapplicabilité de la clause étant alors manifeste. En effet, avant cette réforme, en matière prud'homale, la Cour de cassation admettait que le juge saisi d'une demande relative à un contrat de travail constate l'inopposabilité de la clause au salarié²⁵⁴. Cette notion d'inopposabilité, de source prétorienne, a évidemment ouvert la voie à la réforme de l'article 2061.

d Effet négatif et clause compromissoire internationale

[408] L'article 2061 du Code civil ne s'applique pas aux conventions d'arbitrage internationales, qui sont soumises à une règle matérielle²⁵⁵. Avant la modification, en

²⁵⁰ Cass. 1^{re} civ., 13 juillet 2016, pourvoi n° 15-19389, *SER Aéronautique et technologies embarquées c. Airbus Helicopters*.

²⁵¹ Cass. civ. 1^{ère}, 28 septembre 2022, n° 21-21.738, *Carrefour Proximité France*, JCP G 2023, doctr. 221, n° 1, obs. L. Jandard ; *D.* 2022, p. 2022, note N. Dissaux ; *Procédures* 2022, comm. 249, note L. Weiller ; *Rev. arb.* 2023, 2023, p. 160, note P. Giraud ; *Daloz actualité* 28 oct. 2022, obs. J. Jourdan-Marques ; *D.* 2022, p. 2330, obs. Th. Clay ; *LEDICO* janv. 2023, obs. H. Meur.

²⁵² CA Paris, 30 juin 2021, *Carrefour Proximité France*, n° 21/02568, *Rev. arb.*, 2022, p. 462, chr. P. Giraud ; *Daloz actualité*, 17 septembre 2021, obs. J. Jourdan- Marques. – V. aussi CA Paris, 20 octobre 2021, n° 21/06054.

²⁵³ CA Paris, 26 février 2013, *Lola Fleurs*

²⁵⁴ Cass. soc., 30 novembre 2011, n° 11-12905.

²⁵⁵ V. *supra*, n° 85 à 92.

2016, de cet article, la Cour de cassation en avait jugé ainsi²⁵⁶. Néanmoins, elle avait aussi jugé que la clause compromissoire figurant dans un contrat de travail international est inopposable au salarié²⁵⁷, qui peut saisir le conseil de prud'hommes. Cet arrêt montre que l'inopposabilité profite au salarié ayant conclu un contrat de travail international mais, également, que l'effet négatif du principe compétence compétence est inopposable à la partie à laquelle la clause est elle-même inopposable. C'est une première limite à l'effet négatif en matière d'arbitrage international.

[409] Dans un arrêt récent, la Cour de cassation a posé une seconde limite²⁵⁸. Selon cet arrêt, le juge français saisi, par un consommateur, d'un litige relatif à un contrat international de consommation comportant une clause compromissoire doit vérifier si la clause est abusive au regard des critères découlant de la directive 93/13/CEE du 5 avril 1993 et, dans l'affirmative, se déclarer compétent. Cela revient à autoriser un contrôle plein et entier de la clause.

e Effet négatif et application du règlement Bruxelles I

[410] Cela étant, la Cour de justice de l'Union européenne a récemment rendu un arrêt, sous l'empire du règlement Bruxelles I du 22 décembre 2000²⁵⁹, qui impose aux tribunaux arbitraux de respecter le régime de la litispendance si le litige qui leur est soumis est porté devant une juridiction étatique de l'Union européenne. Cela revient à interdire au tribunal arbitral de se prononcer sur sa propre compétence s'il a été saisi en second lieu, puisqu'alors la juridiction étatique doit se prononcer en priorité²⁶⁰.

[411] En effet, cet arrêt décide que le juge d'un État membre de l'Union européenne doit refuser l'exécution d'un jugement émanant d'un autre État membre qui serait inconciliable avec une sentence précédemment reconnue par un jugement de l'État requis. Cela se comprend, au vu de l'article 34(3) du Règlement. En revanche, la Cour précise :

il en va cependant autrement dans l'hypothèse où la sentence arbitrale dont cet arrêt reprend les termes a été adoptée dans des circonstances qui n'auraient pas permis l'adoption, dans le respect des dispositions et des objectifs fondamentaux de ce règlement, d'une décision judiciaire relevant du champ d'application de celui-ci²⁶¹

[412] Lorsqu'une juridiction étatique n'aurait pas pu rendre une décision identique au contenu de la sentence arbitrale précédemment reconnue, la reconnaissance de celle-ci ne fait pas obstacle à l'exécution du jugement plus récent émanant d'un autre État membre. En l'espèce, l'assureur du *Prestige*, un navire pétrolier ayant fait naufrage au large de l'Espagne, avait saisi un tribunal arbitral sur le fondement de la clause compromissoire de la police d'assurance pour faire constater que la clause compromissoire était opposable au royaume d'Espagne qui exerçait l'action directe contre lui mais qu'en vertu de la clause *to be paid* figurant dans la police, le royaume

²⁵⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 5 janvier 1999, pourvoi n° 96-21430, *Bull. civ.* 1999, I, n° 2.

²⁵⁷ Cass. soc., 16 février 1999, n° 96-40643.

²⁵⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 30 septembre 2020, pourvoi n° 18-19241, D. 2020, p. 2501, note D. Mouralis.

²⁵⁹ Règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale.

²⁶⁰ V. Règl. Bruxelles I, art. 27, devenu l'art. 29 du Règlement Bruxelles I bis (Règlement (UE) n° 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale.

²⁶¹ CJUE, gde ch., 20 juin 2022, aff. C-700/20, *London Steamship*, *JCP G* 2023, doct. 221, n° 4, obs. C. Seraglini ; *JCP G* 2022, 972, note J. Heymann.

ne pouvait le poursuivre directement, l'assuré devant l'indemniser avant de recouvrer le montant des dommages intérêts auprès de l'assureur. La Cour de justice estime qu'en l'espèce une juridiction étatique n'aurait pas statué ainsi, en vertu de l'effet relatif de la convention d'arbitrage et du régime de la litispendance. L'arrêt de la Cour de la Corogne condamnant l'assureur à payer une indemnité au royaume d'Espagne pouvait donc être exécutée au Royaume-Uni, alors encore membre de l'Union européenne, nonobstant l'arrêt britannique accordant l'exequatur à la sentence.

- [413] Cet arrêt de la Cour de justice est très contestable. D'une part, il revient à imposer aux tribunaux arbitraux de respecter le régime de la litispendance prévu par le règlement Bruxelles I et, désormais, le règlement Bruxelles I bis, alors même que, selon l'article 1(2)(d) de ces deux instruments, ils sont inapplicables à l'arbitrage. D'autre part, il prétend imposer à l'effet de la clause compromissoire une limite contraire à son régime, selon lequel elle est transmise et opposable à toute personne exerçant l'action née du contrat qui la contient. La Cour de justice confond manifestement le régime de la clause compromissoire et de la clause d'élection de for qui, elle, est régie par les Règlements Bruxelles I et Bruxelles I bis.

f Effet négatif et originalité du droit français de l'arbitrage

- [414] Enfin, autant l'effet positif du principe compétence compétence est universel, autant son effet négatif est une particularité du droit français. Il convient de comparer l'article 1448 du Code de procédure civile à l'article 8 de la loi-type :

Convention d'arbitrage et actions intentées quant au fond devant un tribunal

1) Le tribunal saisi d'un différend sur une question faisant l'objet d'une convention d'arbitrage renverra les parties à l'arbitrage si l'une d'entre elles le demande au plus tard lorsqu'elle soumet ses premières conclusions quant au fond du différend, à moins qu'il ne constate que ladite convention est caduque, inopérante ou non susceptible d'être exécutée.

2) Lorsque le tribunal est saisi d'une action visée au paragraphe 1 du présent article, la procédure arbitrale peut néanmoins être engagée ou poursuivie et une sentence peut être rendue en attendant que le tribunal ait statué.

- [415] L'article 9(4) de l'Arbitration Act anglais prévoit un sursis à statuer aux mêmes conditions. L'approche anglaise consiste, pour faire respecter les conventions d'arbitrage, non à consacrer l'effet négatif de la compétence compétence mais à décerner des *anti-suit injunctions* aux fins de faire cesser les procédures étatiques les méconnaissant. Cependant, avant le Brexit, la Cour de justice de l'Union européenne avait interdit cette pratique à l'encontre des procédures intentées dans un État membre de l'Union européenne²⁶², la considérant comme contraire au principe de confiance mutuelle²⁶³.

4.1.2 Régime de l'exception d'incompétence

- [416] Le moyen tendant à faire constater qu'une juridiction est incompétente est une exception de procédure, plus précisément une exception d'incompétence. Son régime n'est pas exactement le même devant le tribunal arbitral (4.1.2.1) et devant le juge étatique (4.1.2.2).

²⁶² CJUE, 10 février 2009, *Allianz SpA c. West Tankers (Front Connor)*, aff. C-185/07.

²⁶³ Règlement Bruxelles I, Règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000.

4.1.2.1 *Devant le tribunal arbitral*

- [417] En vertu des articles 1464 et 1509 du Code de procédure civile, les règles applicables devant les tribunaux étatiques ne sont pas applicables devant le tribunal arbitral, sauf volonté contraire des parties. Ainsi, l'article 74 n'est pas applicable. Autrement dit, les exceptions de procédure, en particulier l'exception d'incompétence, peuvent être soulevées en tout état de cause. Cela étant, l'usage est de la soulever dès le début de la procédure. D'ailleurs, dans certaines lois étrangères, on retrouve l'obligation de soulever l'exception d'incompétence *in limine litis*, même en matière d'arbitrage²⁶⁴.
- [418] Le tribunal arbitral peut décider de vider d'abord la question de la compétence, par une première sentence, et de n'examiner le fond que s'il se déclare compétent. C'est ce qu'on appelle la bifurcation. Celle-ci est recommandée lorsque la question de la compétence s'annonce difficile et le débat au fond, complexe : il vaut alors mieux éviter de contraindre les parties à argumenter au fond avant la décision du tribunal arbitral sur la compétence.

4.1.2.2 *Devant le juge étatique*

- [419] Devant le juge étatique, l'exception d'incompétence doit être soulevée *in limine litis* et simultanément aux autres exceptions de procédure²⁶⁵. Le juge ne peut soulever cette exception d'office car ce n'est pas un cas d'incompétence d'ordre public²⁶⁶. Si le défendeur ne soulève pas l'existence d'une convention d'arbitrage, il renonce à son bénéfice.

4.2 **COMPETENCE DU TRIBUNAL ARBITRAL POUR STATUER SUR LE FOND**

- [420] Le tribunal arbitral est exclusivement compétent pour statuer sur le fond du litige, dans la limite du champ d'application personnel et matériel de la convention d'arbitrage. Du fait du caractère exclusif de la compétence du tribunal arbitral, les exceptions de litispendance ou de connexité ne jouent pas ici²⁶⁷. Cela résulte de l'article 1448 du Code de procédure civile, selon lequel le juge étatique doit se dessaisir en présence d'une convention d'arbitrage. Comme on le verra ci-dessous, trancher le litige au fond est également un pouvoir et un devoir du tribunal arbitral²⁶⁸. Ici, compétence et pouvoir se rejoignent.

5 **POUVOIRS DU TRIBUNAL ARBITRAL**

- [421] Le tribunal arbitral a le pouvoir d'organiser l'instance (5.1) et d'ordonner des mesures provisoires et conservatoires (5.2). Il a également de larges pouvoirs en matière de preuve (5.3). Il peut aussi tenter de concilier les parties (5.4) mais, évidemment, à défaut d'un accord amiable mettant fin au litige, il peut et doit statuer au fond (5.5).

5.1 **ORGANISATION DE L'INSTANCE**

- [422] Le tribunal arbitral a le pouvoir d'organiser la procédure, dans le respect des règles adoptées par accord des parties²⁶⁹ et des principes directeurs de l'instance arbitrale²⁷⁰.

²⁶⁴ Eng. Arb. Act, art. 31. – LSDIP, art. 186(2). – Loi-type CNUDCI, art. 16(2). – V. aussi règl. arb. CNUDCI, art. 23(2).

²⁶⁵ C. pr. civ., art. 74.

²⁶⁶ C. pr. civ., art. 92 et 1448 al. 2.

²⁶⁷ Sous réserve de l'arrêt de la Cour de justice évoqué ci-dessus (v. *supra*, n° 410 à 413).

²⁶⁸ V. *infra*, § 425 à 428.

²⁶⁹ C. pr. civ., art. 1464, al. 1^{er} et 1509, al. 2.

²⁷⁰ V. loi suisse DIP, art. 182(3).

En cas de désaccord entre les parties, c'est au tribunal de trancher. Ce pouvoir d'organisation de la procédure est reconnu par toutes les législations²⁷¹ et règlements d'arbitrage²⁷².

5.2 MESURES PROVISOIRES ET CONSERVATOIRES

[423] Il faut évoquer ici la situation antérieure (5.2.1) et postérieure (5.2.2) à la constitution du tribunal arbitral.

5.2.1 Avant la constitution du tribunal arbitral

[424] Avant la constitution du tribunal arbitral, le juge est compétent pour accorder des mesures provisoires ou conservatoires, comme le dit l'article 1449 du Code de procédure civile :

L'existence d'une convention d'arbitrage ne fait pas obstacle, tant que le tribunal arbitral n'est pas constitué, à ce qu'une partie saisisse une juridiction de l'Etat aux fins d'obtenir une mesure d'instruction ou une mesure provisoire ou conservatoire.

Sous réserve des dispositions régissant les saisies conservatoires et les sûretés judiciaires, la demande est portée devant le président du tribunal judiciaire ou de commerce, qui statue sur les mesures d'instruction dans les conditions prévues à l'article 145 et, en cas d'urgence, sur les mesures provisoires ou conservatoires sollicitées par les parties à la convention d'arbitrage.

[425] La condition de l'urgence s'apprécie à la date où le juge des référés statue²⁷³. On retrouve la même règle à l'article 9 de la loi-type CNUDCI et à l'article VI-4 de la Convention de Genève. Il est également possible de saisir le juge français d'une demande de mesure d'instruction *in futurum* sur le fondement de l'article 145 du Code de procédure civile²⁷⁴.

5.2.2 Après la constitution du tribunal arbitral

[426] Après la constitution du tribunal arbitral, il appartient au tribunal arbitral de prendre les mesures provisoires et conservatoires (5.2.2.1) mais le juge étatique conserve un pouvoir résiduel (5.2.2.2).

5.2.2.1 Pouvoir du tribunal arbitral

[427] Dès qu'il est constitué, le tribunal arbitral a le pouvoir d'accorder des mesures provisoires et conservatoires. Ce pouvoir est reconnu par toutes les législations²⁷⁵. En France, l'article 1468 du Code de procédure civile, également applicable en matière internationale, dispose :

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 saisies conservatoires et sûretés judiciaires.

Le tribunal arbitral peut modifier ou compléter la mesure provisoire ou conservatoire qu'il a ordonnée.

[428] La décision ordonnant une telle mesure n'est pas, en principe, considérée comme une sentence, ce qui interdit d'en demander l'exequatur²⁷⁶. Cependant, en droit français, le

²⁷¹ Par ex. : Loi-type CNUDCI, art. 19(2). – Loi Suisse DIP, art. 182(2). – Eng. Arb. Act, art. 34(1).

²⁷² Règl. arb. CCI, art. 22(2). – Règl. arb. CMAP, art. 18.2, al. 1^{er}.

²⁷³ Cass. civ. 1^{ère}, 1^{er} mars 2023, n° 22-15.445, FS-B, *JCP E*, 2023, 1198, note P. Casson.

²⁷⁴ V. *infra*, leçon 8.

²⁷⁵ Loi-type CNUDCI, art. 17.

²⁷⁶ Voir *infra*, § 431 à 434.

tribunal arbitral peut les assortir d'une astreinte. En outre, la crainte de contrarier le tribunal arbitral incite généralement les parties à exécuter la mesure ordonnée. D'autres législations prévoient le concours du juge pour garantir l'exécution des mesures provisoires et conservatoires adoptées par le tribunal arbitral²⁷⁷.

5.2.2.2 *Pouvoir résiduel du juge étatique*

- [429] Même après la constitution du tribunal arbitral, le juge étatique conserve un pouvoir résiduel pour ordonner certaines mesures provisoires et conservatoires. Ainsi, le juge étatique est exclusivement compétent pour ordonner des saisies conservatoires et sûretés judiciaires²⁷⁸.
- [430] De plus, si une partie a besoin d'obtenir une mesure non-contradictoire, ou mesure *ex parte*, elle peut hésiter à la demander au tribunal arbitral, qui doit en permanence respecter le principe de la contradiction. Il faut sans doute admettre, afin de garantir le droit d'accès au juge, même si le Code de procédure civile ne le prévoit pas, que le juge des requêtes conserve le pouvoir d'ordonner des mesures non contradictoires, malgré la constitution du tribunal arbitral, à condition, évidemment, que le requérant démontre la nécessité de cette entorse au principe de la contradiction²⁷⁹. Plus généralement, il faut sans doute admettre que le juge étatique conserve le pouvoir d'ordonner toutes les mesures provisoires que le tribunal arbitral ne serait pas en mesure d'ordonner utilement et avec la célérité requise. Il en va du respect du droit d'accès à la justice²⁸⁰.
- [431] La loi-type comporte une solution alternative, consistant à permettre expressément au tribunal arbitral d'octroyer des mesures provisoires ou conservatoires de manière non contradictoire :

Article 17 B

Requêtes aux fins d'ordonnances préliminaires et conditions d'octroi des ordonnances préliminaires

1) Sauf convention contraire des parties, une partie peut présenter, sans le notifier à aucune autre partie, une demande de mesure provisoire ainsi qu'une requête aux fins d'ordonnance préliminaire enjoignant à une partie de ne pas compromettre la mesure provisoire demandée.

2) Le tribunal arbitral peut prononcer une ordonnance préliminaire à condition qu'il considère que la communication préalable de la demande de mesure provisoire à la partie contre laquelle elle est dirigée risque de compromettre cette mesure.

3) Les conditions définies à l'article 17 A s'appliquent à toute ordonnance préliminaire, pourvu que le préjudice à évaluer en vertu de l'alinéa a du paragraphe 1 de l'article 17 A soit le préjudice qui sera probablement causé selon que l'ordonnance est prononcée ou non.

Article 17 C

Régime spécifique applicable aux ordonnances préliminaires

1) Immédiatement après s'être prononcé sur une requête aux fins d'ordonnance préliminaire, le tribunal arbitral notifie à toutes les parties la demande de mesure provisoire, la requête aux fins d'ordonnance préliminaire, l'ordonnance préliminaire éventuellement prononcée et toutes autres communications y

²⁷⁷ LSDIP, art. 183. – Loi-type CNUDCI, art. 17 H et 17 I.

²⁷⁸ C. pr. civ., art. 1468, al. 1^{er}.

²⁷⁹ C. pr. civ., art. 845, al. 2.

²⁸⁰ En ce sens, v. J.-Y. Garaud et E. Iung, « L'obtention *ex parte* d'un document en matière d'arbitrage », *Rev. arb.* 2020, p. 15, spéc. II-B. – J.-B. Racine, *Droit de l'arbitrage*, Paris, Presses universitaires de France, 2016, n° 307.

afférentes, entre une partie quelconque et le tribunal arbitral, y compris en indiquant le contenu de toute communication orale.

2) Concomitamment, le tribunal arbitral donne à toute partie contre laquelle une ordonnance préliminaire est dirigée la possibilité de faire valoir ses droits dès que possible.

3) Le tribunal arbitral se prononce rapidement sur toute contestation de l'ordonnance préliminaire.

4) Une ordonnance préliminaire expire après vingt jours à compter de la date à laquelle elle a été prononcée par le tribunal arbitral. Toutefois, ce dernier peut prononcer une mesure provisoire qui adopte ou modifie l'ordonnance préliminaire, après que la partie contre laquelle cette ordonnance est dirigée a été avisée et que la possibilité lui a été donnée de faire valoir ses droits.

5) Une ordonnance préliminaire s'impose aux parties, mais n'est pas susceptible d'exécution par un tribunal. Cette ordonnance préliminaire ne constitue pas une sentence.

[432] Au demeurant, l'article 17 E de la loi-type réserve la compétence alternative du juge étatique en matière de mesures provisoires et conservatoires, même après la constitution du tribunal arbitral :

Un tribunal dispose, pour prononcer une mesure provisoire en relation avec une procédure d'arbitrage, qu'elle ait ou non son lieu sur le territoire du présent État, du même pouvoir que celui dont il dispose en relation avec une procédure judiciaire. Il exerce ce pouvoir conformément à ses propres procédures en tenant compte des particularités d'un arbitrage international.

5.3 PREUVES

[433] En matière d'arbitrage interne, l'article 10 du Code de procédure civile est applicable :

Le juge a le pouvoir d'ordonner d'office toutes les mesures d'instruction légalement admissibles.

[434] En matière interne, l'art. 11 al. 1^{er} s'applique aussi :

Les parties sont tenues d'apporter leur concours aux mesures d'instruction sauf au juge à tirer toute conséquence d'une abstention ou d'un refus.

[435] De plus, l'article 1467 dispose :

Le tribunal arbitral procède aux actes d'instruction nécessaires à moins que les parties ne l'autorisent à commettre l'un de ses membres.

Le tribunal arbitral peut entendre toute personne. Cette audition a lieu sans prestation de serment.

Si une partie détient un élément de preuve, le tribunal arbitral peut lui enjoindre de le produire selon les modalités qu'il détermine et au besoin à peine d'astreinte.

[436] L'article 1506, 3^o étend l'application de l'article 1467 à l'arbitrage international. En revanche, les articles 10 et 11, alinéa 1^{er}, ne sont pas applicables en matière internationale. Pour autant, il est généralement admis que le tribunal arbitral international peut ordonner toutes mesures d'instruction : expertise, audition de témoins, transport sur les lieux, etc. Cependant, les arbitres sont réticents à ordonner d'office une mesure d'instruction coûteuse et complexe, notamment une expertise.

[437] Cela dit, des développements spécifiques s'imposent à propos de la preuve testimoniale (5.3.1.1). Il faut également évoquer les dispositions des règlements d'arbitrage relatives à l'instruction du litige (5.3.1.2). Enfin, l'intervention du juge étatique peut être nécessaire (5.3.1.3).

5.3.1.1 Preuve testimoniale

- [438] Le tribunal arbitral peut recourir à la preuve testimoniale. D'ailleurs, elle est presque systématiquement utilisée en arbitrage international, où les témoins sont en outre interrogés selon la technique de l'interrogatoire – *direct examination* – et du contre-interrogatoire – *cross examination*, évidemment inspirée de la tradition juridique anglaise. Selon l'usage, les témoins souscrivent d'abord une attestation écrite²⁸¹, produite comme pièce, mais ils doivent ensuite témoigner devant le tribunal arbitral, faute de quoi leur attestation est écartée des débats. L'acte de mission énonce généralement cette règle ou renvoie, plus simplement, aux *Règles de l'IBA sur l'administration de la preuve dans l'arbitrage international*, dont l'article 4(7) prévoit une telle sanction à l'égard de l'attestation du témoin dont l'audition a été demandée et qui, sans raison valable, n'a pas comparu devant le tribunal arbitral²⁸². Même en arbitrage interne, la preuve testimoniale est de plus en plus utilisée, sans forcément recourir à la même technique d'interrogatoire.
- [439] En droit français, les témoins ne prêtent pas serment, parce que le tribunal arbitral n'est pas une juridiction de l'État. Cela dit, d'autres législations ont adopté des règles différentes. L'article 211(1) du Code de procédure civile des Émirats arabes unis exige au contraire que les témoins prêtent serment. Cela peut d'ailleurs poser une difficulté d'exécution si la sentence a été rendue en France, puisque, dans ce cas-là, les témoins n'ont pas prêté serment. L'article 24(3)(h) de la loi mauricienne sur l'arbitrage international laisse cette question à l'appréciation du tribunal arbitral :
- (3) Failing such agreement, the arbitral tribunal may, subject to this Act, conduct the arbitration in such manner as it considers appropriate, and determine all procedural and evidential matters including –
- [...]
- (h) whether and to what extent the arbitral tribunal should administer oaths or take affirmations from any witness for the purposes of his examination before the arbitral tribunal.
- [440] En France, en cas de fausse déclaration délibérée, le témoin n'est donc pas coupable de parjure, qui suppose une fausse déclaration sous serment²⁸³. En revanche, suivant le pays où le faux témoignage a été donné, la loi pénale locale peut s'appliquer. De plus, si un Français commet un faux témoignage devant un tribunal arbitral qui, siégeant dans un autre pays, lui a fait prêter serment et si la loi locale réprime ce comportement, ce Français peut-il être sanctionné en France sur le fondement de la loi pénale française²⁸⁴ ? Il est certain, en tous les cas, que le faux témoignage engage la responsabilité civile de son auteur. De plus, un faux témoignage délibéré peut démontrer la participation à un autre type de délit, notamment une escroquerie à la sentence.
- [441] Il est d'usage, pour les avocats, de préparer les témoins avant leur audition. La déontologie ne s'y oppose pas, à condition, évidemment, de ne pas encourager le témoin à mentir, ce qui consisterait en une subornation²⁸⁵. Il faut lui recommander de

²⁸¹ En anglais : *affidavit*.

²⁸² V. aussi Règles de Prague, art. 5.

²⁸³ C. pén., art. 434-13.

²⁸⁴ C. pén., art. 113-6, al. 2 et 434-13.

²⁸⁵ C. pén., art. 434-15.

dire la vérité ou de refuser de répondre. Sous cette réserve, il est légitime de le préparer à cet exercice très particulier qu'est le contre-interrogatoire.

5.3.1.2 Dispositions des règlements d'arbitrage

[442] Les règlements d'arbitrage confèrent généralement au tribunal arbitral des pouvoirs étendus pour l'instruction du litige. L'article 25 du règlement CCI dispose ainsi :

Instruction de la cause

1 Le tribunal arbitral instruit la cause dans les plus brefs délais par tous moyens appropriés.

2 Le tribunal arbitral peut décider d'entendre des témoins, des experts commis par les parties, ou toute autre personne, en présence des parties, ou en leur absence à condition que celles-ci aient été dûment convoquées.

3 Le tribunal arbitral peut, après avoir consulté les parties, nommer un ou plusieurs experts, définir leurs missions et recevoir leurs rapports. Si l'une des parties le demande, celles-ci doivent avoir la possibilité d'interroger lors d'une audience tout expert ainsi nommé.

4 À tout moment de la procédure, le tribunal arbitral peut demander aux parties de produire des éléments de preuve supplémentaires.

5 Le tribunal arbitral peut décider de statuer sur le litige seulement sur pièces soumises par les parties, à moins que l'une des parties ne demande une audience..

[443] De même, l'article 20 du règlement CMAP dispose :

20.1 Le tribunal arbitral peut, à la demande d'une partie ou d'office, ordonner toute mesure d'instruction qu'il juge utile.

20.2 Le tribunal arbitral peut procéder lui-même à toute vérification qu'il estime nécessaire, en se transportant, si besoin, sur les lieux. Il peut décider d'entendre des témoins, des experts commis par les parties, ou toute autre personne dont l'audition serait sollicitée par une partie ou décidée par lui.

20.3 S'il l'estime utile, le tribunal arbitral peut nommer un ou plusieurs experts, définir leur mission qui devra se dérouler contradictoirement et recevoir leur rapport.

20.4 Toute difficulté dans le déroulement de l'expertise, non réglée par l'expert et les parties, sera soumise au tribunal arbitral.

20.5 Dans cette hypothèse, le délai de l'arbitrage peut être prorogé du temps nécessaire à la mesure d'instruction dans les conditions prévues à l'article 24.2.

5.3.1.3 Intervention du juge étatique

[444] Cependant, le tribunal arbitral n'ayant pas de pouvoir à l'égard des tiers, l'intervention du juge étatique est indispensable afin d'obtenir la production d'une pièce détenue par un tiers. C'est ce que prévoit l'article 1469 du Code de procédure civile, également applicable en matière internationale²⁸⁶ :

Si une partie à l'instance arbitrale entend faire état d'un acte authentique ou sous seing privé auquel elle n'a pas été partie ou d'une pièce détenue par un tiers, elle peut, sur invitation du tribunal arbitral, faire assigner ce tiers devant le président du tribunal judiciaire aux fins d'obtenir la délivrance d'une expédition ou la production de l'acte ou de la pièce.

²⁸⁶ C. pr. civ., art. 1506, 3°.

La compétence territoriale du président du tribunal judiciaire est déterminée conformément aux articles 42 à 48.

La demande est formée, instruite et jugée selon la procédure accélérée au fond.

Le président, s'il estime la demande fondée, ordonne la délivrance ou la production de l'acte ou de la pièce, en original, en copie ou en extrait, selon le cas, dans les conditions et sous les garanties qu'il fixe, au besoin à peine d'astreinte.

Cette décision n'est pas exécutoire de plein droit.

Elle est susceptible d'appel dans un délai de quinze jours suivant la signification de la décision.

- [445] On retrouve des dispositions équivalentes dans d'autres législations²⁸⁷. L'article 184 de la loi suisse de DIP envisage l'intervention de tout juge et pas seulement du juge suisse. L'idée sous-jacente est que les parties ayant soumis leur arbitrage à la loi suisse de procédure ont accepté l'intervention du juge dans les termes de cette loi. Cela étant, c'est la loi du juge saisi qui détermine l'étendue et les conditions d'exercice de son pouvoir en matière de preuve en présence d'une procédure arbitrale :

Administration des preuves

1 Le tribunal arbitral procède lui-même à l'administration des preuves.

2 Si l'aide des autorités judiciaires de l'État est nécessaire à l'administration de la preuve, le tribunal arbitral, ou les parties d'entente avec lui, peuvent requérir le concours du juge du siège du tribunal arbitral ; ce juge applique son propre droit.

- [446] L'article 44 de l'Arbitration Act envisage de manière très large l'intervention du juge au soutien d'une procédure arbitrale, en matière de preuve mais aussi de mesures conservatoires :

Court powers exercisable in support of arbitral proceedings.

(1) Unless otherwise agreed by the parties, the court has for the purposes of and in relation to arbitral proceedings the same power of making orders about the matters listed below as it has for the purposes of and in relation to legal proceedings.

(2) Those matters are—

(a) the taking of the evidence of witnesses;

(b) the preservation of evidence;

(c) making orders relating to property which is the subject of the proceedings or as to which any question arises in the proceedings—

(i) for the inspection, photographing, preservation, custody or detention of the property, or

(ii) ordering that samples be taken from, or any observation be made of or experiment conducted upon, the property; and for that purpose authorising any person to enter any premises in the possession or control of a party to the arbitration;

(d) the sale of any goods the subject of the proceedings;

(e) the granting of an interim injunction or the appointment of a receiver.

(3) If the case is one of urgency, the court may, on the application of a party or proposed party to the arbitral proceedings, make such orders as it thinks necessary for the purpose of preserving evidence or assets.

²⁸⁷ Loi-type CNUDCI, art. 27.

(4) If the case is not one of urgency, the court shall act only on the application of a party to the arbitral proceedings (upon notice to the other parties and to the tribunal) made with the permission of the tribunal or the agreement in writing of the other parties.

(5) In any case the court shall act only if or to the extent that the arbitral tribunal, and any arbitral or other institution or person vested by the parties with power in that regard, has no power or is unable for the time being to act effectively.

(6) If the court so orders, an order made by it under this section shall cease to have effect in whole or in part on the order of the tribunal or of any such arbitral or other institution or person having power to act in relation to the subject-matter of the order.

(7) The leave of the court is required for any appeal from a decision of the court under this section.

5.4 CONCILIATION

[447] En arbitrage interne, selon l'article 1464 du Code de procédure civile, l'article 21 du même code est applicable :

Il entre dans la mission du juge de concilier les parties.

[448] Cette disposition ne s'applique pas en matière internationale mais rien n'interdit au tribunal arbitral international de tenter une conciliation. Toutefois, qu'il soit interne ou international, le tribunal arbitral ne peut procéder à une tentative de conciliation qu'en séance plénière, sans aparté, afin de respecter le principe de la contradiction, pour le cas où, la conciliation ayant échoué, le tribunal devrait finalement trancher le différend par une sentence. Ainsi, les arbitres ne peuvent assumer pleinement le rôle de médiateurs. Le med-arb simultané suppose de désigner, parallèlement au tribunal arbitral, un ou plusieurs médiateurs extérieurs à celui-ci.

[449] Si, au cours de l'arbitrage, les parties concluent un accord amiable, celui-ci peut être transcrit dans une sentence d'accord partie. Cependant, on peut se demander si un tel acte, qui ne tranche pas le litige, est véritablement une sentence. La jurisprudence française semble répondre par la négative²⁸⁸.

5.5 RESOLUTION DU LITIGE AU FOND

[450] Le tribunal arbitral peut et doit trancher le fond du litige. C'est évidemment une obligation : les arbitres qui refuseraient de statuer sur le fond commettraient un déni de justice, engageant ainsi leur responsabilité civile contractuelle, voire leur responsabilité pénale, si on considère que l'article 434-7-1 du Code pénal leur est applicable :

Le fait, par un magistrat, toute autre personne siégeant dans une formation juridictionnelle ou toute autorité administrative, de dénier de rendre la justice après en avoir été requis et de persévérer dans son déni après avertissement ou injonction de ses supérieurs est puni de 7 500 € d'amende et de l'interdiction de l'exercice des fonctions publiques pour une durée de cinq à vingt ans.

[451] Le tribunal arbitral peut et doit, pour trancher le fond, statuer sur toutes les fins de non-recevoir que les parties ont soulevées. Par exemple, le cas échéant, il lui appartient de décider si la demande est prescrite.

[452] Le tribunal arbitral doit statuer au fond même si un État est partie au litige. La conclusion de la convention d'arbitrage vaut renonciation à l'immunité de juridiction et cette renonciation s'étend à toutes les procédures nécessaires au bon déroulement de

²⁸⁸ V. *infra* n° 471 à 473.

l'arbitrage, telle que la saisine du juge d'appui, et même à la procédure d'exequatur qui ne constitue pas, en soi, un acte d'exécution²⁸⁹.

- [453] Toutefois, selon le droit français et certains droit étrangers, si une partie faisant l'objet d'une procédure collective est poursuivie en paiement d'une créance soumise à déclaration²⁹⁰, le pouvoir juridictionnel du tribunal arbitral est limité. Il ne peut statuer sur cette créance que si elle a été déclarée à la procédure collective et, même si cette condition est remplie, il ne peut pas condamner le débiteur à payer une telle créance. Le tribunal arbitral ne peut que vérifier l'existence de la créance et, si elle existe, en fixer le montant. La sentence devra ensuite être remise au greffier aux fins d'inscription de la créance sur l'état des créances²⁹¹.

6 DECISIONS DU TRIBUNAL ARBITRAL

- [454] Pour assumer ses compétences et exercer ces pouvoirs, le tribunal arbitral rend plusieurs types de décisions. Certaines sont des sentences arbitrales (6.1), les autres sont des ordonnances de procédure (6.2). Il faut enfin évoquer les décisions rendues par un arbitre d'urgence (6.3).

6.1 LES SENTENCES ARBITRALES

- [455] Il faut d'abord préciser la notion de sentence arbitrale (6.1.1), avant de présenter les deux catégories de sentences arbitrales, qui peuvent être partielles (6.1.2) ou finales (6.1.3).

6.1.1 La notion de sentence arbitrale

- [456] Il n'existe pas de définition légale de la notion de sentence arbitrale, notamment dans le Code de procédure civile, la loi type CNUDCI ou la Convention de New York. Pourtant, cette définition est cruciale car, parmi les décisions rendues par un tribunal arbitral, seules les sentences sont des actes juridictionnels et en produisent les effets²⁹². La jurisprudence a donc dû poser les critères de la qualification de sentence arbitrale.

- [457] En droit comparé, on observe deux approches de cette notion de sentence arbitrale. L'approche française s'attache au contenu de la décision :

[U]ne sentence arbitrale est l'acte des arbitres qui tranche de manière définitive, en tout ou en partie, le litige qui leur est soumis, que ce soit sur le fond, la compétence, ou sur un moyen de procédure qui les conduit à mettre fin à l'instance²⁹³ ;

- [458] L'approche américaine s'attache au caractère final de la décision. Une décision du tribunal arbitral est une sentence si elle statue de manière finale sur la question posée. Ainsi, la décision non motivée ordonnant à une partie de produire un document peut recevoir force exécutoire aux États-Unis²⁹⁴.

- [459] Quelle que soit l'approche retenue, la qualification adoptée par le tribunal arbitral ne lie pas le juge²⁹⁵. Il ne suffit pas d'intituler la décision « *sentence* » pour qu'elle en soit une. Cela étant, lorsque, comme en France, l'exequatur est une procédure non

²⁸⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 11 juin 1991, n° 90-11282, *Bull. civ.* 1991, I, n° 193.

²⁹⁰ C. com., art. L. 622-17 et L. 622-24.

²⁹¹ C. com., art. R. 624-9 et R. 624-11.

²⁹² Sur les effets des sentences arbitrales, v. *infra*, leçon 6.

²⁹³ CA Paris, 24 février 2015, *Royal Distribution Digitronic c. A.*, RG 13/23699.

²⁹⁴ CA 4e Circ. États-Unis, *Arrowhead Global Solutions v. Datapath Inc*, 166 *Fed. Appx.* 39, 44 (4th Cir. 2006). – V. aussi : CA 7e Circ. États-Unis, *Publicis Communications c. True North*, 14 mars 2000, 206 F. 3d 725.

²⁹⁵ C. pr. civ., art. 12.

contradictoire avec un contrôle formel, une décision improprement intitulée sentence pourrait peut-être, en pratique, faire l'objet d'une ordonnance d'exequatur inappropriée mais celle-ci serait, en cas de recours, infirmée par la cour d'appel²⁹⁶.

6.1.2 Les sentences partielles

[460] Une sentence partielle statue sur la compétence ou sur une partie du fond, sans mettre fin à l'instance et sans vider toutes les questions soumises au tribunal arbitral. Selon la définition retenue par la jurisprudence française, il ne peut y avoir de sentence partielle statuant sur un moyen de procédure autre que la compétence. Lorsque le tribunal arbitral statue sur un autre moyen de procédure, soit il ne met pas fin à l'instance et sa décision n'est pas une sentence ; soit il met fin à l'instance et il rend une sentence finale.

[461] Le tribunal arbitral peut parfaitement résoudre le différend en rendant plusieurs sentences sur ses différents aspects. On appelle cela, en pratique, la bifurcation. L'article 26(7) du règlement LCIA le permet expressément et l'article 2 du règlement CCI inclut la sentence partielle dans la définition de la sentence²⁹⁷. Le code français de procédure civile ne les interdit pas et cela signifie que les sentences partielles sont autorisées. D'ailleurs, l'article 1485, alinéa 1^{er}, admet implicitement cette pratique, puisqu'il précise que toute sentence dessaisit le tribunal arbitral « *de la contestation qu'elle tranche* », ce qui implique qu'elle peut ne pas trancher toutes les contestations soumises aux arbitres. Cela étant, les parties peuvent, dans la convention d'arbitrage, dans l'acte de mission ou par tout autre accord exprès, interdire au tribunal arbitral de procéder ainsi. Dans ce cas, le tribunal arbitral doit respecter leur volonté, sous peine de méconnaître les termes de sa mission. Une sentence partielle peut porter sur la compétence (6.1.2.1) ou sur le fond (6.1.2.2).

6.1.2.1 Sur la compétence

[462] Par une sentence partielle sur la compétence, le tribunal arbitral décide qu'il est compétent. Dans le cas contraire, il rendrait une sentence finale. Les parties et le tribunal arbitral ont intérêt à ce que ce dernier tranche d'abord la question de la compétence lorsqu'une contestation sérieuse a été présentée sur ce point. Avant d'argumenter sur le fond, autant être certain que le tribunal arbitral est compétent.

[463] La sentence partielle sur la compétence peut faire l'objet d'un recours. Si elle est annulée ou infirmée – en cas d'appel, en matière interne – cela peut remettre en cause la poursuite de l'arbitrage, mais pas forcément, comme le montrent les deux exemples suivants :

- La sentence partielle décide que le tribunal arbitral est compétent pour la demande A et incompétent pour la demande B. La cour d'appel annule cette sentence en considérant que le tribunal arbitral est compétent à l'égard des deux demandes. La procédure arbitrale se poursuit mais désormais le tribunal arbitral doit statuer sur toutes les demandes.
- La sentence partielle décide que le tribunal arbitral est compétent à l'égard de toutes les demandes. Cette sentence est annulée pour violation du principe de la contradiction. Le tribunal arbitral pourrait se prononcer à nouveau sur la compétence en respectant le principe de la contradiction mais les arbitres ne

²⁹⁶ V. *infra*, leçon 7.

²⁹⁷ V. aussi Eng. Arb. Act 1996, art. 47; LSDIP, art. 188.

risqueraient-ils pas d'être partiaux, étant donné qu'ils ont déjà rendu une décision sur la compétence ?

6.1.2.2 *Sur le fond*

[464] Il peut être judicieux de statuer par des sentences séparées sur différentes questions de fond. Par exemple, une première sentence peut statuer sur le principe de la responsabilité puis une seconde, sur l'évaluation du dommage. Cette dernière, qui peut être coûteuse, notamment en raison du recours à une expertise, est inutile si le tribunal arbitral doit considérer que le défendeur n'est pas responsable du dommage. La sentence partielle sur le fond peut faire l'objet d'un recours. Si elle est annulée ou infirmée – en cas d'appel, en matière interne – cela peut remettre en cause la poursuite de l'arbitrage.

6.1.3 Les sentences finales

[465] En principe, le tribunal arbitral détermine lui-même la solution au litige en rendant une sentence imposée (6.1.3.1) mais, parfois, il entérine l'accord des parties en rendant une sentence acceptée (6.1.3.2).

6.1.3.1 *Les sentences imposées*

[466] Le tribunal arbitral, après avoir examiné les arguments et les moyens des parties, répond à toutes leurs demandes de la manière qui lui paraît la plus appropriée, en fonction de la nature de sa mission – arbitrage en droit, en amiable composition ou en équité²⁹⁸. Il se prononce sur sa compétence, si celle-ci a été contestée, sur tout autre moyen de procédure que les parties auraient soulevé et, évidemment, sur le fond. Pour un exemple de sentence finale, vous pouvez lire la sentence *Indian Potash c Agricultural Inputs*²⁹⁹.

[467] Le tribunal arbitral rend une sentence par défaut³⁰⁰ si une des parties n'a pas participé à la procédure arbitrale. Une telle sentence est valable, à condition que le principe de la contradiction ait été scrupuleusement respecté, ce qui suppose de s'être assuré que la partie défaillante a été informée de la procédure et mise en mesure d'y participer.

[468] Ici, le terme sentence par défaut, n'a pas exactement la même signification qu'en procédure civile³⁰¹. D'une part, par hypothèse, toutes les parties ont consenti à l'arbitrage, au moyen d'une clause compromissoire ou d'un compromis, y compris celle qui, par la suite, se désintéresse de la procédure arbitrale. D'autre part, en vertu de l'article 1503 du code de procédure civile, la partie n'ayant pas participé à la procédure arbitrale ne peut former opposition contre la sentence.

6.1.3.2 *Les sentences acceptées*

[469] Une sentence acceptée entérine, sans rien y changer, un accord trouvé par les parties au cours de la procédure. On parle aussi de sentence d'accord partie³⁰². La question qui se pose ici est de savoir si un tel acte est véritablement une sentence arbitrale, puisqu'elle ne tranche pas un différend. Il s'agit plutôt de la transcription d'un contrat, l'accord amiable conclu entre les parties. L'enjeu pratique de la qualification de sentence est évidemment l'ouverture ou non du recours en annulation et, surtout, le

²⁹⁸ V. *infra*, leçon 7.

²⁹⁹ DOC08.

³⁰⁰ En anglais : *default award*.

³⁰¹ Sur ce point, v. J.-B. Racine, *Droit de l'arbitrage*, Presses universitaires de France, 2016, n° 816.

³⁰² En anglais : *consent award* ou *agreed upon award*.

caractère exécutoire de l'accord amiable en tant que sentence, par le jeu de la convention de New York. Évidemment, si la Convention de Singapour pour la médiation³⁰³ est largement ratifiée par les États, la sentence d'accord partie perdra de son intérêt du point de vue de l'exécution.

[470] Le principal argument en faveur de la qualification de sentence est que le tribunal arbitral n'est pas obligé d'entériner l'accord, notamment s'il est contraire à une règle d'ordre public. Les arbitres exercent un pouvoir de contrôle. L'argument paraît quelque peu faible. La Cour de cassation retient, à propos d'une sentence du bâtonnier, que la simple constatation, sans motif, de l'accord des parties n'est pas une sentence³⁰⁴. En revanche, la cour d'appel de Paris a rendu un arrêt qui laisse entrevoir la solution inverse³⁰⁵. La cour refuse d'accorder l'exequatur à une sentence d'accord partie parce qu'elle a été rendue en fraude des droits des créanciers, le débiteur faisant l'objet d'une procédure collective ouverte en Belgique. Cependant, *a contrario*, on peut déduire de l'arrêt qu'en l'absence de fraude, la sentence aurait pu recevoir l'exequatur.

[471] Dans le même sens, il faut enfin citer l'article 30(2) de la loi-type CNUDCI, qui dispose :

La sentence d'accord des parties est rendue conformément aux dispositions de l'article 31 et mentionne le fait qu'il s'agit d'une sentence. Une telle sentence a le même statut et le même effet que toute autre sentence prononcée sur le fond de l'affaire.

6.2 LES ORDONNANCES DE PROCEDURE

[472] Les ordonnances de procédure sont les décisions par lesquelles le tribunal arbitral résout toute question de procédure, en tout cas toute question autre qu'une question relative à la compétence, à la recevabilité des demandes et au fond³⁰⁶. La catégorie des ordonnances de procédure est résiduelle : toute décision du tribunal arbitral qui n'est pas une sentence est une ordonnance de procédure. Ces ordonnances de procédure, n'étant pas des sentences, ne sont pas revêtues de l'autorité de chose jugée et ne sont pas susceptibles d'un recours. Elles peuvent en revanche être critiquées à l'occasion d'un recours contre la sentence qui a été ensuite rendue par le tribunal arbitral. Envisageons la typologie (6.2.1) et la forme (6.2.2) des ordonnances de procédure.

6.2.1 Typologie des ordonnances de procédure

[473] Les ordonnances de procédure peuvent avoir des objets variés. Elles servent souvent à organiser la procédure arbitrale, dans la mesure où l'acte de mission ne l'a pas déjà fait. Sur toutes les questions relatives à l'organisation de la procédure qui n'ont pas été résolues par l'acte de mission, le tribunal arbitral recherche un accord des parties mais doit trancher leurs éventuels désaccords. Il peut ainsi rendre une ordonnance de procédure, conforme à l'accord des parties ou tranchant leur désaccord, pour adopter un calendrier de procédure, fixer les modalités d'échange des mémoires, préciser l'organisation de l'audience, etc.

³⁰³ Convention des Nations Unies sur les accords de règlement internationaux issus de la médiation du 20 décembre 2018 (https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/fr/mediation_convention_f.pdf).

³⁰⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 14 novembre 2012, pourvoi n° 11-24238.

³⁰⁵ CA Paris, 9 avril 2009, ch. C, n° 07/17769, *Maître MS Van Meensel c. Allied Petrochemical Trading and Distribution LC*, *Lexbase* n° A5323EGA.

³⁰⁶ V. règl. arb. CCI, art. 22(3). – Règl. CMAP, art. 21.

- [474] Le tribunal arbitral peut aussi rendre des ordonnances de procédure pour statuer sur un incident probatoire. Il peut également, si nécessaire, surseoir à statuer ou reprendre l'instance, au moyen d'une ordonnance de procédure.
- [475] C'est aussi au moyen d'une ordonnance de procédure que le tribunal arbitral peut ordonner une mesure provisoire ou conservatoire. Si on considère, comme le juge français, que les décisions du tribunal arbitral qui ordonnent une mesure provisoire ou une mesure d'instruction ne sont pas des sentences, cela a pour conséquence d'interdire leur exequatur. Que faire si une partie qui doit exécuter la mesure ou y collaborer ne le fait pas ? Certes, en pratique, une telle inertie est rare, parce que les parties préfèrent éviter de contrarier le tribunal arbitral qui doit encore les juger au fond. Cela étant, une telle attitude est possible. Deux types de solutions existent.
- [476] D'une part, certaines législations sur l'arbitrage prévoient des mesures spécifiques pour assurer l'exécution des décisions avant-dire droit. En droit français, les articles 1467 et 1468 du Code de procédure civile autorisent le tribunal arbitral à prononcer une astreinte pour contraindre une partie, respectivement, à produire une pièce ou à exécuter une mesure provisoire. Les articles 17H et 17I de la loi-type CNUDCI contiennent des dispositions spécifiques à l'exécution de la décision ordonnant une mesure provisoire, inspirée de la procédure d'exécution des sentences. La loi-type évite ainsi de qualifier une telle décision de sentence mais prévoit un régime analogue à celui permettant l'exécution des sentences. L'article 42 de la loi anglaise sur l'arbitrage prévoit également une procédure spécifique pour l'exécution des « *peremptory orders* » du tribunal arbitral. L'article 28(4) du Singapore Arbitration Act permet l'exécution des décisions rendues sur les mesures provisoires au même titre que les sentences. Enfin, l'article 183(2) de la loi suisse de droit international privé permet au tribunal arbitral de demander au juge compétent de concourir à la mesure, selon son propre droit.
- [477] D'autre part, si on admet que la décision avant-dire droit du tribunal arbitral est une sentence, on peut lui accorder l'exequatur. C'est précisément la solution adoptée aux États-Unis³⁰⁷. Même en France, on trouve un arrêt de la Cour d'appel de Paris qui, de manière surprenante, reconnaît la nature de sentence à une décision ordonnant une mesure provisoire³⁰⁸. Ici, la cour d'appel prend en compte le caractère final de la décision des arbitres sur la demande, ce qui rappelle le raisonnement des juges américains. Cependant, cet arrêt est isolé. En vertu de la définition générale retenue par la cour d'appel de Paris, la décision ordonnant une mesure provisoire n'est pas une sentence. Cette solution l'emporte en France³⁰⁹.
- [478] Il y a donc ici une lacune du droit français de l'arbitrage international. Cependant, cette lacune se manifeste lorsqu'il est nécessaire de contraindre, en France, un débiteur à exécuter une mesure provisoire, quel que soit le siège du tribunal arbitral. Ainsi, cet aspect du droit français ne devrait pas influencer directement sur le choix de la France comme siège de l'arbitrage. Cependant, indirectement, l'image du droit français pourrait en être écornée.

³⁰⁷ *Arrowhead Global Solutions v. Datapath Inc et Publicis Communications c. True North*, précités.

³⁰⁸ CA Paris, 7 octobre 2004, *Otor Participations c. Carlyle (Luxembourg) Holdings I*.

³⁰⁹ Cass. civ. 1ère, 12 octobre 2011, *Groupe Antoine Tabet c. Congo*, pourvoi 09-72439.

6.2.2 Forme des ordonnances de procédure

- [479] La forme des ordonnances de procédure est libre : ni les différentes législations, ni les règlements d'arbitrage ne comportent de dispositions détaillées à leur sujet. En pratique, elles ressemblent aux sentences mais sont bien plus concises. Le tribunal y identifie précisément les parties, leurs conseils et les arbitres. Parfois, l'ordonnance de procédure reproduit la convention d'arbitrage.
- [480] L'ordonnance contient surtout un rappel succinct des éléments de fait, de droit et de procédure pertinents, le rappel des arguments des parties sur la question tranchée, la motivation de la décision du tribunal arbitral et, enfin, cette décision elle-même, généralement énoncée sous forme de dispositif.
- [481] La décision contenue dans l'ordonnance doit avoir été prise par l'ensemble des arbitres, après délibération. Bien souvent, l'ordonnance est rendue à l'unanimité mais elle peut l'être à la majorité. Néanmoins, il est utile et fréquent de prévoir dans l'acte de mission que le président du tribunal arbitral peut signer seul les ordonnances de procédure, après accord de ses co-arbitres sur leur contenu.

6.3 LES DECISIONS RENDUES PAR UN ARBITRE D'URGENCE

- [482] L'article 29(1) du règlement ICC 2017 dispose que les parties qui ont adhéré au règlement CCI peuvent saisir l'arbitre d'urgence afin d'obtenir :
- des mesures conservatoires ou provisoires urgentes qui ne peuvent attendre la constitution d'un tribunal arbitral.
- [483] L'article 6 de l'appendice V précise que l'arbitre d'urgence rend une ordonnance, qu'il peut rétracter. Ainsi, l'arbitre d'urgence ne statue pas au fond. Il ne rend pas une sentence, selon l'approche française. On trouve des dispositions similaires dans d'autres règlements d'arbitrage³¹⁰.
- [484] Il faut éviter de confondre la procédure de l'arbitre d'urgence avec celle du référé pré-arbitral, qui vise à obtenir des mesures provisoires lorsque le règlement d'arbitrage ordinaire CCI n'est pas applicable. Les parties peuvent ainsi adhérer au règlement du référé pré-arbitral lorsqu'elles ne veulent pas recourir, pour la décision au fond, à un arbitrage CCI. L'article 6 du règlement de référé pré-arbitral indique que le tiers rend une ordonnance.
- [485] Selon l'approche française, partagée par beaucoup de pays, ces ordonnances ne sont pas des sentences. La Convention de New York ne s'applique pas à elles. Toutefois, un État peut accepter de les exécuter comme des sentences. Ainsi, le Singapore Arbitration Act fut amendé en 2012 afin d'inclure, dans l'article 2(1), les décisions des arbitres d'urgence dans la catégorie des sentences.

³¹⁰ Règl. CMAP, art. 1.2 ; Régl. HKIAC, sch. 4 ; Règl. LCIA, art. 9A ; Règl. ICDR, art. 37 ; Règl. SCC, app. II ; Règl. SIAC, sch. 1 ; Swiss Rules, art. 43.

Lundi 16 octobre 2022

1 INTRODUCTION

[486] Une fois qu'on a bien assimilé le régime de l'instance arbitrale, on peut comprendre son organisation concrète. C'est l'objet de la présente leçon. Plus précisément, un certain nombre de choix s'imposent quant aux modalités de l'arbitrage (2). Il faut ensuite expliquer comment se déroule l'instance arbitrale (3).

2 MODALITES DE L'ARBITRAGE

[487] L'arbitrage obéit à certaines modalités : siège de l'arbitrage (2.1), langue de l'arbitrage (2.2), calendrier de procédure (2.3), caractère écrit ou oral de la procédure (2.4), représentation des parties (2.5).

2.1 SIEGE DE L'ARBITRAGE

[488] Le siège – on dit parfois aussi le lieu – de l'arbitrage³¹¹ est librement déterminé par les parties et, à défaut d'accord entre elles sur ce point, par le tribunal arbitral. La plupart des législations sur l'arbitrage ne confèrent pas explicitement ce pouvoir aux parties et au tribunal arbitral mais il résulte du pouvoir plus général qui leur est reconnu d'organiser la procédure arbitrale³¹². La loi-type CNUDCI, en revanche, comporte un article 20 consacré au lieu de l'arbitrage, dont le premier paragraphe dispose :

Les parties sont libres de décider du lieu de l'arbitrage. Faute d'une telle décision, ce lieu est fixé par le tribunal arbitral, compte tenu des circonstances de l'affaire, y compris les convenances des parties.

[489] Les règlements d'arbitrage comportent généralement des dispositions relatives au siège, en précisant que les parties sont libres de choisir le siège du tribunal arbitral. D'ailleurs, évidemment, elles n'ont aucune obligation de fixer le siège du tribunal arbitral dans la ville ou le pays où se trouve le siège du centre. Au contraire, un centre d'arbitrage peut administrer un arbitrage n'importe où dans le monde. Cela dit, parfois, les règlements prévoient un siège par défaut, généralement la ville de leur siège social. Certains règlements prévoient aussi qu'à défaut de choix des parties, c'est le centre qui détermine le lieu de l'arbitrage. Voici quelques dispositions extraites de règlements d'arbitrage :

Article 18 du règlement d'arbitrage CCI – Lieu de l'arbitrage

1 La Cour fixe le lieu de l'arbitrage, à moins que les parties ne soient convenues de celui-ci.

2 Le tribunal arbitral peut, après avoir consulté les parties, tenir des audiences et réunions en tout autre endroit qu'il estime opportun, à moins que les parties n'en soient convenues autrement.

3 Le tribunal arbitral peut délibérer en tout endroit qu'il considère opportun.

³¹¹ En anglais : *seat of arbitration* ou *place of arbitration*.

³¹² C. pr. civ., art. 1464, al. 1^{er} et 1509, al. 1^{er}. – Loi suisse DIP, art. 182(1) et 182(3). – Eng. Arb. Act, art. 34(1) et 34(2)(a).

Article 21.1 du règlement d'arbitrage CMAP

Sauf convention contraire des parties, le siège de l'arbitrage est à Paris. Le tribunal arbitral peut, s'il le juge approprié, tenir des réunions ou des audiences en-dehors du siège.

Article 13(3) du règlement d'arbitrage du CIRDI

Le Tribunal se réunit au siège du Centre ou en tout autre lieu qui peut avoir été choisi par accord des parties, conformément à l'article 63 de la Convention. Si les parties sont d'accord pour que la procédure se déroule ailleurs qu'au Centre ou à une institution avec laquelle le Centre a conclu les arrangements nécessaires, elles consultent le Secrétaire général et sollicitent l'approbation du Tribunal. A défaut de cette approbation le Tribunal se réunit au siège du Centre.

Article 18 du règlement d'arbitrage CNUDCI – Lieu de l'arbitrage

1. S'il n'a pas été préalablement convenu par les parties, le lieu de l'arbitrage est fixé par le tribunal arbitral compte tenu des circonstances de l'affaire. La sentence est réputée avoir été rendue au lieu de l'arbitrage.

2. Le tribunal arbitral peut se réunir en tout autre lieu qu'il jugera approprié pour ses délibérations. Sauf convention contraire des parties, il peut aussi se réunir en tout autre lieu qu'il jugera approprié à d'autres fins, y compris pour des audiences.

- [490] Le siège du tribunal arbitral est une notion essentiellement juridique, en ce sens qu'il confère aux juridictions locales compétence pour connaître des difficultés de constitution du tribunal arbitral, du moins en arbitrage *ad hoc*, et du recours en annulation contre la sentence. En effet, les législations de tous les pays reconnaissent la compétence du juge d'appui local et du juge local de l'annulation lorsque le siège d'un tribunal arbitral se trouve sur leur territoire³¹³. Même en arbitrage interne, le choix d'une ville comme siège de l'arbitrage détermine la compétence des juridictions locales³¹⁴.
- [491] Le choix du siège a d'ailleurs une importance accrue du fait que, dans beaucoup de pays, conformément à ce que permet la Convention de New York³¹⁵, une sentence annulée dans l'État du siège de l'arbitrage ne peut être exécutée. C'est pourquoi, généralement, le tribunal arbitral estime devoir respecter les dispositions processuelles impératives du droit de l'arbitrage du pays où il siège³¹⁶. C'est enfin le droit du lieu de l'arbitrage qui détermine si et dans quelles conditions on peut renoncer au recours en annulation³¹⁷.
- [492] Toutefois, le tribunal arbitral peut se réunir, organiser des audiences ou toutes autres opérations en dehors du siège et même en dehors du pays où se trouve le siège de l'arbitrage. Les règlements d'arbitrage l'autorisent expressément mais cette liberté d'organisation vaut aussi pour l'arbitrage *ad hoc*, même à défaut de texte en ce sens³¹⁸. Le droit français autorise aussi les parties à choisir un autre juge d'appui que celui

³¹³ C. pr. civ., art. 1505, 1^o et 1519, al. 1^{er}. – Loi suisse DIP, art. 179(2). – Eng. Arb. Act, art. 67 s. – Loi-type CNUDCI, art. 6 34(1).

³¹⁴ C. pr. civ., art. 1459, al. 3 et 1494, al. 1^{er}.

³¹⁵ Art. V(1)(e).

³¹⁶ V. *supra* § 346.

³¹⁷ Par ex. : C. pr. civ., art. 1522. – Loi suisse DIP, art. 192. – C. jud. belge, art. 1718.

³¹⁸ Cass. civ. 2^{ème}, 9 février 1994, n^o 92-17.645, *Bull. civ.* 1994, II, n^o 49. – CA Paris, 28 octobre 1997, *Rev. arb.*, 1996, p. 100, note E. Gaillard.

territorialement compétent³¹⁹ et, en arbitrage international, le juge d'appui français même si le siège de l'arbitrage est à l'étranger³²⁰.

- [493] Ainsi, les parties sont parfaitement libres de choisir le siège de l'arbitrage qui leur convient, en fonction de ce leurs préférences en termes de compétence et de règles impératives applicables à la procédure arbitrale. Les États souhaitant demeurer ou devenir de grandes places d'arbitrage se livrent donc à une véritable compétition pour proposer le droit le plus adapté et le plus libéral et pour s'assurer de l'efficacité de leurs juridictions lorsqu'elles jouent le rôle de juge d'appui ou lorsqu'elles contrôlent les sentences à travers les recours en annulation.
- [494] Cela étant, l'importance théorique et, dans une certaine mesure, pratique du siège de l'arbitrage varie en fonction de la conception qu'on a de l'arbitrage. Selon la conception autonomiste ou délocalisatrice, typiquement française, le tribunal arbitral n'est pas rattaché à l'État du siège, parce que c'est une « *juridiction internationale autonome* »³²¹. Selon cette approche, la notion même de *lex arbitri* n'a pas vraiment de sens car la procédure arbitrale n'a pas à obéir à une loi nationale³²². En revanche, selon la conception localisatrice, plus répandue dans le monde, surtout dans la tradition juridique anglaise, le tribunal arbitral, sans être une juridiction de l'État où il siège, est partiellement lié au droit de cet État, qui est la *lex arbitri*.
- [495] Concrètement, la conception autonomiste conduit notamment à considérer qu'une sentence annulée par le juge du siège peut être exécutée dans un autre pays, parce qu'elle n'est pas rattachée à l'ordre juridique du pays où elle a été rendue. La conception localisatrice conduit, au contraire, à refuser d'exécuter une telle sentence³²³.
- [496] Il faut faire une dernière observation, très pratique. En arbitrage institutionnel, si les parties n'ont pas choisi le siège de l'arbitrage, cela ne crée aucune difficulté puisque soit le règlement d'arbitrage stipule un siège par défaut, soit le centre d'arbitrage détermine le siège de l'arbitrage, soit le tribunal arbitral procède à ce choix, étant rappelé que le centre assure la constitution du tribunal arbitral. En revanche, en arbitrage *ad hoc*, si les parties n'ont pas choisi le siège du tribunal arbitral, ne s'accordent pas à ce sujet une fois le litige né et ne parviennent pas à constituer le tribunal arbitral, celui-ci ne peut, par hypothèse, choisir le siège et, à défaut de siège, il est impossible de déterminer quel est le juge d'appui compétent.
- [497] Certes, la partie souhaitant mettre en œuvre un arbitrage peut saisir de toutes difficulté relative à la constitution du tribunal arbitral le siège du pays où demeure son adversaire, en vertu du principe universel conférant compétence au juge du lieu où le défendeur est établi³²⁴. De plus, en cas de risque de déni de justice, elle pourra toujours saisir le juge d'appui français³²⁵. Cependant, on voit bien que, dans une clause compromissoire *ad hoc*, il est largement préférable de préciser le siège de l'arbitrage, en indiquant une ville comme lieu de l'arbitrage.

³¹⁹ . pr. civ., art. 1459, al. 3 et 1505, al. 1^{er}.

³²⁰ C. pr. civ., art. 1505, 3^o.

³²¹ Cass. civ. 1^{ère}, 12 octobre 2011, n° 11-11.058, *Bull. civ.* 2011, I, n° 163, *Elf Aquitaine*.

³²² V. *supra* § 320 à 325.

³²³ V. *infra* leçon 8. – V. aussi E. Gaillard, *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2008, spéc. n° 40 à 67.

³²⁴ En France, v. C. pr. civ., art. 42, al. 1^{er}.

³²⁵ C. pr. civ., art. 1505, 4^o.

2.2 LANGUE DE L'ARBITRAGE

[498] Les parties ou, à défaut, le tribunal arbitral choisissent la langue de l'arbitrage, en vertu de leur pouvoir d'organiser la procédure³²⁶. L'article 22 de la loi-type CNUDCI dispose :

Langue

1) Les parties sont libres de convenir de la langue ou des langues à utiliser dans la procédure arbitrale. Faute d'un tel accord, le tribunal arbitral décide de la langue ou des langues à utiliser dans la procédure. Cet accord ou cette décision, à moins qu'il n'en soit convenu ou décidé autrement, s'appliquent à toute déclaration écrite d'une partie, à toute procédure orale et à toute sentence, décision ou autre communication du tribunal arbitral.

2) Le tribunal arbitral peut ordonner que toute pièce soit accompagnée d'une traduction dans la langue ou les langues convenues par les parties ou choisies par le tribunal arbitral.

[499] Les règlements d'arbitrage comportent également des dispositions à ce sujet :

Article 20 du règlement d'arbitrage CCI – Langue de l'arbitrage

À défaut d'accord entre les parties, le tribunal arbitral fixe la langue ou les langues de la procédure arbitrale, en tenant compte de toutes circonstances pertinentes, y compris la langue du contrat.

Article 21.2 du règlement d'arbitrage CMAP

La langue de l'arbitrage est choisie par les parties. A défaut, elle est fixée par le tribunal arbitral en tenant compte des caractéristiques du litige. Tant que la langue n'a pas été déterminée, le français ou l'anglais est utilisé.

Article 19 du règlement d'arbitrage CNUDCI – Langue

1. Sous réserve de l'accord des parties, le tribunal arbitral fixe, rapidement après sa nomination, la langue ou les langues de la procédure. Cette décision s'applique au mémoire en demande, au mémoire en défense et à tout autre exposé écrit et, en cas d'audience, à la langue ou aux langues à utiliser au cours de cette audience.

2. Le tribunal arbitral peut ordonner que toutes les pièces jointes au mémoire en demande ou au mémoire en défense et toutes les pièces complémentaires produites au cours de la procédure qui ont été remises dans leur langue originale soient accompagnées d'une traduction dans la langue ou les langues choisies par les parties ou fixées par le tribunal.

[500] En matière d'arbitrage interne, l'article 23 du Code de procédure civile s'applique³²⁷ :

Le juge n'est pas tenu de recourir à un interprète lorsqu'il connaît la langue dans laquelle s'expriment les parties.

[501] En arbitrage international, une partie peut exiger que toutes les pièces qui seraient dans une autre langue soient traduites dans la langue de l'arbitrage et que les propos de toute personne s'exprimant dans une autre langue soient simultanément interprétés dans la langue de l'arbitrage. Cependant, en pratique, il arrive que le tribunal arbitral et l'autre partie acceptent la production de pièces ou une intervention orale dans une autre langue que celle de l'arbitrage, parce qu'ils la comprennent.

³²⁶ C. pr. civ., art. 1464, al. 1^{er} et 1509, al. 1^{er}. – Loi suisse DIP, art. 182(1) et 182(2). – Eng. Arb. Act, art. 34(1) et 34(2)(b).

³²⁷ C. pr. civ., art. 1464, al. 2.

[502] Cela étant, il est souhaitable, dans le choix de la langue, de faire preuve de pragmatisme. Par exemple, dans un contrat entre une partie française et une partie anglaise, entre lesquelles de nombreux échanges ont eu lieu en français et en anglais, on peut prévoir que les deux langues pourront être utilisées en cas d'arbitrage. Il arrive d'ailleurs que l'acte de mission assouplisse ainsi les règles linguistiques initialement adoptées dans la clause compromissoire.

[503] Le choix de la langue est évidemment important en pratique³²⁸. La langue dominante dans les arbitrages internationaux est aujourd'hui l'anglais, même si le français et l'espagnol sont couramment utilisés et, dans une moindre mesure, l'arabe, le portugais et le mandarin. Évidemment, de nombreuses autres langues sont utilisées mais dans un nombre assez réduit d'arbitrages.

2.3 CALENDRIER DE LA PROCEDURE

[504] Les parties ou, à défaut, le tribunal arbitral doivent fixer le calendrier de procédure, au titre du pouvoir d'organiser la procédure³²⁹. Le calendrier de la procédure peut être adopté dans l'acte de mission ou par une ordonnance du tribunal arbitral rendue rapidement après la signature de l'acte mission. En pratique, le calendrier est déterminé en accord avec les parties, sauf à ce qu'il y ait un désaccord tranché par le tribunal.

[505] Le calendrier impartit des délais aux parties pour la production de leurs mémoires et pièces et prévoit aussi, généralement, la date de l'audience, ainsi que, le cas échéant, des autres étapes de la procédure. Cela étant, il est très souvent nécessaire de modifier le calendrier en cours d'instance, parce que divers événements se produisent ou, tout simplement, parce que les parties ont pris du retard. Il est donc très important, lorsque l'acte de mission comporte un calendrier, de réserver au tribunal arbitral le pouvoir de le modifier.

[506] Certains règlements d'arbitrage comportent des dispositions à ce sujet :

Article 24 du règlement d'arbitrage CCI

Conférence sur la gestion de la procédure, calendrier de la procédure

1 Lors de l'établissement de l'acte de mission, ou dès que possible après celui-ci, le tribunal arbitral tient une conférence sur la gestion de la procédure afin de consulter les parties sur les mesures procédurales susceptibles d'être adoptées conformément à l'article 22(2).

2 Au cours de cette conférence, ou dès que possible après celle-ci, le tribunal arbitral fixe le calendrier de la procédure qu'il entend suivre pour la conduite efficace de l'arbitrage. Le calendrier de la procédure ainsi que toute modification de ce calendrier sont communiqués à la Cour et aux parties.

3 Afin d'assurer une gestion efficace de la procédure tout au long de l'arbitrage, le tribunal arbitral, après avoir consulté les parties lors d'une nouvelle conférence sur la gestion de la procédure ou par tout autre moyen, peut adopter d'autres mesures procédurales ou modifier le calendrier de la procédure.

4 Les conférences sur la gestion de la procédure peuvent être conduites sous la forme de réunions en la présence physique des intéressés, de visioconférences, par téléphone ou par d'autres moyens de communication similaires. À défaut

³²⁸ S. Tung, « The Importance of Languages in International Arbitration and How They Impact Parties' Due Process Rights », (2017) 10 *Contemporary Asia Arb. Journal*, 113 ; v. aussi S. Harpole, « Language in Arbitration Procedure: A Practical Approach for International Commercial Arbitration », (2016) 9 *Contemporary Asia Arbitration Journal*, p. 273 p. 273.

³²⁹ C. pr. civ., art. 1464, al. 1^{er} et 1509, al. 1^{er}. – Loi suisse DIP, art. 182(1) et 182(2). – Eng. Arb. Act, art. 34(1) et 34(2)(c).

d'accord des parties, le tribunal arbitral détermine la manière dont la conférence sera organisée. En vue de cette conférence, le tribunal arbitral peut demander aux parties de soumettre des propositions sur la gestion de la procédure et demander qu'elles y participent en personne ou y soient représentées par un mandataire interne.

Article 17(2) du règlement d'arbitrage CNUDCI – Langue

2. Dès que possible après sa constitution et après avoir invité les parties à exprimer leurs vues, le tribunal arbitral établit le calendrier prévisionnel de l'arbitrage. Il peut, à tout moment, après avoir invité les parties à exprimer leurs vues, proroger ou abrégé tout délai qui est prescrit par le présent Règlement ou dont elles sont convenues.

- [507] Les législations et règlements d'arbitrage ne prévoient pas de sanction en cas de dépassement des dates fixées au calendrier. Aux parties, de convenir ou, à défaut, au tribunal arbitral de décider de la sanction appropriée. Généralement, en cas de léger retard, le tribunal arbitral accorde un délai supplémentaire à l'autre partie, afin de maintenir l'égalité de traitement entre elles. En cas de retards répétés, le tribunal arbitral peut rejeter des écritures ou des pièces.

2.4 CARACTERE ECRIT OU ORAL DE LA PROCEDURE

- [508] Les parties ou, à défaut, le tribunal arbitral sont libres de décider si la procédure arbitrale est orale, écrite ou à la fois orale et écrite, au titre du pouvoir d'organiser la procédure³³⁰. Sauf disposition contraire du règlement d'arbitrage ou de l'acte de mission, les prétentions et moyens formulés par écrit ou à l'oral au cours d'une audience sont également recevables.

- [509] L'article 24 de la loi-type dispose :

Procédure orale et procédure écrite

1) Sauf convention contraire des parties, le tribunal arbitral décide si la procédure doit comporter des phases orales pour la production de preuves ou pour l'exposé oral des arguments, ou si elle se déroulera sur pièces. Cependant, à moins que les parties ne soient convenues qu'il n'y aura pas de procédure orale, le tribunal arbitral organise une telle procédure à un stade approprié de la procédure arbitrale, si une partie lui en fait la demande.

2) Les parties recevront suffisamment longtemps à l'avance notification de toutes audiences et de toutes réunions du tribunal arbitral tenues aux fins de l'inspection de marchandises, d'autres biens ou de pièces.

3) Toutes les conclusions, pièces ou informations que l'une des parties fournit au tribunal arbitral doivent être communiquées à l'autre partie. Tout rapport d'expert ou document présenté en tant que preuve sur lequel le tribunal pourrait s'appuyer pour statuer doit également être communiqué aux parties.

- [510] Dans le règlement CCI, on trouve un article 26 sur les audiences, qui montrent qu'elles ne sont pas obligatoires :

1 Une audience doit se tenir si l'une des parties le demande ou, à défaut, si le tribunal arbitral décide d'office d'entendre les parties. Lorsqu'une audience doit se tenir, le tribunal arbitral cite les parties à comparaître devant lui, en observant un délai convenable, au jour et lieu qu'il a fixés. Le tribunal arbitral peut décider, après avoir consulté les parties et sur le fondement des circonstances et faits pertinents de l'espèce, que toute audience sera conduite physiquement ou de

³³⁰ C. pr. civ., art. 1464, al. 1^{er} et 1509, al. 1^{er}. – Loi suisse DIP, art. 182(1) et 182(2). – Eng. Arb. Act, art. 34(1), 34(2)(c) et (h).

façon distancielle par visioconférence, téléphone ou par d'autres moyens de communication appropriés.

2 Si l'une des parties, bien que régulièrement convoquée, ne se présente pas sans excuse valable, le tribunal arbitral a le pouvoir de tenir néanmoins l'audience.

3 Le tribunal arbitral règle le déroulement des audiences auxquelles toutes les parties sont en droit d'être présentes. Sauf accord du tribunal arbitral et des parties, les audiences ne sont pas ouvertes aux personnes étrangères à la procédure.

4 Les parties comparaissent en personne ou par représentants dûment habilités. Elles peuvent également être assistées de conseils.

- [511] De plus en plus, les parties recourent à la communication électronique des pièces et des écritures, ce qui est évidemment plus simple et moins coûteux. Les audiences elles-mêmes sont parfois organisées en vidéoconférence. Cette pratique est parfaitement licite, qu'elle soit prévue ou pas par le règlement d'arbitrage applicable³³¹. Cependant, si ce format est relativement adapté aux conférences de procédure et aux audiences consacrées à un incident, il est peu satisfaisant pour les audiences consacrées à l'audition des témoins et aux plaidoiries sur le fond. En effet, ces audiences sont longues et la communication à distance les rend encore plus fatigantes. En outre, la communication non-verbale est beaucoup moins riche lorsque les interlocuteurs sont réunis virtuellement. Par ailleurs, il y a un enjeu important de confidentialité et les procédés utilisés doivent être suffisamment sécurisés.

2.5 REPRESENTATION DES PARTIES

- [512] Les parties se représentent elles-mêmes ou se font assister ou représenter par qui elles veulent, pas nécessairement par un avocat. La plupart du temps, les parties à un arbitrage sont assistées d'avocats mais sont présentes aux audiences, au cours desquelles elles s'expriment. Souvent aussi, des préposés des parties sont entendus comme témoins.

- [513] En matière d'arbitrage interne, les dispositions suivantes du Code de procédure civile s'appliquent³³² :

Article 18

Les parties peuvent se défendre elles-mêmes, sous réserve des cas dans lesquels la représentation est obligatoire.

Article 19

Les parties choisissent librement leur défenseur soit pour se faire représenter, soit pour se faire assister suivant ce que la loi permet ou ordonne.

Article 20

Le juge peut toujours entendre les parties elles-mêmes.

³³¹ Trib. Féd. Suisse, 1^{ère} cour dr. civ., 15 juin 2021, n° 4A_530/2020 ; C. sup. d'Autriche, 23 juillet 2020, n° 18 ONc 3/20s.

³³² C. pr. civ., art. 1464, al. 2.

[514] Cela dit, en matière d'arbitrage international, on suit les mêmes principes même s'il n'y a pas de disposition explicites sur ce point. L'article 36 de l'Arbitration Act dispose :

Legal or other representation.

Unless otherwise agreed by the parties, a party to arbitral proceedings may be represented in the proceedings by a lawyer or other person chosen by him.

[515] L'article 5 du règlement d'arbitrage CNUDCI dispose :

Représentation et assistance

Chaque partie peut se faire représenter ou assister par des personnes de son choix. Les noms et adresses de ces personnes doivent être communiqués à toutes les parties et au tribunal arbitral. Cette communication doit préciser si la désignation est faite en vue d'une représentation ou d'une assistance. À tout moment, le tribunal arbitral peut, de sa propre initiative ou à la demande d'une partie, requérir, sous la forme qu'il détermine, la preuve des pouvoirs conférés au représentant d'une partie.

[516] Les règlements d'arbitrage comportent parfois des dispositions relatives aux conseils des parties. Les plus récentes s'efforcent de prévenir un changement de conseil de nature à perturber l'instance. C'est le cas du règlement CCI 2021 :

Article 17 – Représentation des parties

1 Chaque partie doit, dans les meilleurs délais, informer le Secrétariat, le tribunal arbitral et les autres parties de tout changement quant à sa représentation.

2 Une fois constitué, et après avoir accordé aux parties la possibilité de faire part de leurs observations par écrit dans un délai convenable, le tribunal arbitral peut prendre toute mesure nécessaire afin d'éviter qu'un changement dans la représentation d'une partie n'expose un arbitre à un conflit d'intérêts, y compris exclure la participation de nouveaux représentants de parties dans tout ou partie de la procédure arbitrale.

3 À tout moment après l'introduction de l'arbitrage, le tribunal arbitral ou le Secrétariat peuvent exiger une preuve du pouvoir de tout représentant d'une partie.

[517] Il faut également citer le règlement CMAP 2022 :

Article 9 – Assistance et représentation des parties

9.1. Chaque partie peut se faire assister par toute personne de son choix. Elle peut se faire représenter à l'instance arbitrale par toute personne à qui elle a donné pouvoir à cet effet.

9.2. La partie qui, au cours de l'arbitrage, souhaite s'adjoindre un nouveau conseil ou représentant ou remplacer son conseil ou son représentant doit en informer immédiatement le tribunal arbitral.

9.3. Le tribunal arbitral peut alors, après avoir recueilli les observations des parties, prendre toutes mesures de nature à éviter l'apparition d'un conflit d'intérêts dans la personne d'un arbitre, y compris interdire l'adjonction ou le remplacement du conseil ou du représentant. Dans ce cas, la partie intéressée doit conserver son conseil ou son représentant initial ou en désigner un autre.

3 DEROULEMENT DE L'INSTANCE ARBITRALE

[518] L'un des avantages majeurs de l'arbitrage est la souplesse de la procédure. Les parties et le tribunal arbitral peuvent l'organiser comme bon leur semble, sous réserve de respecter le principe de loyauté et les principes de la contradiction et d'égalité des parties, ainsi que les droits de la défense. Les procédures arbitrales peuvent donc se dérouler de manière très variable : elles peuvent être brèves ou longues et complexes,

si le différend le nécessite ; elles peuvent être purement orales, ou purement écrites, ou encore orales et écrites. Cela dit, beaucoup de procédures arbitrales obéissent au schéma ci-dessous.

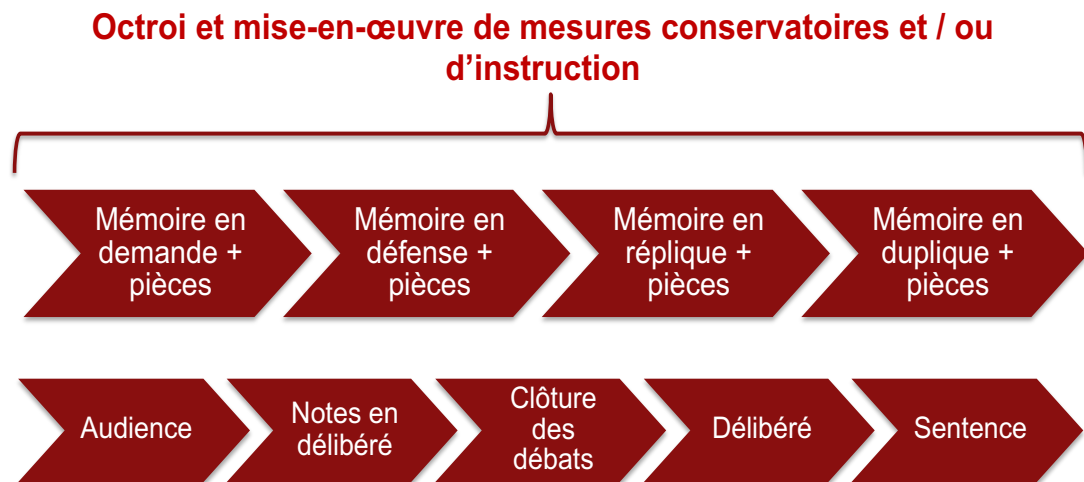


Figure 1 - Étapes d'une procédure arbitrale selon l'usage courant

[519] Ainsi, il y a d'abord une phase d'instruction du litige (3.1), puis une audience (3.2) et, enfin, le délibéré (3.3). Par ailleurs, l'instance arbitrale peut être interrompue ou suspendue (3.4). Enfin, il faut évoquer les procédures arbitrales accélérées (3.5), dans lesquelles certaines des étapes habituelles sont supprimées ou abrégées.

3.1 INSTRUCTION DU LITIGE

[520] Au cours de la phase d'instruction du litige, les parties échangent des mémoires et des pièces (3.1.1) et des mesures d'instruction peuvent prendre place (3.1.2).

3.1.1 Échange des mémoires et des pièces

[521] Même si les différentes législations et règlements d'arbitrage ne l'imposent pas, il est d'usage que les parties procèdent à deux échanges de mémoires, dans lesquels elles exposent leurs moyens et leurs prétentions :

- Mémoire en demande³³³.
- Mémoire en défense³³⁴.
- Mémoire en réplique³³⁵.
- Mémoire en duplique³³⁶.

[522] En général, avec chaque mémoire, les parties communiquent des pièces. Celles-ci sont accompagnées d'un bordereau et numérotées. En arbitrage international, il est d'usage

³³³ En anglais : *statement of claims*.

³³⁴ En anglais : *statement of defence*.

³³⁵ En anglais : *replication*.

³³⁶ En anglais : *rejoinder*.

de faire précéder le numéro de la pièce d'une ou deux lettres donnant des indications sur son origine et sa nature :

- DM-1, DM-2, DM-3, DM-4 ou C-1, C-2, C-3, C-4, etc. : pièces communiquées par le demandeur ou *claimant*.
- DMJ-34, DMJ-35, CL-34, CL-35, etc. : pièces communiquées par le demandeur et destinées à prouver le contenu du droit (*legal*) applicable (texte de loi, arrêt, extrait d'ouvrage, etc.)
- DF-1, DF-2, DF-3, DF-4 ou R-1, R-2, R-3, R-4, etc. : pièces communiquées par le défendeur ou *respondent*.
- DFJ-34, DFJ-35 ou RL-34, RL3-5, etc. : pièces communiquées par le défendeur et destinées à prouver le contenu du droit (*legal*) applicable (texte de loi, arrêt, extrait d'ouvrage, etc.).
- DMT-1, DMT-2, etc. ou CWS-1, CWS-2, etc. : attestations écrites communiquées par le demandeur ou *claimant's witness statements*.
- DFT-1, DFT-2, etc. ou RWS-1, RWS-2, etc. : attestations écrites communiquées par le défendeur ou *respondent's witness statements*.
- DME-1, DME-2, etc. ou CER-1, CER-2, etc. : rapports d'expertise communiqués par le demandeur ou *claimant's expert reports*.
- DFT-1, DFT-2, etc. ou RWS-1, RWS-2, etc. : attestations écrites communiquées par le défendeur ou *respondent's expert reports*.

[523] L'article 23 de la loi-type CNUDCI évoque les écritures des parties :

Conclusions en demande et en défense

1) Dans le délai convenu par les parties ou fixé par le tribunal arbitral, le demandeur énonce les faits au soutien de sa demande, les points litigieux et l'objet de la demande et le défendeur énonce ses défenses à propos de ces questions, à moins que les parties ne soient autrement convenues des indications devant figurer dans les conclusions. Les parties peuvent accompagner leurs conclusions de toutes pièces qu'elles jugeront pertinentes ou y mentionner les pièces ou autres moyens de preuve qu'elles produiront.

2) Sauf convention contraire des parties, l'une ou l'autre partie peut modifier ou compléter sa demande ou ses défenses, au cours de la procédure arbitrale, à moins que le tribunal arbitral considère ne pas devoir autoriser un tel amendement en raison du retard avec lequel il est formulé.

[524] On trouve aussi les dispositions suivantes dans le règlement d'arbitrage CNUDCI :

Article 20 – Mémoire en demande

1. Le demandeur communique son mémoire en demande par écrit au défendeur et à chacun des arbitres, dans le délai fixé à cet effet par le tribunal arbitral. Il peut décider de considérer sa notification d'arbitrage visée à l'article 3 comme un mémoire en demande, pour autant qu'elle respecte aussi les conditions énoncées aux paragraphes 2 à 4 du présent article.

2. Le mémoire en demande comporte les indications ci-après :

- a) Les noms et coordonnées des parties ;
- b) Un exposé des faits présentés à l'appui de la demande ;
- c) Les points litigieux ;
- d) L'objet de la demande ;

e) Les moyens ou arguments de droit invoqués à l'appui de la demande.

3. Une copie de tout contrat ou autre instrument juridique duquel est né le litige ou auquel il se rapporte et de la convention d'arbitrage est jointe au mémoire en demande.

4. Le mémoire en demande devrait, dans la mesure du possible, être accompagné de toutes pièces et autres preuves invoquées par le demandeur ou s'y référer.

Article 21 – Mémoire en défense

1. Le défendeur communique son mémoire en défense par écrit au demandeur et à chacun des arbitres, dans le délai fixé à cet effet par le tribunal arbitral. Il peut décider de considérer sa réponse à la notification d'arbitrage visée à l'article 4 comme un mémoire en défense, pour autant qu'elle respecte aussi les conditions énoncées au paragraphe 2 du présent article.

2. Le mémoire en défense répond aux alinéas b à e du mémoire en demande (art. 20, par. 2). Il devrait, dans la mesure du possible, être accompagné de toutes pièces et autres preuves invoquées par le défendeur ou s'y référer.

3. Dans son mémoire en défense, ou à un stade ultérieur de la procédure arbitrale si le tribunal arbitral décide que ce délai est justifié par les circonstances, le défendeur peut former une demande reconventionnelle ou une demande en compensation, à condition que le tribunal ait compétence pour en connaître.

4. Les dispositions de l'article 20, paragraphes 2 à 4, s'appliquent à une demande reconventionnelle, à un chef de demande formulé conformément à l'article 4, paragraphe 2 f, et à une demande en compensation.

[525] Afin de rationaliser la procédure arbitrale, on peut inclure dans l'acte de mission des dispositions inspirées des règles de procédure applicables, en France, devant le tribunal judiciaire ou la cour d'appel, notamment l'obligation de produire des mémoires récapitulatifs, avec un trait en marge mettant en évidence les ajouts par rapport au mémoire précédent, et de soulever tous les moyens et prétentions par écrit, ceux présentés au cours de l'audience étant irrecevables.

[526] Enfin, la forme des communications est librement décidée par les parties ou, à défaut d'accord entre elles, par le tribunal arbitral. On peut adresser les écritures et les pièces par voie postale ou procéder par voie électronique, en envoyant les fichiers en pièces jointes de courriels ou en les mettant en ligne sur une plate-forme. De nos jours, on utilise souvent la communication papier doublée d'une communication électronique mais celle-ci est, de plus en plus fréquemment, utilisée exclusivement. Cela étant, la communication électronique crée un risque en termes de sécurité et de confidentialité, du moins lorsque les parties et le tribunal arbitral n'utilisent pas des messageries ou des plates-formes sécurisées.

[527] De ce point de vue, la solution la plus pratique et la plus sûre est l'utilisation d'une plate-forme dont l'accès est contrôlé, à laquelle les conseils et les arbitres ont accès au moyen d'un identifiant et d'un mot de passe et sur laquelle ils déposent et peuvent télécharger les mémoires, pièces et autres documents de la procédure. Plusieurs entreprises proposent de telles plateformes, qui peuvent aussi comprendre un système de vidéoconférence.

3.1.2 Mesures d'instruction préalables à l'audience

[528] Pendant cette phase d'échange des mémoires, des mesures d'instruction peuvent être ordonnées et exécutées : expertise, transport sur les lieux, injonction de production de pièces, etc. Pour traiter ces questions, des audiences de procédure peuvent être organisées.

[529] En arbitrage international, le témoignage est un mode de preuve très couramment utilisé. Parfois, on auditionne les témoins au cours d'une audience préalable à l'audience sur le fond mais, le plus souvent, l'audition des témoins et les plaidoiries ont lieu au cours d'une seule et même audience. On en parlera donc ci-dessous.

3.2 AUDIENCE

[530] Une fois achevés les mesures d'instruction et les échanges de mémoires et de pièces, une audience est généralement organisée, à laquelle participent les arbitres, les conseils des parties et, bien souvent, les parties elles-mêmes ou, s'agissant des personnes morales, leurs dirigeants ou juristes internes. Cela étant, l'organisation d'une audience n'est pas imposée par les législations nationales et les parties peuvent opter pour une procédure purement écrite. Certains règlements d'arbitrage imposent la tenue d'une audience si une partie l'exige³³⁷. Si les parties ne souhaitent pas d'audience, le tribunal arbitral doit sans doute se plier à leur volonté, sauf si le règlement d'arbitrage lui donne le pouvoir de passer outre³³⁸ ou s'il estime qu'une telle audience est indispensable pour respecter un principe impératif, notamment celui de la contradiction.

[531] En arbitrage international, l'audience dure souvent deux ou trois jours, voire plus. Elle se déroule généralement ainsi :

- Brève présentation de l'avocat du demandeur, puis de l'avocat du défendeur, qui résument leurs prétentions et moyens³³⁹.
- Audition des témoins produits par le demandeur, interrogés par son avocat³⁴⁰ puis contre-interrogés par l'avocat du défendeur³⁴¹. ; puis des témoins produits par le défendeur, interrogés par son avocat puis contre-interrogés par l'avocat du demandeur
- Les parties ou leurs dirigeants sont entendus comme témoins.
- Les représentants légaux et préposés des parties sont eux-mêmes généralement entendus comme témoins.
- De plus, les parties produisent souvent des experts comme témoins, pour qu'ils fournissent des explications sur les aspects techniques du litige ou sur le droit applicable (ces témoins spécialistes du droit applicables sont souvent des professeurs de droit). On distingue ainsi les témoins des faits³⁴² et les témoins experts³⁴³, qui sont eux-mêmes contre-interrogés par l'avocat adverse.
- Le cas échéant, audition de l'expert désigné par le tribunal arbitral.
- Le tribunal arbitral lui-même pose des questions aux témoins et aux experts.
- Plaidoirie de l'avocat du demandeur³⁴⁴.
- Plaidoirie de l'avocat du défendeur.

³³⁷ V. par ex. règl. arb. CCI, art. 26(1).

³³⁸ V. par ex. règl. arb. CCI, art. 26(1).

³³⁹ Ce qu'on appelle *opening statements* en anglais.

³⁴⁰ *Direct examination*.

³⁴¹ *Cross examination*.

³⁴² *Fact witness*.

³⁴³ *Expert witness*.

³⁴⁴ Ce qu'on appelle *closing argument* en anglais.

- [532] Il est possible d’interroger les témoins au cours d’une audience préalable. Pour les dossiers complexes, avec de nombreux témoins et experts, dans lesquels les plaidoiries sont elles-mêmes très longues, on organise plusieurs sessions. Par exemple, une semaine pour interroger les experts, une semaine pour interroger les témoins sur un aspect du dossier, trois jours pour interroger les témoins sur un autre aspect du dossier, puis une dernière semaine pour les plaidoiries.
- [533] En matière interne, les audiences sont organisées un peu de la même manière mais l’audition de témoins n’est pas systématique. De plus, lorsque le tribunal arbitral entend des témoins, ceux-ci sont interrogés moins longtemps et de manière plus informelle, sans contre-interrogatoire. Les parties s’expriment au cours d’une discussion avec le tribunal et généralement pas comme témoins. Ainsi, en matière interne, les audiences sont moins longues, durant souvent une demi-journée ou une journée.
- [534] Enfin, l’audience peut être organisée sous forme de réunion physique ou de vidéoconférence, auquel cas il faut veiller à la sécurité et à la confidentialité de la communication. La pandémie récente et les restrictions sanitaires qu’elle a provoquées ont largement favorisé le recours à la vidéo-conférence. Toutefois, ce n’est pas une solution idéale. Une vidéo-conférence est plus fatigante et permet moins d’interactions qu’une réunion physique. En particulier, l’interrogatoire des témoins est plus révélateur au cours d’une réunion physique, dans la même salle, qu’en vidéoconférence.
- [535] Il faut donc privilégier les audiences réelles, tout en acceptant de recourir aux audiences virtuelles lorsque des raisons impérieuses le justifient. Outre une pandémie, d’autres circonstances peuvent déterminer l’usage de la vidéo-conférence. Par exemple, celle-ci peut être utile pour interroger un témoin dont la maladie ou l’emploi du temps très chargé l’empêche de libérer suffisamment de temps pour voyager jusqu’au lieu de l’audience. Par ailleurs, le recours à la vidéoconférence pour les audiences de procédure, de courte durée, consacrée à un incident, se justifie davantage.

3.3 DELIBERE

- [536] A la fin de l’audience, il arrive que le tribunal arbitral demande aux parties de produire des mémoires complémentaires pour répondre à certaines questions apparues au cours de l’audience. Ces mémoires sont appelés mémoires post-audience³⁴⁵ ou, tout simplement, notes en délibéré. Souvent aussi, le tribunal arbitral demande aux avocats de produire les factures adressées à leurs clients, parce qu’il doit statuer sur les demandes formulées par chaque partie et tendant à la condamnation de son adversaire à lui rembourser ses frais de procédure et veut vérifier le montant des honoraires facturés et apprécier leur caractère raisonnable ou non.
- [537] Toutefois, à un moment donné, le tribunal arbitral doit clore les débats et mettre l’affaire en délibéré, comme l’explique l’article 1476 du Code de procédure civile :

Le tribunal arbitral fixe la date à laquelle le délibéré sera prononcé.

Au cours du délibéré, aucune demande ne peut être formée, aucun moyen soulevé et aucune pièce produite, si ce n’est à la demande du tribunal arbitral.

³⁴⁵ *Post-hearing briefs.*

[538] L'article 27 du règlement CCI prévoit :

Clôture des débats et date de soumission du projet de sentence

Dès que possible après la dernière audience relative aux questions à résoudre dans une sentence, ou la présentation des dernières écritures autorisées concernant ces questions si celle-ci est postérieure, le tribunal arbitral :

a) prononce la clôture des débats relativement aux questions à trancher dans la sentence et

b) informe le Secrétariat et les parties de la date à laquelle il entend soumettre son projet de sentence à la Cour pour approbation conformément à l'article 34.

Après la clôture des débats, aucun argument, ni aucunes écritures, ne peuvent être présentés ni aucune preuve supplémentaire produite relativement aux questions à trancher dans la sentence, sauf à la demande ou avec l'autorisation du tribunal arbitral.

[539] L'article 27 du règlement CMAP dispose :

Lorsque le tribunal arbitral s'estime suffisamment informé, il prononce la clôture des débats et met l'affaire en délibéré avec indication de la date à laquelle, sauf incident, la sentence sera transmise à la Commission d'arbitrage.

[540] La sentence est transmise à la Commission d'arbitrage pour relecture. Cet examen préalable de la sentence par le centre, prévu par plusieurs règlements d'arbitrage, est appelé *scrutiny* en anglais. La centre d'arbitrage ne peut pas réviser le contenu de la décision des arbitres, qui relève de leur appréciation. L'objet de cette relecture préalable est de corriger les imperfections de forme et de vérifier que la motivation est suffisamment complète et claire. Le centre formule ses éventuelles suggestions au tribunal arbitral, qui en tient généralement compte.

3.4 INCIDENTS DE L'INSTANCE ARBITRALE

[541] En procédure civile, on distingue l'interruption et la suspension de l'instance, qui ne surviennent pas pour les mêmes causes et n'ont pas les mêmes effets, l'interruption de l'instance entraînant toujours celle du délai de péremption, alors que la suspension ne produit pas toujours cette conséquence³⁴⁶. De la même manière, l'instance arbitrale peut être interrompue (3.4.1) ou suspendue (3.4.2). Il existe des dispositions communes à ces deux incidents (3.4.3). Par ailleurs, il peut être utile de joindre deux ou plusieurs instances arbitrales (3.4.4).

3.4.1 Interruption de l'instance arbitrale

[542] En ce qui concerne l'interruption de l'instance, l'article 1471 du Code de procédure civile dispose :

L'interruption de l'instance est régie par les dispositions des articles 369 à 372.

[543] Il faut lire les articles 369 à 372 du Code de procédure civile :

Article 369

L'instance est interrompue par :

- la majorité d'une partie ;
- la cessation de fonctions de l'avocat lorsque la représentation est obligatoire ;

³⁴⁶ C. pr. civ., art. 392

- l'effet du jugement qui prononce la sauvegarde, le redressement judiciaire ou la liquidation judiciaire dans les causes où il emporte assistance ou dessaisissement du débiteur ;

- la conclusion d'une convention de procédure participative aux fins de mise en état y compris en cas de retrait du rôle.

Conformément au I de l'article 55 du décret n° 2019-1333 du 11 décembre 2019, ces dispositions entrent en vigueur le 1er janvier 2020. Elles sont applicables aux instances en cours à cette date.

Article 370

A compter de la notification qui en est faite à l'autre partie, l'instance est interrompue par :

- le décès d'une partie dans les cas où l'action est transmissible ;

- la cessation de fonctions du représentant légal d'un mineur et de la personne chargée de la protection juridique d'un majeur ;

- le recouvrement ou la perte par une partie de la capacité d'ester en justice.

Article 371

En aucun cas l'instance n'est interrompue si l'événement survient ou est notifié après l'ouverture des débats.

Article 372

Les actes accomplis et les jugements même passés en force de chose jugée, obtenus après l'interruption de l'instance, sont réputés non venus à moins qu'ils ne soient expressément ou tacitement confirmés par la partie au profit de laquelle l'interruption est prévue.

3.4.2 Suspension de l'instance arbitrale

[544] Quant à la suspension de l'instance arbitrale, ses causes sont énumérées par les dispositions spécifiques à l'arbitrage. Le tribunal arbitral peut, d'abord, surseoir à statuer, comme le prévoit l'article 1472, seul article relatif à l'interruption et à la suspension de l'instance applicable en matière internationale³⁴⁷ :

Le tribunal arbitral peut, s'il y a lieu, surseoir à statuer. Cette décision suspend le cours de l'instance pour le temps ou jusqu'à la survenance de l'événement qu'elle détermine.

Le tribunal arbitral peut, suivant les circonstances, révoquer le sursis ou en abrégé le délai.

[545] L'article 1473 ajoute :

Sauf stipulation contraire, l'instance arbitrale est également suspendue en cas de décès, d'empêchement, d'abstention, de démission, de récusation ou de révocation d'un arbitre jusqu'à l'acceptation de sa mission par l'arbitre désigné en remplacement.

Le nouvel arbitre est désigné suivant les modalités convenues entre les parties ou, à défaut, suivant celles qui ont présidé à la désignation de l'arbitre qu'il remplace.

³⁴⁷ C. pr. civ., art. 1506, 3°

3.4.3 Dispositions communes à l'interruption et à la suspension de l'instance arbitrale

[546] L'article 1474 du Code de procédure civile précise :

L'interruption ou la suspension de l'instance ne dessaisit pas le tribunal arbitral.

Le tribunal arbitral peut inviter les parties à lui faire part de leurs initiatives en vue de reprendre l'instance ou de mettre un terme aux causes d'interruption ou de suspension. En cas de carence des parties, il peut mettre fin à l'instance.

[547] L'article 1475 ajoute :

L'instance reprend son cours en l'état où elle se trouvait au moment où elle a été interrompue ou suspendue lorsque les causes de son interruption ou de sa suspension cessent d'exister.

Au moment de la reprise de l'instance et par exception à l'article 1463, le tribunal arbitral peut décider que le délai de l'instance sera prorogé pour une durée qui n'excède pas six mois.

[548] Ainsi, à titre exceptionnel, le tribunal arbitral peut ici, de manière limitée, proroger le délai d'arbitrage, alors qu'en principe seuls les parties, le juge d'appui ou le centre d'arbitrage peuvent le faire. Cependant, cet article n'est pas applicable en matière d'arbitrage international. Lorsqu'une instance arbitrale internationale soumise à un délai d'arbitrage a été interrompue ou suspendue, le tribunal arbitral à le faire proroger par les parties, le juge d'appui ou le centre d'arbitrage.

3.4.4 Intervention et jonction

[549] Il arrive que plusieurs instances arbitrales connexes soient pendantes en même temps. Par exemple, si un contrat d'entreprise a donné lieu à un contrat de sous-traitance et si les deux instruments comportent des clauses compromissoires, il se peut, en cas de malfaçons, que le maître de l'ouvrage poursuive, dans un premier arbitrage, l'entrepreneur principal et que celui-ci poursuive, dans un second arbitrage, son sous-traitant. Les faits étant connexes, il serait plus efficace de juger l'ensemble des demandes au cours du même arbitrage.

[550] Cependant, l'arbitrage reposant sur le consentement des parties, la jonction n'est possible qu'avec l'assentiment de toutes les parties. Il faudra aussi que l'un des tribunaux arbitraux soient dessaisi, ce qui suppose de trouver un accord avec les arbitres dessaisis sur leur rémunération. De même, on ne peut contraindre un tiers à intervenir à une procédure arbitrale sans son consentement et celui de toutes les parties à la convention d'arbitrage et l'intervention volontaire suppose aussi l'accord de toutes les parties à l'instance arbitrale

[551] Cependant, plusieurs règlements d'arbitrage comportent des dispositions permettant de réunir plusieurs arbitrages en un seul, offrant une souplesse appréciable. A titre d'exemple, voici les dispositions pertinentes du règlement d'arbitrage CMAP 2022.

[552] D'abord, l'article 13 traite de l'intervention :

13.1. Le tribunal arbitral ou, lorsque le tribunal arbitral n'est pas encore constitué, la Commission d'arbitrage peut autoriser l'intervention d'un tiers comme partie à l'arbitrage, après avoir consulté toutes les parties, y compris l'intervenant, à condition que :

(a) l'intervenant soit, *prima facie*, lié par la convention d'arbitrage ou l'une des conventions d'arbitrage donnant lieu à l'arbitrage, étant entendu que toute partie peut, par la suite, demander au tribunal arbitral de se prononcer sur sa compétence à l'égard des demandes présentées par ou contre l'intervenant ; ou

(b) toutes les parties, y compris l'intervenant, aient accepté expressément son intervention.

13.2. La demande d'intervention contient les éléments suivants :

(a) la référence de la procédure à laquelle la partie intervenante devrait être jointe ;

(b) l'état civil ou la raison sociale et l'adresse de l'intervenant et, le cas échéant, le nom et l'adresse de son conseil ;

(c) si l'intervenant est proposé pour intervenir en tant que demandeur ou défendeur ;

(d) un exposé succinct des faits et des arguments à l'appui de la demande d'intervention, le fondement de celle-ci et une indication des décisions sollicitées, y compris leur évaluation pécuniaire ;

(e) toutes conventions pertinentes et notamment la ou les conventions d'arbitrage ; et

(f) toutes indications utiles et toutes observations ou propositions concernant le nombre et le choix des arbitres, la langue et le siège de l'arbitrage.

13.3. La date de réception de la demande d'intervention par le Centre est considérée, à toutes fins utiles, comme celle de l'introduction de l'arbitrage à l'égard de l'intervenant.

13.4. Aucune intervention ne peut avoir lieu après la notification du premier mémoire au fond, à moins que le tribunal arbitral n'en décide autrement au vu des circonstances.

13.5. Toute demande d'intervention présentée après la constitution du tribunal arbitral est tranchée par celui-ci. Dans ce cas, l'intervention ne peut être autorisée que si l'intervenant accepte la constitution dudit tribunal arbitral et, si un acte de mission a déjà été signé, adhère à son contenu.

13.6. En se prononçant sur une demande d'intervention, le tribunal arbitral ou, lorsque le tribunal arbitral n'est pas encore constitué, la Commission d'arbitrage tient compte de toutes circonstances pertinentes, et notamment la compétence *prima facie* du tribunal arbitral à propos des demandes présentées par ou contre l'intervenant, le risque de conflits d'intérêts, l'état d'avancement de la procédure arbitrale en cours, les conséquences de l'intervention sur celle-ci et l'avantage qu'il y aurait à traiter, dans la même procédure, les demandes originaires et des demandes présentées par ou contre l'intervenant.

13.7. La Commission d'arbitrage peut ajuster la provision sur honoraires d'arbitrage, frais administratifs et dépenses des arbitres, pour tenir compte de la demande d'intervention, et appeler des fonds supplémentaires.

[553] Ensuite, l'article 14 traite de ce qu'on appelle l'arbitrage multipartite ou multi-contracts :

14.1. Toute demande d'arbitrage peut être formée par plusieurs demandeurs et contre plusieurs défendeurs. Tout défendeur peut, dans sa réponse à la demande d'arbitrage, présenter des demandes reconventionnelles contre une ou plusieurs parties à l'arbitrage.

14.2. Des demandes fondées sur plusieurs contrats ou en relation avec plusieurs contrats peuvent être formées dans une procédure arbitrale unique, en application d'une ou de plusieurs conventions d'arbitrage visant le règlement d'arbitrage du CMAP, à condition que ces conventions d'arbitrage soient compatibles, et que :

(a) les demandes découlent de la ou des mêmes relations juridiques ; ou

(b) les demandes découlent de contrats composés d'un contrat principal et de son ou ses contrats auxiliaires ; ou

(c) les demandes découlent de la même opération ou série d'opérations.

[554] Enfin, l'article 15 traite de la jonction de plusieurs arbitrages :

15.1. La Commission d'arbitrage peut, à la demande de l'une des parties ou d'office, joindre en une procédure unique plusieurs procédures arbitrales en cours soumises au Règlement d'arbitrage du CMAP, après avoir consulté toutes les parties et tout arbitre déjà désigné, dans les cas suivants :

(a) toutes les parties à l'ensemble des procédures arbitrales acceptent expressément leur jonction ; ou

(b) toutes les demandes présentées dans l'ensemble des procédures arbitrales sont formées en vertu de la ou des mêmes conventions d'arbitrage ; ou

(c) toutes les demandes présentées dans les procédures arbitrales sont fondées sur plusieurs conventions d'arbitrage qui sont compatibles entre elles, et les demandes découlent :

- de la ou des mêmes relations juridiques ;
- de contrats consistant en un contrat principal et son ou ses contrats auxiliaires ; ou
- de la même opération ou série d'opérations.

15.2. Lorsqu'elle se prononce, la Commission d'arbitrage tient compte de toutes les circonstances pertinentes, y compris le degré d'avancement de chaque procédure et les nominations d'arbitres déjà intervenues.

15.3. Lorsque la Commission d'arbitrage décide de la jonction de plusieurs procédures, les procédures sont jointes en faveur de la procédure ayant débuté en premier, à moins que toutes les parties n'en conviennent autrement ou que la Commission d'arbitrage n'en décide autrement, compte tenu des circonstances.

15.4. Si la jonction des arbitrages rend nécessaire la constitution d'un nouveau tribunal arbitral, la Commission d'arbitrage y procède et peut révoquer tout arbitre déjà nommé.

15.5. Le cas échéant, la Commission d'arbitrage détermine le montant des honoraires que les arbitres révoqués doivent toucher, en fonction des diligences qu'ils ont accomplies avant leur révocation. Elle statue aussi sur le remboursement des dépenses exposés par eux avant leur révocation.

15.6. En conséquence de la jonction, la Commission d'arbitrage peut appeler des provisions supplémentaires sur honoraires d'arbitrage, frais administratifs et dépenses prévisibles.

15.7. Ni la révocation d'un arbitre déjà nommé, ni la jonction n'affecte :

(a) la validité des actes accomplis ou des ordonnances rendues, avant la jonction, dans les procédures arbitrales jointes ;

(b) la date à laquelle une demande ou une défense a été soulevée aux fins des délais applicables.

3.5 PROCEDURES ARBITRALES ACCELEREES

[555] Certains règlements prévoient une procédure accélérée au fond, destinée à obtenir une sentence dans de brefs délais. Il ne faut pas confondre ces procédures accélérées avec celles destinées à obtenir, avant la constitution d'un tribunal arbitral, une décision provisoire qui n'est ni une sentence, ni même un acte juridictionnel³⁴⁸.

[556] Ainsi, l'article 30 du règlement d'arbitrage CCI prévoit :

1 En convenant d'avoir recours à un arbitrage selon le Règlement, les parties acceptent que le présent article 30 et les Règles relatives à la procédure

³⁴⁸ V. *supra*, § 456 à 459.

accélérée qui figurent à l'Appendice VI (collectivement les « Dispositions relatives à la procédure accélérée ») prévalent sur toute stipulation contraire de la convention d'arbitrage.

2 Les Règles relatives à la procédure accélérée qui figurent à l'Appendice VI s'appliquent si :

- a) le montant en litige n'excède pas la limite fixée à l'article 1(2) de l'Appendice VI au moment de la communication visée à l'article 1(3) dudit Appendice, ou
- b) les parties en conviennent.

3 Les Dispositions relatives à la procédure accélérée ne s'appliquent pas si :

- a) la convention d'arbitrage visant le Règlement a été conclue avant la date d'entrée en vigueur des Dispositions relatives à la procédure accélérée,
- b) les parties sont convenues d'exclure l'application des Dispositions relatives à la procédure accélérée, ou
- c) la Cour juge, à la demande d'une partie avant la constitution du tribunal arbitral ou d'office, qu'il est inopportun eu égard aux circonstances d'appliquer les Dispositions relatives à la procédure accélérée.

[557] L'appendice VI au règlement d'arbitrage CCI comporte les règles relatives à la procédure accélérée :

Article 1 - Application des Règles relatives à la procédure accélérée

1 Sauf dispositions contraires de l'article 30 du Règlement d'arbitrage de la CCI (le « Règlement ») et du présent Appendice VI, le Règlement s'applique à un arbitrage soumis aux Règles relatives à la procédure accélérée.

2 Le montant visé à l'article 30(2), sous-paragraphe a), du Règlement est de :

- a) 2 000 000 \$US si la convention d'arbitrage au titre du Règlement a été conclue à compter du 1^{er} mars 2017 et avant le 1^{er} janvier 2021, ou
- b) 3 000 000 \$US si la convention d'arbitrage au titre du Règlement a été conclue à compter du 1^{er} janvier 2021.

3 À la réception de la Réponse à la Demande conformément à l'article 5 du Règlement, ou à l'expiration du délai pour soumettre la Réponse ou ultérieurement à tout moment opportun et sous réserve de l'article 30(3) du Règlement, le Secrétariat informe les parties que les Dispositions relatives à la procédure accélérée s'appliquent à l'affaire.

4 La Cour peut à tout moment de la procédure d'arbitrage, d'office ou à la demande d'une partie, et après avoir consulté le tribunal arbitral et les parties, décider que les Dispositions relatives à la procédure accélérée ne s'appliqueront plus à l'affaire. Dans ce cas, à moins que la Cour ne juge approprié de remplacer et/ou de reconstituer le tribunal arbitral, celui-ci demeurera en place.

Article 2 - Constitution du tribunal arbitral

1 La Cour peut, nonobstant toute stipulation contraire de la convention d'arbitrage, nommer un arbitre unique.

2 Les parties peuvent désigner l'arbitre unique dans un délai qui sera fixé par le Secrétariat. Faute d'une telle désignation, l'arbitre unique sera nommé par la Cour dans les plus brefs délais.

Article 3 - Procédure

1 L'article 23 du Règlement ne s'applique pas à un arbitrage soumis aux Règles relatives à la procédure accélérée.

2 Après la constitution du tribunal arbitral, les parties ne peuvent former de nouvelles demandes, sauf autorisation du tribunal arbitral qui tient compte de la

nature de ces nouvelles demandes, de l'état d'avancement de la procédure, des conséquences en matière de coûts et de toutes autres circonstances pertinentes.

3 La conférence sur la gestion de la procédure organisée conformément à l'article 24 du Règlement se tient au plus tard dans les 15 jours à compter de la date de remise du dossier au tribunal arbitral. La Cour peut prolonger ce délai sur demande motivée du tribunal arbitral, ou d'office si elle l'estime nécessaire.

4 Le tribunal arbitral peut adopter à sa discrétion les mesures procédurales qu'il juge appropriées. Il peut notamment, après avoir consulté les parties, décider de ne pas autoriser les demandes de production de documents ou limiter le nombre, la longueur et la portée des écritures et des déclarations écrites (tant en ce qui concerne les témoins que les experts).

5 Le tribunal arbitral peut, après avoir consulté les parties, décider de statuer sur le litige seulement sur pièces soumises par les parties, sans tenir d'audience ni entendre de témoins ou d'experts.

Article 4 - Sentence

1 Le tribunal arbitral rend sa sentence finale dans un délai de six mois à compter de la date de la conférence sur la gestion de la procédure. La Cour peut prolonger ce délai conformément à l'article 31(2) du Règlement.

2 Les honoraires du tribunal arbitral sont fixés conformément au tableau de calcul des frais administratifs et des honoraires de l'arbitre de la procédure accélérée qui figure à l'Appendice III.

Article 5 - Règle générale

Sur toutes les questions relatives à la procédure accélérée non expressément visées dans le présent Appendice, la Cour et le tribunal arbitral procèdent en s'inspirant du Règlement et du présent Appendice.

[558] On peut aussi citer l'article 36 du règlement d'arbitrage CMAP, qui dispose :

Mise en œuvre de la procédure accélérée

36.1. Une procédure arbitrale accélérée peut être mise en œuvre à la demande des parties.

36.2. Le tribunal arbitral organise la procédure accélérée et impose alors notamment les délais, pour permettre le prononcé d'une sentence dans les trois mois de sa saisine par le Secrétariat. Il peut statuer sur pièces, si les parties le demandent.

36.3. Sauf dérogation accordée par le tribunal arbitral, la procédure arbitrale accélérée donne lieu à un seul échange de mémoires et de pièces. Le président du tribunal arbitral signe seul toutes ordonnances de procédure, après avoir recueilli l'accord de ses co-arbitres sur leur contenu. Il peut enjoindre aux parties de communiquer leurs mémoires et de produire des pièces, dans un délai déterminé.

36.4. Le délai abrégé pour le prononcé de la sentence peut être exceptionnellement prorogé par la Commission d'arbitrage.

[559] Le CMAP a également créé, de manière très originale, un tribunal arbitral préconstitué, composé de trois arbitres titulaires et trois suppléants, que les parties peuvent saisir afin de gagner du temps car cela leur évite de constituer elles-mêmes le tribunal arbitral. Il faut lire l'article 34 du règlement d'arbitrage :

Tribunal arbitral préconstitué

34.1. Le CMAP met un tribunal arbitral préconstitué à la disposition des parties qui souhaiteraient d'un commun accord y avoir recours.

34.2. Le tribunal arbitral préconstitué comprend trois arbitres titulaires et trois arbitres suppléants. Ils sont nommés par la Commission d'arbitrage pour une durée de deux ans, renouvelable.

34.3. Le tribunal arbitral préconstitué siège en formation collégiale, composée de trois arbitres titulaires. En cas d'empêchement ou de récusation d'un ou plusieurs arbitres titulaires, la Commission d'arbitrage désigne parmi les suppléants celui ou ceux qui siégeront en lieu et place du ou des titulaires.

34.4. Les arbitres du tribunal arbitral préconstitué désignent, parmi eux et pour chaque instance, un président.

34.5. En cas d'accord des parties, le tribunal arbitral préconstitué est composé d'un arbitre unique choisi par la Commission d'arbitrage parmi les arbitres titulaires et suppléants.

34.6. Sauf dérogation accordée par le tribunal arbitral, la procédure devant le tribunal arbitral préconstitué donne lieu à un seul échange de mémoires et de pièces. Le président du tribunal arbitral préconstitué signe seul toutes ordonnances de procédure, après avoir recueilli l'accord de ses co-arbitres sur leur contenu. Il peut enjoindre aux parties de communiquer leurs mémoires et de produire des pièces, dans un délai déterminé.

34.7. Sous réserve des dispositions du présent article, toutes les autres dispositions du règlement d'arbitrage sont applicables.

Lundi 23 octobre 2022

1 INTRODUCTION

[560] Au terme de la procédure arbitrale, le tribunal rend une sentence finale, parfois après avoir rendu une sentence partielle³⁴⁹. Avant de rendre une sentence, qu'elle soit partielle ou finale, le tribunal arbitral doit délibérer (2) afin de prendre sa décision au fond. Pour ce faire, le tribunal arbitral doit mettre en œuvre un certain nombre de règles et de principes (3). Il doit ensuite rédiger la sentence arbitrale (4). Pour finir, il convient de préciser les effets de cette dernière (5).

2 DELIBERE

[561] Selon l'article 1476 du code de procédure civile, le tribunal doit fixer à l'avance la date « à laquelle le délibéré sera prononcé », c'est à dire à laquelle la sentence sera rendue. De plus :

Au cours du délibéré, aucune demande ne peut être formée, aucun moyen soulevé et aucune pièce produite, si ce n'est à la demande du tribunal arbitral.

[562] Lorsque le tribunal arbitral est composé d'un seul arbitre, celui-ci délibère seul, en son for intérieur. Cette situation n'appelle pas davantage d'observations. Il en va autrement en cas de pluralité d'arbitres. Ceux-ci doivent se livrer à des échanges afin de déterminer la solution du litige, c'est le délibéré. Celui-ci est obligatoire (2.1.1) et il convient d'en envisager les modalités (2.1.2).

2.1 CARACTERE OBLIGATOIRE DU DELIBERE

[563] Les arbitres doivent effectivement délibérer, c'est-à-dire élaborer ensemble la solution du litige. Le délibéré garantit la nature juridictionnelle de la décision à laquelle parvient le tribunal arbitral³⁵⁰ et chaque arbitre doit pouvoir faire valoir son point de vue³⁵¹. Tous les arbitres doivent être en mesure de participer au délibéré. Si la preuve est rapportée qu'un arbitre n'a pu participer à la délibération, alors qu'il le voulait, la sentence est contraire à l'ordre public international³⁵². Toutefois, si la sentence mentionne l'existence d'un délibéré, si on veut démontrer son absence, il faut s'inscrire en faux³⁵³. Précisons aussi que, si c'est l'arbitre lui-même qui s'est abstenu de participer au délibéré, alors qu'il était en mesure de le faire, la sentence reste valable.

[564] Les arbitres doivent délibérer eux-mêmes, sans déléguer cette tâche. Ainsi, le secrétaire du tribunal arbitral peut assister les arbitres pendant le délibéré, par exemple en prenant des notes sur les décisions qu'ils adoptent ou en effectuant des recherches documentaires sous leur direction, mais il ne doit pas prendre une part active au délibéré lui-même. Par ailleurs, certains règlements d'arbitrage prévoient la relecture

³⁴⁹ V. *supra*, § 455 à 471.

³⁵⁰ Ce qui est un argument supplémentaire en défaveur de la qualification de sentence de l'acte des arbitres entérinant l'accord des parties. V. *supra* n° 446 à 448.

³⁵¹ V. par ex. CA Paris, 16 janvier 2003, *Rev. arb.* 2004, p. 369, note L. Jaeger.

³⁵² Cass. civ. 1^{ère}, 8 juillet 2009, *Société marocaine de loisirs c. France Quick.*, n° 08-17661. N.B. cet arrêt indique que la sentence ordonnait des mesures provisoires mais elle statuait aussi sur la compétence. Il s'agissait donc bien d'une sentence partielle, incontestablement susceptible d'un recours en annulation (CA Paris, 28 février 2008, n° 07/0440, *Lexbase* n° A6183D77).

³⁵³ V. *infra* n° 662 et 663.

des projets de sentence par un organe du centre³⁵⁴ – pratique appelée *scrutiny* en anglais – mais cette relecture ne doit pas remettre en cause le fond de la décision.

- [565] Si un arbitre, en cours de délibéré, démissionne ou est empêché, faut-il le remplacer ou le tribunal arbitral amputé peut-il statuer ? En France, la jurisprudence a décidé que la sentence n'est pas valable si l'arbitre démissionnaire ou empêché n'est pas remplacé³⁵⁵. L'article 15 de la loi-type CNUDCI est dans le même sens.

2.2 MODALITES DU DELIBERE

- [566] Souvent, les arbitres commencent à délibérer juste après la fin de l'audience puis se réunissent à nouveau par la suite. Ils peuvent aussi échanger à distance. Aucune forme n'est imposée pour le délibéré³⁵⁶. L'essentiel est qu'il y ait un véritable échange. Les délibérations sont secrètes, en matière interne³⁵⁷ et internationale mais, en matière internationale, les parties peuvent en disposer autrement³⁵⁸. Cependant, en pratique, même en matière internationale, les parties ne dispensent pas les arbitres de respecter le secret du délibéré. A l'issue du délibéré, la sentence peut être prononcée à l'unanimité (2.2.1), à la majorité (2.2.2) ou par le seul président du tribunal arbitral (2.2.3).

2.2.1 Sentence prononcée à l'unanimité

- [567] Les lois et les règlements d'arbitrage posent comme principe que la sentence est rendue à la majorité des voix³⁵⁹ mais qui peut le plus peut le moins : la sentence peut aussi être rendue à l'unanimité, qui est une sorte de majorité poussée à son paroxysme. C'est la situation idéale. En pratique, il est assez fréquent que le délibéré aboutisse à l'unanimité, parce que les arbitres nuancent peu à peu leurs positions respectives pour les faire coïncider. Assez souvent, en fin de compte, comme dans tout organe collégial, l'unanimité traduit non pas l'adhésion spontanée et enthousiaste à une même solution mais l'accord de l'arbitre minoritaire pour ne pas être en désaccord avec ses collègues. On peut préciser dans la sentence qu'elle a été rendue à l'unanimité mais ce n'est pas obligatoire : à défaut, la sentence est présumée avoir été rendue au moins à la majorité³⁶⁰.

2.2.2 Sentence prononcée à la majorité

- [568] A défaut d'unanimité, il convient de dégager une majorité. Celle-ci est généralement composée du président et d'un co-arbitre mais il peut arriver que les deux co-arbitres mettent le président en minorité. Lorsqu'une sentence a été rendue à la majorité, le tribunal arbitral le mentionne parfois expressément. Il se peut que l'arbitre minoritaire tienne à faire savoir qu'il n'y avait pas d'unanimité.
- [569] Les articles 20 à 22 de l'*Arbitration Act 1996* anglais, de même que certaines clauses d'arbitrage international, autorisent un dispositif assez particulier. Le tribunal arbitral est composé de deux arbitres et, en cas de désaccord entre eux, un tiers arbitre ou

³⁵⁴ V. par ex. règl. CCI, art. 34.

³⁵⁵ CA Paris, 1^{er} juillet 1987, *Rev. arb.*, 1998, p. 131, note D. Hascher.

³⁵⁶ Cass. civ. 2^{ème}, 28 janvier 1981, *Rev. arb.*, 1982, p. 425, note P. Fouchard.

³⁵⁷ C. pr. civ., art. 1479.

³⁵⁸ C. pr. civ., art. 1506, 3^o.

³⁵⁹ C. pr. civ., art. 1480, al. 1^{er} (arbitrage interne) et 1513 al. 1^{er} (arbitrage international). - LT CNUDCI, art. 29. - LSDIP, art. 189(2). - Règl. CNUDCI, art. 33(1). - Règl. CCI, art. 32(1). - Règl. CMAP, art. 23(1).

³⁶⁰ CA Paris, 19 déc. 2017, n^o 16/11404, *Demmane*.

umpire est désigné pour les départager, en statuant comme arbitre unique ou, selon certaine clause, en statuant à la majorité avec les arbitres.

2.2.3 Sentence prononcée par le seul président

[570] En matière d'arbitrage international, à défaut de majorité, le président du tribunal arbitral peut statuer seul³⁶¹. En matière d'arbitrage interne, le code de procédure civile ne le permet pas³⁶² mais les parties peuvent le prévoir, notamment en adhérant à un règlement d'arbitrage comportant une telle disposition³⁶³. Bien évidemment, une telle issue est à éviter, dans la mesure du possible. Il est largement préférable que la sentence soit rendue à l'unanimité ou à la majorité.

3 PRINCIPES GUIDANT LA DECISION AU FOND

[571] La détermination des principes guidant la décision au fond est assez délicate. Il faut distinguer l'arbitrage en droit (3.1) et l'arbitrage en amiable composition ou en équité (3.2). Dans tous les cas, certains principes s'imposent aux arbitres (3.3) et ils doivent tenir compte des usages du commerce (3.4).

3.1 ARBITRAGE EN DROIT

[572] Il faut distinguer entre l'arbitrage interne (3.1.1) et l'arbitrage international (3.1.2).

3.1.1 En matière d'arbitrage interne

[573] En matière interne, l'article 1478 du code de procédure civile dispose :

Le tribunal arbitral tranche le litige conformément aux règles de droit, à moins que les parties lui aient confié la mission de statuer en amiable composition.

[574] Le tribunal arbitral applique l'ensemble du droit français, comme n'importe quel juge statuant sur un litige interne. Il doit veiller à appliquer toutes les règles impératives, c'est-à-dire l'ensemble de l'ordre public interne.

3.1.2 En matière d'arbitrage international

[575] Si les parties ont choisi les règles de droit applicable, le tribunal arbitral doit respecter ce choix (3.1.2.1). Sinon, il doit déterminer – et non choisir, ce terme est réservé aux parties – les règles de droit applicables (3.1.2.2).

3.1.2.1 Choix par les parties des règles de droit applicables

[576] Les parties peuvent choisir les règles de droit applicables au fond du litige. Ce principe est reconnu par toutes les législations³⁶⁴ et règlements d'arbitrage³⁶⁵. L'article 1511, alinéa 1^{er}, du code français de procédure civile dispose :

Le tribunal arbitral tranche le litige conformément aux règles de droit que les parties ont choisies ou, à défaut, conformément à celles qu'il estime appropriées.

[577] Le choix des règles de droit applicable est souvent exprimé dans le compromis, dans la clause compromissoire, dans une autre clause du contrat – clause d'*electio juris*, dans l'acte de mission ou même dans un acte séparé. Il peut aussi résulter implicitement de certaines dispositions du contrat.

³⁶¹ C. pr. civ., art. 1513.

³⁶² C. pr. civ., art. 1480.

³⁶³ V. par ex. règl. CMAP, art. 28.1.

³⁶⁴ V. par ex. Loi-type CNUDCI, art. 28(1). – Eng. Arb. Act 1996, art. 46. – LSDIP, art. 187.

³⁶⁵ V. par ex. Règl. CNUDCI, art. 35. – Règl. CCI, art. 21. – Règl. CMAP, art. 19.

[578] Il faut prêter attention, dans le texte susvisé, à l'expression « *règles de droit* », qu'on retrouve dans la plupart des législations et règlements d'arbitrage, et qui, plus large que le terme « *loi* », autorise les parties à choisir non seulement une loi nationale (a) mais aussi des règles de droit résultant d'une convention internationale (b) ou des règles de droit transnationales (c).

a *Choix d'une loi nationale*

[579] En matière d'arbitrage, les parties sont entièrement libres de choisir une loi nationale applicable au fond du litige. Le tribunal arbitral doit appliquer cette loi même si les règles de conflit de lois du pays considéré désignent une autre loi nationale pour résoudre la question litigieuse. Autrement dit, le renvoi est ici exclu, comme le précise expressément l'article 28(1) de la loi-type CNUDCI :

Toute désignation de la loi ou du système juridique d'un État donné est considérée, sauf indication contraire expresse, comme désignant directement les règles juridiques de fond de cet État et non ses règles de conflit de lois.

[580] L'exclusion du renvoi est habituelle³⁶⁶ en matière contractuelle. C'est pourquoi, même si l'article 1510 du code français de procédure civile ne comporte pas la même exclusion expresse, un tribunal arbitral s'y référant ne devrait pas accepter le renvoi.

[581] La liberté de choix des parties ne se heurte pas aux restrictions qui la limitent parfois selon les règles de droit international privé. En matière contractuelle, si l'article 3 du règlement Rome I³⁶⁷ permet aux parties de choisir la loi applicable à leur contrat, ses articles 5(2), 6(2), 7(3) et 8(1) limitent le choix à certaines lois seulement en matière, respectivement, de contrat de transport de passager, de contrat de consommation, de contrat d'assurance ne couvrant pas de grands risques et de contrats individuel de travail. En matière extracontractuelle, l'article 14 du règlement Rome II³⁶⁸ autorise les parties à choisir la loi applicable au litige mais seulement parmi certaines lois.

[582] De plus, devant un tribunal arbitral, les parties peuvent figer la loi applicable en décidant que le litige sera résolu par la loi en vigueur au moment de sa conclusion, nonobstant toute disposition de ladite loi s'appliquant impérativement aux contrats en cours. Dans les contrats d'États, ces clauses, dites de stabilisation, sont assez courantes. Inversement, les parties pourraient soumettre leur contrat à un texte déjà promulgué mais pas encore entrée en vigueur.

[583] Quel est le fondement de cette liberté ? Elle est tout simplement le corollaire d'une autre liberté, celle de choisir un droit anational. Si les parties peuvent échapper à tout droit national, elles peuvent logiquement choisir une loi nationale sans restriction ou en la figeant à un certain moment. Qui peut le plus peut le moins.

b *Choix de règles matérielles créées par une convention internationale*

[584] Le tribunal arbitral n'est pas lié à un État, même celui du siège, il n'a pas de for. Il n'est donc pas tenu d'appliquer les conventions internationales au motif que l'État du siège les a ratifiées. En revanche, si les parties ont choisi la loi d'un État qui a ratifié une convention, cela implique l'application de celle-ci si elle le prévoit, sauf si les parties

³⁶⁶ V. par ex. règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), art. 20.

³⁶⁷ Règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I).

³⁶⁸ Règlement (CE) n° 864/2007 du Parlement Européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles

l'ont expressément exclue. Les parties peuvent aussi décider que le litige sera résolu par application d'une convention internationale même si ses conditions d'application ne sont pas remplies, toujours pour la même raison : elles sont libres de choisir toutes règles de droit, même nationales.

c Choix de règles de droit transnationales

[585] Devant le juge étatique, la plupart des législations permettent aux parties de choisir le droit applicable à un contrat international mais leur impose de choisir une loi étatique, au nom du principe selon lequel il n'y a pas de contrat sans loi³⁶⁹. Certes, le considérant 13 du règlement Rome I précise :

Le présent règlement n'interdit pas aux parties d'intégrer par référence dans leur contrat un droit non étatique ou une convention internationale.

[586] Cependant, intégrer dans le contrat un droit non étatique c'est lui donner valeur contractuelle, ce n'est pas y soumettre le contrat. Même si les parties procèdent à une telle intégration, il y aura toujours un droit national gouvernant le contrat, choisi par elles conformément à l'article 3 ou, à défaut, déterminé par le juge au moyen des règles de conflit figurant aux articles 4 à 8 du règlement. Toutes ces dispositions du règlement Rome I visent la « loi » choisie ou applicable, ce qui renvoie implicitement à une loi nationale. La cour d'appel d'Angleterre a eu l'occasion de l'expliquer³⁷⁰.

[587] Au contraire, en matière d'arbitrage international, les parties peuvent décider de soumettre leur contrat à un droit national. Cela résulte, encore une fois, de l'emploi de l'expression « règles de droit » dans les différentes législations sur l'arbitrage. Ce droit gouverne alors le contrat, qui doit s'y conformer. Le droit national ainsi choisi n'est pas simplement annexé au contrat avec valeur contractuelle.

[588] La différence pratique entre les deux rôles que peut jouer un droit non étatique relève de la hiérarchie des normes. Au sens du considérant 13 du préambule du règlement Rome I, le contrat a la même valeur que les dispositions du droit non étatique qui lui est intégré. Si le contrat méconnaît une des dispositions de ce droit sanctionnée de nullité, celle-ci sera écartée au profit du contrat car les règles spéciales dérogent aux règles générales : on considèrera que les parties ont entendu apporter une exception, par une disposition particulière, au principe général énoncé par le droit transnational auquel elles ont donné valeur contractuelle. En revanche, en matière d'arbitrage, si les parties ont choisi un droit non étatique comme applicable à leur contrat, celui-ci doit s'y conformer et le tribunal arbitral devra l'annuler s'il méconnaît une disposition du droit choisi sanctionnée par la nullité.

[589] Les règles de droit nationales sont également dites transnationales, parce que leur source n'est pas propre à un seul État. Le droit transnational peut être le droit coutumier (c.a) ou codifié (c.b) du commerce international. Il peut aussi s'agir d'un droit religieux (c.c).

c.a Droit coutumier du commerce international

[590] Le droit coutumier du commerce international peut être désigné par diverses expressions, notamment *lex mercatoria*, principes du droit du commerce international et, en anglais, *international trade law* ou *law merchant*. Il s'agit d'un droit coutumier transnational destiné à s'appliquer aux contrats internationaux. Ce sont les sentences

³⁶⁹ CPJI, 12 juillet 1929, *Affaire des emprunts serbes*, rec. n° 20/21, arrêt n° 14.

³⁷⁰ CA Angl., *Shamil Bank Of Bahrain c. Beximco Pharmaceuticals LTD*, [2004] EWCA Civ 19 (28 janvier 2004).

arbitrales qui en dégagent les principes, à partir des pratiques professionnelles considérées comme obligatoires, des guides de bonnes pratiques, des conventions internationales et des principes communs à plusieurs lois nationales. Ainsi, on peut affirmer que le droit du commerce international est plus une méthode de sélection des règles qu'un ensemble de règles substantielles³⁷¹.

[591] Ces principes coutumiers régissant le commerce international constituent bien un droit. Lorsqu'un tribunal arbitral les applique, il statue en droit et non en amiable composition³⁷². Naturellement, ce droit coutumier n'est pas figé. Au contraire, il est en constante évolution. Parmi les principes dégagés par les sentences internationales, on peut citer les suivants³⁷³ :

- Pacta sunt servanda.
- Inopposabilité du défaut de pouvoir du signataire d'un contrat lorsque le contractant ignorait ce défaut de pouvoir.
- Estoppel.
- Le créancier est censé accepter une exécution différente s'il ne proteste pas.
- Obligation de renégocier le contrat en cas de bouleversement des circonstances économiques.
- Condition de prévisibilité du dommage réparable.

c.b Droit transnational codifié

[592] De nombreux textes ont pour ambition de poser des règles plus précises applicables au commerce international en général ou à certains de ses aspects. Certains, tels les principes Unidroit³⁷⁴ ou les principes du droit européen des contrats³⁷⁵, se présentent comme des tentatives de codification de la *lex mercatoria* dans son ensemble. D'autres obéissent à une ambition plus modeste, celle de proposer des règles techniques régissant des questions précises posées par le commerce international. On pense, notamment, aux incoterms³⁷⁶, aux règles et usance du crédit documentaire³⁷⁷ ou encore aux contrats types des organismes professionnels. Ces différents textes n'ont aucune valeur obligatoire intrinsèques mais s'imposent aux parties qui décident de s'y soumettre.

³⁷¹ E. Gaillard, « Du bon usage du droit comparé dans l'arbitrage international », *Rev. arb.* 2005, p. 375. – V. aussi, du même auteur : « Trente ans de Lex Mercatoria, Pour une application sélective de la méthode des principes généraux du droit », *JDI* 1995, p. 5.

³⁷² CA Paris, 12 juin 1981, *Fougerolle*, *JDI* 1982, p. 911, note B. Oppetit. – V. aussi : US District Court, SD California, 7 décembre 1998, n° 98-1165-B, *Ministry of Defense and Support for the Armed Forces of the Islamic Republic of Iran v. Cubic Defense Systems, Inc.*

³⁷³ V. F. Osman, *Les principes généraux de la lex mercatoria, contribution à l'étude d'un ordre juridique anational*, LGDJ, 1992.

³⁷⁴ Révisés pour la dernière fois en 2016 : <https://www.unidroit.org/fr/instruments/contrats-du-commerce/principes-d-unidroit-2016>.

³⁷⁵ Rédigés sous la direction d'O. Lando, version française préparée par G. Rouhette, avec le concours d'Isabelle de Lamberterie, Denis Tallon et Claude Witz, Société de législation comparée, 2003.

³⁷⁶ <https://iccwbo.org/resources-for-business/incoterms-rules/incoterms-rules-2010/>.

³⁷⁷ <http://www.icc-france.fr/chambre-de-commerce-internationale-page-3-60-188-Regles-relatives-au-financement-du-commerce-international.html>.

c.c *Droit religieux*

[593] Certains contrats internationaux, notamment financiers, sont soumis au droit musulman ou talmudique. Contrairement à ce qu'on pourrait croire, la référence au droit d'un pays de tradition musulmane ou, pour ce qui concerne le droit talmudique, au droit de l'État d'Israël ne suffit pas à satisfaire les parties souhaitant que leur contrat obéisse à des principes conformes à leurs convictions car ces droits ne sont pas une application pure et simple de la Sharia ou du Talmud. D'ailleurs, en pratique, les parties doivent préciser à quelle école d'interprétation elles entendent se référer. Une sentence ayant résolu un différend par application d'un droit religieux peut parfaitement être exécutée³⁷⁸, sauf à démontrer que son exécution serait contraire à l'ordre public international ce qui, en matière contractuelle, est rarement le cas³⁷⁹.

3.1.2.2 Détermination par le tribunal arbitral des règles de droit applicables

[594] A défaut de choix, exprès ou implicite, des parties, le tribunal arbitral doit déterminer les règles de droit applicables au fond. On trouve, dans les différentes législations et les règlements d'arbitrage, deux méthodes, directe (a) ou indirecte (b).

a *Méthode directe*

[595] La méthode directe consiste, pour le tribunal, à appliquer le droit qu'il estime approprié. C'est ce que prévoit l'article 1511, alinéa 1^{er} du code français de procédure civile :

Le tribunal arbitral tranche le litige conformément aux règles de droit que les parties ont choisies ou, à défaut, conformément à celles qu'il estime appropriées.

[596] L'utilisation de l'expression « *règles de droit* » autorise le tribunal arbitral à appliquer tous les droits non étatiques que les parties peuvent choisir³⁸⁰. On retrouve des dispositions équivalentes dans les articles 21(1) du règlement CCI et 19.2 du Règlement CMAP. Le règlement CNUDCI prescrit aussi la méthode directe mais en visant « *la loi* » que le tribunal juge approprié, ce qui interdit l'application de règles de droit transnationales. Cela dit, en pratique, dans le silence des parties, les arbitres ont tendance à appliquer un droit national, même dans les cas où la loi ou le règlement d'arbitrage les autorise à appliquer toutes « *règles de droit* ».

b *Méthode indirecte*

[597] La méthode indirecte consiste à mettre en œuvre une règle de conflit de lois. Parfois, celle-ci est imposée au tribunal arbitral. C'est le cas selon l'article 187(1) de la loi suisse de droit international privé, qui retient la méthode de la *proper law*. Celle-ci peut être une loi nationale ou un droit transnational :

Le tribunal arbitral statue selon les règles de droit choisies par les parties ou, à défaut de choix, selon les règles de droit avec lesquelles la cause présente les liens les plus étroits.

³⁷⁸ Eng. High Court, *Musawi v. R.E. International (UK)*, [2007] EWHC 2981 (14 December 2007).

³⁷⁹ V. D. Mouralis, « Religions et arbitrage international », communication au colloque organisé à Istanbul les 8 et 9 avril 2016, *Où va l'arbitrage international ? De la crise au renouveau*. Journées d'Études méditerranéennes en l'honneur du professeur Ali Bencheneb, actes parus sous la direction d'A.C. Yildirim and F. Osman eds., Paris, LexisNexis, 2017, p. 289 à 324.

³⁸⁰ Cass. civ. 1^{ère}, n° 89-21.528, *Valenciana*, Bull. civ. 1991, I, n° 275 (22 October 1991).

[598] Parfois, le tribunal arbitral est invité à rechercher la règle de conflit de lois applicable. C'est l'option retenue par les rédacteurs de l'article 28(2) de la loi-type CNUDCI :

À défaut d'une telle désignation par les parties, le tribunal arbitral applique la loi désignée par la règle de conflit de lois qu'il juge applicable en l'espèce.

[599] Ici encore, l'usage des mots « *la loi* » signifie que le tribunal arbitral ne peut, à défaut de choix des parties, appliquer un droit transnational pour résoudre le litige au fond. Seules les parties peuvent choisir un tel droit.

[600] Cela étant, les parties peuvent retenir une autre méthode que celle prévue par la loi du siège de l'arbitrage. Notamment, lorsqu'elles adhèrent à un règlement d'arbitrage prescrivant l'usage de la méthode directe, celle-ci prévaut.

3.2 ARBITRAGE EN AMIABLE COMPOSITION OU EN EQUITE

[601] En droit français, les parties peuvent demander au tribunal arbitral de statuer en amiable compositeur, en matière d'arbitrage interne³⁸¹ et international³⁸². L'article 187(2) de la loi suisse de droit international privé mentionne plutôt l'équité :

Les parties peuvent autoriser le tribunal arbitral à statuer en équité.

[602] L'article 28(3) de la loi-type CNUDCI vise les deux notions :

Le tribunal arbitral statue *ex aequo et bono* ou en qualité d'amiable compositeur uniquement si les parties l'y ont expressément autorisé.

[603] L'article 35(2) du règlement d'arbitrage CNUDCI et l'article 21(3) du règlement CCI visent aussi les deux notions. En revanche, l'article 24.1 du règlement CMAP ne vise que l'amiable composition.

[604] En principe, il y a une légère différence entre l'amiable composition et l'équité. La première méthode consiste à rechercher quelle solution imposent les règles de droit normalement applicables, puis à vérifier si cette solution est juste et, si elle ne l'est pas, à la corriger en conséquence. La seconde méthode consiste à rechercher directement une solution juste. En pratique, les arbitres ne font pas toujours nettement la différence entre les deux.

[605] L'amiable composition est une tradition assez française³⁸³. Elle est moins fréquente en matière d'arbitrage international qu'en matière d'arbitrage interne français. D'ailleurs, jusque dans les années 1970, les lois admettant l'amiable composition ou l'équité étaient assez peu nombreuses³⁸⁴.

[606] Les arbitres ne peuvent statuer en amiable compositeurs ou en équité que si les parties les y ont expressément autorisés. A défaut, ils doivent statuer en droit, sous peine de méconnaître les termes de leur mission. Inversement, s'ils se contentent d'appliquer des règles de droit alors qu'ils ont les pouvoirs d'amiables compositeurs, ils méconnaissent les termes de leur mission.

³⁸¹ C. pr. civ., art. 1478.

³⁸² C. pr. civ., art. 1512.

³⁸³ V. C. pr. civ., art. 12, al. 4.

³⁸⁴ E. Loquin, *L'amiable composition en droit comparé et international : contribution à l'étude du non-droit dans l'arbitrage commercial*, Librairies techniques, 1980, p. 29.

3.3 PRINCIPES S'IMPOSANT AUX PARTIES ET AUX ARBITRES

[607] Que les arbitres statuent en droit, en amiable composition ou en équité, ils doivent respecter certaines règles de droit. De ce point de vue, il faut distinguer l'arbitrage interne (3.3.1) et l'arbitrage international (3.3.2).

3.3.1 En matière d'arbitrage interne

[608] En matière interne, le tribunal arbitral doit veiller à ne méconnaître aucune règle d'ordre public. En particulier, l'ordre public est la limite naturelle de l'amiable composition et de l'équité.

3.3.2 En matière d'arbitrage international

[609] En matière d'arbitrage international, le tribunal arbitral doit, d'abord et évidemment, mettre en œuvre toutes les règles impératives du droit applicable au fond, parce qu'il a été choisi par les parties ou déterminé par lui. Ces règles sont mises en œuvre non en tant qu'elles relèvent d'un ordre public mais plutôt parce qu'elles font partie du système juridique régissant le fond du litige. Le tribunal arbitral doit aussi tenir compte des règles d'ordre public international selon la conception des États susceptibles de recevoir la sentence (3.3.2.1) et des règles de l'ordre public transnational (3.3.2.2).

3.3.2.1 Ordre public international selon la conception des États susceptibles de recevoir la sentence

[610] Le tribunal arbitral n'est pas rigoureusement obligé de respecter les règles d'ordre public international de l'État du siège, où la sentence peut faire l'objet d'un recours en annulation, et des États où la sentence est susceptible d'être exécutée, parce qu'au sens du droit international privé, ce qu'on appelle ordre public international dépend du for : c'est une petite partie de l'ordre public national considéré, selon le droit local, comme d'ordre public international, parce que les règles qui font partie de cet ordre public international sont destinées à protéger des intérêts perçus, dans un pays donné, comme primordiaux³⁸⁵.

[611] Néanmoins, le tribunal arbitral peut légitimement décider de respecter les règles d'ordre public international des pays susceptibles de recevoir la sentence, afin de garantir l'efficacité de cette dernière. Pour autant, le tribunal doit ici faire des choix, en mettant cet objectif en balance avec d'autres impératifs :

- La célérité : tenir compte des ordres publics internationaux de tous les pays où le créancier est susceptible de poursuivre l'exécution de la sentence peut prendre beaucoup de temps.
- L'obligation d'appliquer les règles de droit choisies par les parties, qu'une règle étatique d'ordre public international peut contredire.
- Le cas échéant, l'obligation de statuer en amiable composition ou en équité : l'application des règles d'ordre public international d'un État serait contraire à la mission confiée aux arbitres, sauf pour eux à démontrer que le résultat de cette application est conforme à l'équité.
- L'obligation de garantir le droit à un procès équitable, qui peut conduire à écarter une règle étatique d'ordre public international, par exemple si son application empêcherait une partie d'accéder à la justice arbitrale. A ce sujet, la cour d'appel

³⁸⁵ Se référer au cours de théorie générale des conflits de lois.

de Paris a eu l'occasion d'expliquer, dans l'hypothèse où une partie a été placée en procédure collective dans un État :

Si les principes de l'arrêt des poursuites individuelles des créanciers, de dessaisissement du débiteur et d'interruption de l'instance arbitrale en cas de faillite sont d'ordre public international et s'imposent même au cas où l'arbitrage se déroulant en France n'est pas soumis à la loi française, il n'en appartient pas moins aux arbitres de vérifier, avant de faire application de ces principes, que la décision judiciaire qui ouvre la procédure d'insolvabilité et désigne un mandataire ne méconnaît pas elle-même les exigences de l'ordre public.

En l'espèce, après le dépôt, par une société de droit équato-guinéen, auprès de la Chambre de commerce internationale, de sa demande d'arbitrage dirigée contre la République de Guinée équatoriale, une juridiction équato-guinéenne a ouvert une procédure de liquidation contre la demanderesse. Pour écarter l'opposabilité de ce jugement, dont la débitrice prétend qu'il a été rendu à son insu, les arbitres ont retenu que la faillite a été prononcée par défaut, à la requête du ministère public, et qu'il n'a été produit, ni par la République de Guinée équatoriale, ni par le liquidateur, de pièce établissant que la procédure de faillite ait été dûment notifiée à la débitrice, dont les dirigeants avaient quitté le territoire guinéen.

La sentence qui décide que la débitrice, demanderesse à l'arbitrage, sera représentée par ses dirigeants, à l'exclusion du liquidateur désigné par un jugement rendu au terme d'une instance qui méconnaît les exigences du procès équitable, ne comporte aucune violation flagrante, effective et concrète de l'ordre public international³⁸⁶.

- [612] En outre, si le tribunal arbitral estime qu'il existe une règle étatique d'ordre public international qu'il faut prendre en considération, peut-il évoquer ce moyen d'office ? Les différentes législations et règlements d'arbitrage n'offrent aucune réponse à cette question. A chaque tribunal arbitral de se déterminer, sachant que la question est délicate pour les arbitres, dans la mesure où le moyen soulevé d'office avantage généralement l'une des parties au détriment de l'autre. Une chose est certaine : si le tribunal arbitral relève d'office un moyen de droit, il doit, conformément au principe de la contradiction, inviter les parties à présenter leurs observations sur ce moyen.

3.3.2.2 *Ordre public transnational*

- [613] A la différence de ce qu'on appelle l'ordre public international, qui ne reflète que la conception d'un État donné, l'ordre public transnational est un ensemble de principes considérés comme devant être respectés dans toutes les relations commerciales internationales parce qu'ils sont reconnus par tous les États du monde ou, du moins, une grande majorité d'entre eux. On pourrait dire que c'est la partie impérative de la *lex mercatoria*.

- [614] Les principes de l'ordre public transnational ont été dégagés par les sentences arbitrales et par certaines décisions de justice étatiques. On peut citer :

- La prohibition de la servitude et du travail forcé.
- La prohibition de la corruption et du trafic d'influence³⁸⁷.

³⁸⁶ CA Paris, 7 avr. 2011, *République de Guinée équatoriale c/ Fitzpatrick Equatorial Guinea Ltd*, LPA 16 juillet 2012, n° 141, p. 9

³⁸⁷ Sentence rendue par Lagergren, ICC case n° 1110. – Sentence CIRDI, ARB/00/7, *World Duty Free c. Kenya* : la corruption est contraire à l'ordre public de quasiment tous les États donc à l'OP transnational (§157). – CA Paris, 30 septembre 1993, *RCDIP*, 1994, p. 349, note V. Heuzé.

- La prohibition de la fraude.
- La prohibition du trafic de stupéfiants.

[615] Il est possible que de nouveaux principes d'ordre public transnational soient en train d'émerger, tels que la protection de l'environnement ou le droit des États à contrôler l'exploitation de leurs ressources naturelles³⁸⁸. Un tribunal arbitral peut toujours dégager de tels principes, en constatant qu'ils sont reconnus par de nombreux droits étatiques et par des conventions internationales largement ratifiées.

[616] Les tribunaux arbitraux ont très probablement l'obligation de relever d'office le moyen tiré de la violation d'une règle d'ordre public transnational. En effet, l'ordre public transnational protège des intérêts universellement reconnus comme primordiaux et il faut certainement considérer que les arbitres internationaux ont le devoir de veiller à la protection de ces intérêts, du fait de leur fonction juridictionnelle. Bien évidemment, là encore, le tribunal arbitral doit respecter le principe de la contradiction.

3.4 USAGES DU COMMERCE INTERNATIONAL

[617] L'article 1511, alinéa 2, du code français de procédure civile, et l'article 28(4) de la loi type CNUDCI invitent le tribunal arbitral à tenir compte des usages du commerce international, qu'il statue en droit ou comme amiabile compositeur. Les usages sont des pratiques courantes mais considérées par les sujets du droit comme facultatives, à la différence des règles coutumières, qui sont des pratiques considérées comme obligatoires. Le tribunal ne doit donc pas appliquer les usages du commerce ou du secteur professionnel considéré comme des règles de droit, en sanctionnant leur méconnaissance, mais doit plutôt les prendre en considération pour interpréter tout contrat conclu par les parties et pour apprécier leur comportement.

4 REDACTION DE LA SENTENCE ARBITRALE

[618] Après avoir expliqué quels sont les auteurs (4.1) et la forme (4.2) de la sentence arbitrale³⁸⁹, il faut préciser les mentions qui doivent y figurer (4.3). La sentence est, en principe, motivée (4.4). Elle comporte un dispositif (4.5). Elle est signée par les arbitres (4.6). Une opinion dissidente peut lui être annexée (4.7).

4.1 AUTEURS DE LA SENTENCE

[619] Lorsqu'il y a plusieurs arbitres, selon l'usage, la sentence arbitrale est rédigée par le président, d'une manière conforme au délibéré. Cependant, ce n'est qu'un usage et rien n'interdit au tribunal arbitral de confier la rédaction de la sentence à un autre de ses membres ou d'en répartir la rédaction entre ses membres.

[620] Lorsque le tribunal arbitral est assisté d'un secrétaire, il arrive que le président confie à ce dernier la rédaction de la sentence, sous sa supervision et conformément au délibéré des arbitres. Toutefois, si les parties découvrent que la sentence a été rédigée par une personne qui n'était pas membre du tribunal arbitral, cela peut créer une suspicion quant aux personnes ayant pris part au délibéré.

³⁸⁸ CA Paris, 16 janvier 2018, *MK Group c. Onix*, n° N° 15/21703.

³⁸⁹ Lecture facultative, à titre d'exemple de sentence : *Sentence Indian Potash c Agricultural Inputs* [DOC08].

4.2 SUPPORT DE LA SENTENCE

[621] La sentence est généralement rédigée et conservée sur un support papier, signé par les arbitres. Toutefois, l'article 4-2, alinéa 2³⁹⁰, de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle dispose que :

La sentence arbitrale peut être rendue sous forme électronique, sauf opposition de l'une des parties.

[622] Quelle est précisément cette forme électronique ? Le texte ne le précise pas et les articles du code civil relatifs à l'écrit électronique (1316-1, 1316-3 et 1316-4) et au contrat électronique (1369-1 à 1369-11) ne sont sans doute pas destinés à s'appliquer à une sentence arbitrale. Le décret n° 2019-1089 du 25 octobre 2019 relatif à la certification des services en ligne de conciliation, de médiation et d'arbitrage n'apporte pas plus de précision. L'arrêté du 23 décembre 2020 portant approbation du référentiel d'accréditation des organismes certificateurs et du référentiel de certification des services en ligne de conciliation, de médiation et d'arbitrage ne donne pas plus de précision sur la sentence électronique elle-même.

[623] Il faut sans doute comprendre que le fichier informatique contenant une sentence paraphée et signée par les arbitres, puis scannée est une sentence électronique au sens de l'article 4-2, alinéa 2, de la loi de 2016. Toutefois, un dispositif informatique garantissant l'intégrité de la sentence et authentifiant ses signataires au moyen d'une signature électronique serait largement préférable³⁹¹. Malgré ces incertitudes, les sentences électroniques sont relativement fréquentes.

4.3 MENTIONS OBLIGATOIRES

[624] L'article 1481 du code de procédure civile, également applicable à l'arbitrage international en vertu de l'article 1506, 3°, dispose :

La sentence arbitrale contient l'indication :

1° Des nom, prénoms ou dénomination des parties ainsi que de leur domicile ou siège social ;

2° Le cas échéant, du nom des avocats ou de toute personne ayant représenté ou assisté les parties ;

3° Du nom des arbitres qui l'ont rendue ;

4° De sa date ;

5° Du lieu où la sentence a été rendue.

[625] L'article 1482, également applicable à l'arbitrage international en vertu de l'article 1506, 3°, dispose :

La sentence arbitrale expose succinctement les prétentions respectives des parties et leurs moyens.

Elle est motivée.

[626] En matière interne seulement, l'article 1483 ajoute :

³⁹⁰ Dispositions introduites par la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice.

³⁹¹ V. T. Clay (dir.), *Rapport sur l'arbitrage en ligne*, rédigé sous l'égide du Club des juristes, p. 112 à 114 (<https://www.leclubdesjuristes.com/wp-content/uploads/2019/04/Rapport-arbitrage-en-ligne-Club-des-juristes-avril-2019.pdf>).

Les dispositions de l'article 1480, celles de l'article 1481 relatives au nom des arbitres et à la date de la sentence et celles de l'article 1482 concernant la motivation de la sentence sont prescrites à peine de nullité de celle-ci.

Toutefois, l'omission ou l'inexactitude d'une mention destinée à établir la régularité de la sentence ne peut entraîner la nullité de celle-ci s'il est établi, par les pièces de la procédure ou par tout autre moyen, que les prescriptions légales ont été, en fait, observées.

4.4 MOTIVATION

[627] En matière d'arbitrage interne et international, il résulte des articles 1482 et 1506, 3°, que la sentence doit être motivée. Toutefois, le Code ne sanctionne cette obligation qu'en matière d'arbitrage interne, puisque l'article 1483 n'est pas applicable à la sentence internationale. Cependant, même en matière internationale, la jurisprudence considère que le fait de ne pas motiver la sentence revient, pour les arbitres, à méconnaître les termes de leur mission, de telle sorte que cela justifie l'annulation de la sentence³⁹². Cette solution est fondée sur l'idée que, même dans le silence des parties, l'obligation de motivation est implicite dans les termes de la mission des arbitres.

[628] En pratique, les arbitres, en matière interne comme en matière internationale, prennent soin de motiver leur sentence car ils souhaitent que les parties comprennent la solution adoptée. Pour autant, à l'occasion d'un recours en annulation contre la sentence, la cour d'appel se borne à vérifier l'existence d'une motivation, sans apprécier sa pertinence ni même sanctionner, le cas échéant, l'erreur manifeste d'appréciation ou l'incohérence.

4.5 DISPOSITIF

[629] L'usage est de résumer la décision du tribunal arbitral, à la fin de la sentence, sous forme de dispositif, bien qu'aucun texte ne l'exige.

4.6 SIGNATURES

[630] En principe, tous les arbitres signent la sentence, même si elle est rendue à la majorité des voix et même si le président a statué seul. Dans ces deux derniers cas de figure, la sentence explique les circonstances particulières dans laquelle elle est prononcée et, par leur signature, l'arbitre minoritaire ou les deux co-arbitres attestent de la réalité de ces circonstances, sans manifester leur adhésion à la solution retenue. Toutefois, le désaccord entre les arbitres conduit parfois l'arbitre minoritaire ou les deux co-arbitres à refuser de signer la sentence. Le code de procédure civile envisage cette situation.

[631] En matière d'arbitrage interne, l'article 1480 dispose :

La sentence arbitrale est rendue à la majorité des voix.

Elle est signée par tous les arbitres.

Si une minorité d'entre eux refuse de la signer, la sentence en fait mention et celle-ci produit le même effet que si elle avait été signée par tous les arbitres.

[632] En matière d'arbitrage international, l'article 1512 dispose :

Dans le silence de la convention d'arbitrage, la sentence est rendue à la majorité des voix. Elle est signée par tous les arbitres.

Toutefois, si une minorité d'entre eux refuse de la signer, les autres en font mention dans la sentence.

³⁹² V. par ex. CA Paris, 15 mai 1997, *Juris-data* n° 1998-393547.

A défaut de majorité, le président du tribunal arbitral statue seul. En cas de refus de signature des autres arbitres, le président en fait mention dans la sentence qu'il signe alors seul.

La sentence rendue dans les conditions prévues à l'un ou l'autre des deux alinéas précédents produit les mêmes effets que si elle avait été signée par tous les arbitres ou rendue à la majorité des voix.

[633] Cependant, même en matière interne, la convention ou le règlement d'arbitrage peut permettre au président de prononcer et signer seul la sentence.

[634] Quoi qu'il en soit, selon l'usage, les arbitres qui signent la sentence apposent leur signature sur la dernière page et paraphent toutes les autres. La sentence est établie en autant d'exemplaires originaux, c'est-à-dire signés et paraphés, qu'il y a de parties et d'arbitres, plus un, le cas échéant, pour le centre d'arbitrage. En effet, chaque partie doit recevoir et chaque arbitre doit conserver un exemplaire original de la sentence. En matière d'arbitrage institutionnel, le centre d'arbitrage doit également en conserver un exemplaire original.

4.7 OPINION DISSIDENTE

[635] Les opinions dissidentes sont autorisées en matière d'arbitrage. Elles ne sont pas, par principe, contraires au secret du délibéré³⁹³. Toutefois, il faut sans doute veiller à ne pas y révéler la manière dont le délibéré s'est déroulé. L'opinion dissidente doit donc se borner à exposer le raisonnement et l'opinion juridiques de l'arbitre dissident. En pratique, l'arbitre mis en minorité accepte parfois de signer la sentence à condition de pouvoir y annexer une opinion dissidente.

[636] Cela étant, les opinions dissidentes en arbitrage ne se justifient pas de la même manière que dans les décisions des juridictions supérieures des pays de *common law* où, en raison de la règle du précédent, elles sont cruciales pour bien cerner l'opinion majoritaire, qui fait jurisprudence, et pour pressentir de futurs revirements de jurisprudence.

5 EFFETS DE LA SENTENCE ARBITRALE

[637] La sentence arbitrale dessaisit le tribunal arbitral (5.1). Elle doit être notifiée (5.2). Elle est revêtue de l'autorité de chose jugée (5.3) et elle est opposable aux tiers (5.4). Elle a une force probante particulière (5.5) mais n'a pas force exécutoire (5.6).

5.1 DESSAISISSEMENT DU TRIBUNAL ARBITRAL

[638] Le prononcé de la sentence dessaisit le tribunal arbitral de la contestation qu'elle tranche. Toutefois, ce principe connaît un tempérament, puisque les parties peuvent demander au tribunal arbitral d'interpréter ou de compléter sa sentence, voire de rectifier une erreur matérielle. Le tribunal ne doit cependant pas, à l'occasion d'une telle demande, modifier sa décision, sous peine d'excéder ses pouvoirs.

[639] Les deux premiers alinéas de l'article 1485 du code de procédure civile, applicables en matière internationale d'après l'article 1506, 4°, disposent :

La sentence dessaisit le tribunal arbitral de la contestation qu'elle tranche.

Toutefois, à la demande d'une partie, le tribunal arbitral peut interpréter la sentence, réparer les erreurs et omissions matérielles qui l'affectent ou la

³⁹³ CA Paris, 9 octobre 2008, *Rev. arb.*, 2009, p. 352, note J.-G. Betto.

compléter lorsqu'il a omis de statuer sur un chef de demande. Il statue après avoir entendu les parties ou celles-ci appelées.

[640] L'article 1486, dont les deux premiers alinéas sont applicables en matière internationale d'après l'article 1506, 4^o, précise :

Les demandes formées en application du deuxième alinéa de l'article 1485 sont présentées dans un délai de trois mois à compter de la notification de la sentence.

Sauf convention contraire, la sentence rectificative ou complétée est rendue dans un délai de trois mois à compter de la saisine du tribunal arbitral. Ce délai peut être prorogé conformément au second alinéa de l'article 1463.

La sentence rectificative ou complétée est notifiée dans les mêmes formes que la sentence initiale.

[641] Les règlements d'arbitrage peuvent prévoir des délais plus brefs. Par exemple, l'article 36(2) du règlement d'arbitrage CCI impose aux parties de présenter toute demande en rectification d'erreur matérielle ou en interprétation de la sentence dans les trente jours suivant la réception de celle-ci.

[642] Il faut aussi évoquer la possibilité, offerte par certains règlements d'arbitrage, d'exercer, devant un autre tribunal arbitral, un recours contre la décision rendue par un tribunal arbitral. Dans ce cas, tant que ce délai de recours n'est pas épuisé, la décision du premier tribunal arbitral n'est qu'un projet de sentence. Une fois que ce délai est épuisé, le projet de sentence devient une sentence. Si le recours est exercé et si la première sentence est réformée, la nouvelle décision est la seule sentence qui subsiste.

[643] L'exemple sans doute le plus connu de ce type de recours est le recours en annulation permis par l'article 52 de la Convention de Washington du 18 mars 1965 instituant le CIRDI :

(1) Chacune des parties peut demander, par écrit, au Secrétaire général l'annulation de la sentence pour l'un quelconque des motifs suivants :

(a) vice dans la constitution du Tribunal ;

(b) excès de pouvoir manifeste du Tribunal ;

(c) corruption d'un membre du Tribunal ;

(d) inobservation grave d'une règle fondamentale de procédure ;

(e) défaut de motifs.

(2) Toute demande doit être formée dans les 120 jours suivant la date de la sentence, sauf si l'annulation est demandée pour cause de corruption, auquel cas ladite demande doit être présentée dans les 120 jours suivant la découverte de la corruption et, en tout cas, dans les trois ans suivant la date de la sentence.

(3) Au reçu de la demande, le Président nomme immédiatement parmi les personnes dont les noms figurent sur la liste des arbitres, un Comité *ad hoc* de trois membres. Aucun membre dudit Comité ne peut être choisi parmi les membres du Tribunal ayant rendu la sentence, ni posséder la même nationalité qu'un des membres dudit Tribunal ni celle de l'État partie au différend ou de l'État dont le ressortissant est partie au différend, ni avoir été désigné pour figurer sur la liste des arbitres par l'un desdits États, ni avoir rempli les fonctions de conciliateur dans la même affaire. Le Comité est habilité à annuler la sentence en tout ou en partie pour l'un des motifs énumérés à l'alinéa (1) du présent article.

(4) Les dispositions des articles 41-45, 48, 49, 53 et 54 et des chapitres VI et VII s'appliquent *mutatis mutandis* à la procédure devant le Comité.

(5) Le Comité peut, s'il estime que les circonstances l'exigent, décider de suspendre l'exécution de la sentence jusqu'à ce qu'il se soit prononcé sur la demande en annulation. Si, dans sa demande, la partie en cause requiert qu'il

soit sursis à l'exécution de la sentence, l'exécution est provisoirement suspendue jusqu'à ce que le Comité ait statué sur ladite requête.

(6) Si la sentence est déclarée nulle, le différend est, à la requête de la partie plus diligente, soumis à un nouveau Tribunal constitué conformément à la section 2 du présent chapitre.

[644] Ce recours est d'autant plus précieux que les sentences rendues par les tribunaux arbitraux CIRDI ne peuvent pas faire l'objet de recours devant les juridictions étatiques, conformément à l'article 53(1) de la Convention. Cependant, ce type de recours est aussi prévu par d'autres règlements d'arbitrage. Dans ce cas-là, la sentence rendue par le tribunal arbitral ayant statué sur le recours peut faire l'objet d'un recours devant le juge étatique du pays où elle a été rendue. On peut prendre l'exemple du règlement d'arbitrage de la Chambre arbitrale internationale de Paris, dont voici un extrait du règlement :

Article 44

Demande d'examen au second degré

Chacune des parties à l'instance peut demander un examen de la cause au second degré dans le délai prévu par l'article 45, alinéa 1 du Règlement.

Si dans le délai prévu à l'alinéa ci-dessus, la Chambre Arbitrale Internationale de Paris n'a pas reçu avis écrit que les parties ont retiré d'un commun accord leur instance, ou avis écrit d'une demande d'examen au second degré, le projet de sentence est transformé en sentence sur la simple requête de l'une des parties et notification en est faite aux intéressés.

Le retrait d'une demande d'examen au second degré par une partie ou le non accomplissement par elle dans les délais prescrits des formalités prévues à l'article 51, notifié à l'autre partie, ouvre à celle-ci un nouveau délai de 15 jours pour solliciter éventuellement l'examen au second degré.

Article 45

Tribunal du second degré

Si la Chambre Arbitrale Internationale de Paris a reçu, dans un délai de quinze jours suivant la date de réception de la notification du projet de sentence, une demande d'examen au second degré, et après consignation des frais d'arbitrage, elle constitue un deuxième Tribunal Arbitral composé de trois membres, tous nommés par le Président de la Chambre Arbitrale Internationale de Paris.

Chacune des parties a la faculté d'obtenir le remplacement d'un des arbitres ainsi nommés dans les 8 jours qui suivent la réception de la notification de la composition du Tribunal Arbitral du second degré.

Cette disposition ne fait pas obstacle à l'application de l'article 14 en ce qui concerne le remplacement des arbitres empêchés.

Article 46

Les membres d'un Tribunal Arbitral du premier degré ne peuvent, dans un même différend, siéger dans un Tribunal Arbitral du second degré, non plus que ceux désignés par une partie au premier degré et qui ont été remplacés.

Article 47

Sentence

Le projet de sentence du Tribunal du premier degré devient caduc par suite de l'accomplissement, dans les délais impartis, des formalités consécutives à la demande d'examen au second degré. Il en résulte que quel que soit la partie qui sollicite l'examen au second degré, le demandeur devant le Tribunal arbitral est la partie qui a introduit l'instance.

La sentence du Tribunal Arbitral du second degré est rendue à la majorité des voix de ce Tribunal

Article 48

La sentence mentionne le nom des arbitres, celui du secrétaire de séance, un exposé succinct des moyens des parties, de leurs prétentions respectives et des faits, les motifs de la décision et l'énoncé des condamnations.

Les originaux de la sentence arbitrale sont signés par tous les arbitres, sauf refus d'une minorité qui est alors mentionné et comporte le visa du secrétaire de séance désigné par le Président de la Chambre Arbitrale Internationale de Paris.

Un original de la sentence est porté à la connaissance de chaque partie et/ou de ses conseils, ainsi que de chaque arbitre par la Chambre Arbitrale Internationale de Paris. Une copie certifiée conforme de l'original de la sentence détenue par la Chambre Arbitrale Internationale de Paris peut être établie par le Secrétariat à la demande d'une partie, à condition d'en informer toutes les autres.

5.2 NOTIFICATION DE LA SENTENCE

[645] Le code de procédure civile contient des dispositions relatives à la notification des sentences rendues en France, qui se trouvent à l'article 1484, alinéa 3, pour les sentences internes, et 1519, alinéa 3, pour les sentences internationales, dont il résulte, dans les deux cas, que les sentences doivent être notifiées par voie de signification, à moins que les parties en conviennent autrement. En revanche, s'agissant des sentences rendues à l'étranger, le code ne traite, à l'article 1525, que de la notification de l'ordonnance leur accordant l'exequatur, qui doit être faite par signification (alinéa 2), étant précisé que (alinéa 3) :

Les parties peuvent toutefois convenir d'un autre mode de notification lorsque l'appel est formé à l'encontre de la sentence revêtue de l'exequatur.

[646] Les parties peuvent donc, par exemple, décider de notifier la sentence ou l'ordonnance d'exequatur par lettre recommandée avec avis de réception, remise en main propre contre récépissé ou, pourquoi pas, par un envoi électronique sécurisée. L'essentiel est de prévoir une forme permettant de prouver la réalité et la date de la notification.

[647] Cela étant, malgré leur apparente simplicité, ces textes nécessitent plusieurs précisions, relatives à la notification préalable de la sentence aux parties (4.1.1) et aux effets de la notification de la sentence entre les parties (4.1.2).

5.2.1 Notification préalable de la sentence aux parties

[648] L'esprit des dispositions précitées est de s'appliquer à la notification de la sentence entre les parties. Avant cette formalité, il faut d'abord que la sentence soit notifiée aux parties par le tribunal arbitral ou, le cas échéant, le centre d'arbitrage. Le code français de procédure civile n'envisage pas cette communication, pourtant nécessaire, à la différence de la loi-type CNUDCI, dont l'article 31(4) prévoit que le tribunal arbitral remet à chaque partie une copie de la sentence signée par le ou les arbitres.

[649] En arbitrage *ad hoc*, l'acte de mission peut prévoir les modalités de communication de la sentence aux parties. Encore récemment, l'usage était d'envoyer, par lettre recommandée avec avis de réception, à chaque conseil ou, à défaut, à chaque partie, un exemplaire original de la sentence. Cependant, de plus en plus, les parties acceptent que la sentence soit rendue sous forme électronique et, donc, notifiée au format PDF, en pièce jointe d'un courriel³⁹⁴. En arbitrage institutionnel, le règlement d'arbitrage

³⁹⁴ V. *supra*, n° 621 à 623.

précise les modalités de la communication de la sentence aux parties. Généralement, cette communication incombe au secrétariat du centre, qui procède également par lettre recommandée avec avis de réception ou par envoi électronique³⁹⁵. La LRAR permet de prouver que la sentence a été expédiée et, donc, rendue, avant l'expiration du délai d'arbitrage. Cela étant, la notification électronique par une messagerie sécurisée peut offrir la même preuve. Au surplus, des copies certifiées conformes peuvent ultérieurement être remises aux parties³⁹⁶.

- [650] Il faut signaler un usage consistant, pour le tribunal arbitral ou le centre d'arbitrage, à retenir la sentence lorsque les frais d'arbitrage n'ont pas été intégralement payés. La sentence est alors remise, avant l'expiration du délai d'arbitrage, à un huissier de justice qui peut en attester. Les parties peuvent retirer la sentence auprès de l'huissier contre paiement du solde des frais d'arbitrage, outre la rémunération due à l'huissier. Si, en France, cette pratique n'est pas prévue par le code de procédure civile, l'article 56 de l'*Arbitration Act 1996* anglais organise expressément la rétention de la sentence.

5.2.2 Effets de la notification de la sentence

- [651] La notification de la sentence produit deux effets qu'il faut bien distinguer. D'une part, elle fait courir le délai de recours, comme le disent les articles 1494, alinéa 2, et 1519, alinéa 2, du code de procédure civile. La notification d'une sentence rendue en France produit cet effet, qu'elle soit ou non revêtue de l'exequatur. Pour les sentences rendues à l'étranger, l'article 1525, alinéa 2, indique que la signification de l'ordonnance qui leur accorde l'exequatur fait courir le délai d'appel contre celle-ci. D'autre part, seule la signification de la sentence revêtue de l'exequatur permet de procéder à son exécution forcée. En effet, selon une règle générale, exprimée par l'article 503, alinéa 1^{er} du code de procédure civile, la sentence arbitrale, même revêtue de l'exequatur, ne peut donner lieu à des mesures d'exécution forcée qu'après avoir été notifiée. Or, selon l'article 675, alinéa 1^{er} du Code de procédure civile, les jugements, auxquels il faut assimiler la sentence revêtue de l'exequatur, sont notifiées par voie de signification.

- [652] Lorsque les parties, conformément aux dispositions des articles 1484, alinéa 3, pour les sentences internes, 1519, alinéa 3, pour les sentences internationales rendues en France et 1525, alinéa 2, pour les ordonnances d'exequatur des sentences rendues à l'étranger, sont convenues de recourir à une autre forme de notification que la signification, quel est l'effet de la notification de la sentence selon la forme convenue sur le délai de recours (5.2.2.1) et sur le caractère exécutoire de la sentence (5.2.2.2) ?

5.2.2.1 Effet de la notification selon la forme conventionnelle sur le délai de recours

- [653] En premier lieu, la notification selon la forme, autre que la signification, convenue par les parties peut faire courir le délai de recours. Toutefois, comme il s'agit d'une formalité destinée à garantir les droits des parties, la notification selon une forme autre que la signification ne peut produire cet effet qu'en présence de « *stipulations qui manifestent sans équivoque la volonté de celles-ci de renoncer à cette garantie* »³⁹⁷. Les dispositions du règlement d'arbitrage prévoyant que le centre doit notifier la

³⁹⁵ V. par ex. règl. CCI, art. 35(1). – Règl. CMAP, art. 27.1.

³⁹⁶ V. par ex. règl. CCI, art. 35(2). – Règl. CMAP, art. 27.2.

³⁹⁷ CA Paris, 26 mai 2015, *Aero Ventures c. Midex Airlines*, n° 15/06910, *Lexbase* n° A2826RKU.

sentence aux parties ne fait pas partir le délai de recours, sauf disposition expresse en ce sens. En effet, à défaut d'une telle disposition, cette notification :

n'a d'autre portée [...] que de libérer l'institution d'arbitrage de son obligation contractuelle de délivrance de la sentence après règlement des frais³⁹⁸

- [654] Ainsi, sauf mention expresse contraire dans le règlement d'arbitrage ou tout autre acte manifestant l'adhésion des parties, la notification de la sentence aux parties par le tribunal arbitral ou le centre d'arbitrage ne fait pas courir le délai de recours. D'ailleurs, cet envoi de la sentence aux parties par le centre ou le tribunal arbitral est, dans certains règlements d'arbitrage³⁹⁹, désigné par le terme « *communication* » et non « *notification* », ce qui laisse entendre qu'elle n'a pas d'effet procédural.

5.2.2.2 *Effet de la notification selon la forme conventionnelle sur le caractère exécutoire de la sentence*

- [655] Les praticiens affirment généralement que, nonobstant tout accord des parties sur les formes de la notification de la sentence ou de l'ordonnance d'exequatur, une signification est nécessaire avant toute mesure d'exécution forcée. Ils transposent ici les règles applicables au jugement, qui, selon l'article 503, alinéa 1^{er}, du code de procédure civile doit être notifié avant d'être exécuté et qui, selon l'article 675, alinéa 1^{er}, doit être notifié sous forme de signification. Évidemment, le recours à la signification est préférable, pour sécuriser l'exécution forcée, c'est-à-dire éviter toute contestation devant le juge de l'exécution, et pour offrir les meilleures garanties au débiteur. Il est recommandé de procéder ainsi.

- [656] Pour autant, l'article 503, alinéa 1^{er}, exige, préalablement à l'exécution, une « *notification* » et non une signification du jugement. Quant à l'article 675, alinéa 1^{er}, il réserve les cas où la loi prévoit d'autres formes de notification que la signification. Il est donc envisageable de soutenir que si les parties, conformément, à l'article 1484, alinéa 3, 1519, alinéa 3, ou 1525, alinéa 2, sont convenues d'une notification autrement que par signification, la notification selon la forme conventionnelle de la sentence revêtue de l'exequatur ou de l'ordonnance d'exequatur autorise l'exécution forcée, s'agissant d'une forme autorisée par la loi pour les sentences arbitrales.

5.3 AUTORITE DE CHOSE JUGEE

- [657] Selon l'article 1484, alinéa 1^{er}, du code de procédure civile, applicable aussi en matière internationale selon l'article 1506, 4^o :

La sentence arbitrale a, dès qu'elle est rendue, l'autorité de la chose jugée relativement à la contestation qu'elle tranche.

- [658] A l'image du droit français, la plupart des législations reconnaissent à la sentence des effets similaires à ceux du jugement⁴⁰⁰. Cela dit, évidemment, si la sentence est par la suite annulée, elle perd son autorité de chose jugée, puisqu'elle est anéantie rétroactivement. De même, si sa reconnaissance ou son exécution est refusée par une décision de justice française, l'autorité de chose jugée disparaît rétroactivement en France.

³⁹⁸ *Ibid.*

³⁹⁹ V. par ex. règl. CMAP, art. 27.1.

⁴⁰⁰ V. par ex. Eng. Arb. Act, art. 58(1).

- [659] En droit français, l'autorité de chose jugée attachée à la sentence comprend le principe de concentration des moyens⁴⁰¹, comme pour tout jugement⁴⁰². Un arrêt est même allé plus loin, en appliquant ici le principe de concentration des demandes⁴⁰³. En l'espèce, dans un premier arbitrage, un franchiseur avait poursuivi le franchisé pour résiliation fautive du contrat, en demandant des dommages intérêts de ce chef, ainsi que la condamnation du franchisé à déposer l'enseigne. Dans un second arbitrage, le franchiseur avait demandé des dommages intérêts pour manquement à l'obligation de non ré-affiliation. La seconde sentence ayant été annulée, la cour d'appel de Caen a été saisie du fond du litige, sur renvoi après cassation⁴⁰⁴. Elle a écarté la fin de non-recevoir soulevée par le défendeur.
- [660] L'arrêt d'appel fut cassé pour violation de l'article 1351 du code civil et de l'ancien article 1476 du code de procédure civile, l'article qui attribuait l'autorité de chose jugée aux sentences arbitrales :
- il incombe au demandeur de présenter dans la même instance toutes les demandes fondées sur la même cause et qu'il ne peut invoquer dans une instance postérieure un fondement juridique qu'il s'était abstenu de soulever en temps utile
- [661] On peut s'interroger sur la portée de cet arrêt. D'un part, il a été rendu peu de temps après l'arrêt *Cesareo*⁴⁰⁵ ayant posé le principe de concentration des moyens, à une époque où la Cour de cassation semblait hésiter à reconnaître un principe général de concentration des demandes en procédure civile, ce qu'elle n'a jamais fait, en fin de compte. D'autre part, à notre connaissance, la solution n'a jamais été réitérée⁴⁰⁶. En sens inverse, on peut observer que le principe de concentration des demandes est particulièrement justifié en matière d'arbitrage, eu égard au coût et à la complexité relative de cette procédure, qui justifie de ne pas multiplier les instances en présentant ses demandes dans plusieurs arbitrages successifs.

5.4 OPPOSABILITE AUX TIERS

- [662] La sentence arbitrale n'a autorité de la chose jugée qu'envers les parties. En revanche, elle est opposable aux tiers. Cela signifie qu'une juridiction saisie dans une autre instance doit tenir compte de la décision prise par les arbitres et peut reprendre à son compte leurs constatations factuelles. Par exemple, si une sentence a condamné l'auteur d'une faute contractuelle à indemniser le préjudice causé, une juridiction étatique ne peut condamner les complices de la faute à indemniser le même préjudice⁴⁰⁷.

5.5 FORCE PROBANTE

- [663] En France, la jurisprudence a reconnu à la sentence la force probante d'un acte authentique⁴⁰⁸, du moins pour tous les faits que les arbitres ont constatés eux-mêmes, comme, par exemples, la date et l'heure de l'audience, la liste des personnes qui y étaient présentes ou la participation de tous les arbitres au délibéré. Par conséquent,

⁴⁰¹ Cass. civ. 1^{ère}, 12 avril 2012, n° 11-14123. – Cass. civ. 1^{ère}, 12 septembre 2012, n° 11-18530.

⁴⁰² Cass. ass. plén., 7 juillet 2006, *Cesareo*, n° 04-10672 *Bull. civ.*, n°8.

⁴⁰³ Cass. civ. 1^{ère}, 28 mai 2008, *Prodim c. G et A distribution*, n° 07-13266, *Bull. civ.*, n° 153.

⁴⁰⁴ En matière interne, en cas d'annulation de la sentence, la cour d'appel statue sur le fond, sauf volonté contraire des parties (C. pr. civ., art. 1493). V. *infra* n° 189.

⁴⁰⁵ Précité note 73.

⁴⁰⁶ Dans le contentieux du contrat de travail, jusqu'à l'entrée en vigueur du décret n°2016-660 du 20 mai 2016, dont l'art. 8 abroge l'ancien art. R1452-6 du Code du travail, s'appliquait le principe de l'unicité de l'instance, équivalent au principe de concentration des demandes.

⁴⁰⁷ Cass. com., 2 décembre 2008, n°07-17539.

⁴⁰⁸ Cass. civ. 2^{ème}, 12 décembre 1990. – Cass. req., 7 janvier 1857, *DP* 1857, I, 56. – Cass. Req., 16 juin 1812.

toute personne voulant contester une telle mention doit s'inscrire en faux, conformément aux articles 303 à 316 du code de procédure civile.

- [664] En revanche, la sentence est-elle, au sens de l'article 441-4 du code pénal, un acte authentique ? On peut en douter et le principe d'interprétation stricte des incriminations pénales devraient conduire à une réponse négative. Par conséquent, les arbitres qui inscriraient délibérément une fausse mention dans la sentence ne se rendraient pas coupables de faux en écriture publique mais plutôt de faux en écriture privé, délit prévu et réprimé par l'article 441-1 du même code.

5.6 ABSENCE DE FORCE EXECUTOIRE

- [665] Il résulte des articles 1487, alinéa 1^{er}, et 1516, alinéa 1^{er}, que la sentence arbitrale n'a pas force exécutoire tant qu'elle n'a pas reçu l'exequatur. Même lorsqu'elle est assortie de l'exécution provisoire, celle-ci ne peut donner lieu à des mesures d'exécution provisoire qu'après exequatur⁴⁰⁹. En revanche, au vu de l'article 501, la sentence a sans doute force de chose jugée dès qu'elle n'est plus susceptible d'un recours suspensif d'exécution, ce qui est le cas, pour les sentences internationales, dès leur prononcé⁴¹⁰.

⁴⁰⁹ V. *infra* leçon 8.

⁴¹⁰ V. *infra* leçon 8.

Lundi 6 novembre 2023

1 INTRODUCTION

- [666] Les sentences arbitrales sont sujettes à un contrôle étatique, préalable à leur insertion dans chaque système juridique national. Il faut toutefois signaler une exception à ce principe, résultant de l'article 54 de la convention de Washington⁴¹¹, selon lequel les sentences du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) sont exécutoires sans contrôle de l'État requis. En France, il faut en demander l'exequatur mais c'est une simple formalité, sans contrôle du juge, qui se borne à vérifier que la sentence a été rendue sous l'égide du CIRDI et certifiée conforme par son Secrétaire général⁴¹², auquel cas il est tenu de lui conférer force exécutoire, sans recours possible⁴¹³.
- [667] Les autres sentences sont contrôlées à travers la reconnaissance, l'exequatur, les recours contre les décisions d'exequatur et les recours contre la sentence elle-même. Dans certains systèmes juridiques, comme le droit français ou la loi-type CNUDCI, les critères de contrôles sont les mêmes quelle que soit la voie utilisée, mis à part, en droit français, quelques recours très particuliers et très rares en pratiques. Dans d'autres systèmes, par exemple en droit suisse, en droit anglais ou en droit fédéral des États-Unis, les critères du contrôle des sentences rendues à l'étranger ne sont pas les mêmes. En cas de recours, les critères sont ceux prévus par le droit local⁴¹⁴ alors que, pour les procédures d'exécution de sentences rendues à l'étranger ou de sentences internationales rendues localement, le droit local renvoie à l'application de la Convention de New York⁴¹⁵.
- [668] Nous discuterons des critères de contrôle prévus par la Convention de New York (2), avant de nous concentrer sur le droit français (3).

2 CONVENTION DE NEW YORK

- [669] La Convention de New York du 10 juin 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères a pour objet de garantir l'effectivité des sentences arbitrales dans les États parties, sans discrimination entre sentences rendues localement et sentences rendues à l'étranger. L'objectif poursuivi par la Convention est, évidemment, de garantir que l'arbitrage international soit un mode de résolution des différends efficace, en assurant l'exécution des décisions rendues par les tribunaux arbitraux. Cet objectif a été largement atteint, grâce au succès de la Convention de New York, ratifiée par cent-soixante-douze États⁴¹⁶, soit une grande majorité d'entre eux, grâce aux qualités intrinsèques de ce texte, concis et intelligemment rédigé, et grâce à l'application rigoureuse qu'en font les juridictions des États parties.

⁴¹¹ Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États, conclue à Washington le du 18 mars 1965 (<https://icsid.worldbank.org/fr/reglement/convention>).

⁴¹² Conv. Washington, art. 54(2).

⁴¹³ Cass. civ. 1^{ère}, 11 juin 1991, *Soabi c. Sénégal*, pourvoi n° 90-11282, *Bull. civ.*, n° 193.

⁴¹⁴ Eng. Arb. Act., art. 68. – LSDIP, art. 190. – 9 U.S.C. §10.

⁴¹⁵ Eng. Arb. Act., art. 66(4) – LSDIP, art. 194. – 9 U.S.C. §201.

⁴¹⁶ V. site CNUDCI : https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/conventions/foreign_arbitral_awards/status2.

[670] Cela dit, il faut préciser le champ d'application (2.1) de la Convention de New York, expliquer le contenu des engagements pris par les États parties (2.2), avant d'évoquer un certain nombre de dispositions transitoires et finales (2.3), assez habituelles dans les instruments internationaux.

2.1 CHAMP D'APPLICATION

[671] La Convention s'applique essentiellement aux sentences arbitrales, pour assurer leur effectivité dans les États parties, bien qu'elle contienne aussi un article consacré au respect des conventions d'arbitrage. La Convention distingue, dès son intitulé, la reconnaissance⁴¹⁷ et l'exécution⁴¹⁸ des sentences arbitrales étrangères. La reconnaissance consiste, pour un État, à laisser produire à une sentence tous les effets d'un jugement, notamment l'autorité de chose jugée, autres que la force exécutoire, tandis que l'exécution ou exequatur consiste à conférer force exécutoire à la sentence.

[672] Cela étant, la Convention subordonne la reconnaissance et l'exécution aux mêmes conditions. Ce sont les règles de procédure internes des États parties qui, souvent, opèrent une distinction, en imposant une formalité préalable pour l'exequatur mais pas pour la reconnaissance. La Convention de New York laisse d'ailleurs aux États membres toute liberté pour organiser les procédures de reconnaissance et d'exequatur, qui peuvent être de la compétence d'une autorité judiciaire ou administrative.

[673] La Convention est destinée à s'appliquer, avant tout, aux sentences étrangères, c'est-à-dire aux sentences dont la reconnaissance ou l'exécution est poursuivie dans un État partie, alors qu'elles ont été rendues dans un autre État, qu'il soit ou non partie à la Convention. Par assimilation à cette première catégorie, la Convention s'applique aussi aux sentences rendues dans le pays où une partie souhaite les faire reconnaître ou exécutées et qui sont considérées comme non-nationales par la loi locale. C'est ce qu'explique l'article I :

1. La présente Convention s'applique à la reconnaissance et à l'exécution des sentences arbitrales rendues sur le territoire d'un État autre que celui où la reconnaissance et l'exécution des sentences sont demandées, et issues de différends entre personnes physiques ou morales. Elle s'applique également aux sentences arbitrales qui ne sont pas considérées comme sentences nationales dans l'État où leur reconnaissance et leur exécution sont demandées.

2. On entend par « sentences arbitrales » non seulement les sentences rendues par des arbitres nommés pour des cas déterminés, mais également celles qui sont rendues par des organes d'arbitrage permanents auxquels les parties se sont soumises.

3. Au moment de signer ou de ratifier la présente Convention, d'y adhérer ou de faire la notification d'extension prévue à l'article X, tout État pourra, sur la base de la réciprocité, déclarer qu'il appliquera la Convention à la reconnaissance et à l'exécution des seules sentences rendues sur le territoire d'un autre État contractant. Il pourra également déclarer qu'il appliquera la Convention uniquement aux différends issus de rapports de droit, contractuels ou non contractuels, qui sont considérés comme commerciaux par sa loi nationale.

[674] Ainsi, les États peuvent, lorsqu'ils adhèrent à la Convention, déclarer qu'ils excluent de son champ d'application les sentences locales, fussent-elles internationales. Ils peuvent aussi réserver l'application de la Convention aux sentences arbitrales commerciales. La France a déclaré qu'elle n'appliquerait la Convention qu'aux

⁴¹⁷ En anglais : *recognition*.

⁴¹⁸ En anglais : *enforcement*.

sentences rendues dans un autre État. C'est également le cas, entre autres, de l'Algérie, des États-Unis d'Amérique, du Royaume-Uni et de la Tunisie⁴¹⁹. En revanche, lorsque la reconnaissance et l'exécution d'une sentence rendue à l'étranger est poursuivie dans un État partie à la Convention, ses dispositions s'appliquent, que la sentence ait été ou non rendue dans un État partie.

[675] Concernant le champ d'application de la Convention dans l'espace, l'article X permet aux États adhérent à la Convention d'étendre ou non l'application de la Convention à leurs différents territoires. La France n'a pas écarté l'application de la Convention à certains de ses territoires d'outre-mer :

1. Tout État pourra, au moment de la signature, de la ratification ou de l'adhésion, déclarer que la présente Convention s'étendra à l'ensemble des territoires qu'il représente sur le plan international, ou à l'un ou plusieurs d'entre eux. Cette déclaration produira ses effets au moment de l'entrée en vigueur de la Convention pour ledit État.

2. Par la suite, toute extension de cette nature se fera par notification adressée au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies et produira ses effets à partir du quatre-vingt-dixième jour qui suivra la date à laquelle le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies aura reçu la notification, ou à la date d'entrée en vigueur de la Convention pour ledit État si cette dernière date est postérieure.

3. En ce qui concerne les territoires auxquels la présente Convention ne s'applique pas à la date de la signature, de la ratification ou de l'adhésion, chaque État intéressé examinera la possibilité de prendre les mesures voulues pour étendre la Convention à ces territoires, sous réserve le cas échéant, lorsque des motifs constitutionnels l'exigeront, de l'assentiment des gouvernements de ces territoires.

[676] L'article XI envisage le cas des États fédérés ou comportant des régions fortement autonomes :

a. En ce qui concerne les articles de la présente Convention qui relèvent de la compétence législative du pouvoir fédéral, les obligations du gouvernement fédéral seront les mêmes que celles des États contractants qui ne sont pas des États fédératifs ;

b. En ce qui concerne les articles de la présente Convention qui relèvent de la compétence législative de chacun des États ou provinces constituants, qui ne sont pas, en vertu du système constitutionnel de la fédération, tenus de prendre des mesures législatives, le gouvernement fédéral portera le plus tôt possible, et avec son avis favorable, lesdits articles à la connaissance des autorités compétentes des États ou provinces constituants ;

c. Un État fédératif partie à la présente Convention communiquera, à la demande de tout autre État contractant qui lui aura été transmise par l'intermédiaire du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies, un exposé de la législation et des pratiques en vigueur dans la fédération et ses unités constituantes, en ce qui concerne telle ou telle disposition de la Convention, indiquant la mesure dans laquelle effet a été donné, par une action législative ou autre, à ladite disposition.

2.2 ENGAGEMENTS DES ÉTATS PARTIES

[677] Les États parties s'engagent à reconnaître les conventions d'arbitrage (2.2.1) et les sentences arbitrales (2.2.2).

⁴¹⁹ V. site CNUDCI : https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/conventions/foreign_arbitral_awards/status2.

2.2.1 Reconnaissance des conventions d'arbitrage

[678] L'article II est quelque peu singulier, en ce qu'il est le seul article de la Convention à concerner, non les sentences, mais les conventions d'arbitrage :

1. Chacun des États contractants reconnaît la convention écrite par laquelle les parties s'obligent à soumettre à un arbitrage tous les différends ou certains des différends qui se sont élevés ou pourraient s'élever entre elles au sujet d'un rapport de droit déterminé, contractuel ou non contractuel, portant sur une question susceptible d'être réglée par voie d'arbitrage.

2. On entend par « convention écrite » une clause compromissoire insérée dans un contrat, ou un compromis, signés par les parties ou contenus dans un échange de lettres ou de télégrammes.

3. Le tribunal d'un État contractant, saisi d'un litige sur une question au sujet de laquelle les parties ont conclu une convention au sens du présent article, renverra les parties à l'arbitrage, à la demande de l'une d'elles, à moins qu'il ne constate que ladite convention est caduque, inopérante ou non susceptible d'être appliquée.

[679] Ce texte vise toutes les conventions d'arbitrage et pas seulement les conventions d'arbitrage internationales. Dans le même ordre d'idée, il s'applique que le siège de l'arbitrage soit situé ou non dans un État partie à la Convention.

[680] A l'évidence, le droit français, qui admet la validité des conventions d'arbitrage international sans aucune condition de forme⁴²⁰ et qui impose au juge étatique de renvoyer les parties à l'arbitrage sans vérifier si la convention d'arbitrage est valable et applicable, sauf nullité ou inapplicabilité manifeste⁴²¹ va plus loin que les dispositions ci-dessus. Néanmoins, en adoptant de telles règles, la France n'a pas méconnu l'article II de la Convention de New York, qui impose aux États parties de respecter les conventions d'arbitrage répondant aux exigences de forme qu'il énonce mais ne leur interdit pas de reconnaître aussi les conventions d'arbitrage n'y répondant pas et d'imposer à leurs tribunaux de renvoyer les parties à l'arbitrage sans examen approfondi de la convention d'arbitrage.

2.2.2 Reconnaissance et exécution des sentences arbitrales

[681] Concernant les sentences arbitrales, la Convention pose un principe (2.2.2.1) de reconnaissance et d'exécution, avec un certain nombre d'exceptions (2.2.2.2), qui sont des circonstances dans lesquelles les États peuvent refuser de reconnaître et exécuter une sentence (2.2.2.2). Cela étant, même lorsqu'une telle circonstance existe, un État peut malgré tout reconnaître et exécuter une sentence car les règles plus favorables sont conformes à la Convention (2.2.2.3).

2.2.2.1 Principe

[682] L'article III pose les deux principes constituant le socle du dispositif créé par la Convention, qui sont, d'une part, l'obligation de reconnaître et exécuter les sentences étrangères et, d'autre part, l'interdiction de toutes discriminations entre celles-ci et les sentences locales :

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. Il ne sera pas imposé, pour la reconnaissance ou l'exécution

⁴²⁰ C. proc. civ., art. 1507.

⁴²¹ C. proc. civ., art. 1448.

des sentences arbitrales auxquelles s'applique la présente Convention, de conditions sensiblement plus rigoureuses, ni de frais de justice sensiblement plus élevés, que ceux qui sont imposés pour la reconnaissance ou l'exécution des sentences arbitrales nationales.

[683] L'article IV indique quelles pièces le requérant doit produire pour obtenir la reconnaissance et l'exécution d'une sentence en bénéficiant des dispositions de la Convention. Cela signifie, en toute logique, qu'un État ne peut subordonner la reconnaissance et l'exécution d'une sentence à des pièces supplémentaires, non visées dans cet article :

1. Pour obtenir la reconnaissance et l'exécution visées à l'article précédent, la partie qui demande la reconnaissance et l'exécution doit fournir, en même temps que la demande :

a. L'original dûment authentifié de la sentence ou une copie de cet original réunissant les conditions requises pour son authenticité ;

b. L'original de la convention visée à l'article II, ou une copie réunissant les conditions requises pour son authenticité.

2. Si ladite sentence ou ladite convention n'est pas rédigée dans une langue officielle du pays où la sentence est invoquée, la partie qui demande la reconnaissance et l'exécution de la sentence aura à produire une traduction de ces pièces dans cette langue. La traduction devra être certifiée par un traducteur officiel ou un traducteur juré ou par un agent diplomatique ou consulaire.

[684] L'article 1515, alinéa 2, du Code français de procédure civile est plus permissif, puisqu'il autorise une traduction libre, tout en laissant la possibilité au juge de l'exéquatour de demander une traduction réalisée par un expert judiciaire.

2.2.2.2 Exceptions

[685] L'article V énumère les circonstances dans lesquelles « l'autorité compétente » d'un État partie peut refuser de reconnaître et exécuter une sentence arbitrale étrangère. Le texte utilise cette expression d' « autorité compétente » parce que, suivant les pays, ce n'est pas forcément une juridiction qui est compétente pour reconnaître ou rendre exécutoire les sentences arbitrales. L'article est divisé en deux paragraphes, qui visent chacun une série de circonstances justifiant le refus de reconnaissance et d'exécution.

[686] Les circonstances énumérées par le premier paragraphe sont conçues pour protéger la partie qui s'oppose à l'exéquatour, de telle sorte qu'elles ne peuvent être relevées d'office, comme l'indique le début de ce paragraphe :

1. La reconnaissance et l'exécution de la sentence ne seront refusées, sur requête de la partie contre laquelle elle est invoquée, que si cette partie fournit à l'autorité compétente du pays où la reconnaissance et l'exécution sont demandées la preuve :

a. Que les parties à la convention visée à l'article II étaient, en vertu de la loi à elles applicable, 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 ; ou

b. Que 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 ; ou

c. Que 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 soumises à l'arbitrage peuvent être dissociées de celles qui ont trait à des questions non soumises à l'arbitrage, les premières pourront être reconnues et exécutées ; ou

d. Que 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, qu'elle n'a pas été conforme à la loi du pays où l'arbitrage a eu lieu ; ou

e. Que la sentence n'est pas encore devenue obligatoire pour les parties ou a été annulée ou suspendue par une autorité compétente du pays dans lequel, ou d'après la loi duquel, la sentence a été rendue.

[687] Les circonstances énumérées par le second paragraphe, moins nombreuses, sont conçues pour protéger l'intérêt général, au-delà de la partie s'opposant à la reconnaissance et à l'exécution de la sentence. C'est pourquoi elles peuvent être relevées d'office :

2. La reconnaissance et l'exécution d'une sentence arbitrale pourront aussi être refusées si l'autorité compétente du pays où la reconnaissance et l'exécution sont requises constate :

a. Que, d'après la loi de ces pays, l'objet du différend n'est pas susceptible d'être réglé par voie d'arbitrage ; ou

b. Que la reconnaissance ou l'exécution de la sentence serait contraire à l'ordre public de ce pays.

[688] L'article VI tire une conséquence procédurale de la possibilité, pour l'autorité compétente de l'État requis, de refuser d'exécuter une sentence non encore obligatoire ou annulée dans son pays d'origine :

Si l'annulation ou la suspension de la sentence est demandée à l'autorité compétente visée à l'article V, paragraphe 1 e, l'autorité devant qui la sentence est invoquée peut, si elle l'estime appropriée, 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.

2.2.2.3 Conformité à la Convention des règles plus favorables

[689] Dans tous les cas, l'article V de la Convention de New York indique seulement dans quelles hypothèses un État partie peut déroger au principe de reconnaissance et d'exécution des sentences arbitrales étrangères. Même dans ces hypothèses, il n'impose pas aux États parties de refuser de reconnaître et exécuter une sentence. L'article VII confirme cette interprétation, puisqu'il réserve aux parties le droit d'invoquer les autres conventions internationales et les dispositions du droit national plus favorables pour l'exécution des sentences, en abrogeant toutefois, entre les signataires de la Convention de New York, les deux instruments des années 1920 relatifs aux clauses d'arbitrage et aux sentences arbitrales :

1. 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 des 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.

2. Le Protocole de Genève de 1923 relatif aux clauses d'arbitrage et la Convention de Genève de 1927 pour l'exécution des sentences arbitrales étrangères cesseront de produire leurs effets entre les États contractants du jour, et dans la mesure, où ceux-ci deviendront liés par la présente Convention.

[690] C'est pourquoi la Cour de cassation, par exemple, estime que le seul fait qu'une sentence ait été annulée dans le pays où elle a été rendue n'interdit pas au juge français

de lui accorder l'exequatur. Cette position s'explique par l'autonomie de l'arbitrage international, selon la conception française : la sentence a une existence propre, détachée de tout système juridique national, y compris celui du siège, de telle sorte que chaque État décide indépendamment de l'insérer ou non dans son ordre juridique. Dans l'affaire *Hilmarton*, une sentence annulée par le Tribunal fédéral suisse a obtenu l'exequatur en France car :

la sentence rendue en Suisse était une sentence internationale qui n'était pas intégrée dans l'ordre juridique de cet État, de sorte que son existence demeurait établie malgré son annulation⁴²²

[691] La reconnaissance en France de cette sentence n'étant pas contraire aux exigences de l'article 1504 du Code de procédure civile⁴²³, rien ne s'y opposait. Dans l'arrêt *Putrabali*, la Cour de cassation a réitéré cette solution, en expliquant que :

la sentence internationale, qui n'est rattachée à aucun ordre juridique étatique, est une décision de justice internationale dont la régularité est examinée au regard des règles applicables dans le pays où sa reconnaissance et son exécution sont demandées⁴²⁴.

[692] Par ailleurs, l'autorité de chose jugée de la décision d'exequatur de la sentence annulée s'oppose à la reconnaissance de tout effet en France de la seconde sentence, rendue par le nouveau tribunal arbitral constitué après annulation de la première⁴²⁵. Le refus d'exécution est fondé sur la contrariété de la seconde sentence à l'ordre public⁴²⁶.

[693] Cette approche française a fait peu d'émules dans les autres pays, dont les juges refusent la plupart du temps, en vertu de l'article V(1)(e), d'exécuter une sentence annulée dans le pays où elle a été rendue. Toutefois, quelques juges européens ont statué dans le même sens que la Cour de cassation⁴²⁷. Aux États-Unis aussi, certaines juridictions ont statué en ce sens⁴²⁸ mais la jurisprudence la plus récente refuse

422 Cass. civ. 1^{ère}, 23 mars 1994, *Rev. arb.* 1994, p. 327, note Ch. Jarrosson ; *Rev. crit. DIP* 1995, p. 356, note B. Oppetit ; *JDI* 1994, p. 701, note E. Gaillard.

423 Devenu art. 1520 depuis la réforme de 2011.

424 Cass. civ. 1^{ère}, 29 juin 2007, n° 05-18.053, *PT Putrabali Adyamulia c/ Rena Holding*, *Bull. civ.* 2007, I, n° 250 ; *JurisData* n° 2007-039759 ; *JCP G* 2007, I, 216, n° 7, obs. Ch. Seraglini ; *D.* 2008, p. 180, n° V-A, obs. Th. Clay ; *Gaz. Pal.* 22 mars 2008, n° 82, p. 23, note C. Debourg ; *Rev. arb.* 2007, p. 507, rapp. J.-P. Ancel, note E. Gaillard ; *JDI* 2007, p. 1236, obs. Th. Clay ; *RTD com.* 2007, 682, obs. E. Loquin. – V. aussi : L. Degos, *La consécration de l'arbitrage en tant que justice internationale autonome* : *D.* 2008, p. 1429. – Ph. Pinsolle, *L'ordre juridique arbitral et la qualification de la sentence arbitrale de décision de justice internationale* : *Gaz. Pal.* 21 nov. 2007, n° 326, p. 14. De manière plus générale, sur cette question, V. : L. Chedly, *L'exécution des sentences internationales annulées dans leur pays d'origine : cohérences en droit comparé et incohérence du droit tunisien* : *JDI* 2009, p. 1139.

425 Second arrêt *Putrabali* : Cass. civ. 1^{ère}, 29 juin 2007, n° 06-13.293, *Bull. civ.* 2007, I, n° 251 ; *JurisData* n° 2007-039760 ; *JCP G* 2007, I, 216, n° 7, obs. Ch. Seraglini ; *D.* 2008, p. 180, n° V-A, obs. Th. Clay ; *Gaz. Pal.* 22 mars 2008, n° 82, p. 23, note C. Debourg ; *Rev. arb.* 2007, p. 507, rapp. J.-P. Ancel, note E. Gaillard ; *JDI* 2007, p. 1236, obs. Th. Clay ; *RTD com.* 2007, 682, obs. E. Loquin. – Cass. 1^{ère} civ., 10 juin 1997 : *Rev. arb.* 1997, p. 376, note Ph. Fouchard ; *JDI* 1997, p. 1033, note E. Gaillard.

426 C. pr. civ., art. 1520, 5°.

427 Cour suprême autrichienne, 20 octobre 1993, *Rev. arb.* 1998, p. 419, note P. Lastenouse et P. Senkovic. – Tribunal de première instance Bruxelles, 6 décembre 1988, *Sonatrach c. Ford, Bacon & Davis, Inc.*, *Y.B. Comm. Arb.* 1990, vol. XV, p. 370. – Tribunal (*Gerechsthof*) d'Amsterdam, 28 avril 2009, *Yukos Capital c. Rosneft*, *Y.B. Comm. Arb.* 2009, vol. XXXIV, p. 703 ; 17 novembre 2011, *Maximov c. Novolipetsky Metallurgicheskyy Kombinat*, *Y.B. Comm. Arb.* 2012, vol. XXXVII, p. 274 ; 27 septembre 2016, *Y.B. Comm. Arb.* 2017, vol. XLII, p. 461 – Pour une étude comparative, V. G. Born, *International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2021, § 26.05(C)(8).

428 US District Court of Columbia, 31 juill. 1996, *Chromalloy* : *Rev. arb.* 1997, p. 439, et dans la même affaire, CA Paris, 14 janv. 1997 : *Rev. arb.* 1997, p. 395, note Ph. Fouchard.

d'exécuter une sentence annulée dans son pays d'origine⁴²⁹, sauf si la décision d'annulation ne peut être reconnue aux États-Unis parce qu'elle heurte l'ordre public américain⁴³⁰.

2.3 DISPOSITIONS TRANSITOIRES ET FINALES

[694] L'article IX autorise tous les États, membres ou non de l'Organisation des Nations Unies, à adhérer à la Convention :

1. Tous les États visés à l'article VIII peuvent adhérer à la présente Convention.
2. L'adhésion se fera par le dépôt d'un instrument d'adhésion auprès du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies.

[695] L'article XII précise la date d'entrée en vigueur de la Convention :

1. La présente Convention entrera en vigueur le quatre-vingt-dixième jour qui suivra la date du dépôt du troisième instrument de ratification ou d'adhésion.
2. Pour chacun des États qui ratifieront la Convention ou y adhéreront après le dépôt du troisième instrument de ratification ou d'adhésion, elle entrera en vigueur le quatre-vingt-dixième jour qui suivra la date du dépôt par cet État de son instrument de ratification ou d'adhésion.

[696] L'article XIII prévoit les conditions dans lesquels les États parties peuvent dénoncer la Convention :

Art. XIII

1. Tout État contractant pourra dénoncer la présente Convention par notification écrite adressée au Secrétaire général de l'Organisation 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.
2. Tout État qui aura fait une déclaration ou une notification conformément à l'article X pourra notifier ultérieurement 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.
3. La présente Convention demeurera applicable aux sentences arbitrales au sujet desquelles une procédure de reconnaissance ou d'exécution aura été entamée avant l'entrée en vigueur de la dénonciation.

⁴²⁹ Cour d'appel des États-Unis (Circ. du Distr. de Columbia), 25 mai 2007, *Termorio SA c/ Electranta SP*, 487 F.3d 928 (D.C. Cir. 2007). – Cour d'appel des États-Unis (2^e cir.), 12 août 1999, *Baker Marine* : *Rev. arb.* 2000, p. 135, note E. Gaillard.

⁴³⁰ US Court of Appeal, 2nd Cir., 2 août 2016, *Corporacion Mexicana De Mantenimiento Integral v. Pemex-Exploracion y produccion*, 832F.3d.92 : *Cah. arb.* 2016, p. 969, note E. Silva-Romero (et déjà dans la même affaire, District Court Southern District of New York, 27 août 2013 : *Rev. arb.* 2015, p. 183, note C. Darrigade ; *Cah. arb.* 2013, p. 1027, note L. G. Radicati di Brozolo) ; US Court of Appeal, 2nd Cir., 20 juill. 2017, *Thai-Lao Lignite (Thailand) Co., Ltd. et al. v. Government of the Lao People's Democratic Republic*, 864F.3d.172 ; sur ces deux derniers arrêts, V. E. Gaillard, *La vision américaine des sentences annulées au siège (Observations sur les arrêts Pemex et Thai-Lao Lignite de la Cour d'appel fédérale du 2^e circuit des 2 août 2016 et 20 juillet 2017)* : *Rev. arb.* 2017, p. 1147. – A. G. Leventhal, *Le juge de l'exequatur devant la sentence internationale et la décision d'annulation : une lecture de la jurisprudence récente aux États-Unis* : *Cah. arb.* 2018, p. 273. Pour une analyse de cette jurisprudence et de sa portée, V. G. Born, *International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2021, § 26.05(C)(8). – Sur le droit comparé, V. S. Bollée, L. Radicati di Brozolo, M. Scherer et B. Zajdela, *Table-ronde : l'autorité de chose jugée des décisions relatives au contrôle des sentences* : *Rev. arb.* 2016, p. 183 ; sur la situation en Grande-Bretagne, V. aussi B. Rix et J. Huard-Bourgeois, *Revelations on the English Approach to Enforcement of International Awards : a Dialogue with Professor Sir Bernard Rix* : *Cah. arb.* 2016, p. 387.

- [697] L'article XIV prévoit un principe de réciprocité :
- Un État contractant ne peut se réclamer des dispositions de la présente Convention contre d'autres États contractants que dans la mesure où il est lui-même tenu d'appliquer cette Convention.
- [698] L'article XV confie au Secrétaire général de l'ONU un rôle d'information :
- Le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies notifiera à tous les États visés à l'article VIII :
- a. Les signatures et ratifications visées à l'article VIII ;
 - b. Les adhésions visées à l'article IX ;
 - c. Les déclarations et notifications visées aux articles premier, X et XI ;
 - d. La date où la présente Convention entrera en vigueur, en application de l'article XII ;
 - e. Les dénonciations et notifications visées à l'article XIII.
- [699] L'article XVI, le dernier article, précise dans quelles langues la Convention fait foi. C'est important en cas de débat sur l'interprétation d'une disposition car, dans cette hypothèse, il faut comparer les versions faisant foi :
1. La présente Convention, dont les textes anglais, chinois, espagnol, français et russe font également foi, sera déposée dans les archives de l'Organisation des Nations Unies.
 2. Le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies remettra une copie certifiée conforme de la présente Convention aux États visés à l'article VIII.

3 CONTROLE DE LA SENTENCE PAR LE JUGE FRANÇAIS

- [700] En droit français, il existe plusieurs procédures par lesquelles le juge étatique peut être saisi aux fins de contrôler une sentence arbitrale. Cela étant, parmi ces procédures, certaines sont beaucoup plus utilisées que les autres et elles amènent le juge à contrôler la sentence selon les mêmes critères. Il est donc naturel d'envisager les voies (3.1) avant l'étendue (3.2) du contrôle des sentences arbitrales.

3.1 VOIES DU CONTROLE

- [701] La sentence arbitrale peut être contrôlée par le juge français à travers sa reconnaissance (3.2.1), son exequatur (3.2.2) ou un recours en annulation formé contre elle (3.2.3). En matière interne, l'appel contre la sentence est parfois possible (3.2.4). Il faudra évoquer l'effet des recours sur le caractère exécutoire de la sentence (3.2.5). Il existe, enfin, d'autres recours (3.2.6).

3.1.1 Reconnaissance

- [702] La reconnaissance consiste, pour un État, à respecter les effets de la sentence autres que la force exécutoire, à la différence de l'exequatur, qui consiste à reconnaître à la sentence tous les effets d'un jugement, y compris la force exécutoire. La convention de New York pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, dès son intitulé, fait la distinction entre les deux notions.
- [703] En droit français, le code de procédure civile n'applique pas la notion de reconnaissance aux sentences internes. Autrement dit, leur reconnaissance est systématique. Tant que la sentence interne n'a pas été annulée ou réformée, elle est nécessairement reconnue. Il faut relire l'article 1484, al. 1^{er} :

La sentence arbitrale a, dès qu'elle est rendue, l'autorité de la chose jugée relativement à la contestation qu'elle tranche.

- [704] En revanche, l'article 1514 du code de procédure civile distingue bien la reconnaissance et l'exécution des sentences internationales. Cependant, la reconnaissance de ces sentences ne nécessite pas de formalité préalable obligatoire. L'article 1484, al. 1^{er} est, selon l'article 1506, 4^o, applicable en matière d'arbitrage international et une sentence internationale a, dès qu'elle est rendue, l'autorité de chose jugée en France, sous réserve d'y être reconnue.
- [705] En pratique, la question de la reconnaissance d'une sentence arbitrale internationale se pose à chaque fois qu'une personne invoque une sentence devant une juridiction étatique ou, éventuellement, devant les autorités administratives. La reconnaissance de la sentence est en général demandée, devant le juge du fond, à titre incident. Concrètement, il se peut que le défendeur à une action devant le juge français invoque la fin de non-recevoir découlant de l'autorité de chose jugée de la sentence. Il se peut aussi que le demandeur invoque la sentence comme titre établissant un droit. Par exemple, le demandeur peut fonder une action contre le garant sur une sentence condamnant le débiteur principal.
- [706] Dans ces hypothèses, selon les articles 1514 et 1515 du code de procédure civile, le juge doit considérer que la sentence a la même valeur qu'un jugement français, si celui qui s'en prévaut produit la sentence et la convention d'arbitrage, en original ou en copie, et si la sentence n'est pas manifestement contraire à l'ordre public. Cela étant, le juge ne procède à la vérification de ces conditions qu'en cas de contestation de l'autre partie⁴³¹. Le juge se prononce, à titre incident, alors sur la reconnaissance de la sentence.
- [707] Cela étant, une action en reconnaissance de la sentence est recevable et relève de la compétence du juge de l'exequatur⁴³². Elle n'a généralement pas d'intérêt : lorsqu'on saisit le juge de l'exequatur, c'est pour obtenir l'exequatur et non la simple reconnaissance de la sentence. Cependant, si la sentence n'a condamné aucune partie et s'est bornée à débouter le demandeur de ses demandes, on peut imaginer qu'il soit utile d'en demander la reconnaissance et non l'exequatur⁴³³. En revanche, l'action tendant à faire constater que la sentence ne peut être reconnue en France ou ne peut y recevoir l'exequatur est irrecevable⁴³⁴.

3.1.2 Exequatur

- [708] L'exequatur – appelée en anglais *enforcement* (générique), *leave for enforcement*⁴³⁵ ou *confirmation*⁴³⁶ – consiste, pour le juge d'un État, à conférer force exécutoire à la sentence. La Convention de New York laisse les États libre de déterminer les règles processuelles à suivre pour obtenir l'exequatur d'une sentence internationale. Il faut donc se référer ici au droit français et dire quelques mots de la compétence (3.1.2.1), de la procédure (3.1.2.2), de l'ordonnance d'exequatur (3.1.2.3) et du recours contre cette dernière (3.1.2.4).

⁴³¹ Pour un ex., v. Trib. com. Nanterre, 5 septembre 2001, *Technip France c. Banque extérieure d'Algérie*, *Rev. arb.*, 2002, p. 462, note D. Bureau.

⁴³² *Ibid.*

⁴³³ V. D. Bureau, note sous jugement du 5 septembre 2001, précité note 85.

⁴³⁴ TGI Paris, 22 novembre 1989, *Acteurs, auteurs, associés c. Hemdale Film*, *RCDIP* 1991, p. 107, note M.-N. Jobard-Bachelier.

⁴³⁵ Eng. Arb. Act, art. 66.

⁴³⁶ 9 U.S.C. §9 et §207.

3.1.2.1 Compétence

[709] Il convient de distinguer la compétence matérielle (a) et la compétence territoriale (b).

a Compétence matérielle

[710] Selon l'article R. 212-8, 2° du code de l'organisation judiciaire, le juge de l'exequatur est le tribunal judiciaire statuant à juge unique. Ce n'est pas le juge de l'exécution, chargé de superviser l'exécution forcée des titres exécutoires, dont les fonctions sont, selon l'article L. 213-5, exercées par le président du tribunal judiciaire ou son délégué. Cela dit, en pratique, c'est le président du tribunal judiciaire ou l'un de ses délégués qui statue sur les demandes d'exequatur, comme l'a rappelé la Cour de cassation⁴³⁷.

b Compétence territoriale

[711] En vertu des articles 1487, alinéa 1^{er}, et 1516, alinéa 1^{er}, du code de procédure civile, la demande d'exequatur doit être faite, lorsque la sentence a été rendue en France, qu'elle soit interne ou internationale, au tribunal judiciaire dans le ressort duquel elle a été rendue et, lorsque la sentence a été rendue à l'étranger, au tribunal judiciaire de Paris.

3.1.2.2 Procédure

[712] Le plus simple est ici de se référer aux textes. Les alinéas 2 à 4 de l'article 1487 du code de procédure civile, disposent, à propos des sentences internes :

La procédure relative à la demande d'exequatur n'est pas contradictoire.

La requête est déposée par la partie la plus diligente au greffe de la juridiction accompagnée de l'original de la sentence et d'un exemplaire de la convention d'arbitrage ou de leurs copies réunissant les conditions requises pour leur authenticité.

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 prévues à l'alinéa précédent.

[713] A propos des sentences internationales, il faut lire les deux derniers alinéas de l'article 1516 :

La procédure relative à la demande d'exequatur n'est pas contradictoire.

La requête est déposée par la partie la plus diligente au greffe de la juridiction accompagnée de l'original de la sentence et d'un exemplaire de la convention d'arbitrage ou de leurs copies réunissant les conditions requises pour leur authenticité.

[714] Il convient également de lire l'article 1515 :

L'existence d'une sentence arbitrale est établie par la production de l'original accompagné de la convention d'arbitrage ou des copies de ces documents réunissant les conditions requises pour leur authenticité.

Si ces documents ne sont pas rédigés en langue française, la partie requérante en produit une traduction. Elle peut être invitée à produire une traduction établie par un traducteur inscrit sur une liste d'experts judiciaires ou par un traducteur habilité à intervenir auprès des autorités judiciaires ou administratives d'un autre État membre de l'Union européenne, d'un État partie à l'accord sur l'Espace économique européen ou de la Confédération suisse.

[715] Ces dispositions sont conformes à l'article IV de la Convention de New York, qui précise quelles pièces doivent être présentées par la partie requérant l'exécution d'une


⁴³⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 9 décembre 2003, *Russie c. Compagnie Noga d'importation et d'exportation*, n° 01-13341.

sentence. La législation française ne pouvait pas exiger d'autres pièces, ni exiger systématiquement la production de l'original de ces pièces. Manifestement, l'article IV de la Convention a également inspiré le libellé des articles ci-dessus reproduits du Code français de procédure civile.

3.1.2.3 Ordonnance d'exequatur

- [716] Le juge de l'exequatur procède à un contrôle limité de la sentence. Conformément aux articles 1488, 1514 et 1517, il vérifie que l'acte produit est bien une sentence arbitrale et que celle-ci n'est pas manifestement contraire à l'ordre public, si c'est une sentence interne, ou à l'ordre public international, si c'est une sentence internationale. L'exequatur est apposée directement sur la sentence ou la copie de la sentence remise au greffe par le requérant. L'ordonnance n'est motivée que si elle refuse l'exequatur : dans ce cas, c'est une véritable décision rédigée. Dans les deux cas, l'ordonnance d'exequatur n'est pas une ordonnance de référé mais plutôt une ordonnance sur requête.
- [717] Les deux figures ci-dessous reproduisent le texte apposé par tampon sur une sentence ayant reçu l'exequatur, ainsi que la formule exécutoire que le greffier ajoute, afin de permettre l'exécution forcée.

ORDONNANCE D'EXEQUATUR
Patrice KURZ
Vice-Président
Agissant par délégation du Président du Tribunal de
Grande Instance de Paris assisté de notre Greffier constatant
que la sentence arbitrale ci-contre ne contient aucune disposition
contraire à la loi ou à l'ordre public.
La déclarons exécutoire
Paris, le 30 MARS 2016
Le Greffier



En conséquence,
la RÉPUBLIQUE FRANÇAISE mande et ordonne à tous
Huissiers de Justice, sur ce requis de mettre le présent
jugement à exécution.
Aux Procureurs Généraux près le cours d'appel
et aux Procureurs de la République
près les Tribunaux de Grande Instance d'y tenir la main.
À tous les Commandants et Officiers de la Force Publique
de prêter main-forte lorsqu'ils en seront légalement requis.
Pour expédition certifiée conforme par nous,
Le Greffier en chef

Le 31 mars 2016



3.1.2.4 Recours contre l'ordonnance d'exequatur

- [718] Dans certains cas, il est possible de faire appel contre l'ordonnance d'exequatur. Cet appel est soumis à la procédure contentieuse avec représentation obligatoire. L'article 1527, alinéa 1^{er} du code de procédure civile le dit expressément en matière internationale. En matière interne, si l'article 1495 renvoie à cette procédure à propos de l'appel ou du recours en annulation contre la sentence, aucune disposition n'indique de quel régime relève l'appel contre l'ordonnance d'exequatur. Toutefois, c'est la procédure ordinaire avec représentation obligatoire qui doit s'appliquer, puisque c'est la procédure de droit commun en matière contentieuse⁴³⁸. Ajoutons que, même lorsque l'appel n'est pas possible selon les dispositions qui vont être examinées ci-après, en vertu d'un principe prétorien et général de procédure civile⁴³⁹, l'appel nullité est ouvert en cas d'excès de pouvoir du juge de l'exequatur.

⁴³⁸ C. pr. civ., art. 899.

⁴³⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 20 février 2007, n° 06-13134.

[719] Comme on l'a dit, le contrôle exercé par le juge de l'exequatur est superficiel, de sorte que l'appel contre la décision relative à l'exequatur est le seul moyen de contrôler la sentence lorsqu'un recours contre la sentence elle-même n'est pas possible. Il faut garder cette considération à l'esprit pour comprendre la logique sous-jacente aux conditions d'ouverture de cet appel, qui varient selon que la sentence est interne (a), internationale mais rendue en France (b) ou rendue à l'étranger (c).

a Sentence interne

[720] En matière d'arbitrage interne, puisqu'il est possible de former un recours en annulation ou, parfois, un appel contre la sentence, très logiquement, l'ordonnance qui accorde l'exequatur n'est susceptible d'aucun recours, comme le dit l'article 1499, alinéa 1^{er}, du code de procédure civile :

L'ordonnance qui accorde l'exequatur n'est susceptible d'aucun recours.

[721] Le second alinéa de l'article 1499 précise l'effet de l'appel ou du recours en annulation exercée contre la sentence :

Toutefois, l'appel ou le recours en annulation de la sentence emporte de plein droit, dans les limites de la saisine de la cour, recours contre l'ordonnance du juge ayant statué sur l'exequatur ou dessaisissement de ce juge.

[722] Ainsi, lorsque la sentence est frappée d'appel, le juge de l'exequatur ne peut plus statuer et encore moins être saisi. L'ordonnance d'exequatur prononcée postérieurement au recours en annulation ou à l'appel contre la sentence traduit un excès de pouvoir du juge de l'exequatur, qui était dessaisi lorsqu'il a statué, et doit être annulée⁴⁴⁰.

[723] En revanche, l'ordonnance qui refuse l'exequatur peut être frappée d'appel, selon l'article 1500 :

L'ordonnance qui refuse l'exequatur peut être frappée d'appel dans le délai d'un mois à compter de sa signification.

Dans ce cas, la cour d'appel connaît, à la demande d'une partie, de l'appel ou du recours en annulation formé à l'encontre de la sentence arbitrale, si le délai pour l'exercer n'est pas expiré.

[724] Lorsque la cour d'appel statue sur l'appel d'une ordonnance refusant l'exequatur, soit elle confirme l'ordonnance et la sentence n'est toujours pas exécutoire, soit elle réforme l'ordonnance et l'arrêt confère l'exequatur à la sentence. Lorsque la cour a été saisie par la voie de l'appel ou d'un recours en annulation contre la sentence, suivant sa décision, la sentence recevra ou non l'exequatur, comme l'indique l'article 1498, alinéa 2 :

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.

b Sentence internationale rendue en France

[725] Le régime de l'ordonnance d'exequatur d'une sentence internationale rendue en France est similaire à celui de l'ordonnance accordant l'exequatur à une sentence interne. Selon l'article 1524 :

L'ordonnance qui accorde l'exequatur n'est susceptible d'aucun recours sauf dans le cas prévu au deuxième alinéa de l'article 1522.

⁴⁴⁰ CA Paris, 28 juin 2001, *Rev. arb.*, 2001, p. 729, note Lécuyer.

Toutefois, le recours en annulation de la sentence emporte de plein droit, dans les limites de la saisine de la cour, recours contre l'ordonnance du juge ayant statué sur l'exequatur ou dessaisissement de ce juge.

[726] L'article 1523 précise :

La décision qui refuse la reconnaissance ou l'exequatur d'une sentence arbitrale internationale rendue en France est susceptible d'appel.

L'appel est formé dans le délai d'un mois à compter de la signification de la décision.

Dans ce cas, la cour d'appel connaît, à la demande d'une partie, du recours en annulation à l'encontre de la sentence à moins qu'elle ait renoncé à celui-ci ou que le délai pour l'exercer soit expiré.

[727] Ainsi, l'ordonnance qui accorde l'exequatur n'est susceptible d'aucun recours parce que la sentence peut faire l'objet d'un recours en annulation mais le recours en annulation exercé contre la sentence vaut appel contre l'ordonnance d'exequatur ou dessaisissement du juge de l'exequatur.

[728] Néanmoins, si les parties ont, conformément à l'article 1522, renoncé au recours en annulation contre la sentence, l'ordonnance qui lui accorde l'exequatur peut faire l'objet d'un appel, puisque c'est le seul moyen de la soumettre à un contrôle approfondi. Dans ce cas, le délai d'appel est d'un mois à compter de la notification de l'ordonnance d'exequatur, comme le précise l'article 1522 :

Par convention spéciale, les parties peuvent à tout moment renoncer expressément au recours en annulation.

Dans ce cas, elles peuvent toujours faire appel de l'ordonnance d'exequatur pour l'un des motifs prévus à l'article 1520.

L'appel est formé dans le délai d'un mois à compter de la notification de la sentence revêtue de l'exequatur. La notification est faite par voie de signification à moins que les parties en conviennent autrement.

[729] Lorsque la cour d'appel statue sur l'appel d'une ordonnance refusant l'exequatur, soit elle confirme l'ordonnance et la sentence n'est toujours pas exécutoire, soit elle réforme l'ordonnance et l'arrêt confère l'exequatur à la sentence. Lorsque la cour a été saisie d'un appel contre l'ordonnance ayant accordé l'exequatur ou d'un recours en annulation contre la sentence, suivant sa décision, la sentence recevra ou non l'exequatur, comme l'indique l'article 1527, alinéa 2 :

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.

c Sentence rendue à l'étranger

[730] La décision du juge de l'exequatur à propos d'une sentence rendue à l'étranger est toujours susceptible d'appel, puisque c'est la seule voie par laquelle la sentence peut être soumise à un examen approfondi par le juge français, le recours en annulation n'étant évidemment pas possible en France contre une sentence rendue à l'étranger. Il faut lire l'article 1525 du code de procédure civile :

La décision qui statue sur une demande de reconnaissance ou d'exequatur d'une sentence arbitrale rendue à l'étranger est susceptible d'appel.

L'appel est formé dans le délai d'un mois à compter de la signification de la décision.

Les parties peuvent toutefois convenir d'un autre mode de notification lorsque l'appel est formé à l'encontre de la sentence revêtue de l'exequatur.

La cour d'appel ne peut refuser la reconnaissance ou l'exequatur de la sentence arbitrale que dans les cas prévus à l'article 1520.

3.1.3 Recours en annulation contre la sentence

[731] Des explications s'imposent à propos des conditions d'ouverture du recours en annulation contre la sentence (3.1.3.1), de la compétence pour en connaître (3.1.3.2), de la procédure (3.1.3.3) et de l'arrêt qui statue sur le recours (3.1.3.4).

3.1.3.1 Conditions d'ouverture

[732] Le code de procédure civile n'autorise le recours en annulation qu'à propos des sentences rendues en France, conformément à un principe universel, selon lequel seules les juridictions de l'État sur le territoire duquel siègeait le tribunal arbitral sont compétentes pour connaître d'un recours en annulation contre la sentence. Il faut distinguer les sentences internes (a) et les sentences internationales rendues en France (b). Dans les deux cas, le recours en annulation est soumis à un délai (c).

a Sentences internes

[733] Concernant les sentences internes, le recours en annulation n'est ouvert que si la sentence n'est pas susceptible d'appel, comme le dit l'article 1491 du code de procédure civile :

La sentence peut toujours faire l'objet d'un recours en annulation à moins que la voie de l'appel soit ouverte conformément à l'accord des parties.

Toute stipulation contraire est réputée non écrite.

[734] L'article 1490, alinéa 1^{er} précise que, si la sentence est susceptible d'appel, on peut en demander l'annulation mais en utilisant la voie de l'appel, ce qui est normal puisque l'appel tend à l'annulation ou à la réformation de la décision entreprise, selon l'article 542 du même code, les deux mesures étant réunies sous le vocable général d'infirmité. Cela étant, lorsque, la voie de l'appel étant ouverte, une partie l'emprunte pour demander l'annulation de la sentence, celle-ci peut invoquer les moyens de nullité énoncés par l'article 1492 du Code de procédure civile⁴⁴¹ mais peut aussi en invoquer d'autres. Par exemple, l'annulation peut être demandée au motif d'un défaut de pouvoir de la personne représentant une société, hypothèse ne figurant pas parmi celles visées par l'article 1492⁴⁴².

b Sentences internationales rendues en France

[735] Selon l'article 1518 du code de procédure civile, les sentences internationales rendues en France ne peuvent faire l'objet que d'un recours en annulation. Toutefois, les parties peuvent y renoncer, conformément à l'article 1522 :

Par convention spéciale, les parties peuvent à tout moment renoncer expressément au recours en annulation.

Dans ce cas, elles peuvent toujours faire appel de l'ordonnance d'exequatur pour l'un des motifs prévus à l'article 1520.

L'appel est formé dans le délai d'un mois à compter de la notification de la sentence revêtue de l'exequatur. La notification est faite par voie de signification à moins que les parties en conviennent autrement.

⁴⁴¹ CA Aix-en-Provence, 7 novembre 2019, n° 17/05094, *Dalloz Actualités*, 6 janvier 2020, obs. J. Jourdan-Marques.

⁴⁴² Cass. civ. 1^{ère}, 14 mars 2006, n° 03-18.801, *Bull. civ.* 2006, I, n° 146, *JCP G* 2006, I, 148, n° 3, obs. J. Ortscheidt.

[736] Cette possibilité de renoncer au recours en annulation est une innovation de la réforme de 2011, destinée à maintenir la compétitivité de la place française par rapport à d'autres places dans lesquelles cette renonciation était déjà possible, telles que la Suisse ou la Belgique. La renonciation doit être expresse et spéciale : elle ne peut pas être implicite et doit viser spécifiquement le recours en annulation. Par conséquent, toute clause par laquelle les parties renoncent, de manière générale, aux recours n'emporte pas renonciation au recours en annulation⁴⁴³. Cette précision est importante car la plupart des règlements d'arbitrage comportent un article prévoyant la renonciation à tous recours auxquels les parties peuvent renoncer selon la loi applicable⁴⁴⁴. Une disposition de ce type est trop vague pour emporter renonciation au recours en annulation ouvert par la loi française.

c Délai

[737] Selon les articles 1494, alinéa 2, et 1519, alinéa 2, le recours en annulation est recevable dès le prononcé de la sentence et jusqu'à un mois après sa notification. Les règles de computation des délais énoncées par les articles 541 et 642 s'appliquent, ainsi que le principe général de procédure civile, résultant de l'article 528, alinéa 2, selon lequel le délai court contre celui qui notifie autant que contre le destinataire de la notification. Quant à la forme de la notification, on renvoie au développement figurant ci-dessus⁴⁴⁵.

3.1.3.2 Compétence

[738] Les articles 1494, alinéa 1^{er}, et 1519, alinéa 1^{er}, disposent que le recours en annulation est porté devant la cour d'appel dans le ressort de laquelle la sentence a été rendue.

3.1.3.3 Procédure

[739] Les articles 1495 et 1527, alinéa 1^{er}, du code de procédure civile disposent que le recours en annulation est instruit et jugé selon la procédure ordinaire avec représentation obligatoire, gouvernée par les articles 900 à 930-1. Il faut donc veiller à respecter tous les délais prescrits sous peine de caducité de la déclaration de recours en annulation ou d'irrecevabilité des conclusions.

3.1.3.4 Arrêt de la cour d'appel

[740] La cour d'appel rend un arrêt qui rejette le recours en annulation ou annule la sentence. Dans le premier cas, l'arrêt confère l'exequatur à la sentence, selon les articles 1498, alinéa 2 et 1527, alinéa 2, du code de procédure civile.

[741] Dans le second cas, l'arrêt anéantit rétroactivement la sentence dans l'ordre juridique français, ce qui interdit évidemment de procéder à son exécution forcée en France. Selon l'article V(1)(e) de la convention de New York, l'annulation prononcée en France permet aux juges étrangers de refuser d'exécuter la sentence, sans pour autant leur imposer un tel refus. Cela dit, il y a peu de juges, dans le monde, qui acceptent d'exécuter une sentence annulée dans le pays du siège⁴⁴⁶. Par ailleurs, parce que le recours en annulation affecte l'exécution de la sentence, si la créance sur laquelle celle-ci s'est prononcée a été cédée, le débiteur cédé peut exercer le retrait litigieux prévu par l'article 1599 du code civil pendant le recours en annulation⁴⁴⁷.

⁴⁴³ CA Paris, 3 avril 2014, *Rev. arb.* 2015, p. 110, note P. Leboulanger.

⁴⁴⁴ V. par ex. règl. CCI, art. 35(6).

⁴⁴⁵ *Supra*, n° 645 à 656.

⁴⁴⁶ V. *supra*, n° 690 à 693.

⁴⁴⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 28 février 2018, *Congo c. FG Hemisphere Associates*, n° 16-22112 et n° 16-22126.

- [742] L'annulation de la sentence n'emporte pas nécessairement annulation de tous les actes antérieurs. Notamment, la demande d'arbitrage n'est pas annulée⁴⁴⁸ et son effet interruptif de prescription demeure. On peut même sans doute admettre que le délai de prescription a recommencé à courir seulement à la date où la sentence a été annulée⁴⁴⁹. Si ce n'est pas le cas, le délai recommence à la date du prononcé de la sentence, en vertu de l'article 2242 du code civil. Inversement, l'annulation d'une sentence partielle peut mettre en cause la poursuite de l'arbitrage, ou non, selon les cas⁴⁵⁰. Cela étant, en matière internationale, ce n'est pas nécessairement le droit français qui a vocation à s'appliquer ici. En principe, la loi applicable à la prescription d'une obligation est la loi applicable à l'obligation elle-même⁴⁵¹.
- [743] L'annulation de la sentence laisse les parties sans solution à leur litige. En matière interne, l'article 1493 du code de procédure civile prévoit que, si les parties ne s'y sont pas opposées, la cour d'appel statue au fond, dans les limites de la mission du tribunal arbitral. En matière internationale, la cour d'appel n'a pas ce pouvoir. Dans tous les cas où la cour d'appel ne peut pas statuer au fond, les parties peuvent soumettre le différend à une nouvelle juridiction, soit une juridiction étatique si la sentence a été annulée en raison du caractère nul ou inapplicable de la convention d'arbitrage, soit un tribunal arbitral si la sentence a été annulée pour une autre raison.
- [744] Le rejet du recours et, donc, l'annulation peut être partielle, ce qui résulte implicitement du second alinéa des articles 1498 et 1527, qui précisent que le rejet du recours en annulation confère l'exequatur « *à celles de ses dispositions qui ne sont pas atteintes par la censure de la cour* ».
- [745] Dans tous les cas, l'arrêt peut faire l'objet de tous les recours ouverts en procédure civile, c'est-à-dire le pourvoi en cassation et la tierce-opposition. Cependant, ce dernier recours n'est pas ouvert aux arbitres ayant rendu la sentence⁴⁵².

3.1.4 Appel

- [746] Des explications s'imposent à propos des conditions d'ouverture de l'appel contre la sentence (3.1.4.1), de la compétence pour en connaître (3.1.4.2), de la procédure (3.1.4.3) et de l'arrêt qui statue sur le recours (3.1.4.4).

3.1.4.1 Conditions d'ouverture

- [747] L'appel n'est possible qu'en matière d'arbitrage interne et encore faut-il que les parties l'aient voulu ou ne s'y soient pas opposées. L'article 1489 du code de procédure civile dispose ainsi :

La sentence n'est pas susceptible d'appel sauf volonté contraire des parties.

- [748] Cependant, en vertu de l'article 3, 1^o du décret n^o 2011-48 du 13 janvier 2011, cette disposition ne s'applique qu'aux conventions d'arbitrage conclues après le 1^{er} mai 2011. En pratique, de nombreux contrats encore en vigueur et conclus avant cette date

⁴⁴⁸ CA Paris, 8 janvier 1981, *Rev. arb.*, 1982, p. 62, obs. B. Moreau. – Cass. civ. 2^{ème}, 29 février 1984, pourvoi n^o 82-11682.

⁴⁴⁹ V. arrêt du 29 février 1984, *ibid.*, qui peut être interprété en ce sens à propos du délai imparti pour mettre en œuvre la clause compromissoire.

⁴⁵⁰ A. Pinna, « L'Annulation d'une sentence arbitrale partielle », *Rev. arb.* 2008, p. 615.

⁴⁵¹ V. règlement (CE) n^o 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), art. 12(1)(d), et Règlement (CE) N o 864/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (Rome II), art. 15(h).

⁴⁵² Cass. civ. 2^{ème}, 11 janvier 2018, pourvoi n^o 16-24.740.

contiennent des clauses compromissoires, auxquelles s'applique l'ancien article 1482 du code de procédure civile :

La sentence arbitrale est susceptible d'appel à moins que les parties n'aient renoncé à l'appel dans la convention d'arbitrage. Toutefois, elle n'est pas susceptible d'appel lorsque l'arbitre a reçu mission de statuer comme amiable compositeur, à moins que les parties n'aient expressément réservé cette faculté dans la convention d'arbitrage.

[749] Quant au délai, selon l'article 1494, alinéa 2, l'appel est recevable dès le prononcé de la sentence et doit être exercé au plus tard un mois après la notification de celle-ci.

3.1.4.2 Compétence

[750] L'appel doit être porté devant la cour d'appel dans le ressort de laquelle la sentence a été rendue, comme le dit l'article 1494, alinéa 1^{er} du code de procédure civile.

3.1.4.3 Procédure

[751] L'article 1495 du code de procédure civile renvoie à la procédure contentieuse ordinaire avec représentation obligatoire. Les étudiants doivent connaître les règles applicables, pour les avoir étudiées en droit judiciaire privé en licence.

3.1.4.4 Arrêt de la cour d'appel

[752] L'appel contre la sentence est une voie d'infirmité, c'est-à-dire que la cour d'appel peut réformer ou annuler la sentence, en statuant dans les limites de la mission du tribunal arbitral. C'est ce qui résulte de l'article 1490 du code de procédure civile :

L'appel tend à la réformation ou à l'annulation de la sentence.

La cour statue en droit ou en amiable composition dans les limites de la mission du tribunal arbitral.

[753] Si la cour d'appel rejette l'appel, la sentence acquiert force exécutoire⁴⁵³. Si la cour d'appel réforme la sentence, elle donne une nouvelle solution au différend et sa décision est susceptible d'exécution forcée, comme toute décision de justice étatique. La cour d'appel peut aussi annuler la sentence. Dans tous les cas, l'arrêt peut faire l'objet de tous les recours ouverts en procédure civile : pourvoi en cassation et tierce-opposition. Cependant, ce dernier recours n'est pas ouvert aux arbitres ayant rendu la sentence⁴⁵⁴.

3.1.5 Effet des recours sur le caractère exécutoire de la sentence

[754] Il faut également évoquer les dispositions relatives à l'effet des recours sur le caractère exécutoire de la, en distinguant selon qu'elle est interne (2.1.5.1) ou internationale (2.1.5.2).

3.1.5.1 Sentence interne

[755] L'appel et le recours en annulation contre une sentence interne et le délai pour exercer le recours sont suspensifs d'exécution, selon l'article 1496 du code de procédure civile :

Le délai pour exercer l'appel ou le recours en annulation ainsi que l'appel ou le recours exercé dans ce délai suspendent l'exécution de la sentence arbitrale à moins qu'elle soit assortie de l'exécution provisoire.

⁴⁵³ C. pr. civ., art. 1498, al. 2.

⁴⁵⁴ Cass. civ. 2^{ème}, 11 janvier 2018, pourvoi n° 16-24.740.

[756] L'exécution provisoire permet de procéder à des mesures d'exécution forcée, nonobstant l'ouverture ou l'exercice d'un recours suspensif d'exécution. L'article 515 du code de procédure civile indique que, lorsqu'elle n'est pas de droit, comme en matière de sentence arbitrale, elle peut être accordée, y compris d'office, par la juridiction qui rend une décision de justice. Le deuxième alinéa de l'article 1484 confirme que le tribunal arbitral peut assortir la sentence de l'exécution provisoire, sans préciser s'il peut le faire d'office. La réponse est probablement positive, puisque ce texte ne l'interdit pas. De plus, cela est conforme au principe général énoncé par l'article 515, bien qu'il ne soit pas applicable à l'arbitrage.

[757] Ainsi, même si la sentence a reçu l'exequatur, elle ne peut pas donner lieu à des mesures d'exécution forcée tant que le délai d'appel ou de recours en annulation n'est pas épuisé ou, si un recours a été exercé, tant qu'il n'a pas été rejeté par la cour d'appel. Il en va différemment si la sentence est revêtue de l'exécution provisoire. Dans le cas où celle-ci n'a pas été prononcée par le tribunal arbitral, elle peut être accordée par le premier président ou le conseiller de la mise en état. Inversement, lorsque la sentence est assortie de l'exécution provisoire, le premier président ou le conseiller de la mise en état peut l'arrêter ou l'aménager. C'est ce que prévoit l'article 1497 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 :

1° Lorsque la sentence est assortie de l'exécution provisoire, arrêter ou aménager son exécution lorsqu'elle risque d'entraîner des conséquences manifestement excessives ; ou

2° Lorsque la sentence n'est pas assortie de l'exécution provisoire, ordonner l'exécution provisoire de tout ou partie de cette sentence.

[758] L'existence d'un risque de conséquence manifestement excessive est appréciée par le magistrat. Les chances de succès du recours ne devraient pas entrer en ligne de compte même si, sans le dire, le magistrat peut y être sensible. Arrêter l'exécution provisoire revient à interdire toute mesure d'exécution et à donner mainlevée de celles déjà réalisées. Aménager l'exécution provisoire revient à la subordonner à des conditions ou à la limiter à certaines mesures. Par exemple, le magistrat peut ordonner au débiteur de séquestrer des fonds suffisants pour garantir le paiement de sa dette ; ou subordonner le paiement à la fourniture, par le créancier, d'un cautionnement bancaire en garantissant le remboursement en cas de réformation ou d'annulation de la sentence. On s'inspire ici des dispositions des articles 517 et 518 à 522 du Code de procédure civile, régissant ce type de mesures en ce qui concerne l'exécution provisoire des jugements frappés d'appel.

[759] Par ailleurs, même si la sentence a été assortie de l'exécution provisoire par le tribunal arbitral ou par un magistrat, aucune mesure d'exécution forcée n'est possible si elle n'a pas reçu l'exequatur avant l'enregistrement de la déclaration de recours en annulation, étant rappelé que ce recours dessaisit le juge de l'exequatur⁴⁵⁵. Dans cette dernière hypothèse, l'article 1498, alinéa 1^{er}, autorise le premier président ou le conseiller de la mise en état à accorder l'exequatur à la sentence :

Lorsque la sentence est assortie de l'exécution provisoire ou qu'il est fait application du 2° de l'article 1497, le premier président ou, dès qu'il est saisi, le conseiller de la mise en état peut conférer l'exequatur à la sentence arbitrale.

⁴⁵⁵ C. pr. civ., art. 1499, al. 2.

[760] Qu'en est-il de l'appel contre l'ordonnance ayant statué sur l'exequatur ? Selon l'article 1499, alinéa 1^{er}, l'ordonnance accordant l'exequatur n'est susceptible d'aucun recours. L'ordonnance ayant refusé l'exequatur est susceptible d'appel, selon le premier alinéa de l'article 1500. Le second alinéa ajoute :

Dans ce cas, la cour d'appel connaît, à la demande d'une partie, de l'appel ou du recours en annulation formé à l'encontre de la sentence arbitrale, si le délai pour l'exercer n'est pas expiré.

[761] Par conséquent, en cas d'appel contre l'ordonnance ayant refusé l'exequatur, il est possible de saisir le premier président ou le conseiller de la mise en état à propos de l'exécution provisoire, selon le régime évoqué ci-dessus, mais seulement si une partie a demandé à la cour d'appel de connaître d'un appel ou d'un recours en annulation formé contre la sentence.

3.1.5.2 *Sentence internationale*

[762] Lorsque la sentence est internationale, si elle a été rendue en France, elle peut faire l'objet d'un recours en annulation. Si elle a été rendue à l'étranger ou si elle a été rendue en France et que les parties ont renoncé au recours en annulation, l'ordonnance qui accorde l'exequatur peut faire l'objet d'un appel, en vertu de l'article 1524 du code de procédure civile. Dans les deux cas, le premier alinéa de l'article 1526 précise :

Le recours en annulation formé contre la sentence et l'appel de l'ordonnance ayant accordé l'exequatur ne sont pas suspensifs.

[763] Par conséquent, du point de vue du droit français, il est inutile d'assortir une sentence internationale de l'exécution provisoire, quoi que cela puisse être utile si elle est susceptible d'être exécutée dans un autre pays, dont la législation donne un effet quelconque à une telle mesure.

[764] Quoiqu'il en soit, en France, l'exécution de la sentence pendant que la cour d'appel est saisie ne relève pas du régime de l'exécution provisoire, puisque c'est une exécution pure et simple. En pratique, cela revient généralement au même, puisque l'exécution provisoire permet de prendre toutes les mesures prévues par le Code des procédures civiles d'exécution, avec une exception toutefois. Si la mesure d'exécution est une saisie immobilière, selon l'article L. 311-4, al. 1^{er} du Code des procédures civiles d'exécution, l'exécution provisoire ne permet pas de vendre l'immeuble. En revanche, en exécution d'une sentence arbitrale internationale frappée de recours en annulation ou dont l'ordonnance d'exequatur a été frappée d'appel, un immeuble peut être saisi et vendu⁴⁵⁶.

[765] Ainsi, l'exécution de la sentence internationale nonobstant l'existence d'un de ces recours peut avoir des conséquences graves. C'est pourquoi le second alinéa de l'article 1526 prévoit :

Toutefois, le premier président statuant en référé ou, dès qu'il est saisi, le conseiller de la mise en état peut arrêter ou aménager l'exécution de la sentence si cette exécution est susceptible de léser gravement les droits de l'une des parties.

[766] L'arrêt ou l'aménagement de l'exécution suppose un risque d'atteinte grave aux droits d'une partie, condition différente de celle prévue en matière de sentence interne. Toutefois, ici aussi, les chances de succès du recours devraient être indifférentes. Quant

⁴⁵⁶ V. D. Mouralis, « Le contentieux des sentences arbitrales internationales devant le juge de l'exécution », *Cah. arb.* 2017, p. 189, n° 76.

aux mesures d'aménagement pouvant être adoptées, elles sont les mêmes qu'en matière de sentence interne⁴⁵⁷.

[767] Enfin, l'ordonnance refusant l'exequatur est susceptible d'appel, selon le premier alinéa de l'article 1523, dont le troisième alinéa ajoute :

Dans ce cas, la cour d'appel connaît, à la demande d'une partie, du recours en annulation à l'encontre de la sentence à moins qu'elle ait renoncé à celui-ci ou que le délai pour l'exercer soit expiré.

[768] Si une partie profite d'un recours contre une ordonnance refusant l'exequatur à une sentence pour introduire un recours en annulation contre celle-ci, le premier président ou le conseiller de la mise en état pourra être saisi selon les modalités ci-dessus exposées.

3.1.6 Autres recours

[769] L'article 1503 du code de procédure civile, applicable également aux sentences internationales en vertu de l'article 1506, 5°, dispose que la sentence arbitrale n'est pas susceptible de pourvoi en cassation.

[770] En revanche, la tierce-opposition est ouverte par l'article 1501 :

La sentence arbitrale peut être frappée de tierce opposition devant la juridiction qui eût été compétente à défaut d'arbitrage, sous réserve des dispositions du premier alinéa de l'article 588.

[771] Le recours en tierce opposition n'est ouvert qu'à l'encontre des sentences internes parce que l'admettre pour les sentences rendues à l'étranger serait contraire à l'esprit, sinon à la lettre de la convention de New York, qui permet seulement à la France de contrôler ces sentences en cas de demande d'exécution. Cela dit, on pourrait concevoir le recours en tierce opposition contre les sentences internationales rendues en France mais ce serait un recours fort singulier en droit comparé et, donc, défavorable à la compétitivité de la place française.

[772] L'article 1502 autorise le recours en révision contre la sentence arbitrale :

Le recours en révision est ouvert contre la sentence arbitrale dans les cas prévus pour les jugements à l'article 595 et sous les conditions prévues aux articles 594, 596, 597 et 601 à 603.

Le recours est porté devant le tribunal arbitral.

Toutefois, si le tribunal arbitral ne peut à nouveau être réuni, le recours est porté devant la cour d'appel qui eût été compétente pour connaître des autres recours contre la sentence.

[773] Selon l'article 3, 2° du décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011, ces dispositions s'appliquent lorsque le tribunal a été constitué postérieurement au 1^{er} mai 2011. Sous l'empire de l'ancien article 1507 du code de procédure civile, les sentences internationales ne pouvaient pas faire l'objet de ce type de recours. Néanmoins, la jurisprudence avait admis le recours en révision contre les sentences internationales en cas de fraude, en visant les principes généraux du droit en la matière⁴⁵⁸.

[774] Désormais, selon l'article 1506, 5°, les alinéas 1 et 2 de l'article 1502 sont applicables aux sentences internationales, du moins si elles ont été rendues en France ou, même si elles ont été rendues à l'étranger, si les parties avaient opté pour la loi française de

⁴⁵⁷ V. *supra*, n° 758.

⁴⁵⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 25 mai 1992, n° 90-18.210, *Sté Procofrance c/ Sté Fougerolle*, *Bull. civ.* I, n° 149.

procédure. En revanche, l'alinéa 3 n'est pas applicable aux sentences internationales, pour éviter le recours en révision devant le juge français. Autrement dit, les sentences internationales rendues en France ou selon la loi française de procédure sont susceptibles d'un recours en révision, mais uniquement devant le tribunal arbitral, ce qui rend le recours impossible dans le cas où le tribunal arbitral ne peut pas être reconstitué.

3.2 ETENDUE DU CONTROLE

[775] Dans le cadre d'un appel contre une sentence interne, celle-ci est contrôlée de manière approfondie, puisqu'il s'agit d'une voie d'infirmité. Le différend peut être de nouveau jugé en fait et en droit et la cour contrôle même le raisonnement des arbitres. Dans le cadre d'un recours en tierce opposition et en révision, il en va de même. Quant au recours en tierce opposition, il tend à faire rétracter ou réformer la sentence⁴⁵⁹. Quant au recours en révision, il tend à faire rétracter la sentence mais si la juridiction saisie accueille le recours, elle doit juger à nouveau le différend⁴⁶⁰.

[776] En revanche, le recours en annulation conduit la cour d'appel à limiter son contrôle à certains critères, limitativement énumérés par les articles 1492, à propos des sentences internes, et 1520, à propos des sentences internationales. Ces deux textes sont rédigés de manière presque identique :

Article 1492

Le recours en annulation n'est ouvert que si :

- 1° Le tribunal arbitral s'est déclaré à tort compétent ou incompétent ; ou
- 2° Le tribunal arbitral a été irrégulièrement constitué ; ou
- 3° Le tribunal arbitral a statué sans se conformer à la mission qui lui avait été confiée ; ou
- 4° Le principe de la contradiction n'a pas été respecté ; ou
- 5° La sentence est contraire à l'ordre public ; ou
- 6° La sentence n'est pas motivée ou n'indique pas la date à laquelle elle a été rendue ou le nom du ou des arbitres qui l'ont rendue ou ne comporte pas la ou les signatures requises ou n'a pas été rendue à la majorité des voix.

Article 1520

Le recours en annulation n'est ouvert que si :

- 1° Le tribunal arbitral s'est déclaré à tort compétent ou incompétent ; ou
- 2° Le tribunal arbitral a été irrégulièrement constitué ; ou
- 3° Le tribunal arbitral a statué sans se conformer à la mission qui lui avait été confiée ; ou
- 4° Le principe de la contradiction n'a pas été respecté ; ou
- 5° La reconnaissance ou l'exécution de la sentence est contraire à l'ordre public international.

[777] En matière internationale, en cas d'appel de l'ordonnance d'exequatur, la cour d'appel ne doit refuser l'exequatur que si elle constate l'existence de l'une des circonstances énumérées à l'article 1520. C'est ce qu'indiquent les articles 1522, alinéa 2, et 1525, alinéa 4. En matière interne et internationale, en cas d'appel contre l'ordonnance qui

⁴⁵⁹ C. pr. civ., art. 579.

⁴⁶⁰ C. pr. civ., art. 593 et 601.

refuse l'exequatur, on ne trouve dans le code aucun renvoi à l'article 1492 ou 1520. Cependant, il est évident et admis en pratique que la cour d'appel ne peut confirmer l'ordonnance refusant l'exequatur, que si une des circonstances énumérées à cet article est avérée. Quoiqu'il en soit, les ordonnances refusant l'exequatur à une sentence arbitrale sont rarissimes.

- [778] Il apparaît donc que les critères du contrôle de la sentence sont les mêmes, qu'il s'exerce par la voie du recours en annulation ou de l'appel contre une ordonnance s'étant prononcée sur l'exequatur. En analysant ces critères, on pourra vérifier qu'ils sont conformes à la convention de New York, puisqu'ils s'appliquent aussi en cas d'appel contre l'ordonnance s'étant prononcée sur la demande d'exequatur d'une sentence rendue à l'étranger.
- [779] L'article 1492, 6° prévoit des causes d'annulation ou de refus d'exequatur de la sentence qui n'appellent pas d'observation particulière. On examinera les autres critères de contrôle de la sentence énumérés aux articles 1492 et 1520, soit la compétence (3.2.1), la constitution du tribunal arbitral (3.2.2), le respect par le tribunal arbitral de sa mission (3.2.3), le principe de la contradiction (3.2.4) et la conformité de la sentence à l'ordre public (3.2.5). Il faudra enfin préciser comment le principe d'estoppel s'applique pour déterminer la recevabilité des moyens invoqués au soutien d'un recours en annulation ou d'un appel contre l'ordonnance d'exequatur (3.2.6).

3.2.1 Compétence

- [780] La cour d'appel contrôle la décision du tribunal arbitral sur sa compétence de manière approfondie. La Cour de cassation a ainsi expliqué que la cour :
- contrôle la décision du tribunal arbitral sur sa compétence, qu'il se soit déclaré compétent ou incompétent, en recherchant tous les éléments de droit ou de fait permettant d'apprécier la portée de la convention d'arbitrage⁴⁶¹.
- [781] Ce faisant, la cour d'appel peut être amenée à se prononcer sur la validité de la convention d'arbitrage, sur son applicabilité à la demande ou sur sa caducité, dans le cas où les parties y auraient renoncé.
- [782] En revanche, l'appréciation portée par le tribunal arbitral sur la recevabilité des demandes n'est pas contrôlée car elle ne relève pas de la compétence mais est assimilée, pour le régime de contrôle des sentences, au fond. La Cour de cassation applique donc ici le principe de non-révision au fond des sentences arbitrales⁴⁶². Parfois, la distinction entre compétence et recevabilité est délicate.
- [783] La jurisprudence offre des illustrations de cette distinction. Ainsi, lorsque le tribunal vérifie le pouvoir du représentant d'une partie de le saisir, il statue sur la recevabilité de la demande et non sur sa compétence⁴⁶³. De même, la Cour de cassation a dû préciser que l'existence de la personnalité juridique d'une joint-venture et, donc, de sa capacité à agir devant le tribunal arbitral est une question de recevabilité et non de compétence⁴⁶⁴. Dans l'affaire *Rusoro*, le tribunal arbitral et la Cour d'appel de Paris⁴⁶⁵

⁴⁶¹ Cass. civ. 1^{ère}, 6 octobre 2010, n° 08-20563, *Albert Abela Family Foundation c/ Joseph Abela Family Foundation*, *Bull. civ.* 2010, I, n° 185 ; *JCP G* 2010, p. 1028, note P. Chevalier ; *ibid.*, p. 1286, no 6, obs. J. Ortscheidt ; *Rev. arb.* 2010, p. 813, note F.-X. Train ; *D.* 2010, p. 2943, obs. Th. Clay ; *Cah. arb. / Paris J. of Int'l Arb.* 2011, p. 443, note J.-B. Racine ; *Rev. crit. DIP* 2011, p. 85, note F. Jault-Seseke.

⁴⁶² Cass. civ. 1^{ère}, 10 janvier 2018, n° 16-21.391, *Marriott*.

⁴⁶³ Cass. civ. 1^{ère}, 10 janvier 2018, n° 16-21.391, *Marriott*.

⁴⁶⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 11 juillet 2019, n° 17-20.423, *Procédures* 2019, comm. 259, note L. Weiller.

⁴⁶⁵ CA Paris, 9 janv. 2019, RG n° 16/20822.

avaient décidé que la disposition d'un traité de protection des investissements qui imposait à l'investisseur de soumettre sa demande trois ans au plus tard après avoir pris connaissance de la mesure incriminée limitait la compétence du tribunal arbitral. La Cour de cassation a, pour sa part, estimé que cette disposition conditionnait la recevabilité de la demande et ne relevait pas de l'article 1520, 1^o du Code de procédure civile⁴⁶⁶.

- [784] En pratique, il est assez fréquent que le contrat à l'origine du litige contienne, outre une clause compromissoire, une clause de conciliation préalable obligatoire. Dans ce cas, si le tribunal arbitral a été saisi sans tentative préalable de résolution amiable du différend, en méconnaissance de la clause, le défendeur peut invoquer cette circonstance comme moyen de défense. Il s'agit, selon les catégories de la procédure civile, d'une fin de non-recevoir. Dès lors, la décision du tribunal arbitral à cet égard n'est pas susceptible de contrôle. En particulier, lorsque le tribunal arbitral rejette le moyen, « *il n'appartient pas au juge de l'annulation de contrôler l'appréciation à laquelle le tribunal arbitral s'est livré* »⁴⁶⁷. Si la Cour d'appel de Paris a pu décider, ponctuellement, que la question de savoir si une clause de médiation préalable obligatoire interdisait au tribunal arbitral de connaître d'une demande relevait de la compétence et non de la recevabilité de la demande⁴⁶⁸, cet arrêt reste isolé et atypique.

3.2.2 Constitution du tribunal arbitral

- [785] La cour d'appel vérifie que le tribunal arbitral a été constitué conformément à la volonté des parties, exprimée dans la convention d'arbitrage ou le règlement d'arbitrage. Elle vérifie aussi le respect du principe d'égalité entre les parties dans la constitution du tribunal arbitral, à moins qu'elles y aient renoncé⁴⁶⁹, notamment en s'abstenant d'invoquer l'irrégularité en temps utile⁴⁷⁰. C'est également en tant qu'irrégularité de constitution du tribunal arbitral qu'est sanctionné le manquement à l'obligation de révélation, par les arbitres, des circonstances de nature à faire douter de leur indépendance ou de leur impartialité.

3.2.3 Respect par le tribunal arbitral de sa mission

- [786] La cour d'appel vérifie que le tribunal arbitral a respecté les termes de sa mission, tels que définis par les parties. Par exemple, méconnaît les termes de sa mission le tribunal arbitral qui statue en droit alors qu'il devait statuer comme amiable compositeur. Méconnaît également les termes de sa mission le tribunal arbitral qui statue *ultra petita*. En revanche, s'il statue *infra petita*, la sentence n'est pas censurée de ce chef⁴⁷¹, étant ici rappelé qu'une telle omission peut être réparée par le tribunal arbitral lui-même, saisi par une partie⁴⁷².
- [787] Les juges français sanctionnent également le tribunal arbitral qui n'a pas appliqué le droit expressément choisi par les parties⁴⁷³, ce qui n'est pas le cas dans d'autres pays⁴⁷⁴. En revanche, même en France, à défaut de choix exprès des parties quant au droit

⁴⁶⁶ Cass. Cass. civ. 1^{ère}, 31 mars 2021, pourvoi n° 19-11.551.

⁴⁶⁷ CA Paris, 17 mai 2022, n° 20/15162, *Saudi Tumpane*, n° 101.

⁴⁶⁸ CA Paris, 23 novembre 2021, n° 18/22099, *HD Holding, D. actu.* 21 janv. 2022, obs. J. Jourdan-Marques.

⁴⁶⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 7 janvier 1992, n° 89-18708, *Dutco*.

⁴⁷⁰ C. pr. civ., art. 1466.

⁴⁷¹ CA Paris, 27 juin 2002, *Rev. arb.*, 2003, 427, note Legros.

⁴⁷² V. *supra*, n° 639 à 641.

⁴⁷³ CA Paris, 10 mars 1988, *Rev. arb.* 1989, p. 269, à interpréter *a contrario*.

⁴⁷⁴ US SD Court, 7 décembre 1998, n° 98-1165-B, *Ministry of Defense and Support for the Armed Forces of the Islamic Republic of Iran v. Cubic Defense Systems, Inc.*

applicable au fond, le juge ne contrôle pas la détermination du droit applicable ou la recherche de la volonté implicite des parties quant au droit applicable, deux mécanismes qui relèvent du raisonnement au fond.

3.2.4 Principe de la contradiction

[788] Le principe de la contradiction est évidemment au cœur de tout procès et la cour d'appel veille à son respect par le tribunal arbitral. Par exemple, viole le principe de la contradiction le tribunal arbitral qui traduit des pièces sans soumettre sa traduction aux parties⁴⁷⁵ ou fonde sa décision sur un moyen de droit soulevé d'office sans inviter les parties à présenter leurs observations. Il en va ainsi lorsque le tribunal arbitral substitue à l'indemnisation réclamée par une partie sur le fondement d'une perte de gain une indemnisation fondée sur une perte de chance⁴⁷⁶.

3.2.5 Conformité de la sentence à l'ordre public

[789] Une partie peut invoquer la contrariété à l'ordre public même si elle s'est abstenue de soulever ce moyen devant le tribunal arbitral alors qu'elle était en mesure de le faire. Il faut, sur ce point, distinguer les sentences internes (2.5.1) et les sentences internationales (2.5.2).

3.2.5.1 Sentences internes

[790] En matière d'arbitrage interne, il s'agit de vérifier, conformément à l'article 1492, 5°, si « *la sentence est contraire à l'ordre public* », ce qui vise la totalité de l'ordre public interne. Cela étant, la cour d'appel doit s'abstenir de réviser la sentence au fond, ce qui conduit la Cour de cassation à imposer un contrôle superficiel, consistant à vérifier seulement que l'arbitre n'a pas tiré de ses constatations des conséquences heurtant une règle d'ordre public. Un arrêt l'illustre assez bien :

Sur le moyen unique :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Paris, 17 janvier 2002), que la société Olin Lanctuit ayant conclu avec la société Peinture Normandie des contrats de sous-traitance qui contenaient une clause compromissoire et un litige étant survenu pour l'apurement des comptes entre les parties, la société Olin Lanctuit a saisi un arbitre dont la société Peinture Normandie a soulevé l'incompétence en invoquant l'inopposabilité et la nullité des contrats de sous-traitance ; que l'arbitre, retenant sa compétence et statuant sur les comptes entre les parties par deux décisions successives, a condamné la société Olin Lanctuit à régler diverses sommes à la société Peinture Normandie ; que la société Peinture Normandie a formé contre les sentences arbitrales un recours en annulation ;

Attendu que la société Peinture Normandie fait grief à l'arrêt de l'avoir déboutée de son recours, alors, selon le moyen :

1 / que l'arbitre qui tranche une question qui ne se trouve pas dans la clause compromissoire excède sa mission ; que la société Peinture Normandie soutenait que l'arbitre avait connu de la validité des contrats, question qui ne se trouvait pas dans la clause compromissoire, mais sans remettre en cause l'existence ou la validité de celle-ci ; qu'en estimant que le litige devait être tranché comme si l'arbitre avait statué sans convention d'arbitrage, la cour d'appel a violé l'article 1484, 1 du nouveau Code de procédure civile par fausse application et l'article 1484, 3 du même Code par refus d'application ;

⁴⁷⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 18 mars 2015, n° 13-22.391, *Blow Pack c. Windmüller et Hölscher*.

⁴⁷⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 29 juin 2011, n° 10-23.321, *Bull. civ. 2011, I, n° 125, Overseas Mining Investments Ltd c. Commercial Caribbean Niquel SA*.

2 / que l'arbitre ne peut pas excéder sa mission, dont la teneur ne peut pas être étendue sous prétexte d'interprétation ; qu'il résulte des propres constatations de la cour d'appel que l'arbitre a été saisi de l'interprétation, de l'exécution et de la résiliation des contrats liant les parties ; qu'en estimant qu'il pouvait connaître de la validité de ces conventions, la cour d'appel a violé l'article 1484, 3 du nouveau Code de procédure civile ;

3 / que l'arbitre peut être saisi d'une question non expressément prévue dans sa saisine, si elle se trouve dans la clause compromissoire, entre dans l'objet des demandes originaires et s'y rattache par un lien suffisant ; qu'en se bornant à interpréter la prétendue volonté des parties sans montrer en quoi la question de la validité du contrat était liée, dans cette affaire, à celle de son interprétation, à son exécution et à sa résiliation, et quand elle constatait qu'elle n'était pas mentionnée par la clause compromissoire, la cour d'appel a violé l'article 1484, 3 du nouveau Code de procédure civile ;

4 / que la sentence arbitrale est annulée si l'arbitre a violé une règle d'ordre public ; qu'en se bornant à résumer la teneur de la sentence arbitrale puis à affirmer qu'il n'était pas démontré qu'elle était contraire à l'ordre public, la cour d'appel a privé sa décision de motifs, en violation de l'article 455 du nouveau Code de procédure civile ;

5 / que l'entreprise principale doit fournir une caution bancaire solidaire au sous-traitant, ce qui implique que celui-ci peut directement agir contre la caution ; qu'en ne recherchant pas si l'action de la société Peinture Normandie contre la caution bancaire n'était pas subordonnée à de vaines réclamations dans un délai de trois mois contre l'entreprise principale et à l'absence de contestation par celle-ci de la somme réclamée, et si, par conséquent, l'arbitre n'avait pas estimé valable un contrat de sous-traitance contraire aux règles d'ordre public de la loi du 31 décembre 1975, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1484, 6 du nouveau Code de procédure civile ;

6 / que le sous-traitant doit pouvoir agir contre la caution sans autre restriction de délai que la prescription décennale de droit commun en matière commerciale ; qu'en ne recherchant pas si l'action de la société Peinture Normandie contre la caution n'était pas enfermée dans un premier délai de trois mois pour mettre en demeure l'entreprise principale, puis d'un mois pour informer la caution de cette mise en demeure, et si, par conséquent, l'arbitre n'avait pas estimé valable un contrat de sous-traitance contraire aux règles d'ordre public de la loi du 31 décembre 1975, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1484, 6 du nouveau Code de procédure civile ;

7 / que la caution bancaire doit couvrir l'intégralité des travaux commandés au sous-traitant ; qu'en ne recherchant pas, comme les conclusions de la société Peinture Normandie l'y invitaient, si le maître de l'ouvrage ne pouvait pas commander des travaux supplémentaires par lettre recommandée, et si la caution ne couvrait pas les travaux supplémentaires commandés seulement par voie d'avenant, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1484, 6 du nouveau Code de procédure civile ;

8 / que les dispositions de l'article L. 441-6 du Code de commerce sur les pénalités de retard dans les paiements entre entreprises sont d'ordre public ; qu'en ne recherchant pas si l'arbitre n'avait pas refusé de les appliquer, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1484, 6 du nouveau Code de procédure civile ;

Mais attendu que la cour d'appel, après avoir exactement relevé que l'arbitre est seul compétent pour statuer, sous le contrôle du juge de l'annulation, sur sa propre compétence, et s'être livrée à une interprétation souveraine de l'étendue de la clause compromissoire, a pu déduire que l'arbitre était compétent pour statuer sur la validité du contrat, ce dont il résultait que celui-ci n'avait pas excédé sa mission ;

Et attendu que la cour d'appel, après avoir relevé à bon droit que, dans le cadre d'un recours en annulation fondé sur l'article 1484, 6 du nouveau Code de procédure civile, le contrôle exercé par elle ne portait que sur la solution donnée au litige, l'annulation n'étant encourue que dans la mesure où cette solution heurte l'ordre public, a pu retenir qu'il n'était pas démontré que la solution adoptée par l'arbitre serait contraire à l'ordre public et que les griefs invoqués tendaient en réalité à une révision au fond de la sentence, interdite au juge de l'annulation ;

D'où il suit que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches ;

Par ces motifs :

Rejette le pourvoi⁴⁷⁷ ;

3.2.5.2 *Sentences internationales*

[791] En matière d'arbitrage international, il s'agit de vérifier, conformément à l'article 1520, 5°, si « *la reconnaissance ou l'exécution de la sentence est contraire à l'ordre public international* ». Ici, le contrôle se limite au respect de l'ordre public international selon la conception française et, éventuellement, de l'ordre public transnational, ce qui est plus restreint que l'ordre public interne.

[792] En ce qui concerne le respect de l'ordre public procédural, le contrôle est approfondi. Le régime des procédures collectives ouvertes en France est souvent invoqué⁴⁷⁸. En revanche, jusqu'à une période récente, la jurisprudence imposait un contrôle superficiel du respect de l'ordre public international substantiel. Selon cette approche, seule devait être sanctionnée la violation « *flagrante, effective et concrète* »⁴⁷⁹, « *effective et concrète* »⁴⁸⁰ ou « *manifeste, effective et concrète* »⁴⁸¹ de l'ordre public international. Plus précisément, la cour d'appel devait simplement vérifier que le tribunal arbitral avait tiré de ses propres constatations des conclusions qui ne heurtaient pas l'ordre public international⁴⁸². Par exemple, il ne pouvait pas conclure à l'existence d'une entente illicite et lui donner effet. En revanche, s'il concluait à l'absence d'entente, la cour d'appel ne devait pas, dans le cadre d'un contrôle superficiel, remettre en cause cette conclusion en réexaminant les faits et les éléments de preuve versées au débat par les parties.

[793] Cela étant, des arrêts récents de la cour d'appel de Paris ont renforcé le contrôle de la conformité des sentences arbitrales à l'ordre public international, comme l'exprime la formule suivante, tirée du fameux arrêt *Alstom* :

Considérant qu'il appartient à la cour, saisie sur le fondement des dispositions des articles 1525 et 1520, 5° du code de procédure civile, de l'appel de l'ordonnance d'exequatur d'une sentence rendue à l'étranger, de rechercher, en droit et en fait, tous les éléments permettant d'apprécier si la reconnaissance ou l'exécution de la sentence viole de manière manifeste, effective et concrète la conception française de l'ordre public international ; qu'elle n'est liée, dans cet examen, ni par les appréciations portées par le tribunal arbitral, ni par la loi de fond choisie par les parties⁴⁸³.

[794] Certes, cette affirmation a été avancée dans une affaire où une partie alléguait des soupçons de corruption. Or, traditionnellement, le contrôle a toujours semblé plus

⁴⁷⁷ Cass. civ. 2^{ème}, 15 janvier 2014, 12-29578.

⁴⁷⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 6 mai 2009, pourvoi n° 08-10281.

⁴⁷⁹ CA Paris, 18 novembre 2004, *Thalès*.

⁴⁸⁰ CA Paris, 20 janvier 2015.

⁴⁸¹ CA Paris, 24 février 2015.

⁴⁸² Cass. civ. 1^{ère}, 12 février 2014, 10-17.076, *JCP G* 2014, 275, note D. Mouralis.

⁴⁸³ CA Paris, 10 avril 2018, *Alstom c. ABL*, n° 16/11182.

approfondi dans ce cas-là⁴⁸⁴. Toutefois, le paragraphe ci-dessus ne limite pas l'usage du contrôle approfondi qu'il promet au cas où la sentence est critiquée au moyen d'allégations de corruption. Il semble bien que la cour d'appel de Paris souhaite désormais vérifier que toutes les analyses du tribunal arbitral sont conformes à l'ordre public international et non seulement les conséquences qu'il a tirées de ses constatations.

[795] Il restait à voir si la Cour de cassation résisterait à cette tendance ou se laisserait convaincre. Dans l'affaire *Alstom*, elle n'a pas pris position sur le degré du contrôle de la conformité de la sentence à l'ordre public international, puisqu'elle a cassé l'arrêt d'appel pour un motif étranger à cette question, en reprochant à la cour d'appel d'avoir dénaturé le contenu des minutes de l'audience arbitrale, en en déduisant des informations contraires à ce qui y était relaté⁴⁸⁵. Sur renvoi, la Cour d'appel de Versailles a confirmé l'ordonnance d'exequatur, estimant qu'il n'y avait pas d'indice de corruption dans la manière dont les contrats avaient été exécutés⁴⁸⁶. Sans remettre en cause le principe d'un contrôle approfondi, cet arrêt montre que la violation de l'ordre public international doit être caractérisée, le juge ne pouvant se contenter d'indices graves précis et concordants.

[796] C'est dans l'arrêt *Belokon* que la Cour de cassation a consacré le contrôle approfondi de la conformité des sentences arbitrales internationales à l'ordre public :

Faits et procédure

1. Selon l'arrêt attaqué (Paris, 21 février 2017), en 2007, à la suite d'un appel d'offres, M. [K], citoyen letton, a acquis la banque kirghize Insan Bank, devenue Manas Bank. A la suite du changement de régime en République du Kirghizistan en avril 2010, Manas Bank a été placée sous administration provisoire, puis sous séquestre, jusqu'au prononcé de son insolvabilité en juillet 2015.

2. M. [K] a alors engagé à Paris une procédure d'arbitrage *ad hoc* sur le fondement de l'Accord pour la promotion et la protection des investissements entre la République de Lettonie et celle du Kirghizistan (TBI) et du Règlement d'arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le droit du commerce international (CNUDCI).

3. La République du Kirghizistan a formé un recours en annulation contre la sentence arbitrale du 24 octobre 2014, qui l'a condamnée à verser la somme de 15 020 000 dollars à M. [K] et a ordonné à celui-ci de lui transférer sa participation dans les actions de Manas Bank.

4. A la suite de l'arrêt qui a annulé la sentence et rejeté sa demande de dommages-intérêts, M. [K] a formé un pourvoi, qui a été radié en application de l'article 1009-1 du code de procédure civile par ordonnance du 12 juillet 2018 et a été réinscrit au rôle par ordonnance du 21 janvier 2021.

Examen des moyens

Sur le premier moyen

[...]

⁴⁸⁴ CA Paris, 10 sept. 1993, *European Gas Turbines*, *Rev. arb.* 1994, p. 359, note D. Bureau. – *Contra* : Cass. civ. 1^{ère}, 12 février 2014, 10-17.076.

⁴⁸⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 29 septembre 2021, *ABL c. Alstom*, n° 19-19769.

⁴⁸⁶ CA Versailles, 14 mars 2023, n° 21/06191, *Global Arbitration Review*, 3 avril 2023, obs. C. Sandersen.

Réponse de la Cour

6. Il résulte de l'article 1520, 5°, du code de procédure civile que le juge de l'annulation doit rechercher si la reconnaissance ou l'exécution de la sentence est compatible avec l'ordre public international.

7. La cour d'appel a énoncé que la prohibition du blanchiment est au nombre des principes dont l'ordre juridique français ne saurait souffrir la violation, même dans un contexte international, et relève de l'ordre public international, faisant la lutte contre le blanchiment d'argent provenant d'activités délictueuses fait l'objet [sic] d'un consensus international exprimé notamment dans la Convention des Nations Unies contre la corruption conclue à Mérida le 9 décembre 2003.

8. Elle a rappelé qu'il lui appartenait, non pas de vérifier si les décisions de placement sous administration provisoire puis sous séquestre de Manas Bank avaient été ou non prises légalement au regard du droit kirghize ou si les agissements de la République du Kirghizistan constituaient des violations de l'obligation de traitement juste et équitable prévue par le TBI, mais de rechercher si la reconnaissance ou l'exécution de la sentence était de nature à entraver l'objectif de lutte contre le blanchiment en faisant bénéficier une partie du produit d'activités de cette nature, telles que définies par la convention de Mérida.

9. Elle a retenu à bon droit qu'une telle recherche, menée pour la défense de l'ordre public international, n'était ni limitée aux éléments de preuve produits devant les arbitres ni liée par les constatations, appréciations et qualifications opérées par eux, son seul office à cet égard consistant à s'assurer que la production des éléments de preuve devant elle respectait le principe de la contradiction et celui d'égalité des armes.

10. Ayant analysé successivement les relations ayant existé entre M. [K] et le président de la République du Kirghizistan en place de 2005 à 2010, les conditions d'acquisition de Manas Bank et les contrôles opérés sur la banque, les relations de Manas Bank avec la Baltic International Bank dont le capital était détenu par M. [K], ainsi que le volume et la structure des opérations réalisées par Manas Bank, la cour d'appel, qui n'a pas procédé à une nouvelle instruction ou à une révision au fond de la sentence, mais a porté une appréciation différente sur les faits au regard de la seule compatibilité de la reconnaissance ou de l'exécution de la sentence avec l'ordre public international, a estimé souverainement qu'il en résultait des indices graves, précis et concordants de ce qu'Insan Bank avait été reprise par M. [K] afin de développer, dans un État où ses relations privilégiées avec le détenteur du pouvoir économique lui garantissaient l'absence de contrôle réel de ses activités, des pratiques de blanchiment qui n'avaient pu s'épanouir dans l'environnement moins favorable de la Lettonie.

11. Sans être tenue de procéder à une recherche que ses constatations rendaient inopérante, elle en a exactement déduit que la reconnaissance ou l'exécution de la sentence, qui aurait pour effet de faire bénéficier M. [K] du produit d'activités délictueuses, violait de manière caractérisée l'ordre public international, de sorte qu'il y avait lieu d'en prononcer l'annulation.

12. Le moyen n'est donc pas fondé.

Sur le second moyen

[...]

REJETTE le pourvoi

3.2.6 Application du principe d'estoppel

[797] L'article 1466 du Code de procédure civile applique le principe d'estoppel en matière d'arbitrage :

La partie qui, en connaissance de cause et sans motif légitime, s'abstient d'invoquer en temps utile une irrégularité devant le tribunal arbitral est réputée avoir renoncé à s'en prévaloir.

- [798] On retrouve ce principe dans la loi-type CNUDCI, dans beaucoup de législations nationales et de règlements d'arbitrage. Appliqué au contrôle de la sentence ce principe signifie qu'une partie ne peut demander l'annulation d'une sentence ou s'opposer à son exequatur en invoquant une irrégularité qu'elle s'est abstenue de soulever devant le tribunal arbitral alors qu'elle était en mesure de le faire. D'un point de vue pratique, cette règle se justifie parce que, en attirant l'attention du tribunal arbitral sur une irrégularité procédurale, une partie lui permet d'y remédier. Par exemple, si on fait observer au tribunal qu'il n'a pas fait respecter le principe de la contradiction, il peut adapter la procédure pour permettre aux parties de présenter leurs observations.
- [799] La jurisprudence appliquant l'article 1466 du Code de procédure civile est très subtile sur une question particulière : si une partie a soulevé devant le tribunal arbitral une irrégularité relevant de l'un des cas d'ouverture du recours en annulation énumérés par les articles 1492 et 1520, peut-elle demander l'annulation de la sentence ou s'opposer à son exequatur en invoquant une irrégularité différente mais relevant du même cas d'ouverture ? La Cour d'appel de Paris a répondu par la négative mais la Cour de cassation a remis en cause cette solution en ce qui concerne les moyens ayant trait au contrôle de la décision du tribunal arbitral sur sa compétence.
- [800] En effet, dans la fameuse affaire *Schooner*, un tribunal arbitral s'était déclaré incompétent à l'égard d'une demande, sur le fondement de certaines dispositions d'un traité de protection des investissements. L'investisseur a demandé l'annulation de la sentence, en invoquant d'autres dispositions du traité pour soutenir que le tribunal arbitral s'était déclaré à tort incompétent. La Cour d'appel de Paris a rejeté le recours car la renonciation présumée par l'article 1466 « *visé des griefs concrètement articulés et non des catégories de moyens* »⁴⁸⁷. Autrement dit, seuls les moyens développés devant le tribunal arbitral peuvent être invoqués lors d'un recours contre la sentence ou contre l'ordonnance ayant ordonné son exequatur. Il n'est pas possible d'invoquer un nouveau moyen, relèverait-il d'une catégorie, parmi celles visées à l'article 1520 – ou à l'article 1492 en matière interne – à laquelle se rattache un moyen distinct développé devant le tribunal arbitral.
- [801] L'investisseur ayant formé un pourvoi, la Cour de cassation a desserré un peu l'étai en cassant l'arrêt :
- lorsque la compétence a été débattue devant les arbitres, les parties ne sont pas privées du droit d'invoquer sur cette question, devant le juge de l'annulation, de nouveaux moyens et arguments et à faire état, à cet effet, de nouveaux éléments de preuve⁴⁸⁸
- [802] Ainsi, du moment qu'un moyen de compétence a été soulevé ou seulement débattu devant le tribunal arbitral, les parties peuvent invoquer d'autres moyens de compétence devant le juge contrôlant la sentence. La Cour d'appel de Paris s'est alignée sur la position de la Cour de cassation⁴⁸⁹, tout en la cantonnant à la contestation de la compétence. En effet, dans l'arrêt *Vidatel*, la Cour d'appel a précisé que la recevabilité des moyens nouveaux à propos de la compétence, lorsque celle-ci a été débattue devant les arbitres, est la conséquence du contrôle approfondi exercé par le juge sur ce point

⁴⁸⁷ CA Paris, 2 avr. 2019, n° 16/24358, *Dalloz actualité*, 17 avr. 2019, obs. J. Jourdan-Marques ; *Rev. arb.* 2021, p. 419, note P. Duprey.

⁴⁸⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 2 décembre 2020, n° 19-15.396, *Procédures* 2021, comm. 40, obs. L. Weiller ; *Dalloz actualité*, 24 déc. 2020, obs. J. Jourdan-Marques ; *Rev. arb.* 2021, p. 419, note P. Duprey.

⁴⁸⁹ CA Paris, 9 mars 2021, n° 19/04410 et n° 18/21326, *Ukravtodor*, *Dalloz actualité*, 30 avr. 2021, obs. J. Jourdan-Marques.

mais que « *tel n'est pas le cas lorsque le juge de l'annulation statue sur le moyen tiré de l'irrégularité de la constitution du tribunal arbitral* »⁴⁹⁰.

- [803] Concernant l'indépendance et l'impartialité des arbitres, la Cour de cassation a logiquement décidé que la partie qui s'abstient de demander la récusation d'un arbitre pour une circonstance dont elle a eu connaissance au cours de l'arbitrage ne peut ensuite demander l'annulation de la sentence pour défaut d'indépendance ou d'impartialité de l'arbitre en invoquant la même circonstance. Cela suppose de saisir le centre d'arbitrage dans le délai imparti par le règlement d'arbitrage⁴⁹¹. Il faut raisonner pareillement en matière d'arbitrage *ad hoc* : il convient de saisir le juge d'appui dans le délai d'un mois après la découverte de la circonstance litigieuse imparti par l'article 1456, alinéa 3, du Code de procédure civile.
- [804] De manière plus surprenante, la Cour de cassation a ajouté qu'en matière d'arbitrage institutionnel, il ne suffit pas de demander au centre la récusation de l'arbitre à propos duquel la partie fait état d'une circonstance de nature à créer un doute raisonnable. En cas de rejet de la demande de récusation par le centre, il faut ensuite « *invoquer, devant le tribunal arbitral, l'irrégularité de sa constitution pour la même raison* »⁴⁹². La partie qui se défend au fond sans invoquer l'irrégularité de la constitution du tribunal arbitral est réputée avoir renoncé à s'en prévaloir. Cette solution, exigeante, repose sur le principe, énoncé par l'article 1465 du Code de procédure civile, selon lequel le tribunal arbitral est « *compétent pour statuer sur les contestations relatives à son pouvoir juridictionnel* ». Même si une procédure de récusation est disponible devant le centre d'arbitrage, la partie qui l'exerce peut et doit formuler une objection devant le tribunal arbitral.
- [805] Par ailleurs, dans l'arrêt *Schooner*, la Cour d'appel a précisé que la renonciation à invoquer les irrégularités qui ne l'ont pas été devant le tribunal arbitral ne concerne pas les moyens tirés de la contrariété à l'ordre public, visés par les articles 1492, 5° et 1520, 5° du Code de procédure civile⁴⁹³. Un arrêt plus ancien avait, de manière assez pertinente, réservé le cas des règles d'ordre public de protection, auxquelles il est possible de renoncer⁴⁹⁴. De plus, évidemment, les moyens nouveaux, qui, faute d'exister à l'époque, ne pouvaient pas être invoqués devant le tribunal arbitral, peuvent toujours l'être devant le juge contrôlant la sentence.

⁴⁹⁰ CA Paris, 26 janv. 2021, n° 19/10666, *Vidatel*, *Dalloz actualité*, 22 févr. 2021, obs. J. Jourdan-Marques.

⁴⁹¹ C. pr. civ., art. 1466. – V. aussi Cass. civ. 1^{ère}, 25 juin 2014, n° 11-26.529, *Tecnimont*.

⁴⁹² Cass. civ. 1^{ère}, 7 juin 2023, n° 21-24.968, F-B, *CTI Group*, *Procédures*, 2023, comm. 242, note L. Weiller.

⁴⁹³ CA Paris, 2 avr. 2019, n° 16/24358, *Dalloz actualité*, 17 avr. 2019, obs. J. Jourdan-Marques ; *Rev. arb.* 2021, p. 419, note P. Duprey.

⁴⁹⁴ CA Paris, 25 février 2014, n° 12/17739, *Cah. Arb. – Paris JIA* 2014, p. 357, note P. Pédone.

LEÇON 9 - JUSTICE ETATIQUE

Lundi 13 novembre 2023

1 INTRODUCTION

- [806] Bien évidemment, la justice étatique joue un rôle important dans la résolution du contentieux économique. Les étudiants doivent maîtriser parfaitement le programme de droit judiciaire privé de troisième année de licence et connaître l'ensemble des dispositions du Code de procédure civile. Ils sont donc déjà familiarisés avec le recours à la justice étatique, en particulier au tribunal de commerce. Ils doivent aussi maîtriser le recours au juge des référés et au juge des requêtes, très utile pour obtenir une mesure provisoire ou conservatoire, ou une mesure d'instruction avant tout procès.
- [807] Dans cette leçon, nous évoquerons deux types de procédures particulières, qui sont généralement très peu ou pas du tout traitées dans les cours de droit judiciaire privé. La première est l'action de groupe (2) qui revêt, aujourd'hui, pour les entreprises, une importance certaine. La seconde est la procédure participative (3), qui est très utile mais insuffisamment utilisée en matière économique. Cette procédure est à cheval entre les modes juridictionnels et amiables de résolution des différends. L'évoquer dans cette leçon est donc quelque peu arbitraire mais elle constituera une transition naturelle vers l'étude des modes amiables ! D'ailleurs, il faudra évoquer rapidement deux innovations introduites en procédure civile à compter du 1^{er} novembre 2023 et destinées à favoriser la résolution amiable des différends : l'audience de règlement amiable et la césure du procès (4).

2 ACTION DE GROUPE

- [808] L'action de groupe trouve son origine lointaine en droit anglais, où, depuis plusieurs siècles, il est admis qu'une personne puisse introduire une action en son nom et au nom d'autres personnes se trouvant dans une situation similaire. Cependant, dans sa forme moderne, l'action de groupe s'est développée aux États-Unis d'Amérique. Ce dispositif permet à une ou plusieurs personnes d'introduire une action en étant autorisées par un juge à représenter toutes les personnes qui appartiennent à la même catégorie ou classe, se trouvant dans une situation similaire, ayant été victimes du même préjudice imputable au défendeur. L'introduction de l'action fait ensuite l'objet d'une publicité et tous les membres de la classe qui ne manifestent pas leur volonté de ne pas être représentés le sont (*opt out*).
- [809] A partir de 1842, les règles fédérales de procédure civile ont autorisé l'action de groupe mais c'est au XX^e siècle que des actions collectives de grande ampleur, suscitant l'intérêt du public et de la presse, ont eu lieu. Les premières, d'ailleurs, n'étaient pas destinées à défendre l'intérêt des consommateurs mais plutôt à lutter pour la défense des droits civiques. Par exemple, c'est une action de groupe qui a abouti au très célèbre arrêt *Brown v. Board of Education of Topeka*⁴⁹⁵, par lequel la Cour suprême des États-Unis a jugé à l'unanimité que les lois de certains États imposant la ségrégation entre élèves, en fonction de la couleur de leur peau, étaient contraires au quatorzième amendement à la constitution fédérale, garantissant l'égalité entre les citoyens.

⁴⁹⁵ C. sup. E.-U, 17 mai 1954, 347 U.S. 483 (1954).

- [810] L'action de groupe est un instrument très précieux pour permettre aux individus de défendre leurs droits. Elle rééquilibre le rapport de force entre l'administration ou l'entreprise poursuivie et les demandeurs qui, individuellement, pèsent peu. C'est pourquoi plusieurs pays se sont inspirés du droit américain pour l'introduire dans leur législation. En effet, dans de nombreux systèmes juridiques, surtout ceux appartenant à la famille civiliste, par principe, une personne ne peut pas en représenter d'autres en justice sans un mandat exprès. Cette règle est un frein aux actions collectives, d'où la nécessité, pour permettre le développement de ces dernières, d'une loi spéciale. Même dans les pays de *common law*, un texte législatif est utile pour préciser le régime de ce type d'action.
- [811] Ainsi, le Québec et l'Angleterre ont introduit une action de groupe, ouverte pour tous types de demandes. En Allemagne et en Italie, l'action de groupe a été ouverte uniquement dans certains domaines précis. Après beaucoup de projets et de tergiversations, le législateur français a lui aussi introduit l'action de groupe, d'abord au profit des consommateurs, avec la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation (dite loi Hamon). Puis, la loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé a ouvert une action de groupe en droit de la santé. Enfin, la loi n° 2016-1547 de modernisation de la justice du XXI^e siècle a organisé un régime général de l'action de groupe, désormais ouverte dans plusieurs domaines. Cela dit, curieusement, ce régime général laisse de côté l'action de groupe en droit de la consommation, qui conserve son autonomie. Il est donc naturel d'étudier l'action de groupe, d'abord, en droit de la consommation (2.1) et, ensuite, dans les autres domaines (2.2).

2.1 DROIT DE LA CONSOMMATION

- [812] L'action de groupe en droit de la consommation est régie par les dispositions du Code de la consommation (articles L. 623-1 à L. 623-32 et R. 623-1 à R. 623-33), modifiées par l'ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016 qui refond la partie législative dudit code. Cela étant, l'action de groupe à la française n'a pas véritablement rencontré le succès. Depuis 2014, seules trente-deux actions de groupe ont été introduites, dont vingt en matière de consommation. Seules six de ces actions ont abouti à une indemnisation des consommateurs⁴⁹⁶. L'Union européenne a adopté une directive destinée à harmoniser et améliorer le régime de l'action de groupe en Europe⁴⁹⁷ mais la France ne l'a toujours pas transposée, alors qu'elle avait jusqu'au 25 décembre 2022 pour le faire. Une proposition de loi transposant la directive a été adoptée en première lecture par l'Assemblée nationale et est en cours d'examen au Sénat. Cette directive impose notamment des critères pour la sélection des entités qualifiées pour intenter des actions de groupe et régit le financement d'actions de groupe par des tiers.
- [813] Cela étant précisé, il faut expliquer quel est, en droit positif, le champ d'application de l'action de groupe et qui a qualité pour l'introduire (2.1.1), quelle est la juridiction compétente (2.1.2) et comment l'action est introduite (2.1.3). Un premier jugement est rendu, sur le principe de la responsabilité du professionnel (2.1.4), la phase suivante étant l'indemnisation des consommateurs par le professionnel (2.1.5). Il faut enfin évoquer l'action de groupe simplifiée (2.1.6).

⁴⁹⁶ S. Bernheim-Desvaux, obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 7 décembre 2022, n° 21-20.369, *Contrats Concurrence Consommation* 2023, comm. 37.

⁴⁹⁷ Directive (UE) n° 2020/1828 du 25 novembre 2020 relative aux actions représentatives pour la protection des intérêts collectifs des consommateurs.

2.1.1 Champ d'application et qualité pour agir

[814] L'article L. 623-1 du Code de la consommation précise le champ d'application de l'action de groupe tout en la réservant aux associations de consommateurs :

Une association de défense des consommateurs représentative au niveau national et agréée en application de l'article L. 811-1 peut agir devant une juridiction civile afin d'obtenir la réparation des préjudices individuels subis par des consommateurs placés dans une situation similaire ou identique et ayant pour cause commune un manquement d'un ou des mêmes professionnels à leurs obligations légales, relevant ou non du présent code, ou contractuelles :

1° A l'occasion de la vente de biens ou de la fourniture de services ainsi que dans le cadre de la location d'un bien immobilier ;

2° Ou lorsque ces préjudices résultent de pratiques anticoncurrentielles au sens du titre II du livre IV du code de commerce ou des articles 101 et 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

[815] Quinze associations sont actuellement agréées pour introduire des actions de groupe⁴⁹⁸. Le fait que l'action soit réservée aux associations de consommateurs agréées est discutable. L'objectif poursuivi est évidemment d'éviter la multiplication d'actions de groupe fantaisistes. Cependant, ce filtre rend l'utilisation de l'action de groupe plus difficile. Dans beaucoup de pays, notamment aux États-Unis, n'importe quel consommateur victime d'un préjudice peut entamer une action de groupe, ce qui rend l'institution plus dynamique. C'est alors le juge qui joue le rôle de filtre, en vérifiant l'existence d'un préjudice avant d'autoriser l'action. Certains avocats américains sont d'ailleurs spécialisés dans ce domaine et démarchent activement les consommateurs pour les pousser à agir.

[816] C'est la loi n° 2018-1021 du 23 novembre 2018 portant évolution du logement, de l'aménagement et du numérique qui a étendu l'action de groupe à la réparation des dommages subis dans le cadre de la location d'un bien immobilier, la jurisprudence ayant jugé, auparavant, qu'elle ne pouvait pas être utilisée à propos des baux d'habitation⁴⁹⁹.

[817] L'article L. 623-2 restreint l'action de groupe à la réparation des dommages matériels :

L'action de groupe ne peut porter que sur la réparation des préjudices patrimoniaux résultant des dommages matériels subis par les consommateurs.

[818] Le droit de participer à une action de groupe est d'ordre public, comme cela résulte de l'article L. 623-32 :

Est réputée non écrite toute clause ayant pour objet ou effet d'interdire à un consommateur de participer à une action de groupe.

2.1.2 Compétence

[819] La loi 2016-1547 a introduit dans le Code de l'organisation judiciaire un article L. 211-9-2, modifié par la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice :

Le tribunal judiciaire connaît des actions de groupe définies au chapitre III du titre II du livre VI du code de la consommation et par la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle.

⁴⁹⁸ Liste : <https://www.economie.gouv.fr/dgccrf/Liste-et-coordonnees-des-associations-nationales>.

⁴⁹⁹ CA Paris, pôle 4, ch. 3, 9 nov. 2017, n° 16/05321, *JurisData* n° 2017-022149 ; *D.* 2017, p. 2368

- [820] Cet article remplace l'ancien article L. 211-15 :
- Les tribunaux de grande instance connaissent des actions de groupe définies au chapitre III du titre II du livre IV du code de la consommation.
- [821] L'article R. 623-2 du Code de la consommation détermine la compétence territoriale pour connaître de l'action de groupe :
- Le tribunal judiciaire territorialement compétent est celui du lieu où demeure le défendeur.
- Le tribunal judiciaire de Paris est compétent lorsque le défendeur demeure à l'étranger ou n'a ni domicile ni résidence connus.
- [822] L'article R. 623-1 précise que les règles générales de procédure civile sont applicables, sous réserve des dispositions particulières figurant dans le Code de la consommation. Le régime applicable est celui de la procédure contentieuse ordinaire avec représentation obligatoire. En revanche, en cas d'appel, il faut fixer l'affaire à bref délai. C'est ce que dit l'article R. 623-4 :
- La demande est formée, instruite et jugée selon les règles applicables à la procédure écrite ordinaire devant le tribunal judiciaire.
- L'appel est jugé selon la procédure prévue à l'article 905 du code de procédure civile.
- [823] L'association et le professionnel doivent donc constituer avocats, en première instance comme en appel.
- [824] En matière de droit de la concurrence, l'article R. 623-24 énonce une règle particulière, destinée à préserver la compétence des autorités judiciaires ou administratives habilitées à se prononcer sur l'existence d'un manquement :
- Lorsque les manquements reprochés au professionnel portent sur le respect des règles définies au titre II du livre IV du code de commerce ou des articles 101 et 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, la responsabilité du professionnel ne peut être prononcée dans le cadre de l'action mentionnée à l'article L. 623-1 que sur le fondement d'une décision prononcée à l'encontre du professionnel par les autorités ou juridictions nationales ou de l'Union européenne compétentes, qui constate les manquements et qui n'est plus susceptible de recours pour la partie relative à l'établissement des manquements.
- [825] L'article L. 623-25 ajoute :
- L'action prévue à l'article L. 623-1 ne peut être engagée au-delà d'un délai de cinq ans à compter de la date à laquelle la décision mentionnée à l'article L. 623-24 n'est plus susceptible de recours.

2.1.3 Introduction de l'instance

- [826] Pour introduire l'action de groupe, l'association assigne le professionnel devant le tribunal judiciaire compétent. Elle doit définir le préjudice dont elle demande la réparation et présenter des cas individuels. L'article R. 623-3 dispose :
- Outre les mentions prescrites aux articles 56 et 752 du code de procédure civile, l'assignation expose expressément, à peine de nullité, les cas individuels présentés par l'association au soutien de son action.
- Copie de l'arrêté d'agrément pris en application des dispositions de l'article R. 811-2 est jointe à l'assignation.
- [827] L'association doit présenter des cas individuels. Le pluriel indique qu'il faut que l'association soit saisie par au moins deux consommateurs victimes des mêmes préjudices pour pouvoir agir.

[828] Le juge doit vérifier d'office que l'action est recevable, selon l'article R. 623-6 :

Le juge constate que les conditions de recevabilité mentionnées à l'article L. 623-1 sont réunies.

[829] C'est le juge de la mise en état qui doit procéder à cette vérification, en vertu de l'article 789, 6° du code de procédure civile. Il doit aussi vérifier que l'assignation comporte les cas individuels présentés par l'association. L'absence de cette liste de cas individuels emporte nullité de l'assignation. La Cour de cassation a précisé que le juge de la mise en état doit seulement vérifier que l'assignation présente des cas individuels et qu'il ne lui appartient pas d'en apprécier la pertinence. L'éventuelle absence de représentativité des cas présentés et la diversité des conditions contractuelles qui leur sont applicables constituent des moyens sur lesquels le juge de la mise en état ne peut pas se prononcer⁵⁰⁰.

2.1.4 Jugement sur la responsabilité

[830] La procédure se déroule en deux phases. Au cours de la première, le tribunal judiciaire doit :

- Décider si le professionnel a engagé sa responsabilité.
- Si oui, définir le groupe de consommateurs victimes du fait du professionnel.
- Et préciser les critères de rattachement.

[831] Il y a donc une première mise en état puis l'affaire est renvoyée à la formation de jugement. L'article L. 623-4 s'applique alors :

Le juge statue sur la responsabilité du professionnel au vu des cas individuels présentés par l'association requérante, définit le groupe des consommateurs à l'égard desquels la responsabilité du professionnel est engagée et en fixe les critères de rattachement.

[832] L'article L. 623-5 ajoute :

Le juge détermine les préjudices susceptibles d'être réparés pour chaque consommateur ou chacune des catégories de consommateurs constituant le groupe qu'il a défini, ainsi que leur montant ou tous les éléments permettant l'évaluation de ces préjudices.

[833] A ce sujet, l'article R. 623-9 prévoit la possibilité d'ordonner des mesures d'instruction pour identifier les préjudices réparables. C'est au juge de la mise en état de le faire, avant le jugement sur la responsabilité :

Pour l'application des dispositions de l'article L. 623-5, le juge peut, à tout moment de la procédure, ordonner toute mesure d'instruction légalement admissible nécessaire à la conservation des preuves et de production de pièces, y compris celles détenues par le professionnel.

[834] Le jugement peut aussi prévoir une réparation en nature, selon l'article L. 623-6 :

Lorsqu'une réparation en nature du préjudice lui paraît plus adaptée, le juge précise les conditions de sa mise en œuvre par le professionnel.

⁵⁰⁰ Cass. civ. 1^{ère}, 27 juin 2018, n° 17-10.891, *D.* 2019, p. 607, obs. H. Aubry, E. Poillot et N. Sauphanor-Brouillaud ; *JA* 2018, n° 584, p. 10, obs. X. Delpech ; CCC 2018, n° 8, p. 60, obs. Bernheim-Desvaux ; *LPA* 2018, n° 69, p. 9, obs. Legrand ; *Gaz. Pal.* 2018, n° 30, p. 39, obs. Piédelièvre ; *JCP E* 2018, n° 39, p. 35, note Depincé et Mainguy. – V. aussi CA Versailles, 3 nov. 2016, n° 16/00463, *CLCV c/ Agipi et Axa Vie*, *D.* 2017. 630, obs. Javaux.

[835] Si ce jugement estime que le professionnel n'a pas engagé sa responsabilité, il met fin à l'instance. S'il reconnaît la responsabilité du professionnel et identifie les préjudices réparables, il clôt la première phase de la procédure, qui va se poursuivre pour permettre la réparation effective des préjudices. Le jugement renvoie alors l'affaire à la mise en état, comme le précise l'article R. 623-8 :

Ce jugement renvoie l'affaire à la mise en état pour la suite de la procédure. Il indique la date de l'audience à laquelle seront examinées, en application de l'article R. 623-10, les demandes d'indemnisation auxquelles le professionnel n'aura pas fait droit.

[836] Il faut aussi assurer la publicité de la décision, afin d'informer tous les consommateurs susceptibles d'appartenir au groupe, afin qu'ils puissent se joindre à l'action. L'article L. 623-7 dispose :

S'il juge que la responsabilité du professionnel est engagée, le juge ordonne par la même décision les mesures adaptées pour informer de cette décision les consommateurs susceptibles d'appartenir au groupe.

Les mesures de publicité de la décision sont à la charge du professionnel. Elles ne peuvent être mises en œuvre qu'une fois que la décision sur la responsabilité n'est plus susceptible de recours ordinaires ni de pourvoi en cassation.

[837] L'article R. 623-7 précise que le professionnel doit procéder à la publication du jugement dans le délai fixé par le juge. A défaut, l'association y procède, aux frais du professionnel. L'article R. 623-16 précise la nature des informations à publier :

Les mesures d'information ordonnées en application des dispositions de l'article L. 623-7 comportent, outre les mentions éventuellement prescrites par le jugement :

1° La reproduction du dispositif de la décision ;

2° Les coordonnées de la personne auprès de laquelle chaque consommateur manifeste son adhésion au groupe et éventuellement de l'association qui doit en être informée ;

3° La forme, le contenu et le délai de cette adhésion ainsi que l'indication que celle-ci vaut mandat aux fins d'indemnisation au profit de l'association requérante auprès de laquelle le consommateur a manifesté son adhésion au groupe ou qu'il a informée de son adhésion, ou, en cas de défaillance de celle-ci, au profit de celle qui lui aura été substituée ;

4° L'indication que, à défaut d'adhésion reçue selon les modalités et dans le délai prévus par le jugement, le consommateur défaillant ne sera plus recevable à obtenir une indemnisation dans le cadre de l'action de groupe ;

5° L'indication que le consommateur ne pourra plus agir individuellement à l'encontre du professionnel concerné en réparation du préjudice déjà indemnisé dans le cadre de l'action de groupe mais qu'il pourra toujours agir en indemnisation de ses autres préjudices ;

6° L'indication que les consommateurs doivent produire tout document utile au soutien de leur demande.

[838] Le second alinéa de l'article L. 623-7 signifie que la publicité ne peut avoir lieu qu'après épuisement de tous les délais de recours. Le recours ouvert contre le jugement est l'appel, sauf si l'enjeu du litige est inférieur à 5 000 €⁵⁰¹. Dans cette dernière hypothèse, certes peu probable, le seul recours possible est le pourvoi en cassation⁵⁰².

⁵⁰¹ C. org. jud., art. R. 211-3-24.

⁵⁰² C. pr. civ., art. 605.

En cas d'appel, l'arrêt d'appel ne peut donner lieu à publicité qu'après épuisement du délai de pourvoi en cassation. Cette règle est destinée à protéger le professionnel d'une publicité qui risque de ternir à son image tant que la décision reconnaissant sa responsabilité est susceptible d'être remise en cause. Cependant, si l'action de groupe est fondée sur un manquement au droit de la concurrence, l'article L. 623-26 dispose :

Par dérogation aux dispositions de l'article L. 623-7, le juge peut ordonner l'exécution provisoire du jugement mentionné à l'article L. 623-4 pour ce qui concerne les seules mesures de publicité, afin de permettre aux consommateurs de se déclarer dans le délai imparti.

[839] Ce jugement sur la responsabilité est revêtu de l'autorité de chose jugée, comme l'explique l'article L. 623-28 :

Les décisions prévues aux articles L. 623-4 et L. 623-14 ainsi que celle résultant de l'application de l'article L. 623-23 ont également autorité de la chose jugée à l'égard de chacun des membres du groupe dont le préjudice a été réparé au terme de la procédure.

[840] Naturellement, cette autorité de chose jugée n'existe qu'à l'égard des membres du groupe dont le préjudice a été réparé au terme de la procédure, ce qui suppose qu'ils y aient participé. Cela préserve le professionnel d'une nouvelle action en réparation de la part de ces victimes. L'article L. 623-30 étend l'autorité de chose jugée du jugement en interdisant toute autre action de groupe fondées sur les mêmes faits et tendant à la réparation des mêmes préjudices :

N'est pas recevable l'action prévue à l'article L. 623-1 lorsqu'elle se fonde sur les mêmes faits, les mêmes manquements et la réparation des mêmes préjudices que ceux ayant déjà fait l'objet du jugement prévu à l'article L. 623-4 ou d'un accord homologué en application de l'article L. 623-23.

[841] Autrement dit, une autre association ne peut pas commencer une nouvelle action de groupe. Cet article est utile car, sans lui, le régime ordinaire de l'autorité de chose jugée du jugement sur la responsabilité ne suffirait pas à interdire une nouvelle action de groupe, parce qu'une seconde association pourrait dire qu'elle représente d'autres consommateurs. Il n'y aurait alors pas identité de parties.

2.1.5 Indemnisation des consommateurs par le professionnel

[842] La seconde phase de la procédure est destinée à permettre l'indemnisation de tous les consommateurs victimes des préjudices identifiés par le premier jugement, sous réserve qu'ils adhèrent au groupe défini par ce jugement (2.1.5.1). L'association s'efforce de recouvrer les indemnités destinées à réparer les préjudices subis (2.1.5.2) mais le juge de la mise en état a un rôle à jouer (2.1.5.3). Si nécessaire, le tribunal judiciaire rend un jugement sur les demandes d'indemnisation insatisfaites (2.1.5.4). Enfin, une association agréée peut être substituée à celle qui avait introduit l'action (2.1.5.5)

2.1.5.1 Adhésion au groupe

[843] Le législateur français a fait le choix de l'*opt in* : seuls les consommateurs manifestant expressément leur volonté d'adhérer au groupe y sont intégrés. Cela protège les victimes des préjudices visés par le jugement sur la responsabilité puisqu'elles ne risquent pas de se voir opposer ce jugement, ni celui statuant sur la réparation, sans l'avoir voulu. Toutefois, cela restreint l'ampleur de l'action de groupe et, donc, le moyen de pression de l'association sur le défendeur. C'est pourquoi le droit américain a retenu en ce domaine le principe de l'*opt out* : sont réputées participer à l'action de groupe toutes les victimes qui n'ont pas, dans un certain délai après la publication de l'annonce de l'action de groupe, manifesté leur volonté de ne pas y participer.

[844] En droit français, les intéressés ont un certain délai pour adhérer au groupe, déterminé par le tribunal. Il faut lire l'article L. 623-8 :

Dans la même décision prononçant la responsabilité du professionnel, le juge fixe le délai dont disposent les consommateurs pour adhérer au groupe afin d'obtenir la réparation de leur préjudice. Ce délai ne peut être inférieur à deux mois ni supérieur à six mois après l'achèvement des mesures de publicité ordonnées par lui.

Il détermine les modalités de cette adhésion et précise si les consommateurs s'adressent directement au professionnel ou par l'intermédiaire de l'association ou de la personne mentionnée à l'article L. 623-13.

[845] L'article R. 623-7 le redit :

Le jugement qui retient la responsabilité du ou des professionnels concernés fixe le délai dans lequel les mesures de publicité doivent être mises en œuvre par le ou les professionnels concernés et à l'expiration duquel elles le seront par la ou les associations aux frais de ce ou ces professionnels.

[846] L'article R. 623-17 précise les modalités d'adhésion au groupe :

L'adhésion au groupe est faite par tout moyen permettant d'en accuser la réception, selon les modalités déterminées par le juge.

Elle contient notamment les nom, prénoms, domicile du consommateur ainsi que, le cas échéant, une adresse électronique à laquelle celui-ci accepte de recevoir les informations relatives à la procédure.

Elle précise le montant demandé en réparation du préjudice invoqué, eu égard aux dispositions du jugement sur la responsabilité.

[847] L'article R. 623-18 ajoute :

En cas de pluralité d'associations requérantes, le consommateur manifeste son adhésion auprès de l'association de son choix ou l'en informe en cas d'adhésion auprès du professionnel. L'association concernée reçoit ainsi mandat aux fins d'indemnisation.

Lorsque l'adhésion est faite auprès du professionnel, le consommateur en informe l'association requérante ou, en cas de pluralité d'associations, celle qu'il a choisie en application du premier alinéa.

[848] À défaut d'adhésion dans le délai imparti, le consommateur ne peut plus participer à l'action de groupe, selon l'article R. 623-19 :

Les consommateurs susceptibles d'appartenir au groupe, mais qui n'y ont pas adhéré dans le délai fixé par le juge en application de l'article L. 623-8 et dans les conditions prévues par l'article R. 623-17, ne sont plus recevables à demander leur indemnisation dans le cadre de l'action de groupe et ne sont pas représentés par l'association requérante.

[849] Bien entendu, les consommateurs qui n'ont pas adhéré au groupe peuvent agir individuellement en réparation de leur préjudice. D'ailleurs, le jugement ayant statué sur la responsabilité n'est pas revêtu de l'autorité de chose jugée à leur égard. Toutefois, ces consommateurs doivent agir individuellement avant l'épuisement du délai de prescription de leur action. De ce point de vue, ils bénéficient de la suspension du délai de prescription résultant de la demande présentée par l'association, comme le prévoit l'article L 623-27 :

L'action mentionnée à l'article L. 623-1 suspend la prescription des actions individuelles en réparation des préjudices résultant des manquements constatés par le jugement prévu aux articles L. 623-4 ou L. 623-14.

Le délai de prescription recommence à courir, pour une durée qui ne peut être inférieure à six mois, à compter de la date à laquelle, selon le cas, le jugement rendu en application des articles L. 623-4 ou L. 623-14 n'est plus susceptible de recours ordinaire ou de pourvoi en cassation ou de l'homologation prévue à l'article L. 623-23.

- [850] En adhérent au groupe, le consommateur consent à être représenté par l'association demanderesse mais n'adhère pas à ladite association, comme l'indique l'article L. 623 9 :

L'adhésion au groupe vaut mandat aux fins d'indemnisation au profit de l'association requérante.

L'adhésion au groupe ne vaut ni n'implique adhésion à l'association requérante.

- [851] L'article R. 623-20 précise :

Le mandat aux fins d'indemnisation donné à l'association par l'effet de l'adhésion du consommateur au groupe vaut pouvoir d'accomplir au nom de celui-ci tous actes de procédure et diligences en vue d'obtenir la réparation du préjudice individuel subi par lui et entrant dans le champ de l'action de groupe introduite par cette association, notamment pour l'exercice des voies de recours.

Il emporte avance par l'association de toutes les dépenses et frais liés à la procédure et représentation des consommateurs lors du déroulement d'éventuelles mesures d'instruction.

- [852] Le consommateur peut renoncer à son adhésion au groupe, selon l'article R. 623-21 :

Le consommateur peut mettre un terme au mandat à tout moment. Il doit en informer l'association par tout moyen permettant d'en accuser la réception et celle-ci en avise le professionnel sans délais. La révocation du mandat emporte renonciation à l'adhésion au groupe.

- [853] La renonciation à l'adhésion au groupe peut être tacite, selon l'article R. 623-21 :

Le consommateur qui n'a pas été indemnisé par le professionnel, et qui n'a pas fourni les documents utiles au soutien de sa demande avant l'expiration du délai fixé par le juge pour le saisir des demandes d'indemnisation auxquelles le professionnel n'a pas fait droit, est réputé renoncer à son adhésion.

- [854] Le consommateur qui renonce expressément ou tacitement à son adhésion peut poursuivre lui-même la réparation de son préjudice. En effet, même si l'article L. 623 28 ne le dit pas clairement, il signifie, implicitement, que le jugement relatif à la responsabilité n'a pas autorité de chose jugée à l'égard d'un consommateur ayant renoncé à son adhésion au groupe avant d'obtenir la réparation de son préjudice.

- [855] D'ailleurs, même les consommateurs ayant adhéré au groupe peuvent agir individuellement en réparation de préjudices non compris dans le périmètre défini par le jugement se prononçant sur la responsabilité. C'est ce qu'indique l'article L. 623-29 :

L'adhésion au groupe ne fait pas obstacle au droit d'agir selon les voies de droit commun pour obtenir la réparation des préjudices n'entrant pas dans le champ défini par la décision du juge mentionnée à l'article L. 623-4 ou d'un accord homologué en application de l'article L. 623-23.

- [856] En particulier, comme les préjudices extrapatrimoniaux sont exclus de l'application de l'action de groupe, ils ne pourront être réparés qu'au terme d'une autre action.

2.1.5.2 Recouvrement des indemnités par l'association

- [857] Le professionnel doit en principe indemniser les consommateurs spontanément, comme le lui impose l'article L. 623-18 :

Le professionnel procède à l'indemnisation individuelle des préjudices subis par chaque consommateur, dans les conditions, limites et délais fixés par le jugement mentionné à l'article L. 623-5.

- [858] Le jugement fixe un délai pour ce faire, après expiration duquel l'association pourra saisir le juge de la mise en état. Il faut lire l'article L. 623-11 :

Le juge fixe le délai dans lequel doit intervenir la réparation des préjudices des consommateurs lésés, ainsi que celui ouvert, à cette échéance, pour le saisir des demandes d'indemnisation auxquelles le professionnel n'a pas fait droit.

- [859] Le jugement peut ordonner le paiement ou la consignation d'une provision, selon l'article L. 623-12, qui permet aussi que cette provision couvre les frais de la procédure (provision *ad litem*) :

Lorsqu'il statue sur la responsabilité, le juge peut condamner le professionnel au paiement d'une provision à valoir sur les frais non compris dans les dépens exposés par l'association, y compris ceux afférents à la mise en œuvre de l'article L. 623-13.

Il peut ordonner, lorsqu'il la juge nécessaire et compatible avec la nature de l'affaire, la consignation à la Caisse des dépôts et consignations d'une partie des sommes dues par le professionnel.

- [860] C'est l'association qui négocie avec le professionnel afin de déterminer le montant des indemnités. Elle peut se faire assister, comme le prévoit l'article L. 623-13 :

L'association peut s'adjoindre, avec l'autorisation du juge, toute personne appartenant à une profession judiciaire réglementée, dont la liste est fixée par décret en Conseil d'État, pour l'assister, notamment afin qu'elle procède à la réception des demandes d'indemnisation des membres du groupe et plus généralement afin qu'elle représente les consommateurs lésés auprès du professionnel, en vue de leur indemnisation.

- [861] Les professions réglementées dont les membres peuvent jouer ce rôle sont indiquées par l'article R. 623-5 :

Les professions judiciaires réglementées auxquelles appartient la personne que les associations peuvent s'adjoindre conformément à l'article L. 623-13 sont les avocats et les huissiers de justice.

- [862] Le rôle de la personne qui assiste l'association est d'aider celle-ci à négocier avec le professionnel et à recouvrer les sommes dues. Il peut s'agir ou non de l'avocat postulant devant le tribunal judiciaire.

- [863] L'association et le professionnel peuvent avoir recours à une médiation. L'article L. 623-22 le prévoit :

Seule l'association requérante peut participer à une médiation, dans les conditions fixées au chapitre Ier du titre II de la loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative, afin d'obtenir la réparation des préjudices individuels mentionnés à l'article L. 623-1.

- [864] L'article L. 623-23 précise :

Tout accord négocié au nom du groupe est soumis à l'homologation du juge, qui vérifie s'il est conforme aux intérêts de ceux auxquels il a vocation à s'appliquer et lui donne force exécutoire.

Cet accord précise les mesures de publicité nécessaires pour informer les consommateurs concernés de la possibilité d'y adhérer, ainsi que les délais et modalités de cette adhésion.

- [865] En vertu de l'article L. 623-28, l'homologation confère à l'accord autorité de chose jugée.
- [866] Le Code de la consommation comporte aussi des dispositions relatives au maniement des fonds. L'article L. 623-10 dispose :
- Sous réserve des dispositions législatives relatives au maniement des fonds des professions judiciaires réglementées, toute somme reçue au titre de l'indemnisation des personnes lésées membres du groupe est immédiatement versée sur un compte ouvert auprès de la Caisse des dépôts et consignations. Celui-ci ne peut faire l'objet de mouvements en débit que pour le règlement de l'affaire qui est à l'origine du dépôt.
- [867] La réserve figurant au début de cet article signifie que les fonds recouverts grâce à un avocat peuvent transiter par la CARPA avant d'être déposée à la Caisse des dépôts. Il faut également lire l'article R. 623-23 :
- Chaque association ouvre auprès de la Caisse des dépôts et consignations un compte spécifique au groupe des consommateurs défini par le juge en application de l'article L. 623-4.
- Toute somme reçue au titre de l'article L. 623-10 est immédiatement déposée par l'association qui agit sur le fondement de l'article L. 623-1 sur le compte mentionné au premier alinéa.
- L'association titulaire est seule habilitée, sous sa responsabilité, à procéder aux mouvements sur chaque compte et à le clôturer.
- [868] Et l'article R. 623-24 ajoute :
- La tenue des comptes ouverts en application de l'article R. 623-23 peut donner lieu à des frais de gestion perçus par la Caisse des dépôts et consignations.
- [869] Le professionnel doit payer les frais de recouvrement, selon l'article L. 623-21 :
- L'intégralité des frais et des droits proportionnels de recouvrement ou d'encaissement prévus à l'article L. 111-8 du code des procédures civiles d'exécution, pour l'application des sections 1, 2 et 4 du présent chapitre, est à la charge du professionnel visé.

2.1.5.3 Rôle du juge de la mise en état

- [870] Pendant toute la période où l'association s'efforce d'obtenir l'indemnisation des préjudices des consommateurs, le dossier est dans une seconde phase de mise-en-état et le juge de la mise en état peut être saisi de toute difficulté surgissant avant la date limite impartie au professionnel pour indemniser les consommateurs. Cela résulte de l'article L. 623-19 :
- Le juge ayant statué sur la responsabilité tranche les difficultés qui s'élèvent à l'occasion de la mise en œuvre du jugement.
- [871] L'article R. 623-25 ajoute :
- Les difficultés qui s'élèvent au cours de la mise en œuvre du jugement sur la responsabilité sont, en application de l'article L. 623-19, soumises au juge de la mise en état avant l'expiration du délai fixé pour l'indemnisation des consommateurs. Ce délai est suspendu jusqu'à la décision du juge de la mise en état.
- L'ordonnance du juge de la mise en état n'est pas susceptible d'appel.

2.1.5.4 Jugement sur les demandes d'indemnisation insatisfaites

- [872] En vertu de l'article R. 623-8, le jugement sur la responsabilité prévoit une date d'audience devant la formation de jugement pour examiner les demandes

d'indemnisation auxquelles le professionnel n'aurait pas fait droit. Si, à la date limite fixée par le jugement sur la responsabilité, un consommateur n'a pas été indemnisé, le tribunal judiciaire statue son indemnisation. L'article R. 623-10 prévoit en effet :

Le juge statue par un même jugement sur toutes les demandes d'indemnisation auxquelles le professionnel n'a pas fait droit.

[873] Au moment où arrive la date limite, le dossier est en cours de mise en état devant le tribunal judiciaire et l'association doit présenter au tribunal une demande d'indemnisation pour les consommateurs non indemnisés, par voie de conclusions. La demande est présentée comme une demande incidente. Cela résulte de l'article R. 623-26 :

Les demandes d'indemnisation auxquelles le professionnel n'a pas fait droit sont portées devant le tribunal judiciaire, en vue de l'audience fixée en application des dispositions de l'article R. 623-8, dans les formes prévues pour les demandes incidentes et dans le délai fixé par le juge pour le saisir, conformément à l'article L. 623-11.

[874] L'article R. 623-27 prévoit le cas où aucune demande n'est présentée :

S'il n'a été saisi d'aucune demande d'indemnisation dans le délai fixé en application de l'article L. 623-11, le juge constate l'extinction de l'instance.

[875] Si un jugement est rendu, l'association est chargée de son exécution forcée. L'article L. 623-20 dispose :

L'association requérante représente les consommateurs membres du groupe qui n'ont pas été indemnisés par le professionnel dans les délais fixés, aux fins de l'exécution forcée du jugement statuant sur les demandes d'indemnisation auxquelles le professionnel n'a pas fait droit.

[876] Et l'article R. 623-28 ajoute :

L'association représentant les consommateurs en application des dispositions de l'article L. 623-20 est réputée créancière au sens des articles L. 111-1 et L. 111-2 du code des procédures civiles d'exécution pour l'exécution forcée du jugement rendu sur le fondement des dispositions de l'article R. 623-10.

[877] L'article R. 623-29 pose une exigence formelle tout-à-fait logique :

Dans tous les actes relatifs à la liquidation judiciaire des préjudices et à l'exécution forcée du jugement, l'association précise, outre les mentions prévues par la loi, à peine de nullité, l'identité des consommateurs pour le compte de qui elle agit.

2.1.5.5 Substitution d'une association à une autre

[878] Si l'association qui a commencé l'action n'est pas diligente, elle peut être remplacée, conformément à l'article L. 623-31 :

Toute association de défense des consommateurs représentative au niveau national et agréée en application de l'article L. 811-1 peut demander au juge, à compter de sa saisine en application de l'article L. 623-1 et à tout moment, sa substitution dans les droits de l'association requérante, en cas de défaillance de cette dernière.

[879] Il faut lire également les dispositions suivantes :

Article R. 623-30

La demande d'une association de défense des consommateurs agréée tendant à ce que celle-ci soit substituée dans les droits de l'association requérante en application des dispositions de l'article L. 623-31 est faite par voie de demande incidente.

Article R. 623-31

Le juge statue, à la demande de l'association qui l'en saisit, sur le transfert de tout ou partie de la provision qui aura pu être allouée en application des dispositions de l'article L. 623-12.

Article R. 623-32

La décision qui rejette la demande de substitution n'est pas susceptible de recours.

Article R. 623-33

La substitution emporte transfert du mandat donné par les consommateurs à l'association substituée.

L'association défaillante remet les pièces ainsi que les fonds détenus, le cas échéant pour le compte de consommateurs, à l'association qui lui est substituée qui en accuse réception. Tant que cette remise n'a pas lieu, l'association défaillante n'est pas déchargée de ses obligations.

2.1.6 Action de groupe simplifiée

[880] Le Code de la consommation prévoit aussi une action de groupe simplifiée, pour les dossiers les plus simples. L'article L. 623-14 en indique les conditions d'application :

Lorsque l'identité et le nombre des consommateurs lésés sont connus et lorsque ces consommateurs ont subi un préjudice d'un même montant, d'un montant identique par prestation rendue ou d'un montant identique par référence à une période ou à une durée, le juge, après avoir statué sur la responsabilité du professionnel, peut condamner ce dernier à les indemniser directement et individuellement, dans un délai et selon des modalités qu'il fixe.

[881] L'article R. 623-11 précise :

Le jugement prévu à l'article L. 623-14, après avoir déterminé les critères d'identification des membres du groupe, précise le délai et les modalités d'information, d'acceptation et d'indemnisation des consommateurs concernés.

[882] L'article L. 623-15 prévoit une information individuelle des consommateurs :

Préalablement à son exécution par le professionnel et selon des modalités et dans le délai fixés par le juge, la décision mentionnée à l'article L. 623-14, lorsqu'elle n'est plus susceptible de recours ordinaires ni de pourvoi en cassation, fait l'objet de mesures d'information individuelle des consommateurs concernés, aux frais du professionnel, afin de leur permettre d'accepter d'être indemnisés dans les termes de la décision.

[883] L'article R. 623-12 comporte les détails relatifs à cette information :

Les mesures d'information individuelle des consommateurs mentionnées à l'article L. 623-15 auxquelles le professionnel doit procéder doivent comporter, outre les mentions éventuellement prescrites par le jugement :

1° La reproduction du dispositif de la décision ;

2° Les coordonnées du professionnel auprès duquel chaque consommateur peut accepter l'indemnisation et de l'association qui doit en être informée ;

3° La forme, le contenu et le délai de l'acceptation de l'indemnisation dans les termes du jugement ainsi que l'indication que celle-ci vaut mandat aux fins d'indemnisation au profit de l'association auprès de laquelle le consommateur a manifesté son acceptation ou qu'il a informée de celle-ci ou, en cas de défaillance, au profit de l'association qui lui aura été substituée ;

4° L'indication que le consommateur qui a accepté l'indemnisation dans les termes du jugement ne pourra plus agir individuellement à l'encontre du professionnel concerné en réparation du préjudice indemnisé dans le cadre de

l'action de groupe mais qu'il pourra toujours agir en indemnisation de ses autres préjudices ;

5° L'indication qu'à défaut d'acceptation selon les modalités et délai requis le consommateur ne sera plus recevable à obtenir une indemnisation dans le cadre de l'action de groupe.

[884] Les consommateurs doivent accepter expressément l'indemnisation :

Article R. 623-13

L'acceptation du consommateur est adressée, par tout moyen permettant d'en accuser la réception, auprès du professionnel et de l'association requérante ou, en cas de pluralité, de l'une d'elles, selon le délai et les modalités déterminées par le juge.

Elle contient les nom, prénoms, domicile du consommateur ainsi que, le cas échéant, une adresse électronique à laquelle les informations relatives à la procédure peuvent lui être envoyées.

Elle mentionne expressément le montant de l'indemnisation acceptée, eu égard aux termes du jugement.

Et article R. 623-14

Les consommateurs membres du groupe qui n'ont pas exprimé leur acceptation dans le délai et selon les modalités fixées par le juge en application des dispositions de l'article L. 623-15 et dans les conditions prévues par l'article R. 623-13 ne sont plus recevables à demander leur indemnisation dans le cadre de l'action de groupe et ne sont pas représentés par l'association requérante.

[885] L'article L. 623-16 envisage le cas où le professionnel n'exécuterait pas la décision :

En cas d'inexécution par le professionnel, à l'égard des consommateurs ayant accepté l'indemnisation, de la décision rendue dans le délai fixé, les articles L. 623-19 et L. 623-20 sont applicables et l'acceptation de l'indemnisation dans les termes de la décision vaut mandat aux fins d'indemnisation au profit de l'association.

2.2 AUTRES DOMAINES

[886] Il faut d'abord indiquer quels sont les domaines autres que le droit de la consommation dans lesquels l'action de groupe est désormais ouverte (2.2.1). Il faut préciser la juridiction compétente (2.2.2). Il faut enfin expliquer comment l'action est introduite (2.2.3) et quel est son objet (2.2.4), qui varie suivant les domaines. Les parties peuvent recourir à une médiation (2.2.5)

2.2.1 Domaines concernés

[887] L'action de groupe relevant du régime général est même ouverte en droit administratif mais on ne traitera pas ici de ce domaine. Il faut en revanche dire quelques mots de l'action de groupe en matière de discriminations en droit du travail (2.2.1.1), de préjudice environnemental (2.2.1.2), de risque sanitaire (2.2.1.3) et de manquements à la loi informatique et liberté (2.2.1.3).

2.2.1.1 Discriminations en droit du travail

[888] L'article 10, II de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, modifiée par la loi Justice 21, fait allusion à l'action de groupe en matière de discriminations mais renvoie au Code du travail et au Code de justice administrative. Nous nous intéresserons ici seulement aux discriminations en droit du travail. Cette action de groupe n'est possible que si le fait générateur de responsabilité

ou le manquement est postérieur à l'entrée en vigueur de la loi de 2016⁵⁰³, soit le 21 novembre 2016.

2.2.1.2 Préjudice environnemental

[889] L'article L. 142-3 du Code de l'environnement ouvre l'action de groupe pour la réparation des préjudices causés par les faits définis par l'article L. 142-2, alinéa 1^{er} :

faits portant un préjudice direct ou indirect aux intérêts collectifs qu'elles [...] et constituant une infraction aux dispositions législatives relatives à la protection de la nature et de l'environnement, à l'amélioration du cadre de vie, à la protection de l'eau, de l'air, des sols, des sites et paysages, à l'urbanisme, à la pêche maritime ou ayant pour objet la lutte contre les pollutions et les nuisances, la sûreté nucléaire et la radioprotection, les pratiques commerciales et les publicités trompeuses ou de nature à induire en erreur quand ces pratiques et publicités comportent des indications environnementales ainsi qu'aux textes pris pour leur application.

2.2.1.3 Risques sanitaires

[890] L'action de groupe en matière de santé publique, permettant à une association d'agir en réparation des préjudices similaires subis par plusieurs usagers du système de santé avait été introduite par l'article 184 de la loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé. Un décret n° 2016-1249 du 26 septembre 2016 relatif à l'action de groupe en matière de santé avait introduit les articles R. 1143-1 et suivants dans le Code de la santé publique, afin d'organiser les modalités pratiques de cette action de groupe. La loi justice 21 a légèrement modifié les dispositions législatives pour les articuler avec les dispositions de droit commun applicables à toutes ces actions de groupe. L'article L. 1143-2 explique son objet :

Une association d'usagers du système de santé agréée en application de l'article L. 1114-1 peut agir en justice afin d'obtenir la réparation des préjudices individuels subis par des usagers du système de santé placés dans une situation similaire ou identique et ayant pour cause commune un manquement d'un producteur ou d'un fournisseur de l'un des produits mentionnés au II de l'article L. 5311-1 ou d'un prestataire utilisant l'un de ces produits à leurs obligations légales ou contractuelles.

L'action n'est pas ouverte aux associations ayant pour activité annexe la commercialisation de l'un des produits mentionnés au même II.

L'action ne peut porter que sur la réparation des préjudices résultant de dommages corporels subis par des usagers du système de santé.

L'engagement de l'action n'est soumis ni à l'article 64 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle ni à l'article L. 77-10-5 du code de justice administrative. ;

2.2.1.4 Manquement à la loi informatique et libertés

[891] L'article 43 ter, introduit par la loi Justice XXI, de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, dispose :

I. - Sous réserve du présent article, le chapitre I^{er} du titre V de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle et le chapitre X du titre VII du livre VII du code de justice administrative s'appliquent à l'action ouverte sur le fondement du présent article.

II. - Lorsque plusieurs personnes physiques placées dans une situation similaire subissent un dommage ayant pour cause commune un manquement de même

⁵⁰³ Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016, art. 92, II.

nature aux dispositions de la présente loi par un responsable de traitement de données à caractère personnel ou un sous-traitant, une action de groupe peut être exercée devant la juridiction civile ou la juridiction administrative compétente.

III. - Cette action tend exclusivement à la cessation de ce manquement.

IV. - Peuvent seules exercer cette action :

1° Les associations régulièrement déclarées depuis cinq ans au moins ayant pour objet statutaire la protection de la vie privée et la protection des données à caractère personnel ;

2° Les associations de défense des consommateurs représentatives au niveau national et agréées en application de l'article L. 811-1 du code de la consommation, lorsque le traitement de données à caractère personnel affecte des consommateurs ;

3° Les organisations syndicales de salariés ou de fonctionnaires représentatives au sens des articles L. 2122-1, L. 2122-5 ou L. 2122-9 du code du travail ou du III de l'article 8 bis de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires ou les syndicats représentatifs de magistrats de l'ordre judiciaire, lorsque le traitement affecte les intérêts des personnes que les statuts de ces organisations les chargent de défendre.

2.2.2 Compétence

[892] Si le défendeur est une personne publique, le juge administratif est compétent⁵⁰⁴. Dans le cas contraire, le tribunal judiciaire est compétent⁵⁰⁵. Dans ce dernier cas, l'article 849 du Code de procédure civile dispose :

Le tribunal judiciaire territorialement compétent est celui du lieu où demeure le défendeur.

Le tribunal judiciaire de Paris est compétent lorsque le défendeur demeure à l'étranger ou n'a ni domicile ni résidence connus.

[893] La procédure est gouvernée par le régime de la procédure écrite ordinaire⁵⁰⁶.

2.2.3 Introduction de l'action

[894] L'association demanderesse doit, avant d'introduire son action, mettre le défendeur en demeure, sauf en matière de préjudice sanitaire⁵⁰⁷. En matière de discrimination en droit du travail, la mise en demeure obéit à des règles spécifiques, énoncées par l'article L. 1134-9 du Code du travail :

Par dérogation à l'article 64 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle, préalablement à l'engagement de l'action de groupe mentionnée à l'article L. 1134-7, les personnes mentionnées au même article L. 1134-7 demandent à l'employeur, par tout moyen conférant date certaine à cette demande, de faire cesser la situation de discrimination collective alléguée.

Dans un délai d'un mois à compter de la réception de cette demande, l'employeur en informe le comité d'entreprise ou, à défaut, les délégués du personnel, ainsi que les organisations syndicales représentatives dans l'entreprise. A la demande du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel, ou à la demande d'une organisation syndicale représentative, l'employeur engage une discussion

⁵⁰⁴ CJA, art. L. 77-10-1.

⁵⁰⁵ COJ, art. L. 211-9-2.

⁵⁰⁶ C. proc. civ., art. 849-2.

⁵⁰⁷ Loi Justice 21, art. 64 ; CSP, art. L. 1143-2, al. 4.

sur les mesures permettant de faire cesser la situation de discrimination collective alléguée.

L'action de groupe engagée pour la défense des intérêts de plusieurs candidats à un emploi, à un stage ou à une période de formation en entreprise ou de plusieurs salariés peut être introduite à l'expiration d'un délai de six mois à compter de la demande tendant à faire cesser la situation de discrimination collective alléguée ou à compter de la notification par l'employeur du rejet de la demande.

- [895] Il faut évoquer la mise en demeure préalable obligatoire (2.2.3.1), l'assignation (2.2.3.2), l'effet de la demande sur la prescription (2.2.3.3), l'action contre l'assureur (2.2.3.4) et la substitution d'un nouveau demandeur au demandeur initial (2.2.3.5).

2.2.3.1 Mise en demeure préalable

- [896] L'article 64 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle dispose que :

préalablement à l'introduction de l'action de groupe, la personne ayant qualité pour agir met en demeure celle à l'encontre de laquelle elle envisage d'agir par la voie de l'action de groupe de cesser ou de faire cesser le manquement ou de réparer les préjudices subis. À peine d'irrecevabilité que le juge peut soulever d'office, afin que la personne mise en demeure puisse prendre les mesures pour cesser ou faire cesser le manquement ou réparer les préjudices subis, l'action de groupe ne peut être introduite qu'à l'expiration d'un délai de quatre mois à compter de la réception de cette mise en demeure.

2.2.3.2 Assignation

- [897] Il faut lire l'article 849-1 :

Outre les mentions prescrites aux articles 56 et 752, l'assignation expose expressément, à peine de nullité, les cas individuels présentés par le demandeur au soutien de son action.

- [898] Et l'article 849-2 :

La demande est formée, instruite et jugée selon les règles applicables à la procédure écrite ordinaire.

2.2.3.3 Effet de la demande sur la prescription

- [899] L'article 77 de la loi Justice 21 dispose :

L'action de groupe suspend la prescription des actions individuelles en réparation des préjudices résultant des manquements constatés par le juge ou des faits retenus dans l'accord homologué en application de l'article 76.

Le délai de prescription recommence à courir, pour une durée qui ne peut être inférieure à six mois, à compter de la date à laquelle le jugement n'est plus susceptible de recours ordinaire ou de pourvoi en cassation ou à compter de la date de l'homologation de l'accord.

2.2.3.4 Action contre l'assureur

- [900] L'article 83 de la loi Justice 21 dispose :

Le demandeur à l'action peut agir directement contre l'assureur garantissant la responsabilité civile du responsable en application de l'article L. 124-3 du code des assurances.

2.2.3.5 Substitution du demandeur

- [901] Si le demandeur est défaillant, il peut être remplacé. L'article 81 de la loi n° 2016-1547 dispose :

Lorsque le juge a été saisi d'une action en application de l'article 62 et que le demandeur à l'action est défaillant, toute personne ayant qualité pour agir à titre principal peut demander au juge sa substitution dans les droits du demandeur.

[902] La substitution est demandée sous forme de demande incidente, comme le précise l'article 849-21 du Code de procédure civile :

La substitution dans les droits du demandeur à l'action défaillant est faite par voie de demande incidente.

Lorsque le juge fait droit à une demande de substitution à un demandeur défaillant, il statue, saisi de conclusions en ce sens, sur le transfert de tout ou partie de la provision qui aura pu être allouée en application des dispositions de l'article 68 de la loi du 18 novembre 2016 susmentionnée.

La substitution emporte transfert du mandat donné par les personnes intéressées au demandeur substitué.

Le demandeur défaillant est tenu de remettre les pièces ainsi que les fonds détenus, le cas échéant pour le compte des personnes intéressées, au demandeur qui lui est substitué qui en accuse réception. Tant que cette remise n'a pas lieu, le demandeur défaillant n'est pas déchargé de ses obligations.

2.2.4 Objet de l'action de groupe

[903] L'action peut tendre à la cessation du manquement (2.2.4.1) et / ou à la réparation du préjudice subi par les victimes (2.2.4.2).

2.2.4.1 Cessation du manquement

[904] L'article 65 de la loi Justice 21 dispose :

Lorsque l'action de groupe tend à la cessation du manquement, le juge, s'il constate l'existence d'un manquement, enjoint au défendeur de cesser ou de faire cesser ledit manquement et de prendre, dans un délai qu'il fixe, toutes les mesures utiles à cette fin, au besoin avec l'aide d'un tiers qu'il désigne. Lorsque le juge prononce une astreinte, celle-ci est liquidée au profit du Trésor public.

[905] Voici les domaines dans lesquels la procédure peut tendre à la cessation du manquement :

- Discrimination en droit du travail (C. trav., art. L. 1134-8, al. 1^{er}).
- Préjudice environnemental (C. env., art. L. 142-3-1, III).
- Manquement à la loi informatique et libertés (art. 43 ter, III)

[906] Le juge peut désigner un tiers, rémunéré, pour veiller à la cessation du manquement⁵⁰⁸. En revanche, en matière de risque sanitaire, l'action ne peut tendre qu'à la réparation du préjudice corporel⁵⁰⁹.

2.2.4.2 Réparation du préjudice

[907] Domaines où l'action peut tendre à la réparation du préjudice :

- Discrimination en droit du travail (C. trav., art. L. 1134-8, al. 1^{er}).
- Préjudice environnemental (C. env., art. L. 142-3-1, III).
- Risque sanitaire, l'action ne peut tendre qu'à la réparation du préjudice corporel (CSP, art. L. 1143-2, al. 3).

⁵⁰⁸ C. proc. civ., art. 849-3 à 849-10.

⁵⁰⁹ CSP, art. L. 1143-2, al. 3.

[908] Il y a alors un jugement sur la responsabilité, qui définit le groupe de victimes et le délai d'adhésion⁵¹⁰. En revanche, en cas de manquement à la loi informatique et libertés⁵¹¹, l'action ne peut tendre qu'à la cessation du manquement. Ce jugement produit deux effets :

- Il a l'autorité de chose jugée à l'égard de chacune des personnes dont le préjudice a été réparé au terme de la procédure⁵¹².
- Il rend irrecevable l'action de groupe qui se fonde sur le même fait générateur, le même manquement et la réparation des mêmes préjudices que ceux qu'il reconnaît.

[909] Le jugement décide de recourir à la procédure individuelle (a) ou collective (b) de réparation des préjudices⁵¹³.

a Procédure individuelle de réparation des préjudices

[910] Cette procédure obéit au système de l'*opt in*. Les victimes doivent adhérer au groupe pour bénéficier de l'action. Le demandeur à l'action reçoit mandat aux fins d'indemnisation et aux fins d'exercice de l'action en réparation pour les victimes non indemnisées⁵¹⁴. Les victimes non indemnisées peuvent saisir à nouveau le juge en vue de la réparation du préjudice⁵¹⁵.

b Procédure collective de liquidation des préjudices

[911] Dans la procédure collective, le demandeur à l'action et le professionnel responsable négocient pour déterminer l'indemnité due à chaque victime. Alors que dans la procédure individuelle, chaque victime réclame une certaine somme. Soit elle reçoit ce qu'elle a demandé, et il n'y a pas de suite ; soit elle reçoit moins ou rien, et elle saisira à nouveau le juge (ou l'association saisira à nouveau le juge). Le jugement qui établit la responsabilité du défendeur doit non seulement définir les préjudices réparables dans le cadre de l'action de groupe mais aussi déterminer tous les éléments permettant l'évaluation desdits préjudices⁵¹⁶.

[912] Les victimes doivent adhérer au groupe (*opt in*) mais ici, elles doivent le faire nécessairement auprès du demandeur à l'action, elles ne peuvent le faire auprès du professionnel déclaré responsable, à la différence de la procédure individuelle de réparation⁵¹⁷.

[913] Le demandeur à l'action et le professionnel négocient un accord, qui peut être total ou partiel. En cas d'accord partiel ou de défaut d'accord, à l'expiration d'un délai d'un an, les victimes peuvent adresser leur demande de réparation au responsable et on bascule alors dans la procédure individuelle⁵¹⁸.

⁵¹⁰ Loi Justice 21, art. 66 et 67 ; C. proc. civ., art. 849-11 à 849-13.

⁵¹¹ Art. 43 ter, III.

⁵¹² Loi Justice 21, art. 78.

⁵¹³ C. proc. civ., art. 849-12.

⁵¹⁴ Loi Justice 21, art. 69 et 70 ; C. proc. civ., art. 849-14 à 849-20.

⁵¹⁵ Loi Justice 21, art. 71.

⁵¹⁶ Loi Justice 21, art. 68.

⁵¹⁷ Loi Justice 21, art. 72.

⁵¹⁸ Loi Justice 21, art. 73.

2.2.5 Médiation

[914] Il ne faut pas confondre ce processus de médiation avec l'action collective de liquidation des préjudices. Ici, il s'agit de négocier sur toutes les autres questions aussi : existence de la responsabilité, nature des préjudices, etc. et pas seulement sur la liquidation de préjudices définis par un jugement. D'ailleurs cette médiation peut avoir lieu avant la saisine du juge⁵¹⁹. Tout accord est soumis à l'homologation du juge. Le jugement d'homologation produit deux effets⁵²⁰ :

- Il a l'autorité de chose jugée à l'égard de chacune des personnes dont le préjudice a été réparé au terme de la procédure.
- Il rend irrecevable l'action de groupe qui se fonde sur le même fait générateur, le même manquement et la réparation des mêmes préjudices que ceux qu'il reconnaît

3 PROCEDURE PARTICIPATIVE

[915] La procédure participative française est inspirée d'un mode de résolution des litiges appelé droit collaboratif et existant depuis plus longtemps au Québec et plus généralement en Amérique du Nord. Ce mode repose sur une charte collaborative organisant, avant tout procès, des négociations de bonne foi entre les parties avec l'assistance de leurs avocats, au cours de rencontres dites de règlement⁵²¹. En France, la loi n° 2010-1609 relative à l'exécution des décisions de justice, aux conditions d'exercice de certaines professions réglementées et aux experts judiciaires a introduit, dans le livre III du Code civil, un titre XVII relatif à la procédure participative. Le Code de procédure civile comporte les dispositions organisant le régime de cette procédure.

[916] Cela dit, la procédure participative française se démarque sur plusieurs points du droit collaboratif. Ainsi, en Amérique du Nord, les avocats qui accompagnent les parties pendant la négociation ne peuvent pas les défendre ensuite si la justice est saisie du différend. De plus, la phase amiable est protégée par un principe strict de confidentialité. Au contraire, en France, les avocats qui assistent les parties peuvent continuer à le faire en cas d'échec du processus amiable et les écritures, pièces et rapports d'expertise communiqués pendant la phase amiable peuvent ensuite, le cas échéant, être produits en justice.

[917] Ces règles révèlent la philosophie qui animait le législateur français : il a fait en sorte que la phase amiable, en cas d'échec, puisse servir de phase préparatoire à la procédure judiciaire. La loi Justice 21 est allée plus loin encore en faisant de la procédure participative un mode hybride de résolution des différends, puisqu'elle peut désormais servir à la résolution amiable du différend ou à la mise en état d'un litige porté devant une juridiction. Cela apparaît explicitement dans l'article 2062 du Code civil, qui définit la convention de procédure participative :

La convention de procédure participative est une convention par laquelle les parties à un différend s'engagent à œuvrer conjointement et de bonne foi à la résolution amiable de leur différend ou à la mise en état de leur litige.

Cette convention est conclue pour une durée déterminée.

[918] Ainsi, la procédure participative ne peut être mise en place que sur la base d'une convention (4.1), qu'il faut évoquer avant d'expliquer comment elle se déroule (4.2).

⁵¹⁹ Loi Justice 21, art. 75 et 76.

⁵²⁰ Loi Justice 21, art. 78.

⁵²¹ V. S. Guinchard et al., *Procédure civile*, Dalloz, 36^e éd., 2022, n° 2452 et s.

3.1 CONVENTION DE PROCEDURE PARTICIPATIVE

[919] Il faut présenter les parties à la convention de procédure participative (3.1.1), son objet (3.1.2), sa forme et ses mentions obligatoires (3.1.3), ainsi que ses effets (3.1.4).

3.1.1 Parties

[920] La convention de procédure participative peut être conclue par toutes les personnes, physiques et morales, mais seulement avec l'assistance de leurs avocats. Concrètement, cela signifie que la convention est signée par les parties et leurs avocats. C'est ce qui résulte de l'article 2064 du Code civil :

Toute personne, assistée de son avocat, peut conclure une convention de procédure participative sur les droits dont elle a la libre disposition, sous réserve des dispositions de l'article 2067.

3.1.2 Objet

[921] L'article 2064 du Code civil précise aussi que la convention ne peut être conclue qu'en vue de la résolution d'un différend portant sur des droits disponibles, avec une exception résultant de l'article 2067 :

Une convention de procédure participative peut être conclue par des époux en vue de rechercher une solution consensuelle en matière de divorce ou de séparation de corps.

L'article 2066 n'est pas applicable en la matière. La demande en divorce ou en séparation de corps présentée à la suite d'une convention de procédure participative est formée et jugée suivant les règles prévues au titre VI du livre 1er relatif au divorce.

3.1.3 Forme et mentions obligatoires

[922] Quant à la forme, pour être valable, la convention doit être conclue par écrit et contenir un certain nombre de précisions, indiquées par l'article 2063 :

La convention de procédure participative est, à peine de nullité, contenue dans un écrit qui précise :

1° Son terme ;

2° L'objet du différend ;

3° Les pièces et informations nécessaires à la résolution du différend ou à la mise en état du litige et les modalités de leur échange ;

4° Le cas échéant, les actes contresignés par avocats que les parties s'accordent à établir, dans des conditions prévues par décret en Conseil d'État.

[923] L'exigence de la mention du terme est la conséquence du fait que la convention est nécessairement conclue à durée déterminée, selon l'article 2062, alinéa 2.

[924] L'article 1546 du Code de procédure civile ajoute :

La convention de procédure participative est modifiée dans les mêmes formes que celles prévues pour son établissement.

3.1.4 Effet

[925] Lorsque la convention a été conclue avant la saisine de toute juridiction, elle rend irrecevable toute demande en justice tendant à la résolution du différend visé, du moins tant qu'elle est exécutée par toutes les parties. Ce n'est évidemment pas le cas lorsqu'elle a été conclue après la saisine d'une juridiction, afin d'organiser la mise en état. L'article 2065 dispose :

Tant qu'elle est en cours, la convention de procédure participative conclue avant la saisine d'un juge rend irrecevable tout recours au juge pour qu'il statue sur le litige. Toutefois, l'inexécution de la convention par l'une des parties autorise une autre partie à saisir le juge pour qu'il statue sur le litige.

En cas d'urgence, la convention ne fait pas obstacle à ce que des mesures provisoires ou conservatoires soient demandées par les parties.

3.2 DEROULEMENT DE LA PROCEDURE PARTICIPATIVE

[926] Quant au déroulement de la procédure participative, l'article 2068 du code civil renvoie au code de procédure civile. Ce sont les articles 1544 à 1564-7 qui gouvernent la procédure participative. L'article 1543 rappelle que la procédure participative peut se dérouler dans deux contextes distincts, avec deux finalités bien différentes :

Elle se déroule selon une procédure conventionnelle de recherche d'un accord, suivie, le cas échéant, par une procédure aux fins de jugement.

Elle peut aussi se dérouler dans le cadre de l'instance, aux fins de mise en état devant toute juridiction de l'ordre judiciaire, quelle que soit la procédure suivie.

[927] La procédure conventionnelle de recherche d'un accord visée au premier alinéa est suivie d'une procédure aux fins de jugement lorsque les parties ne sont pas parvenues à résoudre l'entier différend. L'article 1544 pose un principe général :

Les parties, assistées de leurs avocats, œuvrent conjointement, dans les conditions fixées par convention, à un accord mettant un terme au différend qui les oppose ou à la mise en état de leur litige.

[928] Cela étant dit, le Code de procédure civile distingue la phase de recherche d'un accord ou de mise en état, désignée comme la « *procédure conventionnelle* » (4.2.1), et la « *procédure aux fins de jugement* » (4.2.2).

3.2.1 Procédure conventionnelle

[929] Il faut, suivant le plan du code procédure civile, envisager les dispositions générales (3.2.1.1), la convention organisant la mise en état (3.2.1.2), le recours à un technicien (3.1.2.3) et l'issue de la procédure participative (3.1.2.4).

3.2.1.1 Dispositions générales

[930] Au cours de la procédure, les avocats des parties échangent des écritures, exposant leurs prétentions et leurs moyens, et des pièces. L'article 1545 pose également des règles générales à suivre pour ces communications :

Outre les mentions prévues à l'article 2063 du code civil, la convention de procédure participative mentionne les noms, prénoms et adresses des parties et de leurs avocats.

La communication des prétentions et des moyens en fait et en droit, des pièces et informations entre les parties se fait par l'intermédiaire de leurs avocats selon les modalités prévues par la convention ; ceux-ci les portent à la connaissance des intéressés par tous moyens appropriés. Un bordereau est établi lorsqu'une pièce est communiquée.

La convention fixe également la répartition des frais entre les parties sous réserve des dispositions de l'article 123 du décret n° 2020-1717 du 28 décembre 2020 lorsque l'une des parties bénéficie de l'aide juridictionnelle. A défaut de précision dans la convention, les frais de la procédure participative sont partagés entre les parties à parts égales.

[931] L'article 1546-3 du Code de procédure civile donne des précisions sur les actes contresignés par avocat dont les parties peuvent prévoir l'utilisation, selon l'article 2063 du Code civil :

L'acte de procédure contresigné par avocat est établi conjointement par les avocats des parties à un litige ayant ou non donné lieu à la saisine d'une juridiction, en dehors ou dans le cadre d'une procédure participative.

Par actes contresignés par avocats précisés dans la convention de procédure participative, les parties peuvent notamment :

1° Énumérer les faits ou les pièces qui ne l'auraient pas été dans la convention, sur l'existence, le contenu ou l'interprétation desquels les parties s'accordent ;

2° Déterminer les points de droit auxquels elles entendent limiter le débat, dès lors qu'ils portent sur des droits dont elles ont la libre disposition ;

3° Convenir des modalités de communication de leurs écritures ;

4° Recourir à un technicien selon les modalités des articles 1547 à 1554 ;

5° Désigner un conciliateur de justice ou un médiateur ayant pour mission de concourir à la résolution du litige. L'acte fixe la mission de la personne désignée, le cas échéant, le montant de sa rémunération et ses modalités de paiement ;

6° Consigner les auditions des parties, entendues successivement en présence de leurs conseils, comportant leur présentation du litige, leurs prétentions, les questions de leurs avocats ainsi que leurs réponses et les observations qu'elles souhaitent présenter ;

7° Consigner les déclarations de toute personne acceptant de fournir son témoignage sur les faits auxquels il a assisté ou qu'il a personnellement constatés, recueillies ensemble par les avocats, spontanément ou sur leur interrogation. L'acte contient les mentions prévues au deuxième alinéa de l'article 202. Le témoin fait précéder sa signature de la mention prévue au troisième alinéa du même article ;

8° Consigner les constatations ou avis donnés par un technicien recueillies ensemble par les avocats.

[932] Les actes contresignés par avocat établis au cours d'une procédure participative appartiennent donc à la catégorie d'actes réglementée par l'article 1374 du Code civil, celle des actes sous seing privé contresignés par avocats. Ils font foi jusqu'à être déclarés faux selon la procédure applicable à tous les actes sous seing privés. Ce ne sont donc pas des actes authentiques. Simplement, la signature de l'avocat garantit la parfaite information des parties et est plutôt rassurante quant à la véracité des circonstances qu'il a constatées lui-même.

[933] Ici, les actes de ce type pourront être utilisés, si les parties le souhaitent, pour compléter les dispositions de la convention de procédure participative et les modalités de la procédure mais aussi pour transcrire les déclarations des parties et de leurs témoins. Le code suggère ainsi de procéder à des auditions contradictoires en présence des avocats mais en dehors de l'enceinte judiciaire, comme le font souvent les avocats dans la tradition anglaise. Les transcriptions des auditions peuvent ensuite être versées au débat, si la procédure est suivie d'une phase de jugement ou si elle est utilisée pour organiser la mise en état.

3.2.1.2 Convention organisant la mise en état

[934] Lorsque la convention a été conclue afin d'organiser la mise en état d'un litige soumis au juge, des dispositions supplémentaires s'appliquent. On peut organiser ainsi la mise en état devant toutes les juridictions et pour toutes les procédures, même lorsque le Code ne prévoit pas une mise en état au sens strict, devant un juge de la mise en état.

L'article 1546-1 du Code de procédure civile indique que les parties peuvent conclure une telle convention à tout moment de l'instance. Elles choisissent ensuite de demander au juge de retirer l'affaire du rôle ou de fixer un calendrier de procédure conforme à celui qu'elles ont adopté. Les deux premiers alinéas disposent :

Les parties peuvent conclure une convention de procédure participative aux fins de mise en état à tout moment de l'instance.

Lorsque les parties et leurs avocats justifient avoir conclu une convention de procédure participative aux fins de mise en état, le juge peut, à leur demande, fixer la date de l'audience de clôture de l'instruction et la date de l'audience de plaidoiries. Il renvoie l'examen de l'affaire à la première audience précitée. A défaut de demande en ce sens, le juge ordonne le retrait du rôle.

[935] L'article 1546-1 alinéa 3 apporte une précision importante :

La signature d'une convention de procédure participative aux fins de mise en état vaut renonciation de chaque partie à se prévaloir d'une fin de non-recevoir, de toute exception de procédure et des dispositions de l'article 47 du présent code, à l'exception de celles qui surviennent ou sont révélées postérieurement à la signature de la convention de procédure participative.

[936] En appel, la convention substitue au calendrier prévu par le code celui adopté par les parties, ce qui leur permet d'échapper aux délais très stricts imposés par les textes, à peine de caducité de la déclaration d'appel ou d'irrecevabilité de l'appel incident ou provoqué, ce qui est très appréciable et devrait conduire les avocats à utiliser le plus possible ce procédé de mise en état conventionnelle :

Devant la cour d'appel, l'information donnée au juge de la conclusion d'une convention de procédure participative entre toutes les parties à l'instance d'appel interrompt les délais impartis pour conclure et former appel incident mentionnés aux articles 905-2 et 908 à 910. L'interruption de ces délais produit ses effets jusqu'à l'information donnée au juge de l'extinction de la procédure participative.

3.2.1.3 Recours à un technicien

[937] Que la procédure participative soit utilisée en tant que mode amiable de résolution des différends ou pour organiser la mise en état devant une juridiction, les parties peuvent recourir à une mesure d'instruction réalisée par un technicien. L'article 1547 du Code de procédure civile le prévoit :

Lorsque les parties envisagent de recourir à un technicien, elles le choisissent d'un commun accord et déterminent sa mission.

Le technicien est rémunéré par les parties, selon les modalités convenues entre eux.

[938] Il faut ensuite lire les articles 1548 à 1554 :

Article 1548

Il appartient au technicien, avant d'accepter sa mission, de révéler toute circonstance susceptible d'affecter son indépendance afin que les parties en tirent les conséquences qu'elles estiment utiles.

Article 1549

Le technicien commence ses opérations dès que les parties et lui-même se sont accordés sur les termes de leur contrat.

Il accomplit sa mission avec conscience, diligence et impartialité, dans le respect du principe du contradictoire.

Il ne peut être révoqué que du consentement unanime des parties.

Article 1550

A la demande du technicien ou après avoir recueilli ses observations, les parties peuvent modifier la mission qui lui a été confiée ou confier une mission complémentaire à un autre technicien.

Article 1551

Les parties communiquent au technicien les documents nécessaires à l'accomplissement de sa mission.

Lorsque l'inertie d'une partie empêche le technicien de mener à bien sa mission, il convoque l'ensemble des parties en leur indiquant les diligences qu'il estime nécessaires. Si la partie ne défère pas à sa demande, le technicien poursuit sa mission à partir des éléments dont il dispose.

Article 1552

Tout tiers intéressé peut, avec l'accord des parties et du technicien, intervenir aux opérations menées par celui-ci. Le technicien l'informe qu'elles lui sont alors opposables.

Article 1553

Le technicien joint à son rapport, si les parties et, le cas échéant, le tiers intervenant le demandent, leurs observations ou réclamations écrites.

Il fait mention dans celui-ci des suites données à ces observations ou réclamations.

Article 1554

A l'issue des opérations, le technicien remet un rapport écrit aux parties, et, le cas échéant, au tiers intervenant.

Ce rapport peut être produit en justice.

3.2.1.4 Issue de la procédure

[939] L'article 1555 du code de procédure civile explique comment s'éteint la procédure :

La procédure participative s'éteint par :

1° L'arrivée du terme de la convention de procédure participative ;

2° La résiliation anticipée et par écrit de cette convention par les parties assistées de leurs avocats ;

3° La conclusion d'un accord mettant fin en totalité au différend ou au litige ou l'établissement d'un acte constatant la persistance de tout ou partie de celui-ci ;

4° L'inexécution par l'une des parties, de la convention ;

5° La saisine du juge, dans le cadre d'une procédure participative aux fins de mise en état, aux fins de statuer sur un incident, sauf si la saisine émane de l'ensemble des parties.

[940] L'article 1555-1 envisage le cas où un accord a été conclu. Il doit être constaté dans un acte contresigné par avocat :

Lorsqu'un accord au moins partiel a pu être conclu, il est constaté dans un acte sous signature privée établi dans les conditions prévues à l'article 1374 du code civil. Il énonce de manière détaillée les éléments ayant permis la conclusion de cet accord.

Lorsque la convention de procédure participative a été conclue aux fins de mise en état, l'accord mentionné au premier alinéa est adressé à la juridiction au plus tard à la date de l'audience à laquelle l'instruction sera clôturée.

Lorsque la convention de procédure participative est conclue dans le cadre d'une procédure sans mise en état, l'accord mentionné au premier alinéa est adressé à la juridiction au plus tard le jour de l'audience.

3.2.2 Procédure aux fins de jugement

[941] A l'issue de la procédure participative, le juge peut être saisi, ou, si la convention avait organisé la mise en état, l'affaire est rétablie au rôle ou examinée lors de l'audience de clôture d'instruction prévue dans le calendrier. Ce n'est pas non plus obligatoire : si les parties ont conclu un accord mettant fin au litige, il suffit de ne pas saisir le juge ou de mettre fin à l'instance par des actes de désistements. L'article 1556 dispose :

A l'issue de la procédure conventionnelle et exception faite des demandes en divorce ou en séparation de corps sur lesquelles il est statué conformément aux dispositions de la section II du chapitre V du titre Ier du livre III, le juge peut être saisi de l'affaire ou celle-ci être rétablie à la demande d'une des parties, selon le cas, pour homologuer l'accord des parties mettant fin en totalité au différend ou au litige, pour homologuer un accord partiel des parties et statuer sur la partie du litige persistant ou pour statuer sur l'entier litige.

La demande faite au juge par une partie, en application du premier alinéa de l'article 2065 du code civil, pour qu'il statue sur le litige avant le terme de la convention, du fait de son inexécution par l'autre partie, est formée, instruite et jugée conformément aux règles de procédure applicables devant ce juge.

[942] Si un accord a été conclu, pour tout ou partie du différend, les parties peuvent demander au juge de l'homologuer. L'article 1557 du code de procédure civile dispose :

La demande tendant à l'homologation de l'accord des parties établi conformément à l'article 1555 est présentée au juge par requête de la partie la plus diligente ou de l'ensemble des parties.

A peine d'irrecevabilité, la requête est accompagnée de la convention de procédure participative.

Lorsque l'accord concerne un mineur capable de discernement, notamment lorsqu'il porte sur les modalités de l'exercice de l'autorité parentale, la requête mentionne les conditions dans lesquelles le mineur a été informé de son droit à être entendu par le juge ou la personne désignée par lui et à être assisté par un avocat.

[943] Les articles suivants envisagent la procédure de jugement du différend persistant après une procédure participative. On trouve d'abord des dispositions générales, applicables à tous les cas de figure. Assez logiquement, il n'y a pas de phase de conciliation, selon l'article 1558 :

Sous réserve des dispositions du troisième alinéa de l'article 2066 du code civil, lorsque les règles de procédure applicables devant le juge saisi aux fins de statuer sur tout ou partie du litige sur le fondement du paragraphe 2 ou 3 prévoient une tentative préalable de conciliation ou de médiation, l'affaire est directement appelée à une audience pour y être jugée.

[944] Devant le tribunal judiciaire, il n'y a pas de phase de mise en état, selon l'article 1559 :

Devant le tribunal judiciaire et à moins que l'entier différend n'ait été soumis à la procédure de droit commun, l'affaire est directement appelée à une audience de jugement de la formation à laquelle elle a été distribuée. L'affaire ne peut être renvoyée devant le juge de la mise en état que dans les cas prévus au deuxième et au troisième alinéa de l'article 1561.

[945] Les articles 1560 et 1561 envisage le cas où les parties ont conclu un accord partiel et demandent au juge de l'homologuer et de statuer sur le reste du différend :

Article 1560

Lorsque les parties ne sont parvenues qu'à un accord partiel et à moins qu'elles ne demandent que son homologation conformément à l'article 1557, elles peuvent saisir le juge à l'effet qu'il statue sur le différend résiduel soit conformément aux règles régissant la procédure applicable devant lui, soit par une requête conjointe signée par les avocats les ayant assistées au cours de la procédure participative dans les conditions prévues par le présent paragraphe.

Cette requête contient, à peine d'irrecevabilité que le juge peut soulever d'office, outre les mentions prévues par l'article 57 :

- les points faisant l'objet d'un accord entre les parties, dont elles peuvent demander au juge l'homologation dans la même requête ;
- les prétentions respectives des parties relativement aux points sur lesquels elles restent en litige, accompagnées des moyens de fait et de droit sur lesquels chacune de ces prétentions est fondée, avec l'indication pour chaque prétention des pièces invoquées.

Sous la même sanction, cette requête est accompagnée de la convention de procédure participative, des pièces prévues à l'article 2063 du code civil, le cas échéant, du rapport du technicien, ainsi que des pièces communiquées au cours de la procédure conventionnelle.

Conformément au I de l'article 55 du décret n° 2019-1333 du 11 décembre 2019, ces dispositions entrent en vigueur le 1er janvier 2020. Elles sont applicables aux instances en cours à cette date.

Article 1561

L'objet du litige est déterminé par les prétentions respectives des parties telles que formulées dans la requête prévue à l'article 1560.

Les parties ne peuvent modifier leurs prétentions, si ce n'est pour actualiser le montant d'une demande relative à une créance à exécution successive, opposer un paiement ou une compensation ultérieure ou faire juger les questions nées de l'intervention d'un tiers ou de la survenance ou de la révélation d'un fait postérieur à l'établissement de l'accord.

Les parties ne peuvent modifier le fondement juridique de leur demande ou soulever de nouveaux moyens qu'en vue de répondre à l'invitation du juge de fournir les explications de fait ou de droit qu'il estime nécessaires à la solution du litige.

[946] Les articles 1562 à 1564 envisagent la procédure de jugement de l'entier différend :

Article 1562

Lorsque le différend persiste en totalité, le juge peut en connaître :

- soit conformément aux règles régissant la procédure applicable devant lui ;
- soit selon les modalités prévues au paragraphe 2 [art. 1560 et 1561] ;
- soit sur requête unilatérale sur laquelle il statue suivant les règles applicables devant lui sous réserve des dispositions du présent paragraphe.

Article 1563

La requête est déposée au greffe par l'avocat de la partie la plus diligente. A peine d'irrecevabilité, elle est présentée dans un délai de trois mois suivant le terme de la convention de procédure participative.

Outre les mentions prescrites, à peine de nullité, par l'article 58, la requête contient un exposé des moyens de fait et de droit et est accompagnée de la liste des pièces mentionnées au troisième alinéa de l'article 1560.

L'avocat qui procède au dépôt en informe la partie adverse elle-même ainsi que l'avocat l'ayant assisté au cours de la procédure conventionnelle, selon le cas, par notification ou par lettre recommandée avec demande d'avis de réception.

Devant le tribunal judiciaire, le dépôt de cet acte au greffe contient constitution de l'avocat.

Article 1564

Lorsque la requête a été déposée au greffe du tribunal judiciaire, la notification mentionnée au troisième alinéa de l'article 1563 indique que la partie adverse doit constituer avocat dans un délai de quinze jours suivant cette notification.

Dans les autres cas, l'avocat du requérant est informé par le greffe, dès remise de la requête, de la date de la première audience utile à laquelle l'affaire sera appelée. Cette date est portée à la connaissance de la partie adverse dans la notification prévue au troisième alinéa de l'article 1563.

[947] Enfin, les articles 1564-1 à 1564-7 exposent les règles applicables lorsque la convention de procédure participative avait été conclue pour organiser la mise en état :

Article 1564-1

L'affaire est rétablie à la demande de l'une des parties afin que le juge, selon le cas homologue l'accord et statue sur la partie du litige persistant ou statue sur l'entier litige après avoir, le cas échéant, mis l'affaire en état d'être jugée.

La demande de rétablissement est accompagnée de la convention de procédure participative conclue entre les parties, des pièces prévues à l'article 2063 du code civil, le cas échéant, du rapport du technicien, ainsi que des pièces communiquées au cours de la procédure conventionnelle.

Conformément au I de l'article 55 du décret n° 2019-1333 du 11 décembre 2019, ces dispositions entrent en vigueur le 1er janvier 2020. Elles sont applicables aux instances en cours à cette date.

Article 1564-2

Sous réserve des dispositions de l'article 2067 du code civil, lorsque la mise en état a permis de parvenir à un accord total sur le fond du litige, la demande tendant à l'homologation de l'accord des parties établi conformément aux dispositions de l'article 1555-1, est présentée au juge par la partie la plus diligente ou l'ensemble des parties.

Lorsque l'accord concerne un mineur capable de discernement, notamment lorsqu'il porte sur les modalités de l'exercice de l'autorité parentale, la demande mentionne les conditions dans lesquelles le mineur a été informé de son droit à être entendu par le juge ou la personne désignée par lui et à être assisté par un avocat.

Conformément au I de l'article 55 du décret n° 2019-1333 du 11 décembre 2019, ces dispositions entrent en vigueur le 1er janvier 2020. Elles sont applicables aux instances en cours à cette date.

Article 1564-3

Lorsque la phase conventionnelle a permis de mettre l'affaire en état d'être jugée et de conclure un accord partiel sur le fond du litige, la demande de rétablissement est accompagnée d'un acte d'avocats établi dans les conditions prévues à l'article 1374 du code civil, formalisant les points faisant l'objet d'un accord entre les parties, ainsi que les prétentions respectives des parties relativement aux points sur lesquels elles restent en litige, accompagnées des moyens en fait et en droit sur lesquels chacune de ces prétentions est fondée, avec l'indication pour chaque prétention des pièces invoquées.

Conformément au I de l'article 55 du décret n° 2019-1333 du 11 décembre 2019, ces dispositions entrent en vigueur le 1er janvier 2020. Elles sont applicables aux instances en cours à cette date.

Article 1564-4

Lorsque la phase conventionnelle a permis de mettre l'affaire en état d'être jugée mais que le litige persiste en totalité sur le fond, la demande de rétablissement est accompagnée d'un acte d'avocats établi dans les conditions prévues à l'article 1374 du code civil, formalisant les prétentions respectives des parties, accompagnées des moyens en fait et en droit, avec l'indication pour chaque prétention des pièces invoquées.

Conformément au I de l'article 55 du décret n° 2019-1333 du 11 décembre 2019, ces dispositions entrent en vigueur le 1er janvier 2020. Elles sont applicables aux instances en cours à cette date.

Article 1564-5

Lorsque la phase conventionnelle n'a pas permis de mettre l'affaire en état d'être jugée, en tout ou partie, l'affaire est rétablie à la demande de la partie la plus diligente, pour être mise en état, conformément aux règles de procédure applicables devant le juge de la mise en état.

Conformément au I de l'article 55 du décret n° 2019-1333 du 11 décembre 2019, ces dispositions entrent en vigueur le 1er janvier 2020. Elles sont applicables aux instances en cours à cette date.

Article 1564-6

Lorsque le juge est saisi sur le fondement des dispositions des articles 1564-3 et 1564-4, l'affaire est fixée à bref délai.

Conformément au I de l'article 55 du décret n° 2019-1333 du 11 décembre 2019, ces dispositions entrent en vigueur le 1er janvier 2020. Elles sont applicables aux instances en cours à cette date.

Article 1564-7

Lorsque l'examen de l'affaire a été renvoyé à l'audience de clôture de l'instruction en application des dispositions du deuxième alinéa de l'article 1546-1, les actes et pièces mentionnés aux articles 1564-1, 1564-3 et 1564-4 sont communiqués au juge de la mise en état au plus tard à la date de cette audience.

4 AUDIENCE DE REGLEMENT AMIABLE ET CESURE DU PROCES

[948] Afin de favoriser le règlement amiable des différends, le décret du 29 juillet 2023⁵²² deux nouvelles mesures sont applicables aux instances introduites, à compter du 1^{er} novembre 2023, devant les tribunaux judiciaires :

- Audience de règlement amiable : tribunal judiciaire peut, d'office ou à la demande d'une partie, convoquer les parties à une audience de règlement amiable, qui a lieu devant un juge qui ne siègera pas dans la formation de jugement, dans le cas où les parties ne seraient pas parvenues à un accord total.
- Césure du procès : les parties peuvent demander la clôture partielle de l'instruction, sur certains points, qui sont renvoyés à la formation de jugement ; l'instruction se poursuit sur les autres points mais l'esprit du texte est que les parties s'efforcent de trouver un accord sur ces autres points.

⁵²² Décret n° 2023-686 du 29 juillet 2023 portant mesures favorisant le règlement amiable des litiges devant le tribunal judiciaire.

Lundi 20 novembre 2023

1 INTRODUCTION

[949] Cette leçon est consacrée à tous les procédés consistant, pour les parties, à rechercher un avis auprès d'un tiers pour les aider à mieux comprendre les enjeux de leur différend. Généralement cet avis est technique mais il peut s'agir aussi d'une appréciation d'ordre juridique. Dans tous les cas, l'avis est amiable dans la mesure où il n'a pas la nature d'une décision de justice : il n'a pas l'autorité de chose jugée et ne peut faire l'objet d'une procédure d'exécution forcée, ni d'une voie de recours juridictionnelle. En revanche, suivant les conventions des parties, l'avis peut être obligatoire. Dans cette hypothèse, la partie qui ne s'y conforme pas engage sa responsabilité contractuelle et peut être poursuivie devant la juridiction compétente, étatique ou arbitrale.

[950] Il existe ainsi des procédures permettant d'aboutir à un avis technique (2) ou juridique (3) amiable. Dans certains contrats importants et de longue durée, les parties constituent un *dispute board* (4). Il faut, enfin, évoquer les décisions d'urgence (5).

2 AVIS TECHNIQUE AMIABLE

[951] Pour un exemple, consulter le règlement d'avis technique amiable du Centre de médiation et d'arbitrage de Paris (CMA) : <https://www.cmap.fr/wp-content/uploads/2015/11/Avis-Technique-Amiable-07.pdf>

3 AVIS JURIDIQUE AMIABLE

[952] Pour un exemple, consulter le règlement d'avis technique amiable du Centre de médiation et d'arbitrage de Paris (CMA) : <https://www.cmap.fr/wp-content/uploads/2015/11/Evaluation-Juridique-Independante-2007.pdf>

4 DISPUTE BOARD

[953] Lire :

- J. E. Figueroa Valdés et W. R. Schubert, « The role of dispute boards in the construction industry », 20(2) *Int'l Arb. L.R.* 55 (2017) [DOC09]
- Règlement CCI relatif aux Dispute Boards [DOC10]

5 DECISION D'URGENCE

[954] Les centres d'arbitrage proposent parfois des procédures rapides destinées à obtenir des mesures provisoires ou conservatoires, octroyées par un tiers, parfois appelé arbitre d'urgence, qui rend une décision n'ayant pas la nature d'une sentence, octroyant des mesures provisoires ou conservatoires. Toutefois, elles ressemblent à des procédures arbitrales et on peut avoir l'impression qu'il s'agit de procédure juridictionnelle.

[955] On prendra l'exemple de la Cour d'arbitrage internationale de la CCI. Les parties ayant adhéré à son règlement d'arbitrage ont, du même coup, accepté l'application des règles relatives à l'arbitre d'urgence (6.1). Cependant, même lorsque les parties ne souhaitent pas recourir à un arbitrage CCI, elles peuvent adhérer au règlement du référé pré-arbitral (6.2).

5.1.1 Arbitre d'urgence

[956] Il faut d'abord lire l'article 29 du règlement d'arbitrage CCI :

Arbitre d'urgence

1 Toute partie sollicitant des mesures conservatoires ou provisoires urgentes qui ne peuvent attendre la constitution d'un tribunal arbitral (« mesures d'urgence ») peut déposer une requête à cette fin conformément aux Règles relatives à l'arbitre d'urgence de l'Appendice V. Cette requête n'est recevable que si le Secrétariat l'a reçue avant que le dossier ne soit remis au tribunal arbitral conformément à l'article 16, qu'une Demande ait ou non été déposée par le requérant.

2 L'arbitre d'urgence rend sa décision sous forme d'ordonnance. Les parties s'engagent à se conformer à toute ordonnance rendue par l'arbitre d'urgence.

3 Le tribunal arbitral n'est pas lié par l'ordonnance de l'arbitre d'urgence quant aux points, questions ou différends qui y sont tranchés. Le tribunal arbitral peut modifier ou rapporter l'ordonnance ou toute modification apportée à celle-ci par l'arbitre d'urgence ou lever les mesures ordonnées.

4 Le tribunal arbitral tranche toute demande d'une partie relative à la procédure de l'arbitre d'urgence, y compris sur le partage des frais, et toute demande découlant de l'exécution ou de l'inexécution de l'ordonnance ou en relation avec cette exécution ou inexécution.

5 L'article 29, paragraphes 1 à 4, et les Règles relatives à l'arbitre d'urgence qui figurent à l'Appendice V (collectivement les « Dispositions relatives à l'arbitre d'urgence ») ne s'appliquent qu'aux parties qui sont signataires de la convention d'arbitrage visant le Règlement sur laquelle la requête est fondée ou leurs successeurs.

6 Les Dispositions relatives à l'arbitre d'urgence ne s'appliquent pas si :

- a) la convention d'arbitrage visant le Règlement a été conclue avant le 1er janvier 2012,
- b) les parties sont convenues d'exclure l'application des Dispositions relatives à
- c) les parties sont convenues d'une autre procédure pré-arbitrale prévoyant l'octroi de mesures conservatoires ou provisoires ou d'autres mesures similaires.

7 Les Dispositions relatives à l'arbitre d'urgence n'empêchent pas les parties de solliciter l'octroi de mesures provisoires ou conservatoires urgentes auprès de toute autorité judiciaire compétente à tout moment avant la soumission d'une requête à cette fin conformément au Règlement et même postérieurement si les circonstances s'y prêtent. La saisine d'une autorité judiciaire compétente pour obtenir de telles mesures ne contrevient pas à la convention d'arbitrage et ne constitue pas une renonciation à celle-ci. Pareille requête, ainsi que toutes mesures prises par l'autorité judiciaire, sont portées sans délai à la connaissance du Secrétariat.

[957] L'appendice V contient les règles relatives à l'arbitre d'urgence :

Article 1

Requête aux fins de mesures d'urgence

1 Toute partie désirant avoir recours à un arbitre d'urgence conformément à l'article 29 du Règlement d'arbitrage de la CCI (le « Règlement ») adresse sa requête aux fins de mesures d'urgence (la « Requête ») au Secrétariat, à l'un des bureaux mentionnés dans le Règlement intérieur de la Cour à l'Appendice II du Règlement.

2 La Requête est présentée en autant d'exemplaires qu'il y a de parties, plus un pour l'arbitre d'urgence et un pour le Secrétariat.

3 La Requête contient les éléments suivants :

- a) les nom et dénominations complètes, qualités, adresse et autres coordonnées de chacune des parties,
- b) les nom et dénominations complètes, qualités, adresse et autres coordonnées de toute(s) personne(s) représentant le requérant,
- c) un exposé des circonstances à l'origine de la Requête et du litige sous-jacent qui est ou sera soumis à l'arbitrage,
- d) un exposé des mesures d'urgence sollicitées,
- e) les motifs pour lesquels le requérant sollicite des mesures provisoires ou conservatoires urgentes qui ne peuvent attendre la constitution d'un tribunal arbitral,
- f) toutes conventions pertinentes et, notamment, la convention d'arbitrage,
- g) toute convention relative au droit applicable ou à la langue et au lieu de l'arbitrage,
- h) une preuve du paiement du montant précisé à l'article 7, paragraphe 1, du présent Appendice ; et
- i) toute Demande d'arbitrage et toutes autres communications écrites concernant le litige sous-jacent qui ont été soumises au Secrétariat par une partie à la procédure de l'arbitre d'urgence avant l'introduction de la Requête.

La Requête peut contenir tout autre document ou élément que le requérant estime approprié ou de nature à contribuer à un examen efficace de celle-ci.

4 La Requête est rédigée dans la langue de l'arbitrage si les parties en sont convenues ou, à défaut d'un tel accord, dans la langue de la convention d'arbitrage.

5 Si et dans la mesure où le Président de la Cour (le « Président ») considère, sur la base des éléments contenus dans la Requête, que les Dispositions relatives à l'arbitre d'urgence s'appliquent conformément à l'article 29, paragraphes 5 et 6, du Règlement, le Secrétariat transmet à l'autre partie une copie de la Requête et des documents annexes. Si et dans la mesure où le Président considère que tel n'est pas le cas, le Secrétariat informe les parties que la procédure de l'arbitre d'urgence ne peut avoir lieu à leur égard ou à l'égard de certaines d'entre elles et leur transmet pour information une copie de la Requête.

6 Le Président met fin à la procédure de l'arbitre d'urgence si dans un délai de dix jours à compter de la réception de la Requête par le Secrétariat, à moins que l'arbitre d'urgence ne décide qu'un délai plus long est nécessaire, le requérant n'a pas soumis de Demande d'arbitrage.

Article 2

Nomination de l'arbitre d'urgence, remise du dossier

1 Le Président nomme l'arbitre d'urgence dans les plus brefs délais, normalement dans les deux jours de la réception de la Requête par le Secrétariat.

2 Aucun arbitre d'urgence ne peut être nommé après la remise du dossier au tribunal arbitral conformément à l'article 16 du Règlement. L'arbitre d'urgence nommé avant cette date conserve le pouvoir de rendre une ordonnance dans les délais autorisés par l'article 6, paragraphe 4, du présent Appendice.

3 Une fois l'arbitre d'urgence nommé, le Secrétariat lui remet le dossier et en informe les parties. Dès la remise du dossier, toutes les communications écrites des parties doivent être adressées directement à l'arbitre d'urgence, avec copie à l'autre partie et au Secrétariat. L'arbitre d'urgence transmet au Secrétariat une copie de toutes ses communications écrites aux parties.

4 Tout arbitre d'urgence doit être et demeurer impartial et indépendant des parties en cause.

5 Avant sa nomination, l'arbitre d'urgence pressenti signe une déclaration d'acceptation, de disponibilité, d'impartialité et d'indépendance. Le Secrétariat en communique une copie aux parties.

6 L'arbitre d'urgence ne peut agir en qualité d'arbitre dans un arbitrage relatif au litige à l'origine de la Requête.

Article 3

Récusation de l'arbitre d'urgence

1 La demande de récusation de l'arbitre d'urgence doit être soumise, à peine de forclusion, dans les trois jours suivant soit la réception de la notification de la nomination de l'arbitre d'urgence par la partie introduisant la récusation, soit la date à laquelle cette partie a été informée des faits et circonstances qu'elle invoque à l'appui de sa demande de récusation, si cette date est postérieure à la réception de la notification susvisée.

2 La Cour se prononce sur la demande de récusation après que le Secrétariat a mis l'arbitre d'urgence et l'autre partie en mesure de présenter leurs observations par écrit dans un délai convenable.

Article 4

Lieu de la procédure de l'arbitre d'urgence

1 Si les parties sont convenues du lieu de l'arbitrage, ce lieu sera celui de la procédure de l'arbitre d'urgence. À défaut d'un tel accord, le Président fixe le lieu de la procédure de l'arbitre d'urgence, sans préjudice de la détermination du lieu de l'arbitrage conformément à l'article 18, paragraphe 1, du Règlement.

2 Toute réunion avec l'arbitre d'urgence peut être conduite sous la forme d'une réunion en la présence physique des intéressés, en tout lieu que l'arbitre d'urgence estime approprié, ou par visioconférence, par téléphone ou par d'autres moyens de communication similaires.

Article 5

Procédure

1 L'arbitre d'urgence établit le calendrier de la procédure de l'arbitre d'urgence dans les plus brefs délais, normalement dans les deux jours à compter de la remise du dossier à l'arbitre d'urgence conformément à l'article 2, paragraphe 3, du présent Appendice.

2 L'arbitre d'urgence conduit la procédure de la manière qu'il estime appropriée, compte tenu de la nature et de l'urgence de la Requête. Dans tous les cas, l'arbitre d'urgence conduit la procédure de manière équitable et impartiale et veille à ce que chaque partie ait la possibilité d'être suffisamment entendue.

Article 6

Ordonnance

1 Conformément à l'article 29, paragraphe 2, du Règlement, l'arbitre d'urgence rend sa décision sous forme d'ordonnance (l'« Ordonnance »).

2 Dans l'Ordonnance, l'arbitre d'urgence statue sur la recevabilité de la Requête conformément à l'article 29, paragraphe 1, du Règlement et sur sa propre compétence pour ordonner les mesures d'urgence.

3 L'Ordonnance est rendue par écrit et expose les motifs sur lesquels elle se fonde. Elle est datée et signée par l'arbitre d'urgence.

4 L'Ordonnance est rendue au plus tard dans les quinze jours à compter de la date de remise du dossier à l'arbitre d'urgence conformément à l'article 2, paragraphe 3, du présent Appendice. Le Président peut prolonger ce délai sur demande motivée de l'arbitre d'urgence, ou d'office s'il l'estime nécessaire.

5 Dans les délais autorisés par l'article 6, paragraphe 4, du présent Appendice, l'arbitre d'urgence envoie l'Ordonnance aux parties, avec copie au Secrétariat, par tout moyen de communication autorisé par l'article 3, paragraphe 2, du Règlement qu'il juge propre à assurer une prompte réception.

6 L'Ordonnance cesse de lier les parties lorsque :

- a) le Président a mis fin à la procédure de l'arbitre d'urgence conformément à l'article 1, paragraphe 6, du présent Appendice,
- b) la Cour a accepté une demande de récusation de l'arbitre d'urgence conformément à l'article 3 du présent Appendice,
- c) le tribunal arbitral a rendu une sentence finale à moins qu'il n'en ait décidé expressément autrement, ou
- d) toutes les demandes ont été retirées ou il a été mis fin à l'arbitrage avant qu'une sentence finale ne soit rendue.

7 L'arbitre d'urgence peut subordonner les mesures prévues par l'Ordonnance à toutes conditions qu'il estime appropriées, y compris la constitution de garanties adéquates.

8 Sur demande motivée d'une partie formée avant la remise du dossier au tribunal arbitral conformément à l'article 16 du Règlement, l'arbitre d'urgence peut modifier ou rétracter l'Ordonnance ou lever les mesures ordonnées.

Article 7

Frais de la procédure de l'arbitre d'urgence

1 Le demandeur doit verser un montant de 40 000 \$US, constitué de 10 000 \$US pour les frais administratifs de la CCI et 30000 \$US pour les honoraires et frais de l'arbitre d'urgence. Nonobstant l'article 1, paragraphe 5, du présent Appendice, la Requête n'est pas notifiée avant que le Secrétariat ait reçu le versement de 40 000 \$US.

2 Le Président peut à tout moment de la procédure de l'arbitre d'urgence décider d'augmenter les honoraires de l'arbitre d'urgence ou les frais administratifs de la CCI, compte tenu, notamment, de la nature de l'affaire ainsi que de la nature et de la quantité du travail fourni par l'arbitre d'urgence, la Cour, le Président et le Secrétariat. La Requête est considérée comme retirée si le requérant ne paie pas le supplément exigé dans le délai fixé par le Secrétariat.

3 L'Ordonnance de l'arbitre d'urgence liquide les frais de la procédure de l'arbitre d'urgence et décide à quelle partie le paiement en incombe ou dans quelle proportion ils sont partagés entre elles.

4 Les frais de la procédure de l'arbitre d'urgence comprennent les frais administratifs de la CCI, les honoraires et frais de l'arbitre d'urgence et les frais raisonnables exposés par les parties pour leur défense à l'occasion de la procédure de l'arbitre d'urgence.

5 Si la procédure de l'arbitre d'urgence n'a pas lieu en application de l'article 1, paragraphe 5, du présent Appendice, ou s'il y est mis fin avant qu'une Ordonnance ne soit rendue, le Président détermine le montant à rembourser, le cas échéant, au requérant. Dans tous les cas, un montant de 5000 \$US non remboursable couvre les frais administratifs de la CCI.

Article 8

Règle générale

1 Le Président a le pouvoir de décider, à sa discrétion, de toute question relative à l'administration de la procédure de l'arbitre d'urgence non expressément visée dans le présent Appendice.

2 En l'absence du Président ou à sa demande pour tout autre motif, tout Vice-président de la Cour a le pouvoir de prendre des décisions en son nom.

3 Sur toutes les questions relatives à la procédure de l'arbitre d'urgence non expressément visées dans le présent Appendice, la Cour, le Président et l'arbitre d'urgence procèdent en s'inspirant du Règlement et du présent Appendice.

5.1.2 Référé pré-arbitral

[958] Le référé pré-arbitral ou, en anglais, *pre-arbitral referee*, est disponible pour toutes parties, même si elles ne souhaitent pas, par ailleurs, recourir à un arbitrage CCI pour résoudre le litige au fond. Il leur suffit d'adhérer au *Règlement de référé pré arbitral de la CCI* :

Article 1 – Définitions

1.1 Le présent règlement organise une procédure dite de « référé pré-arbitral » qui prévoit la nomination immédiate d'une personne (« le tiers statuant en référé ») investie du pouvoir d'ordonner certaines mesures avant que soit saisi le tribunal arbitral ou étatique compétent au fond de l'affaire (« la juridiction compétente »).

1.2 Le secrétariat de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI (« le Secrétariat ») agit en tant que secrétariat de la procédure de référé pré-arbitral.

1.3

(a) Dans le présent règlement, toute référence à une partie inclut ses employés et représentants.

(b) Toute référence au Président désigne le Président de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI ou, en son absence, un Vice-président.

Article 2 – Pouvoirs du tiers statuant en référé

2.1 Le tiers statuant en référé a pouvoir :

(a) d'ordonner toute mesure conservatoire ou de remise en état qui revêt un caractère d'urgence, afin de prévenir soit un dommage imminent soit un préjudice irréparable et ainsi de sauvegarder tout droit ou bien d'une partie ;

(b) d'ordonner à une partie d'effectuer à toute autre partie ou à un tiers tout paiement devant lui être fait ;

(c) d'ordonner à une partie de prendre toute mesure qui devrait être prise en vertu du contrat liant les parties, y compris la signature ou la délivrance de tout document ou l'intervention d'une partie en vue de faire signer ou délivrer un document ;

(d) d'ordonner toute mesure nécessaire à la conservation ou à l'établissement de preuves.

2.1.1 Ces pouvoirs peuvent être modifiés par accord conclu expressément et par écrit entre les parties.

2.2 Le tiers statuant en référé n'est pas investi du pouvoir d'ordonner des mesures allant au-delà de celles qui ont été demandées par une partie conformément à l'article 3.

2.3 Sauf stipulation contraire des parties, un tiers statuant en référé en vertu du présent règlement ne peut pas remplir la fonction d'arbitre dans une procédure ultérieure entre les mêmes parties ni dans aucune autre procédure dans laquelle une question ou un problème identique ou connexe à ceux évoqués dans la procédure de référé pourrait être soulevée.

2.4 Si la juridiction compétente est saisie de l'affaire après la nomination du tiers statuant en référé, ce tiers conserve néanmoins le pouvoir d'ordonner des mesures dans les délais prévus à l'article 6.2, sauf accord contraire des parties ou décision contraire de la juridiction compétente.

2.4.1 A l'exception du cas prévu à l'article 2.4 ci-dessus, la juridiction compétente, une fois saisie de l'affaire, peut seule, en vertu des règles qui lui sont applicables,

ordonner toute autre mesure provisoire ou conservatoire qu'elle estime nécessaire. La juridiction compétente, si son règlement le permet, est à cet effet réputée avoir obtenu des parties l'autorisation d'exercer les pouvoirs conférés par l'article 2.1 au tiers statuant en référé.

Article 3 – Demande de référé et réponse

3.1 L'accord prévoyant le référé pré-arbitral doit être conclu par écrit.

3.2 Toute partie qui requiert la nomination d'un tiers statuant en référé doit adresser sa demande et les documents annexes au Secrétariat, en double exemplaire. Cette partie doit en même temps notifier sa requête aux autres parties par la voie d'acheminement la plus rapide dont elle dispose, y compris la télécopie.

3.2.1 Toute demande doit être accompagnée de la somme requise pour l'ouverture du dossier, conformément aux dispositions de l'article B.1 de l'appendice au présent règlement.

3.2.2 La demande doit être rédigée dans la langue, quelle qu'elle soit, dont les parties sont convenues par écrit, ou en l'absence d'une telle convention, dans la langue de l'accord prévoyant le recours au référé pré-arbitral. Si cette langue n'est ni l'anglais, ni le français, ni l'allemand, la demande doit être accompagnée de sa traduction dans l'une de ces langues. Les documents annexes peuvent être soumis dans leur langue originale sans traduction, sauf lorsque cela s'avère nécessaire à la compréhension de la demande. La demande doit être écrite et contenir en particulier :

(a) les noms et adresses des parties à l'accord, avec une description sommaire de leurs relations juridiques ;

(b) copie de l'accord sur lequel se fonde cette demande ;

(c) l'exposé de la mesure ou des mesures demandées et de leurs motifs établissant que la demande s'inscrit dans le cadre de l'article 2.1 ;

(d) le cas échéant, le nom du tiers statuant en référé désigné par les parties d'un commun accord ;

(e) toute indication utile concernant le choix du tiers statuant en référé qu'il convient de nommer, y compris, le cas échéant, la qualification professionnelle ou technique, la nationalité et les connaissances linguistiques requises ;

(f) confirmation de la notification de la demande à toute autre partie, indiquant le moyen par lequel elle a été faite, et comportant une preuve de la transmission, telle que récépissé postal d'envoi recommandé, reçu d'une société de courrier privé, rapport d'émission de télécopie.

3.3 La partie requérante doit, si le Secrétariat l'exige, pouvoir indiquer la date à laquelle une copie de la demande a été reçue par tout destinataire ou la date à laquelle celui-ci doit être considéré comme l'ayant reçue.

3.4 Les autres parties doivent faire parvenir au Secrétariat une réponse écrite dans les huit jours à dater de la réception de la copie de la demande adressée conformément à l'article 3.2 ci-dessus, et en notifier en même temps copie à la partie requérante et à toute autre partie, par la voie d'acheminement la plus rapide dont elles disposent, y compris la télécopie. La réponse doit énoncer toute ordonnance requise par ces parties.

Article 4 – Nomination du tiers statuant en référé et transmission du dossier

4.1 Le tiers statuant en référé peut être désigné par accord entre les parties avant ou après l'introduction de la demande visée à l'article 3, auquel cas son nom et son adresse sont immédiatement communiqués au Secrétariat. Dès réception de la réponse ou au plus tard à l'expiration du délai fixé à l'article 3.4, le Président, après avoir constaté l'existence prima facie de l'accord des parties, procède sans tarder à la nomination du tiers qu'elles ont choisi.

4.2 Lorsque le tiers statuant en référé doit être nommé en vertu de l'article 3.2.2(e), le Président, à l'expiration du délai fixé à l'article 3.4, procède sans tarder à cette nomination en tenant compte de ses compétences techniques et professionnelles, de sa nationalité, de son lieu de résidence et de ses autres relations avec les pays dans lesquels les parties sont établies ou avec lesquels elles ont des liens, ainsi que de toute suggestion émanant des parties concernant le choix du tiers statuant en référé.

4.3 Le Secrétariat notifie immédiatement aux parties que le tiers statuant en référé a été nommé et lui transmet le dossier. Par la suite, toute documentation des parties doit être directement envoyée au tiers statuant en référé, avec copie au Secrétariat. Toute documentation adressée par le tiers statuant en référé aux parties doit faire l'objet d'une copie adressée au Secrétariat.

4.4 Toute partie peut récuser un tiers statuant en référé, nommé aux termes de l'article 4.2. Dans ce cas le Président, après avoir donné à l'autre partie et au tiers statuant en référé la possibilité de formuler leurs observations, décide dans le plus bref délai si la récusation est fondée. Sa décision est laissée à sa seule appréciation et n'est susceptible ni d'opposition ni d'appel de la part d'aucune des parties.

4.5 Il y a lieu à remplacement du tiers statuant en référé soit (a) lorsque celui-ci est décédé, empêché ou incapable, soit (b) s'il est décidé selon l'article 4.4 que la récusation est recevable, soit (c) si le Président constate, après avoir donné au tiers statuant en référé la possibilité de formuler ses commentaires, que celui-ci ne remplit pas ses fonctions conformément au présent règlement ou dans les délais impartis. Il désigne alors un autre tiers chargé de statuer en référé, selon les dispositions de l'article 4.2 (mais sous réserve de l'article 4.4). Dans ce cas la procédure est reprise à son point de départ par le nouveau tiers.

4.6 Les motifs de toute décision de nomination, récusation ou remplacement d'un tiers statuant en référé ne sont pas divulgués.

Article 5 – Instruction de la cause

5.1 S'il apparaît lors de la transmission du dossier au tiers statuant en référé que l'une des parties n'a pas présenté sa réponse, le tiers statuant en référé peut inviter la partie requérante à établir qu'une copie de la demande a été reçue ou doit être considérée comme ayant été reçue par cette partie, avant de poursuivre la procédure. A défaut, le tiers statuant en référé doit informer la partie intéressée de son droit de soumettre une réponse et lui fixer un délai pour le faire. Une telle mesure prise par le tiers statuant en référé n'affecte pas la validité de sa nomination.

5.2 Il appartient au tiers statuant en référé de prendre toute décision sur sa propre compétence.

5.3 Dans les limites des pouvoirs que lui confère l'article 2.1 et sous réserve de tout autre accord des parties, le tiers statuant en référé conduit la procédure de la manière qu'il considère la plus appropriée en fonction de la mission qui lui a été confiée. Il peut notamment :

- prendre en considération la documentation soumise par les parties,
- informer les parties de toute investigation ou enquête qu'il estime nécessaire,
- procéder à ces investigations ou enquêtes, qui peuvent consister en une visite de tout lieu où le contrat est exécuté et où les parties sont établies ou de tout autre lieu, en un rapport d'expert, en l'audition de toute personne de son choix en rapport avec le litige, cela en présence ou en l'absence des parties, celles-ci ayant été dûment convoquées. Les résultats de ces investigations ou enquêtes sont communiqués aux parties pour commentaires.

5.4 En se conformant au présent règlement, les parties s'engagent à fournir au tiers statuant en référé toute facilité pour remplir sa mission et, en particulier, à lui rendre accessible tout document qu'il estime nécessaire et à lui accorder libre

accès à tout endroit où doivent se dérouler investigations ou enquêtes. Les parties et le tiers statuant en référé doivent respecter la confidentialité des informations reçues.

5.5 Le tiers statuant en référé peut citer dans les plus brefs délais les parties à comparaître devant lui au jour et au lieu fixés.

5.6 Lorsque l'une des parties ne se présente pas ou ne produit aucune pièce ou aucun commentaire comme elle y a été invitée, le tiers statuant en référé, après s'être assuré que la partie concernée a reçu ou aurait dû recevoir cette communication, peut néanmoins poursuivre la procédure et rendre son ordonnance.

Article 6 – L'ordonnance de référé

6.1 Les décisions prises par le tiers statuant en référé sont communiquées au Secrétariat sous forme d'ordonnance motivée.

6.2 Le tiers statuant en référé rend et envoie l'ordonnance dans un délai de 30 jours à compter du jour où le dossier lui a été transmis. Le Président peut, sur demande motivée du tiers statuant en référé ou de sa propre initiative, prolonger ce délai s'il l'estime nécessaire.

6.3 L'ordonnance de référé ne préjuge pas le fond du litige et ne lie pas la juridiction compétente, laquelle peut être saisie de toute question, tout différend ou tout litige sur lesquels l'ordonnance de référé s'est prononcée. L'ordonnance reste en vigueur aussi longtemps qu'il n'en a pas été décidé autrement par le tiers statuant en référé ou la juridiction compétente.

6.4 Le tiers statuant en référé peut subordonner l'exécution de son ordonnance aux conditions qu'il estime appropriées, notamment (a) à l'introduction par une partie d'une procédure devant la juridiction compétente dans un délai déterminé, (b) à la production de garanties appropriées par la partie au profit de laquelle une ordonnance a été rendue.

6.5 Le Secrétariat notifie aux parties l'ordonnance de référé à condition qu'il ait reçu le montant total de la provision pour frais qu'il a fixée. Seules les ordonnances ainsi notifiées lient les parties.

6.6 Les parties s'engagent à exécuter sans délai l'ordonnance de référé et renoncent à exercer toutes voies de recours telles que appel ou opposition à une demande d'exécuter l'ordonnance adressée à un tribunal ou à une autre autorité, pour autant que cette renonciation puisse être valable.

6.7 Sauf convention contraire des parties et sous réserve de toute injonction, tous documents, communications ou demandes autres que l'ordonnance de référé, établis pour les besoins de la procédure de référé, sont confidentiels et ne sont pas communiqués à la juridiction compétente.

6.8 Une fois l'ordonnance notifiée par le Secrétariat conformément à l'article 6.5, le tiers statuant en référé n'est pas tenu d'en expliquer ni d'en compléter la motivation. La CCI, aucun de ses employés, aucune personne agissant en qualité de Président ou de Vice-président ou en qualité de tiers statuant en référé, ne peuvent être tenus pour responsables envers quiconque de pertes ou dommages dus à des actes ou omissions en rapport avec ce règlement, étant entendu que le tiers statuant en référé peut être tenu pour responsable des conséquences d'une faute consciente et délibérée.

6.8.1 La juridiction compétente peut déterminer si une partie qui refuse d'exécuter ou n'exécute pas une ordonnance de référé est responsable envers une autre partie du dommage résultant de ce refus ou de cette inexécution.

6.8.2 Il appartient à la juridiction compétente de déterminer si une partie qui a demandé au tiers statuant en référé de rendre une ordonnance dont l'exécution a causé un dommage à une autre partie en est responsable envers celle-ci.

Article 7 – Frais

7.1 Les frais du référé pré-arbitral comprennent : (a) les frais administratifs tels que fixés dans l'appendice au présent règlement, (b) les honoraires et dépenses du tiers statuant en référé, déterminés conformément à l'appendice, et (c) le coût d'une éventuelle expertise. L'ordonnance de référé pré-arbitral statue sur la charge et, le cas échéant, la répartition des frais de la procédure. Toute partie ayant versé une avance ou effectué tout autre paiement qui ne lui incombait pas, selon l'ordonnance de référé, est en droit d'en recouvrer le montant auprès de la partie à qui en incombe la charge finale.

7.2 Les frais et paiements relatifs à toute procédure soumise au présent règlement figurent à l'appendice ci-après.

[959] L'appendice traitant des frais et paiements relatifs à la procédure de référé pré-arbitral de la CCI dispose :

A. Frais

1 La partie demanderesse doit acquitter des frais administratifs d'un montant de 2.500 \$US pour toute demande de nomination d'un tiers statuant en référé ou d'administration d'une procédure de référé pré-arbitral adressée à la CCI.

Ces frais couvrent tous les services rendus par la CCI en application du règlement, à l'exception de tout autre service dérogeant à la procédure ou élargissant son objet. Les frais administratifs ne sont pas remboursés et demeurent acquis à la CCI.

2 Le montant des honoraires et frais du tiers statuant en référé est fixé par le Secrétaire général de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI. Ce montant, qui doit être raisonnable, tient compte du temps consacré à l'affaire, de sa complexité et de toutes autres circonstances à prendre en considération.

3 Les frais de procédure comprennent également les honoraires et frais d'un éventuel expert.

B. Paiements

1 Le montant requis pour l'ouverture du dossier (article 3.2.1 du règlement) est de 5.000 \$US, dont 2.500 \$US correspondent aux frais administratifs définis ci-dessus et 2.500 \$US constituent une provision sur honoraires et frais du tiers statuant en référé et éventuellement d'un expert. Nulle demande de nomination d'un tiers statuant en référé ou d'administration d'une procédure de référé pré-arbitral de la CCI ne peut être prise en compte sans être accompagnée de cette somme.

2 Le plus tôt possible après l'envoi du dossier au tiers statuant en référé et après consultation, dans la mesure du possible, du tiers et des parties, le Secrétariat fixe une provision pour frais couvrant les frais estimés de la procédure de référé pré-arbitral (article 7.1 du règlement). Cette provision pour frais peut faire l'objet de réajustements ultérieurs par le Secrétariat.

La partie requérante doit verser la totalité de cette provision pour frais, à moins que le Secrétariat n'appelle à contribuer à son paiement toute autre partie qui aurait également requis une ordonnance.

3 L'ordonnance du tiers statuant en référé n'est valable et notifiée que lorsque la provision pour frais a été perçue (article 6.5 du règlement). Lorsque deux ou plusieurs parties ont été invitées à contribuer au règlement de la provision pour frais et n'ont pas payé leur part, seule l'ordonnance demandée par la ou les parties qui ont versé en totalité la provision ou leur part sera valable et notifiée.

Lundi 27 novembre 2023

1 INTRODUCTION

[960] Au cours de cette dernière leçon, nous allons envisager l'hypothèse dans laquelle les parties mettent fin à leur différend au moyen d'un accord amiable. Il convient d'éviter une confusion relativement fréquente entre le processus de recherche d'un accord amiable, qui est une méthode, et l'accord lui-même, qui est un contrat. Le processus et l'accord sont donc de natures très différentes. Au surplus, l'accord amiable peut être conclu au terme de processus très divers. Il ne faut donc pas associer systématiquement médiation et accord amiable. Ainsi, il convient d'évoquer la recherche (2) et la conclusion (3) d'un accord amiable.

2 RECHERCHE D'UN ACCORD AMIABLE

[961] Un accord amiable peut être conclu dans des circonstances très variables. Il peut survenir avant toute procédure juridictionnelle ou au cours d'une procédure arbitrale ou judiciaire, les parties s'étant rapprochées avant que la juridiction ne statue. Dans les deux hypothèses, plusieurs méthodes peuvent être utilisées. On pense évidemment à la procédure participative, déjà étudiée⁵²³, qui pourrait être davantage utilisée. On pense aussi à trois autres modes amiables de résolution des différends : la négociation (2.1), la conciliation (2.2) et la médiation (2.3).

2.1 NEGOCIATION

[962] De très nombreux conflits sont résolus voire prévenus à travers la négociation, sans qu'on y prête particulièrement attention. Par exemple, le maître de l'ouvrage et l'entrepreneur, au cours d'un chantier, confèrent souvent à propos de la manière dont celui-ci est exécuté, ce qui permet au premier, lorsqu'il est insatisfait, d'être rassuré par les explications du second, ou au second de remédier aux imperfections relevées par le premier.

[963] La négociation peut être simple et informelle, consistant en une discussion entre responsables d'entreprises, ou plus longue, complexe et organisée. Les avocats des parties peuvent les assister pendant la négociation. Il arrive que les parties signent un document posant les principes et décrivant les étapes de la négociation. Il peut être intéressant d'y inclure une clause de confidentialité car les parties ne sont pas tenues, par la loi, d'une telle obligation au cours d'une négociation. Afin de bien accompagner leurs clients, les avocats d'affaires ont tout intérêt à se former aux techniques de la négociation, qui sont riches et diverses et ont fait l'objet de nombreuses recherches en psychologie et en sciences du management,.

⁵²³ V. *supra*, leçon 9.

[964] Il existe notamment une méthode appelée négociation raisonnée, théorisée notamment par trois professeurs à l'Université de Harvard, Roger Fisher, William Ury et Bruce Patton⁵²⁴, qui repose sur quatre principes :

- Distinguer le problème des personnes : les personnes sont affectées par leurs émotions, leurs personnalités et leurs origines sociales, culturelles et nationales. Il convient d'essayer de comprendre comment l'autre partie perçoit le conflit, de se mettre à sa place ; et aussi de s'interroger sur ses propres émotions. Il convient donc d'écouter attentivement ce que dit l'autre partie et de s'exprimer soi-même aussi clairement que possible.
- Se concentrer sur les intérêts respectifs des parties et non sur leurs positions : autrement dit, il faut comprendre les intérêts que chaque partie défend à travers les comportements qu'elle adopte. Cela permet souvent de se rendre compte que les intérêts de chaque partie peuvent être préservés par un accord alors que leurs comportements étaient antagonistes. Par exemple, une entreprise peut exiger l'exécution d'un contrat parce qu'elle a besoin de la prestation qui lui a été promise alors que l'autre refuse d'exécuter le contrat par crainte de ne pas être payée. Un accord comportant une garantie du paiement du prix devrait alors fonctionner.
- Inventer des options permettant un gain mutuel : pour cela les équipes de deux parties doivent réfléchir ensemble et aussi séparément, en utilisant des techniques proposées par les auteurs, notamment au moyen de diagrammes.
- Utiliser des critères objectifs : pour faciliter la négociation, il faut se référer à des critères qui ne dépendent pas des parties, par exemple la valeur d'un bien sur le marché. Les parties doivent se mettre d'accord sur le choix de ces critères, puis s'y tenir.

[965] Certains auteurs estiment que cette méthode de négociation raisonnée a une limite, en ce qu'elle ne fonctionne bien que si les deux parties la respectent. Ils proposent des adaptations pour la partie qui se heurte à la mauvaise volonté de son interlocuteur⁵²⁵. Quelles que soient les circonstances, la partie qui aborde une négociation avec une méthode réfléchie a nécessairement un avantage. Pour autant, sans l'intervention d'un tiers facilitant le dialogue, la négociation a moins de chance d'aboutir

2.2 CONCILIATION

[966] Au sens où on l'entend ici, la conciliation est une négociation entre les parties en présence d'un tiers, qui s'efforce de rapprocher leurs points de vue, voire de leur proposer une solution⁵²⁶. Ce processus ressemble beaucoup à la médiation mais il est généralement moins structuré que cette dernière, le tiers étant souvent moins bien formé aux techniques de la médiation. Cela dit, la différence entre conciliation et médiation est plus formelle que substantielle. Elle découle essentiellement des dispositions du Code de procédure civile, dont il ressort que la conciliation peut être judiciaire (2.2.1) ou conventionnelle (2.2.2).

⁵²⁴ R. Fisher, W. Ury, B. Patton, *Getting to Yes: Negotiating an Agreement Without Giving In*, Penguin, 2011, publié en français: *Comment réussir une négociation*, Seuil, 2022. – W. Ury, *Getting Past No: Negotiating in Difficult Situations*, Bantam, 1993 ; *Comment négocier avec les gens difficiles*, Points, 2023.

⁵²⁵ A. Lempereur et A. Colson, *Méthode de négociation*, 2^e éd., Dunod, 2010, spéc. p. 25.

⁵²⁶ On n'envisage pas ici la conciliation au sens du droit des entreprises en difficultés.

2.2.1 Conciliation judiciaire

[967] En procédure civile, le juge peut toujours tenter de concilier les parties. Selon l'article 21 du Code de procédure civile, « [i]l entre dans la mission du juge de concilier les parties ». L'article 128 ajoute que « [l]es parties peuvent se concilier, d'elles-mêmes ou à l'initiative du juge, tout au long de l'instance » et le premier alinéa de l'article 129 précise que « [l]a conciliation est tentée, sauf disposition particulière, au lieu et au moment que le juge estime favorables et selon les modalités qu'il fixe ». L'article 127 ajoute enfin que :

le juge peut proposer aux parties qui ne justifieraient pas de diligences entreprises pour parvenir à une résolution amiable du litige une mesure de conciliation ou de médiation.

[968] Devant certaines juridictions, la tentative de conciliation est obligatoire. D'ailleurs, devant le conseil de prud'hommes⁵²⁷ et le tribunal paritaire des baux ruraux⁵²⁸, tous les litiges font l'objet d'une phase préalable de conciliation. Devant le tribunal judiciaire, lorsque l'intérêt de la demande est inférieur ou égal à 10 000 €, la procédure orale ordinaire est applicable⁵²⁹. Le juge doit alors s'efforcer de concilier les parties et peut les inviter à rencontrer un conciliateur de justice⁵³⁰. Il faut d'ailleurs observer que, depuis l'entrée en vigueur du décret n° 2019-1333 du 11 décembre 2019 réformant la procédure civile, lorsque la demande est inférieure ou égale à 5 000 €, elle doit être, à peine d'irrecevabilité, précédée d'une tentative préalable de médiation ou de procédure participative⁵³¹.

[969] Dans tous les cas où le juge doit procéder à une tentative de conciliation, il peut déléguer cette mission à un conciliateur de justice⁵³². L'article 129-2 précise :

Lorsque le juge, en vertu d'une disposition particulière, délègue sa mission de conciliation, il désigne un conciliateur de justice à cet effet, fixe la durée de sa mission et indique la date à laquelle l'affaire sera rappelée. La durée initiale de la mission ne peut excéder trois mois. Cette mission peut être renouvelée une fois, pour une même durée, à la demande du conciliateur.

[970] Le conciliateur de justice est un professionnel inscrit sur la liste établie par le premier président de la cour d'appel. Il intervient à titre bénévole⁵³³. Les conciliateurs de justice sont nommés par le premier président de la cour d'appel⁵³⁴. Pour cela, ils doivent jouir de leurs droits civils et politiques⁵³⁵ et justifier « d'une formation ou d'une expérience juridique » et de compétences pertinentes⁵³⁶.

[971] Les articles suivants expliquent comment le conciliateur doit accomplir sa mission. L'article 129-3 dispose :

Pour procéder à la tentative de conciliation, le conciliateur de justice convoque en tant que de besoin les parties au lieu, jour et heure qu'il détermine.

⁵²⁷ C. trav., art. L. 1454-1.

⁵²⁸ C. pr. civ., art. 887.

⁵²⁹ C. pr. civ., art. 761 et 817.

⁵³⁰ C. pr. civ., art. 827.

⁵³¹ C. pr. civ., art. 750-1 ; loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle, art. 4.

⁵³² C. pr. civ., art. 129, alinéa 2.

⁵³³ C. org. Jud., art. R. 131-12 ; décret n°78-381 du 20 mars 1978 relatif aux conciliateurs de justice, art. 1^{er}, al. 2.

⁵³⁴ Décret n° 78-381, art. 3.

⁵³⁵ Décret n° 78-381, art. 2, al. 1^{er}.

⁵³⁶ Décret n° 78-381, art. 2, al. 2.

Les parties peuvent être assistées devant le conciliateur de justice par une personne ayant qualité pour le faire devant la juridiction ayant délégué la conciliation.

- [972] L'article 129-4 précise que le conciliateur peut se déplacer en tous lieux litigieux et entendre toutes personnes, sous réserve d'une obligation de confidentialité pesant sur les parties et lui, sauf convention contraire adoptée par elles :

Le conciliateur de justice peut, avec l'accord des parties, se rendre sur les lieux et entendre toute personne dont l'audition lui paraît utile, sous réserve de l'acceptation de celle-ci.

Les constatations du conciliateur et les déclarations qu'il recueille ne peuvent être ni produites ni invoquées dans la suite de la procédure sans l'accord des parties ni, en tout état de cause, dans une autre instance.

- [973] L'article 129-5 impose au conciliateur de rendre compte au juge, qui peut décider de mettre fin à la conciliation :

Le conciliateur de justice tient le juge informé des difficultés qu'il rencontre dans l'accomplissement de sa mission, ainsi que de la réussite ou de l'échec de la conciliation.

Le juge peut mettre fin à tout moment à la conciliation, à la demande d'une partie ou à l'initiative du conciliateur. Il peut également y mettre fin d'office lorsque le bon déroulement de la conciliation apparaît compromis. Le greffier en avise le conciliateur et les parties.

- [974] En vertu de l'article 129-6, les décisions du juge dans ce contexte ne sont pas des décisions de justice. Cela veut dire qu'elles ne peuvent pas faire l'objet d'un recours :

Les décisions prises par le juge dans le cadre de la délégation de la mission de conciliation sont des mesures d'administration judiciaire.

- [975] Que les parties se concilient d'elles-mêmes, avec l'aide du juge ou avec l'aide d'un conciliateur, elles peuvent toujours, selon l'article 129-1, « *demander au juge de constater leur conciliation* ». Dans les deux premières hypothèses, la teneur de l'accord est transcrite dans un procès-verbal, signé par les parties et le juge ; dans la troisième, dans un constat, signé par les parties et le conciliateur de justice. Cela résulte de l'article 130 :

La teneur de l'accord, même partiel, est consignée, selon le cas, dans un procès-verbal signé par les parties et le juge ou dans un constat signé par les parties et le conciliateur de justice.

- [976] Il y a une différence importante entre le procès-verbal signé par le juge et le constat signé par le conciliateur. Le premier n'a pas besoin d'être homologué. Les parties peuvent en demander des extraits, qui ont la valeur d'un titre exécutoire. En revanche, le constat, pour recevoir force exécutoire, doit être homologué par le juge. C'est ce qu'explique l'article 131 :

Des extraits du procès-verbal dressé par le juge peuvent être délivrés. Ils valent titre exécutoire.

A tout moment, les parties ou la plus diligente d'entre elles peuvent soumettre à l'homologation du juge le constat d'accord établi par le conciliateur de justice. Le juge statue sur la requête qui lui est présentée sans débat, à moins qu'il n'estime nécessaire d'entendre les parties à l'audience. L'homologation relève de la matière gracieuse.

2.2.2 Conciliation conventionnelle

[977] La conciliation conventionnelle est rarement utilisée pour résoudre les différends économiques. Il convient néanmoins d'en dire quelques mots. Comme l'explique l'article 1529 du Code de procédure civile, la conciliation conventionnelle est mise en œuvre, en dehors de toute procédure juridictionnelle, à l'initiative des parties, qui demandent à un conciliateur de justice de les aider à résoudre leur différend. En vertu de l'article 1530, elle est soumise au principe de confidentialité. L'article 1536 dispose :

Le conciliateur de justice institué par le décret [no 78-381] du 20 mars 1978 relatif aux conciliateurs de justice peut être saisi sans forme par toute personne physique ou morale.

[978] Les articles suivants expliquent comment le conciliateur de justice doit accomplir sa mission. On retrouve des modalités ressemblant à celles de la conciliation judiciaire. L'article 1537 dispose :

Le conciliateur de justice invite, le cas échéant, les intéressés à se rendre devant lui.

Ceux-ci peuvent se faire accompagner d'une personne majeure de leur choix, qui justifie de son identité.

[979] L'article 1538 ajoute :

Le conciliateur de justice peut, avec l'accord des intéressés, se rendre sur les lieux et entendre toutes personnes dont l'audition lui paraît utile, sous réserve de l'acceptation de celles-ci.

[980] L'article 1540 envisage le succès de la conciliation, c'est-à-dire la conclusion d'un accord. Dans cette hypothèse, un constat peut être rédigé pour transcrire cet accord. Le constat est obligatoire si une partie renonce à un droit. Si les parties ont-elles-mêmes rédigé l'accord, le conciliateur établit un constat qui vise cet accord et l'y annexe au constat. Le conciliateur doit déposer le constat au greffe du tribunal judiciaire :

En cas de conciliation, même partielle, il peut être établi un constat d'accord signé par les parties et le conciliateur de justice. La conciliation peut également être consignée dans un constat signé par le conciliateur et une ou plusieurs des parties lorsque l'une ou plusieurs d'entre elles ont formalisé les termes de l'accord auquel elles consentent dans un acte signé par elles et établi hors la présence du conciliateur de justice ; il incombe alors à ce dernier de viser l'acte dans le constat et de l'annexer à celui-ci.

La rédaction d'un constat est requise lorsque la conciliation a pour effet la renonciation à un droit.

Un exemplaire du constat est remis à chaque intéressé. Le conciliateur de justice procède également, sans délai, au dépôt d'un exemplaire au greffe du tribunal judiciaire.

[981] L'accord issu de la conciliation n'a pas force exécutoire mais il peut être homologué par le juge. Cependant, cela requiert l'accord de toutes les parties, comme l'indique l'article 1540 :

La demande tendant à l'homologation de l'accord issu de la conciliation est présentée au juge par requête de l'ensemble des parties à la conciliation ou de l'une d'elles, avec l'accord exprès des autres.

[982] Enfin, l'article 1539 autorise le conciliateur à se faire assister d'un autre conciliateur :

Le conciliateur de justice peut s'adjoindre, avec l'accord des parties, le concours d'un autre conciliateur de justice du ressort de la cour d'appel. Lors de la réunion

des parties, les conciliateurs de justice peuvent échanger des informations sur les demandes dont ils sont saisis. L'acte constatant l'accord des parties est signé par les deux conciliateurs de justice.

2.3 MEDIATION

[983] Il convient de préciser la notion de médiation (2.3.1), son régime (2.3.2) et sa pratique (2.3.3). Afin de rendre cette approche de la médiation plus concrète, nous réaliserons un exercice, en simulant une médiation (2.3.4).

2.3.1 Notion de médiation

[984] Il existe des définitions légales de la médiation. L'article 3 de la directive européenne adoptée dans ce domaine⁵³⁷ définit la médiation comme :

un processus structuré, quelle que soit la manière dont il est nommé ou visé, dans lequel deux ou plusieurs parties à un litige tentent par elles-mêmes, volontairement, de parvenir à un accord sur la résolution de leur litige avec l'aide d'un médiateur. Ce processus peut être engagé par les parties, suggéré ou ordonné par une juridiction ou prescrit par le droit d'un État membre.

Elle inclut la médiation menée par un juge qui n'est chargé d'aucune procédure judiciaire ayant trait au litige en question. Elle exclut les tentatives faites par la juridiction ou le juge saisi d'un litige pour résoudre celui-ci au cours de la procédure judiciaire relative audit litige ;

[985] L'article 21 de la loi française de 1995⁵³⁸ retient la définition suivante :

La médiation régie par le présent chapitre s'entend de tout processus structuré, quelle qu'en soit la dénomination, par lequel deux ou plusieurs parties tentent de parvenir à un accord en vue de la résolution amiable de leurs différends, avec l'aide d'un tiers, le médiateur, choisi par elles ou désigné, avec leur accord, par le juge saisi du litige.

[986] Ainsi, la médiation est un processus par lequel les parties recherchent une solution amiable à leur différend, caractérisée par l'intervention d'un tiers et un déroulement « *structuré* ». Cette épithète est relativement vague mais exige néanmoins que la médiation soit organisée selon une méthode et des étapes bien précises. On voit bien que la différence avec la conciliation est ténue. D'ailleurs, la directive est applicable à ce dernier processus, peu importe son nom.

[987] La différence est donc principalement formelle, découlant du Code de procédure civile, qui attribue à la médiation et à la conciliation deux régimes différents⁵³⁹. Le conciliateur intervient à titre bénévole, tandis que le médiateur est rémunéré. La différence entre médiation et conciliation découle, à l'origine, du fait que la conciliation est en principe un des rôles du juge⁵⁴⁰, alors que la médiation s'est développée en dehors des palais de justice. Toutefois, comme on l'a vu, de nos jours, le juge s'abstient souvent de procéder lui-même à la conciliation et délègue un conciliateur de justice, les parties peuvent recourir aux services d'un conciliateur de justice en dehors de tout procès et, enfin, au cours d'une procédure judiciaire, le juge peut proposer aux parties de rencontrer un médiateur. Il serait donc erroné de croire que la conciliation est toujours menée par le juge et que la médiation est toujours extrajudiciaire.

⁵³⁷ Directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale.

⁵³⁸ Loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative.

⁵³⁹ C. proc. civ., art. 127 à 131-15 ; 1528 à 1571.

⁵⁴⁰ V. *supra*, n° 967.

[988] En pratique, les médiateurs ont, pour la plupart, été formés aux techniques de la médiation, qui sont le résultat de décennies de recherches en psychologie, sciences de la communication et management. Ils s'efforcent d'amener les parties à trouver elles-mêmes la solution qui leur convient, en mettant en œuvre ces techniques. La médiation est donc une forme de maïeutique : le médiateur fait accoucher les parties de la solution au litige. La conciliation est généralement plus informelle et les conciliateurs ont d'avantage tendance à proposer des solutions aux parties.

2.3.2 Régime de la médiation

[989] La médiation obéit à un certain nombre de règles, découlant pour la plupart de dispositions légales, qui sont aujourd'hui assez nombreuses. Les sources du droit de la médiation sont les suivantes :

- Directive n° 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale, qui a pour objectif de faciliter la résolution amiable des litiges transfrontaliers intra-européens.
- Loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative, art. 21 à 22-1.
- Décret n° 2017-1457 du 9 octobre 2017 sur les listes de médiateurs auprès de la cour d'appel.
- Circulaire du 8 février 2018 sur les listes de médiateurs auprès du premier président CA.
- Code de procédure civile, art. 127 à 131-15 et 1528 à 1571.
- Règlements de médiation des centres de médiation qui s'imposent aux parties ayant désigné ces centres⁵⁴¹.
- Déontologie, largement non écrite, des médiateurs.

[990] Ces textes exigent d'abord certaines qualités du médiateur (2.3.2.1). On y trouve ensuite un certain nombre de principes encadrant la médiation, qui sont la liberté (2.3.2.2), la confidentialité (2.3.2.3), la célérité (2.3.2.4), l'efficacité (2.3.2.5) et la communication (2.3.2.6).

2.3.2.1 Qualités attendues du médiateur

[991] Les qualités attendues du médiateur sont l'humanité (a), la probité (b), l'impartialité (c), l'indépendance (d) et la compétence (e).

a Humanité

[992] En utilisant le terme humanité, on entend que le médiateur doit être un être humain. Le rôle de médiateur ne peut être assumé que par une personne physique. Si les parties ont désigné un centre de médiation, celui-ci, conformément à son règlement, organise la médiation et désigne un médiateur⁵⁴² mais n'exerce pas, en tant que personne morale, la mission de médiateur.

⁵⁴¹ A titre d'exemple, on lira le règlement de médiation du CMAP : <https://www.cmap.fr/le-cmap/reglement-de-mediation>.

⁵⁴² L. 1995, art. 131-4 ; C. pr. civ., art. 1532.

[993] De plus, la médiation, comme d'ailleurs la conciliation et l'arbitrage, ne peut être entièrement automatisée. Elle peut être organisée en ligne, y compris avec un traitement automatisé de données, mais il faut tout de même que le médiateur soit un être humain. C'est ce que dit l'article 4-3 de la loi Justice 21⁵⁴³ :

Les services en ligne mentionnés aux articles 4-1 et 4-2 ne peuvent avoir pour seul fondement un traitement algorithmique ou automatisé de données à caractère personnel. Lorsque ce service est proposé à l'aide d'un tel traitement, les parties doivent en être informées par une mention explicite et doivent expressément y consentir. Les règles définissant ce traitement ainsi que les principales caractéristiques de sa mise en œuvre sont communiquées par le responsable de traitement à toute partie qui en fait la demande. Le responsable de traitement s'assure de la maîtrise du traitement et de ses évolutions afin de pouvoir expliquer, en détail et sous une forme intelligible, à la partie qui en fait la demande la manière dont le traitement a été mis en œuvre à son égard.

[994] Évidemment, la grande vertu de la médiation est de permettre aux parties de nouer un dialogue et de mieux comprendre leurs états d'esprits respectifs. Cela facilite l'émergence d'une solution amiable et favorise parfois le maintien de relations commerciales entre les protagonistes. L'intervention d'un être humain est pour cela indispensable. Une machine n'éprouverait pas et ne susciterait pas l'empathie nécessaire. En ce sens, la médiation, comme d'ailleurs la conciliation et l'arbitrage, est un mode de résolution des litiges profondément humain. Cela étant, il va de soi que le médiateur, en plus d'être un être humain, doit faire preuve d'humanité, au sens de qualités humaines.

b Probité

[995] Le médiateur ne doit pas avoir fait l'objet de condamnation ou de sanctions incompatibles avec une bonne moralité. C'est ce qui résulte de l'article 131-5 du Code de procédure civile :

La personne physique qui assure l'exécution de la mesure de médiation doit satisfaire aux conditions suivantes :

1° Ne pas avoir fait l'objet d'une condamnation, d'une incapacité ou d'une déchéance mentionnées sur le bulletin n° 2 du casier judiciaire ;

2° N'avoir pas été l'auteur de faits contraires à l'honneur, à la probité et aux bonnes mœurs ayant donné lieu à une sanction disciplinaire ou administrative de destitution, radiation, révocation, de retrait d'agrément ou d'autorisation ;

[996] L'article 1531 du Code de procédure civile, pour sa part, dispose :

Ne pas avoir fait l'objet d'une condamnation, d'une incapacité ou d'une déchéance mentionnées sur le bulletin n° 3 du casier judiciaire ;

[997] Le bulletin n° 3 du casier judiciaire est le moins complet, puisqu'il ne mentionne que les condamnations les plus graves. L'article 131-5 du Code de procédure civile s'applique uniquement aux médiateurs désignés par un juge, lorsque les parties, au cours d'une procédure judiciaire, acceptent la mesure de médiation qu'il a proposée. Ainsi, le médiateur désigné par un juge doit satisfaire à des conditions de moralité plus strictes que celui désigné par les parties pour une médiation extrajudiciaire.

⁵⁴³ Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle.

c Impartialité

[998] L'article 21-2 de la loi de 1995 prévoit que « [l]e médiateur accomplit sa mission avec impartialité ». Le second alinéa de l'article L. 131-8 du Code de procédure civile en tire une conséquence pratique à propos du médiateur désigné par un juge :

Le médiateur ne peut être commis, au cours de la même instance, pour effectuer une mesure d'instruction.

[999] L'impartialité est indispensable pour que les parties lui fassent confiance. Elles se défieraient de lui si elles avaient le sentiment qu'il a une préférence envers l'une d'elle. C'est pourquoi le médiateur doit veiller à rester neutre dans ses expressions et les mots qu'il utilise. Il ne doit évidemment pas orienter activement les parties vers un accord qui serait très favorable à l'une des parties. En revanche, si malgré l'impartialité du médiateur, les parties parviennent d'elles-mêmes à un accord très déséquilibré, le médiateur ne doit pas les dissuader de le signer. Il n'est pas la garant de l'équilibre de l'accord amiable. Du moment que le consentement des parties est libre et éclairé, il faut considérer qu'elles ont leur raison de conclure l'accord tel qu'il est.

[1000] En revanche, le médiateur n'a pas à respecter et faire respecter le principe de la contradiction, puisqu'il n'exerce pas une fonction juridictionnelle. Au contraire, la médiation suppose que les parties puissent communiquer au médiateur des informations et des documents sans que l'autre partie n'en aient connaissance. Au cours de la médiation, le médiateur s'entretient régulièrement avec chaque partie en aparté.

d Indépendance

[1001] L'article 131-5 du Code de procédure civile dispose que le médiateur désigné par un juge doit « [p]réserver les garanties d'indépendance nécessaires à l'exercice de la médiation ». Cela dit, on peut généraliser l'exigence d'indépendance à tous les médiateurs. Ils ne doivent pas exercer leur mission pour servir les intérêts d'une partie ou d'un tiers. Les règlements de médiation exigent généralement que les médiateurs signent une déclaration d'indépendance⁵⁴⁴.

e Compétence

[1002] L'article 21-2 de la loi de 1995 prévoit que « [l]e médiateur accomplit sa mission avec [...] compétence ». L'article 131-5 du Code de procédure civile précise, à propos du médiateur désigné par un juge :

La personne physique qui assure l'exécution de la mesure de médiation doit satisfaire aux conditions suivantes :

[...]

3° Posséder, par l'exercice présent ou passé d'une activité, la qualification requise eu égard à la nature du litige ;

4° Justifier, selon le cas, d'une formation ou d'une expérience adaptée à la pratique de la médiation ;

[1003] L'article 1533 du Code de procédure civile, applicable à la médiation conventionnelle, dispose :

Le médiateur et, le cas échéant, la personne mentionnée au second alinéa de l'article 1532, doit satisfaire aux conditions suivantes :

[...]

⁵⁴⁴ V. par ex. Règl. CMAP de médiation, art. 7.4.

2° Posséder, par l'exercice présent ou passé d'une activité, la qualification requise eu égard à la nature du différend ou justifier, selon le cas, d'une formation ou d'une expérience adaptée à la pratique de la médiation.

[1004] Ainsi, la compétence exigée est double : elle doit porter sur la pratique de la médiation et sur le domaine dans lequel s'inscrit le différend et le domaine d'activité des parties. En pratique, en médiation judiciaire, les juges ne désignent que des médiateurs inscrits sur la liste établie par le premier président de la cour d'appel, qui vérifie la compétence des médiateurs en ce qui concerne la médiation et qui mentionne aussi le domaine du droit dans lequel ils sont compétents. Ces médiateurs ont donc une solide expérience de la médiation ou ont été formés, ou les deux. De même, les centres de médiation désignent uniquement des médiateurs très compétents. En revanche, lorsque les parties désignent elles-mêmes un médiateur, sans intervention du juge ou d'un centre, en pratique, rien ne garantit qu'il satisfasse à l'exigence légale de compétence.

2.3.2.2 Liberté

[1005] La médiation est un processus qui repose sur la liberté des parties d'y avoir recours ou non. Il est difficile d'imaginer qu'elles puissent utilement discuter en présence du médiateur en y étant contraintes. Les parties ne peuvent donc recourir à la médiation que si elles en sont d'accord, notamment une fois le différend né. Si elles ont saisi le juge, celui-ci peut leur proposer, y compris en référé, de se livrer à une tentative de médiation. En principe, selon les articles 22 de la loi de 1995 et 131-1 du Code de procédure civile, le juge doit recueillir l'accord des parties. Il faut toutefois nuancer ce propos.

[1006] D'une part, si les parties peuvent décider de recourir à la médiation une fois le litige né, elles peuvent aussi inclure dans un contrat une clause de médiation obligatoire, qui les oblige à avoir recours à la médiation en cas de conflit. Cela dit, c'est malgré tout parce qu'elles l'ont voulue que cette contrainte pèse sur elle. Il n'y a pas vraiment d'entorse à la liberté.

[1007] D'autre part, l'article 22-1 de la loi de 1995 permet au juge d'imposer le recours à la médiation, ce qui est une entorse au principe de liberté :

En tout état de la procédure, y compris en référé, lorsqu'il estime qu'une résolution amiable du litige est possible, le juge peut, s'il n'a pas recueilli l'accord des parties, leur enjoindre de rencontrer un médiateur qu'il désigne et qui répond aux conditions prévues par décret en Conseil d'Etat. Celui-ci informe les parties sur l'objet et le déroulement d'une mesure de médiation.

[1008] En pratique, il arrive que les parties, contraintes par une clause contractuelle ou une décision du juge de rencontrer un médiateur, finisse par entamer une discussion qui porte ses fruits. Il n'est donc pas vain de prévoir de telles obligations.

[1009] Cela étant, la liberté prévaut aussi au cours de la médiation. Le médiateur est libre d'accepter ou non la mission qu'on lui propose. Il peut, avec les parties, organiser le processus de médiation de la manière la plus appropriée. Le médiateur peut même entendre les tiers qui y consentent. C'est ce que dit l'article 131-8 du Code de procédure civile, à propos du médiateur désigné par un juge, mais c'est vrai aussi du médiateur extrajudiciaire :

Le médiateur ne dispose pas de pouvoirs d'instruction. Toutefois, il peut, avec l'accord des parties et pour les besoins de la médiation, entendre les tiers qui y consentent.

[1010] Enfin, les parties et le médiateur peuvent, à tout moment, mettre fin à la médiation. Cette règle ne figure dans aucun texte à valeur légale ou réglementaire mais il est la

conséquence logique du fait que les parties ne sont pas contraintes de conclure un accord. Il faut donc qu'elles puissent mettre fin au processus et que le médiateur puisse mettre fin au processus s'il apparaît qu'aucun accord ne sera conclu. Cela dit, la médiation a plutôt tendance à fonctionner. En 2021, 60 % des médiations commerciales organisées par le CMAP ont abouti à un accord⁵⁴⁵.

2.3.2.3 Confidentialité

[1011] L'article 7 de la directive de 2008 dispose :

1. Étant donné que la médiation doit être menée de manière à préserver la confidentialité, les États membres veillent à ce que, sauf accord contraire des parties, ni le médiateur ni les personnes participant à l'administration du processus de médiation ne soient tenus de produire, dans une procédure judiciaire civile ou commerciale ou lors d'un arbitrage, des preuves concernant les informations résultant d'un processus de médiation ou en relation avec celui-ci, excepté :

a) lorsque cela est nécessaire pour des raisons impérieuses d'ordre public dans l'État membre concerné, notamment pour assurer la protection des intérêts primordiaux des enfants ou empêcher toute atteinte à l'intégrité physique ou psychologique d'une personne ; ou

b) lorsque la divulgation du contenu de l'accord issu de la médiation est nécessaire pour mettre en œuvre ou pour exécuter ledit accord.

2. Aucune disposition du paragraphe 1 n'empêche les États membres d'appliquer des mesures plus strictes en vue de préserver la confidentialité de la médiation.

[1012] L'article 21-3 de la loi de 1995 dispose :

Sauf accord contraire des parties, la médiation est soumise au principe de confidentialité.

Les constatations du médiateur et les déclarations recueillies au cours de la médiation ne peuvent être divulguées aux tiers ni invoquées ou produites dans le cadre d'une instance judiciaire ou arbitrale sans l'accord des parties.

Il est fait exception aux alinéas précédents dans les deux cas suivants :

a) En présence de raisons impérieuses d'ordre public ou de motifs liés à la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant ou à l'intégrité physique ou psychologique de la personne ;

b) Lorsque la révélation de l'existence ou la divulgation du contenu de l'accord issu de la médiation est nécessaire pour sa mise en œuvre ou son exécution.

Lorsque le médiateur est désigné par un juge, il informe ce dernier de ce que les parties sont ou non parvenues à un accord.

[1013] L'article 1531 du Code de procédure civile rappelle le principe de confidentialité de la médiation. A propos de la médiation judiciaire, l'article 131-14 dispose, dans le même sens :

Les constatations du médiateur et les déclarations qu'il recueille ne peuvent être ni produites ni invoquées dans la suite de la procédure sans l'accord des parties, ni en tout état de cause dans le cadre d'une autre instance.

[1014] La confidentialité est indispensable au succès de la médiation car les parties doivent pouvoir s'exprimer librement et communiquer tous documents utiles sans craindre que ces éléments ne soient par la suite, en cas d'échec et de saisine d'une juridiction, communiqués à celle-ci. Comment, au cours des discussions devant le médiateur,

⁵⁴⁵ Baromètre du CMAP, https://www.cmap.fr/wp-content/uploads/fichiers/barometre_2021.pdf.

reconnaître ses torts ou proposer une concession si l'autre partie peut ensuite en tirer argument devant le tribunal arbitral ou le juge étatique ? Le médiateur doit aussi assurer la confidentialité des informations que lui révèle chaque partie en aparté. Ces informations sont parfois nécessaires pour qu'il comprenne mieux le contexte du conflit mais elles ne sont pas destinées à être portées à la connaissance de l'autre partie.

- [1015] Cela étant, le principe de confidentialité n'est pas d'ordre public car il est destiné à protéger les intérêts des parties. Celles-ci peuvent donc y renoncer. De plus, même à défaut d'une renonciation conventionnelle, la confidentialité peut être méconnue pour des raisons d'ordre public ou pour la protection d'une personne. Cette dernière hypothèse ne devrait pas s'observer dans le contentieux économique mais plutôt en matière familiale. En revanche, même en matière économique, des « *raisons impérieuses d'ordre public* » pourraient justifier une exception à la confidentialité. Toutefois, le texte n'est pas précis et le principe de confidentialité est tellement consubstantiel à la médiation qu'un médiateur sera peu enclin à le méconnaître, même en considération de motifs d'ordre public. En revanche, il est beaucoup plus naturel de lever la confidentialité dans la mesure nécessaire pour prouver l'existence et le contenu de l'accord, afin de le mettre en œuvre.

2.3.2.4 *Diligence*

- [1016] La médiation doit être rapide, c'est tout son intérêt. Elle occupe généralement quelques heures de réunion, réparties sur quelques semaines. Au CMAP, en 2021, la durée moyenne d'une médiation était de quatorze heures⁵⁴⁶. Si elle se prolonge, cela signifie qu'elle n'aboutira pas et le médiateur ou les parties y mettent fin.
- [1017] Pour éviter que la médiation ne dure plus que nécessaire, l'article 21-2 de la loi de 1995 prévoit que « [l]e médiateur accomplit sa mission avec [...] diligence ». De plus, la médiation judiciaire est soumise à un délai⁵⁴⁷, prévu par l'article 131-3 du Code de procédure civile :

La durée initiale de la médiation ne peut excéder trois mois. Cette mission peut être renouvelée une fois, pour une même durée, à la demande du médiateur.

- [1018] C'est l'article 22-3 de la loi de 1995 qui prévoit la nécessité d'un délai, tout en autorisant le juge à le proroger.

La durée de la mission de médiation est fixée par le juge, sans qu'elle puisse excéder un délai déterminé par décret en Conseil d'Etat.

Le juge peut toutefois renouveler la mission de médiation. Il peut également y mettre fin, avant l'expiration du délai qu'il a fixé, d'office ou à la demande du médiateur ou d'une partie.

Le présent article n'est pas applicable lorsque le juge ordonne la médiation dans la décision statuant définitivement sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale.

2.3.2.5 *Efficacité*

- [1019] La médiation doit être un processus efficace. Le médiateur doit faire ce qui est en son pouvoir pour accompagner les parties vers un accord ; et aussi pour les aider à mieux comprendre les enjeux du différend et leurs états d'esprit respectif et à apaiser leurs relations, autant que faire se peut.

⁵⁴⁶ Baromètre du CMAP, https://www.cmap.fr/wp-content/uploads/fichiers/barometre_2021.pdf.

⁵⁴⁷ L. 1995, art. 22.

[1020] L'efficacité de la médiation repose aussi sur la possibilité de donner force exécutoire à l'accord auquel les parties parviennent. L'article 6 de la directive de 2008 impose aux États membres de veiller à ce que les accords issus de la médiation puissent être rendus exécutoires. L'article 21-5 de la loi de 1995 dispose :

L'accord auquel parviennent les parties peut être soumis à l'homologation du juge, qui lui donne force exécutoire.

[1021] Et l'article 1535 du Code de procédure civile dispose :

Lorsque l'accord issu de la médiation a été rendu exécutoire par une juridiction ou une autorité d'un autre État membre de l'Union européenne dans les conditions prévues par les dispositions de l'article 6 de la directive 2008/52/CE du 21 mai 2008 du Parlement européen et du Conseil sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale, il est reconnu et déclaré exécutoire en France dans les conditions prévues par les articles 509-2 à 509-7.

[1022] Au titre de l'efficacité, il faut également mentionner le principe selon lequel le recours à la médiation ne doit pas exposer les parties au risque de la prescription. Autrement, la médiation serait une pratique dangereuse et cela nuirait à son efficacité. L'article 8 de la directive de 2008 dispose en ce sens :

1. Les États membres veillent à ce que les parties qui choisissent la médiation pour tenter de résoudre un litige ne soient pas empêchées par la suite d'entamer une procédure judiciaire ou une procédure d'arbitrage concernant ce litige du fait de l'expiration des délais de prescription pendant le processus de médiation.

2. Le paragraphe 1 s'entend sans préjudice des dispositions sur les délais de prescription figurant dans les accords internationaux auxquels les États membres sont parties.

[1023] En France, l'article 2238 du Code civil met ce principe en œuvre :

La prescription est suspendue à compter du jour où, après la survenance d'un litige, les parties conviennent de recourir à la médiation ou à la conciliation ou, à défaut d'accord écrit, à compter du jour de la première réunion de médiation ou de conciliation. La prescription est également suspendue à compter de la conclusion d'une convention de procédure participative ou à compter de l'accord du débiteur constaté par l'huissier de justice pour participer à la procédure prévue à l'article L. 125-1 du code des procédures civiles d'exécution.

Le délai de prescription recommence à courir, pour une durée qui ne peut être inférieure à six mois, à compter de la date à laquelle soit l'une des parties ou les deux, soit le médiateur ou le conciliateur déclarent que la médiation ou la conciliation est terminée. En cas de convention de procédure participative, le délai de prescription recommence à courir à compter du terme de la convention, pour une durée qui ne peut être inférieure à six mois. En cas d'échec de la procédure prévue au même article, le délai de prescription recommence à courir à compter de la date du refus du débiteur, constaté par l'huissier, pour une durée qui ne peut être inférieure à six mois.

[1024] Ainsi, le recours à une médiation, à une conciliation ou à une procédure participative suspend le délai de prescription de toutes les actions afférentes aux droits litigieux. Cela signifie que la prescription cesse de courir mais, lorsque la suspension prend fin, le délai ne recommence pas intégralement à courir. Il recommence seulement à courir pour le temps qui restait au moment de l'interruption. Pour éviter qu'il n'arrive trop rapidement à expiration, le second alinéa garantit qu'il recommence à courir pour au moins six mois.

2.3.2.6 *Communication*

[1025] Le moyen par lequel les parties doivent parvenir à un accord est l'expression de leurs points de vue respectifs, de leur ressenti, de leurs intérêts et des enjeux que présente, pour eux, le conflit. Cette expression doit permettre à chaque partie de mieux comprendre l'autre. Pour cela, les parties doivent maîtriser leurs émotions, faire preuve d'un minimum de courtoisie, s'écouter attentivement et s'exprimer calmement. Chacune doit s'efforcer de décrire son point de vue plutôt que de formuler des reproches. La réussite d'une médiation suppose donc une communication de qualité et le rôle du médiateur et de la rendre possible. Il s'efforce de reformuler régulièrement de manière neutre et aussi exacte que possible ce que dit chaque partie, pour vérifier qu'il l'a bien comprise, ainsi que l'autre partie, et pour montrer à chaque partie qu'il l'écoute attentivement.

2.3.3 **Pratique de la médiation**

[1026] Il faut expliquer comment les parties peuvent avoir recours à la médiation (2.3.3.1) et comment se déroule une médiation (2.3.3.2).

2.3.3.1 *Recours à la médiation*

[1027] Il faut distinguer la médiation extrajudiciaire (a) et la médiation judiciaire (b).

a Médiation extrajudiciaire

[1028] Les parties peuvent décider de recourir à la médiation une fois le litige né. C'est en pratique assez fréquent. Elles peuvent alors désigner un médiateur ou saisir un centre de médiation. Il arrive que les parties soient liées par une clause de médiation obligatoire. Elles doivent alors la mettre en œuvre, selon les modalités prévues. Si la clause désigne un centre de médiation, il suffit de procéder conformément à son règlement de médiation⁵⁴⁸.

b Médiation au cours d'une procédure judiciaire

[1029] Le juge saisi d'un litige, y compris le juge des référés, peut toujours proposer aux parties de se livrer à une tentative de médiation. En principe, selon les articles 22 de la loi de 1995 et 131-1 du Code de procédure civile, le juge doit recueillir l'accord des parties. Toutefois, l'article 22-1 de la loi de 1995 permet au juge d'imposer le recours à la médiation. La décision par laquelle le juge ordonne une mesure de médiation ne le dessaisit pas. Il « *peut prendre à tout moment les autres mesures qui lui paraissent nécessaires* ».

[1030] Le médiateur doit être inscrit sur la liste établie par le premier président de la cour d'appel. L'article 22-1 A de la loi de 1995 dispose en effet :

Il est établi, pour l'information des juges, une liste des médiateurs dressée par chaque cour d'appel, dans des conditions fixées par un décret en Conseil d'Etat pris dans un délai de six mois à compter de la promulgation de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle.

[1031] Le juge peut désigner une personne physique ou une personne morale mais, dans ce dernier cas, celle-ci doit indiquer au juge quelle personne physique assurera la mission de médiateur, comme le dit l'article 131-4 du Code de procédure civile :

La médiation peut être confiée à une personne physique ou à une personne morale.

⁵⁴⁸ V. par ex. règl. CMAP médiation : <file:///Users/denis/Downloads/REGLEMENT-MEDIATION-2022.pdf>.

Si le médiateur désigné est une personne morale, son représentant légal soumet à l'agrément du juge le nom de la ou des personnes physiques qui assureront, au sein de celle-ci et en son nom, l'exécution de la mesure.

[1032] Quant aux frais, l'article 22-2 de la loi de 1995 précise :

Lorsque les frais de la médiation sont à la charge des parties, celles-ci déterminent librement entre elles leur répartition.

A défaut d'accord, ces frais sont répartis à parts égales, à moins que le juge n'estime qu'une telle répartition est inéquitable au regard de la situation économique des parties.

Lorsque l'aide juridictionnelle a été accordée à l'une des parties, la répartition de la charge des frais de la médiation est établie selon les règles prévues à l'alinéa précédent. Les frais incombant à la partie bénéficiaire de l'aide juridictionnelle sont à la charge de l'Etat, sous réserve des dispositions de l'article 50 de la loi du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridique.

Le juge fixe le montant de la provision à valoir sur la rémunération du médiateur et désigne la ou les parties qui consigneront la provision dans le délai qu'il détermine. La désignation du médiateur est caduque à défaut de consignation dans le délai et selon les modalités impartis. Lorsque la médiation est ordonnée en cours d'instance, celle-ci est alors poursuivie.

[1033] L'article 131-13 du Code de procédure civile ajoute :

A l'expiration de sa mission, le juge fixe la rémunération du médiateur.

La charge des frais de la médiation est répartie conformément aux dispositions de l'article 22-2 de la loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative.

Le juge autorise le médiateur à se faire remettre, jusqu'à due concurrence, les sommes consignées au greffe.

Il ordonne, s'il y a lieu, le versement de sommes complémentaires en indiquant la ou les parties qui en ont la charge, ou la restitution des sommes consignées en excédent.

Un titre exécutoire est délivré au médiateur, sur sa demande.

[1034] L'article 131-6 du Code de procédure civile apporte des précisions sur la décision par laquelle le juge ordonne la médiation :

La décision qui ordonne une médiation mentionne l'accord des parties, désigne le médiateur et la durée initiale de sa mission et indique la date à laquelle l'affaire sera rappelée à l'audience.

Elle fixe le montant de la provision à valoir sur la rémunération du médiateur à un niveau aussi proche que possible de la rémunération prévisible et désigne la ou les parties qui consigneront la provision dans le délai imparti ; si plusieurs parties sont désignées, la décision indique dans quelle proportion chacune des parties devra consigner.

La décision, à défaut de consignation, est caduque et l'instance se poursuit.

[1035] L'article 131-7 prévoit l'information des parties :

Dès le prononcé de la décision désignant le médiateur, le greffe de la juridiction en notifie copie par lettre simple aux parties et au médiateur.

Le médiateur fait connaître sans délai au juge son acceptation.

Dès qu'il est informé par le greffe de la consignation, il doit convoquer les parties.

[1036] Selon l'article 131-9 du Code de procédure civile, le médiateur doit tenir le juge informé des difficultés qu'il rencontre. Le juge peut mettre fin à la médiation, en vertu de l'article 131-10 :

Le juge peut mettre fin, à tout moment, à la médiation sur demande d'une partie ou à l'initiative du médiateur.

Le juge peut également y mettre fin d'office lorsque le bon déroulement de la médiation apparaît compromis.

Dans tous les cas, l'affaire doit être préalablement rappelée à une audience à laquelle les parties sont convoquées à la diligence du greffe par lettre recommandée avec demande d'avis de réception.

A cette audience, le juge, s'il met fin à la mission du médiateur, peut poursuivre l'instance. Le médiateur est informé de la décision.

[1037] L'article 131-11 ajoute :

A l'expiration de sa mission, le médiateur informe par écrit le juge de ce que les parties sont ou non parvenues à trouver une solution au conflit qui les oppose.

Le jour fixé, l'affaire revient devant le juge.

[1038] Enfin, l'article 131-15 précise :

La décision ordonnant ou renouvelant la médiation ou y mettant fin n'est pas susceptible d'appel.

2.3.3.2 Déroulement d'une médiation

[1039] Pour mieux comprendre le déroulement d'une médiation, regardez les trois vidéos postées sur la page Ametice du cours. Le déroulement d'une médiation peut varier en fonction du pays, voire de la région, et aussi en fonction de l'école à laquelle se rattache le médiateur. Cependant, en Europe, beaucoup de médiations commerciales sont organisées de la manière suivante.

[1040] Avant la médiation, le médiateur a une discussion téléphonique avec chaque partie et son avocat, afin de se présenter et de leur expliquer les objectifs et le déroulement de la médiation. Puis, le médiateur rencontre les parties, éventuellement en présence de leurs avocats, au cours d'une ou plusieurs réunions, pendant lesquelles il y aura cinq phases :

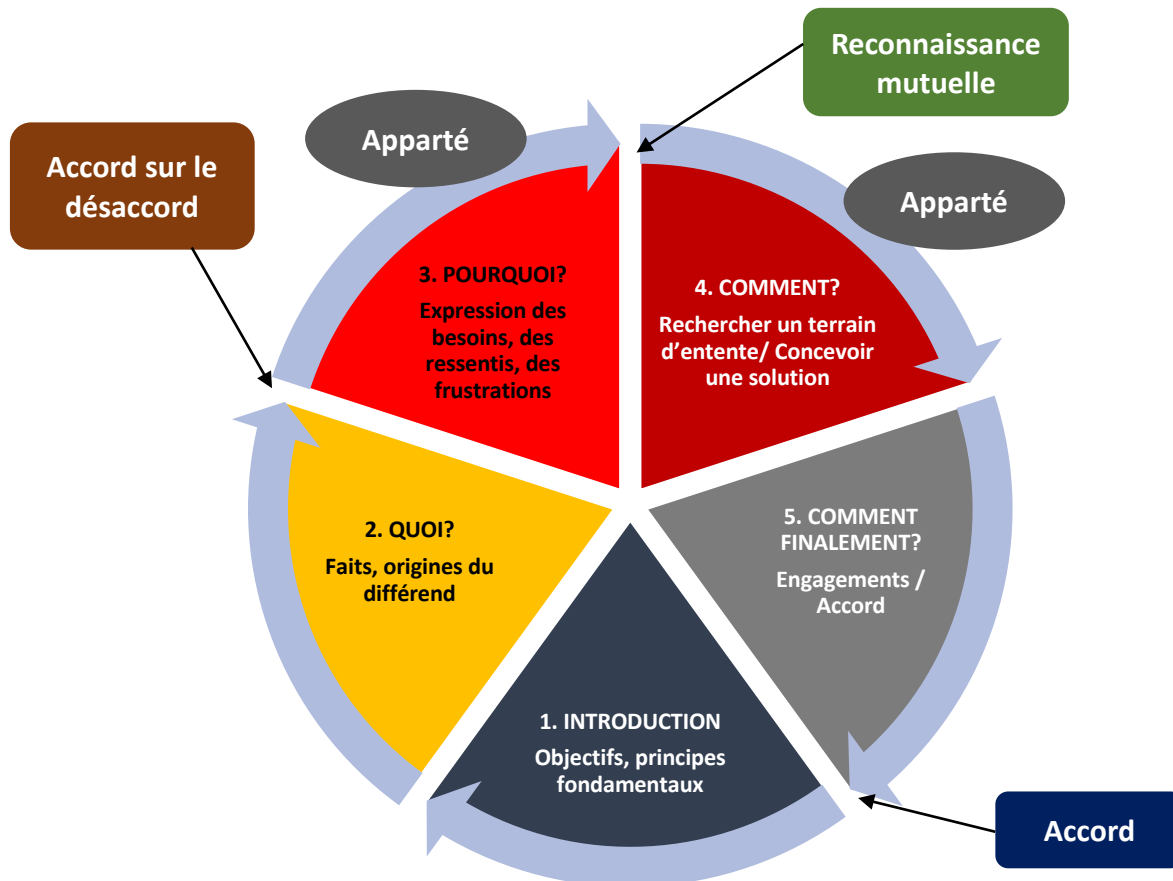
- L'introduction : le médiateur se présente et explique la nature, le déroulement, les objectifs de la médiation, ainsi que les principes à respecter : courtoisie, écoute mutuelle, expression du ressenti de chacun et non de reproches... Le médiateur indique généralement aux parties qu'il se réserve le droit de leur demander de se taire si elles ne respectent pas ces principes, en leur demandant si elles sont d'accord. L'accord qu'elles expriment alors pourra leur être rappelé le cas échéant.
- Quoi ? Le médiateur demande à chaque partie d'expliquer les circonstances et l'objet du différend, en veillant à ce que l'autre écoute et en reformulant chaque point de vue.
- Pourquoi ? Le médiateur demande à chaque partie d'expliquer pourquoi, selon elle, ce différend a surgi et d'exprimer son ressenti, ses frustrations, ses besoins, ses intérêts. Même en matière économique cet aspect psychologique joue un rôle non négligeable dans la genèse des conflits. Au cours de cette phase, le médiateur fait un ou plusieurs apartés avec chaque partie, pour lui permettre de donner des explications complémentaires qu'elle ne peut ou n'ose pas donner en présence de

l'autre partie. Certaines informations doivent rester confidentielles. Bien entendu, le médiateur vérifie quelles informations il peut communiquer à l'autre partie et quelles informations il doit conserver en son for intérieur.

- A la fin de cette phase, les parties doivent parvenir à la reconnaissance mutuelle : chacune comprend et admet comme légitime le point de vue de l'autre, même si elles ne sont pas forcément d'accord. Il faut au moins qu'elles soient d'accord sur le désaccord. La phase que « quoi ? » doit durer tant que le médiateur ne constate pas cette reconnaissance mutuelle.
- Comment ? Lors de cette phase, le médiateur amène les parties à envisager, dans les grandes lignes, les solutions possibles pour le différend. Souvent, il utilise un tableau ou un paperboard pour noter les différentes pistes évoquées de part et d'autre, en inscrivant les propositions et revendications d'une partie dans une colonne et celles de l'autre partie dans une autre colonne. Si cela est nécessaire, il peut de nouveau y avoir des apartés.
- A la fin de cette phase, on doit arriver à un principe général de solution.
- Comment concrètement ? Au cours de cette phase, le médiateur amène les parties à finaliser les détails de leur accord. Souvent, il en prend note sur un tableau ou un paperboard.
- Rédaction de l'accord amiable : une fois l'accord finalisé entre les parties, il faut le transcrire dans un contrat. C'est généralement l'affaire des avocats des parties mais, si le médiateur est avocat, il peut éventuellement rédiger le projet d'accord. Même lorsque le médiateur ne participe pas activement à la rédaction de l'accord amiable, il peut être consulté en cas de difficulté, pour aider les parties à la surmonter.
- Signature de l'accord amiable : généralement, pour clore la médiation, les parties se réunissent en présence de leurs avocats et du médiateur pour signer l'accord amiable. En principe, le médiateur ne signe pas l'accord, puisqu'il n'y est pas partie.

[1041] Le médiateur est généralement rémunéré à l'heure, à un taux horaire convenu avec les parties ou fixé par le centre de médiation.

[1042] Les différentes phases de la médiation sont souvent représentées par un diagramme, dit roue de Thomas Fiutak, reproduit sur la page suivante.



2.3.4 Simulation d'une médiation

[1043] Lisez le cas pratique ci-dessous, qui servira de base à un exercice de médiation pendant le cours, organisé par groupes :

La société Caladan, établie en Californie (États-Unis d'Amérique), construit des pièces entrant dans la fabrication des moteurs thermiques à grande puissance, équipant les véhicules de tourisme, les camions et certains engins industriels et agricoles. Le 22 décembre 2019, elle a conclu, avec la société Arrakis, établie en France, un contrat ayant pour objet la distribution, par Arrakis, dans toute l'Union européenne (U.E.), de ces pièces.

Le contrat comportait, notamment, les dispositions suivantes :

- Entrée en vigueur le 1er janvier 2020.
- Terme du contrat le 31 décembre 2022.
- Prix consenti à Arrakis : 200 USD par pièce.
- Volume minimum de commandes par semestre : 4.000.000 USD.
- En cas de commandes inférieures au minimum stipulé au cours d'un semestre, Arrakis doit verser une pénalité calculée comme suit : $0,90 \times (4.000.000 - X)$, où X est le montant des commandes passées au cours du semestre.
- Délai de livraison : 3 mois à compter de la réception de la commande.
- Pénalité à la charge de Caladan en cas de retard : 5% du montant de la commande par semaine de retard.

- Exclusivité d'Arrakis pour toute l'Union européenne pendant la durée du contrat.
- Contrat renouvelable tacitement, aux mêmes conditions, pour une durée de trois ans, sauf notification de l'une des parties à l'autre de son intention de ne pas le renouveler au plus tard le 31 août 2022.
- Clause prévoyant, en cas de différend, le recours à une médiation organisée par le Centre de médiation et d'arbitrage de Paris (CMAP) et, à défaut d'accord amiable, à un arbitrage CMAP.

Au cours du premier semestre 2022, la société Arrakis, qui restait en possession d'un stock important de pièces invendues, a passé une commande pour 2.500.000 USD. Caladan a alors exigé le paiement d'une pénalité de 1.350.000 USD. La société Arrakis a rétorqué que les volumes devaient être revus à la baisse, en raison de la diminution de la demande, due à une évolution très rapide de la réglementation et aux politiques des États européens incitant les constructeurs à développer des moteurs électriques, pour lesquels les pièces fabriquées par la société Caladan sont inutiles. En raison de ce contexte, la société Arrakis estime qu'un volume semestriel de commande de 3.000.000 USD est raisonnable. Pour autant, afin de montrer sa bonne volonté, la société Arrakis a proposé de régler une pénalité de 1.000.000 USD, tout en exigeant une renégociation des volumes en vue du renouvellement du contrat.

A la suite de ces échanges, Madame/Monsieur Harkonnen, CEO de Caladan, a appelé la/le président(e) d'Arrakis, Madame/Monsieur Atreides, pour lui expliquer que sa réponse était inacceptable et dénotait une malhonnêteté certaine, puisqu'elle/il refusait d'exécuter ses engagements. Madame/Monsieur Atreides, surpris(e) par la virulence son interlocuteur, a réagi très vivement en reprochant à Madame/Monsieur Harkonnen d'être un « *grossier personnage* » qui ne sait « *rien faire d'autre que crier* ». Madame/Monsieur Harkonnen a alors répondu que Madame/Monsieur Atreides cachait son incompetence par des attaques personnelles, avant de raccrocher. Par lettre recommandée avec avis de réception du 27 août 2022, la société Caladan a mis en demeure la société Arrakis de lui régler, avant le 30 septembre 2022 la somme de 1.350.000 USD et lui a notifié son intention de ne pas renouveler le contrat de distribution. La société Arrakis a, début septembre 2022, passé une commande de 4.000.000 USD, qui a été honorée, mais a refusé de payer la pénalité. La société Caladan a donc demandé au CMAP de désigner un médiateur.

3 CONCLUSION D'UN ACCORD AMIABLE

[1044] L'accord amiable est un contrat qui met fin à un différend. La plupart du temps, l'accord prévoit des concessions réciproques des deux parties et peut donc être qualifié de transaction. Cependant, on peut imaginer qu'une seule partie fasse des concessions, mettant ainsi fin à un différend. Ces concessions peuvent résulter d'un acte unilatéral⁵⁴⁹. Tel est le cas lorsqu'au cours d'un procès, une partie se désiste de l'instance et, expressément, de son action⁵⁵⁰. Les concessions unilatérales peuvent également s'inscrire dans une convention mais, même dans cette hypothèse, à défaut de concessions réciproques, il ne s'agit pas d'une transaction⁵⁵¹.

[1045] Du point de vue du droit français, l'acte unilatéral et l'accord amiable dénué de concessions réciproques, qui obéissent au régime général des obligations, n'appellent pas d'observations particulières. Il faut en revanche présenter le régime de la transaction (3.1). Il faut aussi expliquer comment l'accord amiable peut recevoir force

⁵⁴⁹ Pour un arrêt caractérisant ainsi une telle renonciation, v. Cass. civ. 2^{ème}, 2 février 2017, n° 16-13.521.

⁵⁵⁰ C. pr. civ., art. 398.

⁵⁵¹ Sur la distinction entre transaction et accord amiable, v. C. Boillot, « La qualification de l'accord amiable : transaction ou non ? », in W. Ben Hamida et D. Mouralis, dir., *L'accord amiable et après ?*, PUAM, 2020

exécutoire (3.2). Enfin, il faut dire quelques mots de la Convention des Nations Unies sur les accords de règlement internationaux issus de la médiation, dite Convention de Singapour (3.3), qui est destinée à faciliter l'exécution de ces accords, qu'ils constituent ou non des transactions.

3.1 TRANSACTION

[1046] Le régime de la transaction est déterminé par le titre XV du livre III du Code civil, comprenant les articles 2044 à 2052. Ces dispositions ont été quelque peu modifiées, sans changement substantiel, par l'article 10 de la loi Justice 21⁵⁵². Les articles 1565 à 1567 du Code de procédure civile contiennent également des dispositions importantes. Pour présenter ces textes, il paraît logique de distinguer la définition (3.1.1), la validité (3.1.2) et l'effet de la transaction (3.1.3).

3.1.1 Définition

[1047] Le premier alinéa de l'article 2044 définit la transaction :

La transaction est un contrat par lequel les parties, par des concessions réciproques, terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître.

[1048] Ainsi, la transaction se caractérise par deux critères. D'une part, son objet est de mettre fin à une contestation, ce qui vise tout différend, porté ou non devant la justice. Sur ce point, la définition légale autorise les parties à conclure une transaction à un moment où le différend ne s'est pas encore noué. Dans cette hypothèse, en réalité, il y a nécessairement un début de désaccord, sans quoi les parties ne ressentiraient même pas le besoin de transiger, même si l'opposition entre les parties n'est pas encore forte.

[1049] D'autre part, la transaction doit stipuler des concessions réciproques. Cela signifie que les parties doivent renoncer à certains des droits qu'elles estiment détenir, abandonner une prétention, s'engager à conclure un contrat, accepter de fournir un service ou céder la propriété d'un bien. Par exemple, une promesse de vente immobilière⁵⁵³ peut constituer une concession, au sens de l'article 2044. Il faut que les concessions soient réciproques, c'est-à-dire que chaque partie en fasse. Tel est le cas lorsqu'une partie consent une remise partielle de dette sur la créance qu'elle revendique, en contrepartie de la renonciation du débiteur à contester cette créance en justice, parce qu'ainsi le créancier « *fait l'économie d'une procédure judiciaire, dont l'issue était aléatoire* »⁵⁵⁴. En revanche, si une partie n'accepte qu'une concession dérisoire par rapport à celle de son adversaire, il n'y a pas de concessions réciproques⁵⁵⁵.

⁵⁵² Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle.

⁵⁵³ Et l'article 1840A du Code général des impôts, exigeant l'enregistrement des promesses de vente immobilière, est alors inapplicable, v. Cass. Ass. plén., 24 février 2006, n° 04-20.525 P, *Rapport*, p. 373 ; *BICC* 15 mai 2006, rapp. Moussa, concl. Cédras ; *D.* 2006, p. 2076, note C. Jamin ; *ibid.* IR 677, obs. Gallmeister ; *ibid.* p. 1396, Point de vue, par Najjar ; *ibid.* pan. 2640, obs. Amrani-Mekki ; *JCP G* 2006, II, 10065, concl. Cédras ; *JCP N* 2006, 1278, n° 1, obs. S. Piedelièvre ; *Gaz. Pal.* 2006, p. 1886, note Deharo ; *ibid.* 3217, note Gaonac'h ; *RLDC* 2006/27, n° 2031, note Mallet-Bricout ; *RDC* 2006, p. 689, obs. Laithier ; *ibid.* 715, obs. Dauriac ; *RTD civ.* 2006, p. 301, obs. Mestre et Fages. – Cass. civ. 3^{ème}, 26 mars 2003, n° 01-02.410 P, *D.* 2003, p. 2197, note Lipinski ; *JCP E* 2004, p. 651, note Schmidt-Szalewski ; *Defrénois* 2003, p. 841, obs. Savaux ; *Gaz. Pal.* 2004, p. 408, note Bletterie ; *LPA* 3 décembre 2003, note Dagorne-Labbe ; *ibid.* 27 janvier 2004, note Chassagnard ; *RTD civ.* 2003, p. 496, obs. Mestre et Fages.

⁵⁵⁴ Cass. com., 2 octobre 2001, n° 98-19.694, *Bull. civ.* 2001, IV, n° 154, *D.* 2001, AJ 3119, obs. A. Lienhard ; *RTD com.* 2002, p. 164, obs. A. Martin-Serf.

⁵⁵⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 4 mai 1976, n° 74-12.526, *Bull. civ.* 1976, I, n° 157.

3.1.2 Validité

- [1050] Quant à la forme, le second alinéa de l'article 2044 du Code civil dispose que la transaction « *doit être rédigé[e] par écrit* ». La jurisprudence a précisé que cette exigence n'est pas formulée *ad validitatem* et ne concerne que la preuve de l'existence de la transaction, qui peut ainsi être rapportée selon les règles applicables au contrat, édictées par les articles 1359 et suivants du Code civil⁵⁵⁶. Cependant, lorsque l'existence de la transaction n'est pas contestée, son contenu et sa portée peuvent être prouvées librement⁵⁵⁷.
- [1051] Quant au fond, l'article 2045 du Code civil précise, en ce qui concerne la capacité des parties :
- Pour transiger, il faut avoir la capacité de disposer des objets compris dans la transaction.
- Le tuteur ne peut transiger pour le mineur ou le majeur en tutelle que conformément à l'article 467 au titre *De la minorité, de la tutelle et de l'émancipation* ; et il ne peut transiger avec le mineur devenu majeur, sur le compte de tutelle, que conformément à l'article 472 au même titre.
- Les établissements publics de l'État ne peuvent transiger qu'avec l'autorisation expresse du Premier ministre.
- [1052] Il faut ajouter que si une partie est en sauvegarde, en redressement judiciaire⁵⁵⁸ ou en liquidation judiciaire⁵⁵⁹, la transaction doit être autorisée par le juge-commissaire. Il faut également observer que l'article 21-4 de la loi de 1995 précise, à propos de l'accord obtenu au moyen d'une médiation :
- L'accord auquel parviennent les parties ne peut porter atteinte à des droits dont elles n'ont pas la libre disposition.
- [1053] A propos de l'objet de la transaction l'article 2046 précise utilement :
- On peut transiger sur l'intérêt civil qui résulte d'un délit.
- La transaction n'empêche pas la poursuite du ministère public.
- [1054] Enfin, une question se pose évidemment. L'existence de concessions réciproques est-elle une condition de validité de la transaction ? La réponse à cette question doit être nuancée car elle dépend, dans chaque espèce, de la volonté des parties. En principe, l'absence de concessions réciproques est une circonstance conduisant le juge non à annuler la transaction mais à lui donner une autre qualification. Cela étant, si l'acte est considéré comme un contrat soumis à d'autres conditions, de forme notamment, sa requalification peut conduire à son annulation. Par exemple, si un acte présenté comme une transaction est en réalité une donation-partage et s'il n'a pas été passé devant notaire, il est nul en vertu des articles 931 et 1075 du Code civil⁵⁶⁰.
- [1055] Toutefois, on trouve un arrêt qui approuve une cour d'appel d'avoir considéré comme nul un contrat relatif à l'invention d'un trésor et « *intitulé par [les parties] elles-mêmes comme un accord transactionnel* » aux motifs qu'il ne contenait pas de concession réciproque et d'en avoir tiré pour conséquence que le propriétaire du fonds où le trésor avait été découvert pouvait agir pour en obtenir la propriété, sur le fondement de

⁵⁵⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 18 mars 1986, n° 84-16817 ; *Bull. civ.* 1986, I, n° 74.

⁵⁵⁷ Cass ; soc., 22 juin 1960, *Bull. civ.* 1960, IV, n° 671.

⁵⁵⁸ C. com., art. L. 622-7, II, al. 1^{er} et L. 631-14, al. 1^{er}.

⁵⁵⁹ C. com., art. L. 642-24.

⁵⁶⁰ Cass. civ. 1^{ère}, 4 mai 1976, n° 74-12.526, *Bull. civ.* 1976, I, n° 157.

l'article 716 du Code civil, l'article 2052 étant inapplicable⁵⁶¹. Cette solution semble s'expliquer par le fait que les parties entendaient précisément conclure une transaction et non un autre acte, de telle sorte qu'à défaut de concessions réciproques, qui caractérisent la transaction, leur accord était nul. Cela étant, pour ne pas appliquer les dispositions spécifiques aux transactions, tel l'article 2052 du Code civil, il aurait suffi de requalifier le contrat.

3.1.3 Effet

[1056] La transaction produit tous les effets d'un contrat. Les parties doivent exécuter les obligations qu'elles y ont souscrites. A défaut, elles engagent leur responsabilité contractuelle et le créancier peut saisir la juridiction compétente, étant précisé que, naturellement, la transaction peut comporter une clause compromissoire ou attributive de juridiction. Cela étant, il faut évoquer les dispositions du code civil spécifiques à l'effet des transactions.

[1057] L'effet de la transaction est circonscrit aux questions litigieuses qui y ont été résolues expressément ou qui y sont implicitement mais nécessairement incluses. C'est ce qui résulte de l'article 2049 :

Les transactions ne règlent que les différends qui s'y trouvent compris, soit que les parties aient manifesté leur intention par des expressions spéciales ou générales, soit que l'on reconnaisse cette intention par une suite nécessaire de ce qui est exprimé.

[1058] Dans le prolongement de l'article 2049, l'article 2050 dispose :

Si celui qui avait transigé sur un droit qu'il avait de son chef acquiert ensuite un droit semblable du chef d'une autre personne, il n'est point, quant au droit nouvellement acquis, lié par la transaction antérieure.

[1059] L'article 2051 applique à la transaction le principe de l'effet relatif des contrats :

La transaction faite par l'un des intéressés ne lie point les autres intéressés et ne peut être opposée par eux.

[1060] L'article 2052 pose un principe important, qui est la conséquence logique du fait que la transaction met fin au différend qu'elle vise. Ce différend ne peut plus être porté en justice :

La transaction fait obstacle à l'introduction ou à la poursuite entre les parties d'une action en justice ayant le même objet.

[1061] Autrement dit, les parties renoncent à l'action en justice relative au différend transigé. Bien entendu, cette renonciation est limitée par le périmètre de la transaction, comme le dit l'article 2048 :

Les transactions se renferment dans leur objet : la renonciation qui y est faite à tous droits, actions et prétentions, ne s'entend que de ce qui est relatif au différend qui y a donné lieu.

[1062] Avant la loi Justice 21, le premier alinéa de l'ancien article 2052 disposait que « *[l]es transactions [avaie]nt, entre les parties, l'autorité de la chose jugée en dernier ressort* ». En 2016, le législateur a préféré supprimer toute référence à l'autorité de chose jugée, notion quelque peu incongrue s'agissant, non d'un jugement, mais d'un contrat. Cependant, le nouvel article 2052 préserve l'attribut essentiel de la transaction, l'impossibilité d'agir en justice à propos du différend transigé. Cette impossibilité

⁵⁶¹ Cass. civ. 1^{ère}, 16 juin 2001, n° 19-21.567.

demeure même si elle n'est plus, après la réforme de 2016, une conséquence de l'autorité de chose jugée.

3.2 ATTRIBUTION DE LA FORCE EXECUTOIRE A L'ACCORD AMIABLE

[1063] Pour donner force exécutoire à un accord amiable, deux voies existent : l'homologation (3.2.1) et l'apposition de la formule exécutoire (3.2.2).

3.2.1 Homologation

[1064] Tout accord amiable obtenu à travers une médiation, une conciliation ou une procédure participative peut être homologué par le juge, que l'accord soit ou non une transaction. Le premier alinéa de l'article 1565 du Code de procédure civile le dit très clairement :

L'accord auquel sont parvenues les parties à une médiation, une conciliation ou une procédure participative peut être soumis, aux fins de le rendre exécutoire, à l'homologation du juge compétent pour connaître du contentieux dans la matière considérée.

[1065] Il faut donc saisir le juge qui aurait été compétent pour statuer au fond sur le litige transigé. En revanche, si l'accord a été obtenu en dehors de toute médiation, conciliation ou procédure participative, on ne peut en demander l'homologation que s'il s'agit d'une transaction. Il faut lire attentivement l'article 1567 :

Les dispositions des articles 1565 et 1566 sont applicables à la transaction conclue sans qu'il ait été recouru à une médiation, une conciliation ou une procédure participative. Le juge est alors saisi par la partie la plus diligente ou l'ensemble des parties à la transaction.

[1066] Le juge peut être saisi par l'ensemble des parties à l'accord. En revanche, pour qu'il soit saisi par une seule des parties, les autres doivent-elles avoir donné leur accord ? La réponse varie selon la nature de l'accord et la manière dont il a été obtenu :

- Lorsque l'accord amiable est issu d'une médiation⁵⁶² ou d'une conciliation⁵⁶³ conventionnelles, l'homologation ne peut être demandée par une partie qu'avec l'accord de toutes les parties.
- En revanche, l'accord amiable issu d'une médiation⁵⁶⁴ ou d'une conciliation⁵⁶⁵ ordonnées par le juge peut être homologué à la demande d'une seule partie, sans l'accord des autres. Cette différence de traitement s'explique par le fait que, lorsque la médiation ou la conciliation a été ordonnée par un juge, il est déjà saisi du litige.
- Enfin, l'homologation de la transaction conclue en dehors de toute médiation, conciliation ou procédure participative⁵⁶⁶ ou de l'accord amiable conclu dans le cadre d'une procédure participative⁵⁶⁷ peut être demandée par une seule des parties, sans l'accord des autres.

[1067] L'article 1566 précise :

Le juge statue sur la requête qui lui est présentée sans débat, à moins qu'il n'estime nécessaire d'entendre les parties.

⁵⁶² C. pr. civ., art. 1534

⁵⁶³ C. pr. civ., art. 1541.

⁵⁶⁴ C. pr. civ., art. 131-12.

⁵⁶⁵ C. pr. civ., art. 131, al. 2.

⁵⁶⁶ C. pr. civ., art. 1567

⁵⁶⁷ C. pr. civ., art. 1557.

S'il est fait droit à la requête, tout intéressé peut en référer au juge qui a rendu la décision.

La décision qui refuse d'homologuer l'accord peut faire l'objet d'un appel. Cet appel est formé par déclaration au greffe de la cour d'appel. Il est jugé selon la procédure gracieuse.

- [1068] Le juge peut refuser d'homologuer l'accord pour un motif qui lui paraît pertinent, par exemple parce qu'il était assorti d'une condition suspensive qui ne s'est pas réalisée⁵⁶⁸. Lorsque le juge accepte d'homologuer un accord, tout intéressé peut lui demander de reconsidérer sa décision. Les intéressés peuvent être des parties à l'accord mais aussi des tiers. En toute logique, les parties ayant demandé l'homologation ne devrait pas saisir le juge pour contester celle-ci mais le texte ne l'interdit pas. La décision qui refuse l'homologation est susceptible d'appel. Puisque la décision du juge est un jugement gracieux, les tiers à qui elle a été notifiée devraient pouvoir en faire appel, comme les requérants. En revanche, les tiers n'en ayant pas reçu notification ne peuvent que former tierce-opposition, conformément à l'article 583 du Code de procédure civile.

3.2.2 Apposition de la formule exécutoire

- [1069] Cette procédure simplifiée a été instituée par le décret n° 2022-245 du 25 février 2022 favorisant le recours à la médiation, portant application de la loi pour la confiance dans l'institution judiciaire et modifiant diverses dispositions. Elle ne peut être utilisée que pour les accords amiables issus d'une médiation, d'une conciliation ou d'une procédure participative ou les transactions, qu'elles aient été ou non obtenues au terme d'un tel processus⁵⁶⁹, à condition qu'ils prennent la forme d'un acte contresigné par avocat. Il faut lire l'article 1568, alinéa 1^{er}, du Code de procédure civile :

Lorsque l'accord auquel sont parvenues les parties à une médiation, une conciliation ou une procédure participative prend la forme d'un acte contresigné par les avocats de chacune des parties, cet acte peut être revêtu, à la demande d'une partie, de la formule exécutoire.

- [1070] Les deux alinéas suivants expliquent la marche à suivre :

La demande est formée par écrit, en double exemplaire, auprès du greffe de la juridiction du domicile du demandeur matériellement compétente pour connaître du contentieux de la matière dont relève l'accord.

Le greffier n'appose la formule exécutoire qu'après avoir vérifié sa compétence et la nature de l'acte.

- [1071] L'article 1568-1 comporte une disposition applicable aux accords portant sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale et ne concerne donc pas le contentieux économique. L'article 1569 précise :

L'acte contresigné par avocats et revêtu de la formule exécutoire, ou la décision de refus du greffier, est remis ou adressé au demandeur par lettre simple.

Le double de la demande ainsi que la copie de l'acte et, le cas échéant, la décision de refus du greffier sont conservés au greffe.

⁵⁶⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 10 septembre 2014, n° 13-11.843, *AJCA* 2014, p. 328, note Fricero ; *RTD civ.* 2015, p. 695, obs. Théry ; *JCP G* 2014, p. 1232, n° 6, obs. Libchaber ; *Gaz. Pal.* 21-23 déc. 2014, p. 29, obs. Lauvergnat.

⁵⁶⁹ C. pr. civ., art. 1571.

[1072] L'article 1570 permet à tout intéressé de contester l'apposition de la formule exécutoire devant la juridiction à laquelle appartient le greffier qui l'a apposée :

Toute personne intéressée peut former une demande aux fins de suppression de la formule exécutoire devant la juridiction dont le greffe a apposé cette formule.

La demande est formée, instruite et jugée selon les règles de la procédure accélérée au fond.

3.3 CONVENTION DE SINGAPOUR

[1073] Forte du succès de la Convention de New York du 10 juin 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales, la CNUDCI s'en est inspirée pour élaborer une autre convention, portant sur les accords de règlement internationaux issus de la médiation, dite Convention de Singapour, parce qu'elle a été ouverte à la signature lors d'une cérémonie qui s'est tenue à Singapour le 7 août 2019. En effet, la CNUDCI a voulu remédier au principal obstacle évoqué pour expliquer le faible recours à la médiation pour résoudre les litiges du commerce international, à savoir la difficulté d'exécuter, le cas échéant, l'accord conclu par les parties, du moins lorsqu'il n'est pas spontanément respecté.

[1074] La convention a été signée par cinquante-six États mais ratifiée seulement par douze d'entre eux. La France ne l'a pas signée⁵⁷⁰. Conformément à son article 14, elle est entrée en vigueur ou entrera en vigueur à l'égard de chaque État l'ayant ratifiée six mois après le dépôt de l'instrument de ratification de cet État. Il faut préciser le champ d'application de la Convention (3.2.1), le principe général qu'elle pose (3.2.2) et les exceptions qu'elle y apporte (3.2.3).

3.3.1 Champ d'application

[1075] L'article 1^{er} de la Convention délimite son champ d'application :

1. La présente Convention s'applique à tout accord issu de la médiation et conclu par écrit par des parties pour régler un litige commercial (« accord de règlement ») qui, au moment de sa conclusion, est international en ce que :

a) Au moins deux parties à cet accord ont leur établissement dans des États différents ; ou

b) L'État dans lequel les parties à l'accord ont leur établissement est différent :

i) Soit de l'État dans lequel une part substantielle des obligations découlant de l'accord est exécutée ;

ii) Soit de l'État avec lequel l'objet de l'accord a le lien le plus étroit.

2. La présente Convention ne s'applique pas aux accords de règlement :

a) Conclus pour régler un litige découlant d'une opération effectuée par l'une des parties (un consommateur) à des fins personnelles, familiales ou domestiques ;

b) Relatifs au droit de la famille, des successions ou du travail.

3. La présente Convention ne s'applique pas :

a) Aux accords de règlement qui :

i) Ont été approuvés par une juridiction ou conclus pendant une procédure menée devant une juridiction ; et

ii) Sont exécutoires en tant que jugement dans l'État où se trouve ladite juridiction ;

⁵⁷⁰ https://uncitral.un.org/fr/texts/mediation/conventions/international_settlement_agreements/status.

b) Aux accords de règlement qui ont été enregistrés et sont exécutoires en tant que sentence arbitrale.

[1076] Pour bien appréhender le champ d'application de la Convention, il faut tenir compte des définitions figurant dans l'article 2 :

1. Aux fins du paragraphe 1 de l'article premier :

a) Si une partie a plus d'un établissement, l'établissement à prendre en considération est celui qui a le lien le plus étroit avec le litige réglé par l'accord, eu égard aux circonstances connues des parties, ou envisagées par elles, au moment de la conclusion de l'accord;

b) Si une partie n'a pas d'établissement, sa résidence habituelle en tient lieu.

2. L'accord de règlement est conclu « par écrit » si son contenu est consigné sous une forme quelconque. Une communication électronique satisfait à l'exigence de forme écrite imposée pour l'accord de règlement si l'information qu'elle contient est accessible pour être consultée ultérieurement.

3. Le terme « médiation » désigne un processus, quels qu'en soient la dénomination ou le fondement, par lequel les parties cherchent à parvenir à un règlement amiable de leur différend avec l'aide d'un ou de plusieurs tiers (« le médiateur ») qui n'ont pas le pouvoir de leur imposer une solution.

[1077] Il faut particulièrement prêter attention au paragraphe 3 qui réserve le bénéfice de la Convention aux accords conclus au moyen d'un processus amiable faisant intervenir un tiers qui a aidé les parties à parvenir à un accord, quel que soit le nom et le régime de ce processus. Il faut donc ici entendre médiation dans un sens large incluant, par exemple, ce que le droit français désigne par le terme de conciliation. En revanche, les accords issus d'une négociation sans tiers neutre ne sont pas couverts, par exemple ceux issus d'une procédure participative.

[1078] Enfin, il faut signaler que, selon l'article 7, les parties à un accord issu de la médiation peuvent se prévaloir de toutes dispositions législatives ou conventionnelles plus favorables que celles de la Convention de Singapour :

La présente Convention ne prive aucune partie intéressée du droit qu'elle pourrait avoir de se prévaloir d'un accord de règlement de la manière et dans la mesure admises par les lois ou les traités de la Partie à la Convention dans laquelle on cherche à faire valoir l'accord

3.3.2 Principe général

[1079] L'article 3(1) oblige les États parties à exécuter les accords amiables issus de la médiation :

Chaque Partie à la Convention accorde l'exécution de l'accord de règlement conformément à ses règles de procédure et aux conditions prévues dans la présente Convention.

[1080] L'article 3(2) impose aux États signataires de permettre à une partie d'invoquer un accord issu de la médiation pour prouver que la question a déjà été réglée et de bénéficier des conséquences procédurales locales attachée à cet état de fait :

Si un litige survient sur une question dont une partie affirme qu'elle a déjà été réglée par la voie d'un accord de règlement, une Partie à la Convention autorise celle-ci à invoquer l'accord conformément à ses règles de procédure et aux conditions prévues dans la présente Convention afin de prouver que la question a déjà été réglée.

[1081] En France, ce texte permet aux parties de faire constater que l'action relative au litige déjà réglé est irrecevable. Cependant, cela serait possible en vertu de l'article 2052 du

Code civil, du moins lorsque l'accord amiable est une transaction. Peu importe, à cet égard, qu'elle ait été conclue à l'étranger.

[1082] L'article 4 détaille les conditions à remplir pour bénéficier des avantages prévus par l'article 3. Il faut saisir l'autorité compétente, qui peut, suivant les pays, être judiciaire ou administrative :

1. Une partie qui se prévaut d'un accord de règlement en vertu de la présente Convention fournit à l'autorité compétente de la Partie à la Convention devant laquelle la demande ou le moyen ont été introduits :

a) L'accord en question signé par les parties ;

b) Une preuve que l'accord est issu de la médiation, telle que :

i) La signature du médiateur apposée sur ledit accord ;

ii) Un document signé par le médiateur indiquant que la médiation a eu lieu ;

iii) Une attestation de l'institution qui a administré la médiation ; ou

iv) En l'absence des preuves visées aux sous-alinéas i, ii ou iii, toute autre preuve susceptible d'être acceptée par l'autorité compétente.

2. L'exigence selon laquelle un accord de règlement doit être signé par les parties ou, s'il y a lieu, par le médiateur est satisfaite dans le cas d'une communication électronique :

a) Si une méthode est utilisée pour identifier les parties ou le médiateur et pour indiquer la volonté des parties ou du médiateur concernant les informations contenues dans la communication électronique ; et

b) Si la méthode utilisée est :

i) Soit une méthode dont la fiabilité est suffisante au regard de l'objet pour lequel la communication électronique a été créée ou transmise, compte tenu de toutes les circonstances, y compris toute convention en la matière ;

ii) Soit une méthode dont il est démontré dans les faits qu'elle a, par elle-même ou avec d'autres preuves, rempli les fonctions visées à l'alinéa a ci-dessus.

3. Si l'accord de règlement n'est pas rédigé dans une langue officielle de la Partie à la Convention devant laquelle la demande ou le moyen ont été introduits, l'autorité compétente peut en demander une traduction dans cette langue.

4. L'autorité compétente peut exiger tout document nécessaire afin de vérifier que les exigences prévues dans la Convention ont été remplies.

5. L'autorité compétente examine la demande ou le moyen introduits dans les meilleurs délais.

3.3.3 Exceptions

[1083] L'article 5, manifestement inspiré de l'article V de la Convention de New York de 1958, indique dans quelles circonstances l'autorité compétente de l'État requis peut refuser de donner force exécutoire à un accord issu de la médiation :

1. L'autorité compétente de la Partie à la Convention devant laquelle la demande ou le moyen ont été introduits au titre de l'article 4 ne peut refuser de les admettre, sur requête de la partie à l'encontre de laquelle ils ont été introduits, que si cette dernière lui fournit la preuve :

a) Qu'une partie à l'accord de règlement était frappée d'une incapacité ;

b) Que l'accord de règlement dont on cherche à se prévaloir :

i) Est caduc, inopérant ou non susceptible d'être exécuté en vertu de la loi à laquelle les parties l'ont valablement subordonné ou, à défaut d'indication à cet égard, en vertu de la loi jugée applicable par l'autorité compétente de la Partie à

la Convention devant laquelle la demande ou le moyen ont été introduits au titre de l'article 4 ;

ii) N'est pas obligatoire, ou n'est pas définitif, conformément à ses termes ; ou

iii) A été ultérieurement modifié ;

c) Que les obligations énoncées dans l'accord :

i) Ont été satisfaites ; ou

ii) Ne sont pas claires ou compréhensibles ;

d) Que le fait d'admettre la demande ou le moyen serait contraire aux termes de l'accord ;

e) Que le médiateur a gravement manqué aux normes applicables aux médiateurs ou à la médiation, manquement sans lequel cette partie n'aurait pas conclu l'accord ; ou

f) Que le médiateur a manqué à l'obligation de déclarer aux parties des circonstances de nature à soulever des doutes légitimes sur son impartialité ou son indépendance et que cette absence de déclaration a eu une incidence importante ou une influence indue sur une partie, manquement sans lequel cette partie n'aurait pas conclu l'accord.

2. L'autorité compétente de la Partie à la Convention devant laquelle la demande ou le moyen ont été introduits au titre de l'article 4 peut aussi refuser de les admettre si elle constate :

a) Que le fait de les admettre serait contraire à l'ordre public de cette Partie ; ou

b) Que l'objet du différend n'est pas susceptible d'être réglé par voie de médiation conformément à la loi de cette Partie.

[1084] L'article 6 ajoute :

Si une requête ou une action relative à un accord de règlement a été introduite auprès d'une juridiction, d'un tribunal arbitral ou de toute autre autorité compétente, et est susceptible d'influer sur la suite qui sera donnée à la demande ou au moyen introduits au titre de l'article 4, l'autorité compétente de la Partie à la Convention devant laquelle la demande ou le moyen ont été introduits peut, si elle l'estime approprié, surseoir à statuer et peut également, à la requête d'une partie, ordonner à l'autre partie de fournir des sûretés convenables.

[1085] La Convention de Singapour est bien conçue et rédigée de manière concise et claire. L'avenir dira si elle aura le même succès que la Convention de New York en matière de sentence arbitrale !

BIBLIOGRAPHIE SELECTIVE

En plus des références données tout au long du cours, les étudiants pourront consulter, entre autres, les ouvrages suivants.

OUVRAGES GENERAUX

K. P. Berger, *Private Dispute Resolution in International Business*, Wolters Kluwer, 2015.

Site Internet associé à cet ouvrage : <http://www.private-dispute-resolution.com>

E. Putman, *Contentieux économique*, PUF, 1998

DROIT DE L'ARBITRAGE

Ouvrages

J.-J. Alexandre, G. Chetrite, *Guide pratique de l'arbitrage en droit interne*, Gualino 2012

N. Blackaby, C. Partasides, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, Oxford University Press, 7^e éd., 2022

G. Born, *International Arbitration: Law and Practice*, Kluwer, 3^e éd., 2021

R. Dupeyré, H.-J. Nougein, *Règles et pratiques du droit français de l'arbitrage*, Lextenso, 2012

E. Loquin, *L'arbitrage du commerce international*, Lextenso, 2015

D. Mainguy et J. El Ahdab, *Droit de l'arbitrage*, LexisNexis, 2021

D. Mouralis, C. Seraglini, livre V titre III du traité de *Droit du commerce international*, sous la dir. de M. Menjuçq et J. Béguin, LexisNexis, 3^e éd., 2019

J. Ortscheidt et C. Seraglini, *Droit de l'arbitrage interne et international*, 2^e éd., LGDJ, 2019

J.-B. Racine, *Droit de l'arbitrage*, PUF, 2016

Revues

On pourra consulter les revues suivantes :

American Review of International Arbitration (base de données Westlaw)

Arbitration International (base de données HeinOnline)

Cahiers de l'arbitrage (base de données Lextenso)

Global Arbitration Review (site Internet payant)

ICSID Review: Foreign Investment Law Journal (base de données BusinessComplete)

Journal of International Arbitration (base de données HeinOnline)

Revue de l'arbitrage (base de données KluwerArbitration)

Ressources électroniques

Il existe plusieurs bases de données spécialisées en droit de l'arbitrage, notamment KluwerArbitration.com, à laquelle Aix Marseille Université est abonnée.

Plusieurs sites Internet gratuits contiennent de nombreuses ressources, notamment ceux des institutions actives en matière de droit de l'arbitrage (CNUDCI, CNUCED, CIRDI, etc.).

À propos de l'arbitrage d'investissement, le site *Italaw.com*, d'accès gratuit, est très riche.

MÉDIATION, CONCILIATION, NÉGOCIATION

E. Berne, *What Do You Say After You Say Hello?*, Corgi, 2018

R. Fisher, W. Ury, *Getting to Yes: Negotiating an Agreement Without Giving In*, Random House Business, 2012

J. Mirimanoff, dir., *Dictionnaire de la médiation et d'autres modes amiables*, Bruylant, 2019

A. Pekar Lempereur, A. Colson, *Méthode de médiation - Au cœur de la conciliation*, Dunod, 2018

A. Pekar Lempereur, A. Colson, *Méthode de négociation*, Dunod, 2018

C. Peulvé, P. Van Leynseele, P. Jung, *Médiation commerciale*, Pearson, 2022

TABLE DES MATIERES

LEÇON 1 - INTRODUCTION GENERALE.....	2
1 NOTION DE CONTENTIEUX ECONOMIQUE	2
2 MODES DE RESOLUTION DES DIFFERENDS ECONOMIQUES.....	2
2.1 <i>Modes amiables de résolution des différends économiques</i>	2
2.1.1 Sans intervention d'un tiers neutre	3
2.1.2 Avec intervention d'un tiers neutre	3
2.1.2.1 Aide à la négociation.....	3
2.1.2.2 Prononcé d'un avis.....	4
2.1.3 Résultat du processus : accord amiable	5
2.1.4 Sources des règles s'appliquant aux modes amiables.....	5
2.2 <i>Modes juridictionnels de résolution des différends économiques</i>	5
2.2.1 Juridiction arbitrale	6
2.2.1.1 Différentes catégories d'arbitrages	6
2.2.1.2 Sources du droit de l'arbitrage.....	8
a Les sources internationales.....	8
b Les sources nationales	9
2.2.2 Juridictions étatiques	10
2.2.3 Juridictions internationales	10
2.2.4 Organes de régulation	10
2.3 <i>Choix de la méthode de résolution des différends</i>	11
2.3.1 Contexte du choix	11
2.3.2 Critères du choix.....	11
3 ENJEUX ECONOMIQUES ET PERSPECTIVES PROFESSIONNELLES	12
4 EXAMEN	13
5 METHODE ET PLAN	14
LEÇON 2 - CONVENTION D'ARBITRAGE	16
1 INTRODUCTION	16
2 TYPOLOGIE DE LA CONVENTION D'ARBITRAGE	16
3 AUTONOMIE DE LA CONVENTION D'ARBITRAGE	17
3.1 <i>Autonomie par rapport au contrat litigieux</i>	17
3.2 <i>Autonomie par rapport à toute loi nationale</i>	18
3.2.1 Un principe posé par la jurisprudence française.....	18
3.2.2 Un principe singulier au regard du droit comparé.....	20
4 VALIDITE DE LA CONVENTION D'ARBITRAGE	22
4.1 <i>Conditions formelles de validité</i>	22
4.2 <i>Conditions substantielles de validité</i>	24
4.2.1 Capacité des parties	24
4.2.2 Intégrité du consentement des parties.....	25
4.2.3 Pouvoir de représentation du signataire de la convention d'arbitrage.....	25
4.2.4 Arbitrabilité du litige	26
4.2.4.1 Loi gouvernant l'arbitrabilité	26
4.2.4.2 Critères généraux de l'arbitrabilité.....	27
4.2.4.3 Régime particulier de la clause compromissoire	31
4.2.4.4 Régime particulier des litiges impliquant une personne publique	33
a Inarbitrabilité de principe	33
b Exceptions	33
b.a Exceptions énumérées dans le Code de justice administrative	33
b.b Marchés de partenariat	35
b.c Contrats relatifs aux compétitions sportives internationales.....	36
c Application de ces règles du droit français en matière internationale ?	37
5 EFFETS DE LA CONVENTION D'ARBITRAGE	38
5.1 <i>Interdiction de saisir le juge étatique</i>	39
5.2 <i>Rayonnement de la clause compromissoire</i>	39
5.2.1 Extension de la clause compromissoire.....	39
5.2.2 Circulation de la clause compromissoire.....	41
LEÇON 3 - AUTRES CONVENTIONS TENDANT A LA RESOLUTION DES DIFFERENDS	43
1 INTRODUCTION	43
2 CONVENTIONS ENTRE LES PARTIES STIPULANT UN MODE DE RESOLUTION DES DIFFERENDS	43
2.1 <i>Conventions stipulant le recours à un mode amiable</i>	43
2.1.1 Clause insérée dans un contrat avant la naissance du différend	43

2.1.1.1	Clause de conciliation	43
a	Conditions précises de mise-en-œuvre	44
b	Fin de non-recevoir non régularisable	45
c	Clause de conciliation préalable obligatoire et demande reconventionnelle.....	45
d	Clause de conciliation préalable obligatoire dans un contrat de consommation.....	45
e	Clause de conciliation préalable obligatoire dans un contrat de travail	46
f	Clause de conciliation préalable obligatoire et action fondée sur un régime légal de responsabilité ...	46
g	Clause de conciliation préalable obligatoire et saisine du juge des référés.....	47
h	Clause de conciliation préalable obligatoire et mesure d'exécution forcée	47
2.1.1.2	Clause d'expertise	47
2.1.2	Conventions conclues après la naissance du différend	49
2.2	<i>Conventions stipulant le recours à un mode juridictionnel</i>	49
2.2.1	Prorogation de compétence matérielle.....	49
2.2.2	Prorogation de compétence territoriale.....	49
2.2.2.1	Litige interne	50
2.2.2.2	Litige international	50
a	Jurisprudence française	50
b	Règlement Bruxelles I bis	51
c	Conventions internationales	52
2.2.2.3	Autonomie de la convention de prorogation de compétence territoriale	54
a	Autonomie de la convention par rapport au contrat auquel elle se réfère	54
b	Autonomie de la clause internationale par rapport à toute loi nationale	55
2.3	<i>Convention mixte</i>	55
3	CONVENTIONS AVEC DES TIERS EN VUE DE METTRE EN ŒUVRE UNE METHODE DE RESOLUTION DES DIFFERENDS	56
3.1.1	Conventions organisant le recours à l'arbitrage	56
3.1.1.1	Contrat d'arbitre	56
3.1.1.2	Contrat d'organisation de l'arbitrage	59
3.1.1.3	Contrat de collaboration arbitrale	59
3.1.1.4	Contrat de financement de l'arbitrage par un tiers	59
3.1.2	Conventions organisant le recours à la médiation	60
	LEÇON 4 - RECOURS A L'ARBITRAGE.....	61
1	INTRODUCTION	61
2	DEMANDE D'ARBITRAGE	61
2.1	<i>Demande d'arbitrage ad hoc</i>	61
2.2	<i>Demande d'arbitrage institutionnel</i>	62
2.3	<i>Effet de la demande d'arbitrage</i>	65
3	CONSTITUTION DU TRIBUNAL ARBITRAL	66
3.1	<i>Principes gouvernant la constitution du tribunal arbitral</i>	66
3.2	<i>Autorité de nomination</i>	68
3.3	<i>Désignation des arbitres</i>	71
3.3.1	Détermination du nombre d'arbitres.....	71
3.3.2	Arbitres multiples	72
3.3.3	Arbitre unique	74
3.3.4	Confirmation par le centre d'arbitrage.....	74
3.3.5	Date de constitution du tribunal arbitral	75
3.4	<i>Qualités attendues des arbitres</i>	76
3.4.1	Personne physique ou morale ?	76
3.4.2	Inscription sur une liste d'arbitres ?.....	76
3.4.3	Qualités professionnelles	76
3.4.4	Qualités personnelles	77
3.4.5	Indépendance et impartialité.....	77
3.4.5.1	Obligation de révélation pesant sur les arbitres	77
3.4.5.2	Renonciation de l'arbitre.....	78
3.4.5.3	Révocation d'un arbitre.....	79
3.4.5.4	Récusation d'un arbitre	79
3.4.5.5	Défaut de révélation	81
3.4.5.6	Circonstances devant être révélées.....	81
3.5	<i>Secrétaire du tribunal arbitral</i>	83
3.6	<i>Acte de mission</i>	83
	LEÇON 5 - REGIME DE L'INSTANCE ARBITRALE.....	84
1	INTRODUCTION	84
2	REGLES DE DROIT APPLICABLES A L'INSTANCE ARBITRALE.....	84
2.1	<i>Arbitrage interne</i>	84

2.2	<i>Arbitrage international</i>	85
2.3	<i>Règles supra-législatives protégeant les droits humains</i>	87
2.3.1	Règles constitutionnelles	87
2.3.2	Règles conventionnelles	87
2.4	<i>Règles non-étatiques de procédure</i>	89
3	PRINCIPES DIRECTEURS DE L'INSTANCE ARBITRALE.....	90
3.1	<i>Contradiction</i>	90
3.2	<i>Égalité entre les parties</i>	91
3.3	<i>Loyauté</i>	92
3.4	<i>Célérité</i>	92
3.5	<i>Efficacité</i>	93
3.6	<i>Estoppel</i>	93
3.7	<i>Confidentialité</i>	94
3.8	<i>Principe dispositif</i>	95
4	COMPÉTENCE DU TRIBUNAL ARBITRAL.....	97
4.1	<i>Compétence du tribunal arbitral pour statuer sur son pouvoir juridictionnel</i>	97
4.1.1	Principe compétence compétence.....	98
4.1.1.1	Effet positif	98
4.1.1.2	Effet négatif.....	98
a	Effet négatif et procédure collective.....	99
b	Effet négatif et impécuniosité.....	100
c	Effet négatif et inopposabilité de la convention d'arbitrage interne au non-professionnel.....	100
d	Effet négatif et clause compromissoire internationale	100
e	Effet négatif et application du règlement Bruxelles I.....	101
f	Effet négatif et originalité du droit français de l'arbitrage	102
4.1.2	Régime de l'exception d'incompétence.....	102
4.1.2.1	Devant le tribunal arbitral	103
4.1.2.2	Devant le juge étatique.....	103
4.2	<i>Compétence du tribunal arbitral pour statuer sur le fond</i>	103
5	POUVOIRS DU TRIBUNAL ARBITRAL	103
5.1	<i>Organisation de l'instance</i>	103
5.2	<i>Mesures provisoires et conservatoires</i>	104
5.2.1	Avant la constitution du tribunal arbitral.....	104
5.2.2	Après la constitution du tribunal arbitral	104
5.2.2.1	Pouvoir du tribunal arbitral	104
5.2.2.2	Pouvoir résiduel du juge étatique.....	105
5.3	<i>Preuves</i>	106
5.3.1.1	Preuve testimoniale	107
5.3.1.2	Dispositions des règlements d'arbitrage	108
5.3.1.3	Intervention du juge étatique.....	108
5.4	<i>Conciliation</i>	110
5.5	<i>Résolution du litige au fond</i>	110
6	DECISIONS DU TRIBUNAL ARBITRAL	111
6.1	<i>Les sentences arbitrales</i>	111
6.1.1	La notion de sentence arbitrale	111
6.1.2	Les sentences partielles.....	112
6.1.2.1	Sur la compétence	112
6.1.2.2	Sur le fond.....	113
6.1.3	Les sentences finales.....	113
6.1.3.1	Les sentences imposées.....	113
6.1.3.2	Les sentences acceptées	113
6.2	<i>Les ordonnances de procédure</i>	114
6.2.1	Typologie des ordonnances de procédure.....	114
6.2.2	Forme des ordonnances de procédure.....	116
6.3	<i>Les décisions rendues par un arbitre d'urgence</i>	116
LEÇON 6 - ORGANISATION DE L'INSTANCE ARBITRALE.....		117
1	INTRODUCTION	117
2	MODALITES DE L'ARBITRAGE.....	117
2.1	<i>Siège de l'arbitrage</i>	117
2.2	<i>Langue de l'arbitrage</i>	120
2.3	<i>Calendrier de la procédure</i>	121
2.4	<i>Caractère écrit ou oral de la procédure</i>	122
2.5	<i>Représentation des parties</i>	123

3	DEROULEMENT DE L'INSTANCE ARBITRALE	124
3.1	<i>Instruction du litige</i>	125
3.1.1	Échange des mémoires et des pièces	125
3.1.2	Mesures d'instruction préalables à l'audience.....	127
3.2	<i>Audience</i>	128
3.3	<i>Délibéré</i>	129
3.4	<i>Incidents de l'instance arbitrale</i>	130
3.4.1	Interruption de l'instance arbitrale.....	130
3.4.2	Suspension de l'instance arbitrale	131
3.4.3	Dispositions communes à l'interruption et à la suspension de l'instance arbitrale	132
3.4.4	Intervention et jonction.....	132
3.5	<i>Procédures arbitrales accélérées</i>	134
LEÇON 7 - SENTENCE ARBITRALE		138
1	INTRODUCTION	138
2	DELIBERE.....	138
2.1	<i>Caractère obligatoire du délibéré</i>	138
2.2	<i>Modalités du délibéré</i>	139
2.2.1	Sentence prononcée à l'unanimité	139
2.2.2	Sentence prononcée à la majorité	139
2.2.3	Sentence prononcée par le seul président	140
3	PRINCIPES GUIDANT LA DECISION AU FOND	140
3.1	<i>Arbitrage en droit</i>	140
3.1.1	En matière d'arbitrage interne	140
3.1.2	En matière d'arbitrage international	140
3.1.2.1	Choix par les parties des règles de droit applicables.....	140
a	Choix d'une loi nationale	141
b	Choix de règles matérielles créées par une convention internationale.....	141
c	Choix de règles de droit transnationales.....	142
c.a	Droit coutumier du commerce international	142
c.b	Droit transnational codifié	143
c.c	Droit religieux	144
3.1.2.2	Détermination par le tribunal arbitral des règles de droit applicables	144
a	Méthode directe	144
b	Méthode indirecte.....	144
3.2	<i>Arbitrage en amiable composition ou en équité</i>	145
3.3	<i>Principes s'imposant aux parties et aux arbitres</i>	146
3.3.1	En matière d'arbitrage interne	146
3.3.2	En matière d'arbitrage international	146
3.3.2.1	Ordre public international selon la conception des États susceptibles de recevoir la sentence	146
3.3.2.2	Ordre public transnational.....	147
3.4	<i>Usages du commerce international</i>	148
4	REDACTION DE LA SENTENCE ARBITRALE.....	148
4.1	<i>Auteurs de la sentence</i>	148
4.2	<i>Support de la sentence</i>	149
4.3	<i>Mentions obligatoires</i>	149
4.4	<i>Motivation</i>	150
4.5	<i>Dispositif</i>	150
4.6	<i>Signatures</i>	150
4.7	<i>Opinion dissidente</i>	151
5	EFFETS DE LA SENTENCE ARBITRALE	151
5.1	<i>Dessaisissement du tribunal arbitral</i>	151
5.2	<i>Notification de la sentence</i>	154
5.2.1	Notification préalable de la sentence aux parties.....	154
5.2.2	Effets de la notification de la sentence	155
5.2.2.1	Effet de la notification selon la forme conventionnelle sur le délai de recours	155
5.2.2.2	Effet de la notification selon la forme conventionnelle sur le caractère exécutoire de la sentence	156
5.3	<i>Autorité de chose jugée</i>	156
5.4	<i>Opposabilité aux tiers</i>	157
5.5	<i>Force probante</i>	157
5.6	<i>Absence de force exécutoire</i>	158
LEÇON 8 - CONTROLE ETATIQUE DE LA SENTENCE ARBITRALE.....		159

1	INTRODUCTION	159
2	CONVENTION DE NEW YORK	159
2.1	<i>Champ d'application</i>	160
2.2	<i>Engagements des États parties</i>	161
2.2.1	Reconnaissance des conventions d'arbitrage	162
2.2.2	Reconnaissance et exécution des sentences arbitrales	162
2.2.2.1	Principe	162
2.2.2.2	Exceptions	163
2.2.2.3	Conformité à la Convention des règles plus favorables	164
2.3	<i>Dispositions transitoires et finales</i>	166
3	CONTROLE DE LA SENTENCE PAR LE JUGE FRANÇAIS	167
3.1	<i>Voies du contrôle</i>	167
3.1.1	Reconnaissance	167
3.1.2	Exequatur	168
3.1.2.1	Compétence	169
a	Compétence matérielle	169
b	Compétence territoriale	169
3.1.2.2	Procédure	169
3.1.2.3	Ordonnance d'exequatur	170
3.1.2.4	Recours contre l'ordonnance d'exequatur	170
a	Sentence interne	171
b	Sentence internationale rendue en France	171
c	Sentence rendue à l'étranger	172
3.1.3	Recours en annulation contre la sentence	173
3.1.3.1	Conditions d'ouverture	173
a	Sentences internes	173
b	Sentences internationales rendues en France	173
c	Délai	174
3.1.3.2	Compétence	174
3.1.3.3	Procédure	174
3.1.3.4	Arrêt de la cour d'appel	174
3.1.4	Appel	175
3.1.4.1	Conditions d'ouverture	175
3.1.4.2	Compétence	176
3.1.4.3	Procédure	176
3.1.4.4	Arrêt de la cour d'appel	176
3.1.5	Effet des recours sur le caractère exécutoire de la sentence	176
3.1.5.1	Sentence interne	176
3.1.5.2	Sentence internationale	178
3.1.6	Autres recours	179
3.2	<i>Etendue du contrôle</i>	180
3.2.1	Compétence	181
3.2.2	Constitution du tribunal arbitral	182
3.2.3	Respect par le tribunal arbitral de sa mission	182
3.2.4	Principe de la contradiction	183
3.2.5	Conformité de la sentence à l'ordre public	183
3.2.5.1	Sentences internes	183
3.2.5.2	Sentences internationales	185
3.2.6	Application du principe d'estoppel	187
LEÇON 9 - JUSTICE ETATIQUE		190
1	INTRODUCTION	190
2	ACTION DE GROUPE	190
2.1	<i>Droit de la consommation</i>	191
2.1.1	Champ d'application et qualité pour agir	192
2.1.2	Compétence	192
2.1.3	Introduction de l'instance	193
2.1.4	Jugement sur la responsabilité	194
2.1.5	Indemnisation des consommateurs par le professionnel	196
2.1.5.1	Adhésion au groupe	196
2.1.5.2	Recouvrement des indemnités par l'association	198
2.1.5.3	Rôle du juge de la mise en état	200
2.1.5.4	Jugement sur les demandes d'indemnisation insatisfaites	200
2.1.5.5	Substitution d'une association à une autre	201
2.1.6	Action de groupe simplifiée	202
2.2	<i>Autres domaines</i>	203

2.2.1	Domaines concernés	203
2.2.1.1	Discriminations en droit du travail.....	203
2.2.1.2	Préjudice environnemental.....	204
2.2.1.3	Risques sanitaires.....	204
2.2.1.4	Manquement à la loi informatique et libertés	204
2.2.2	Compétence	205
2.2.3	Introduction de l'action.....	205
2.2.3.1	Mise en demeure préalable	206
2.2.3.2	Assignment.....	206
2.2.3.3	Effet de la demande sur la prescription.....	206
2.2.3.4	Action contre l'assureur.....	206
2.2.3.5	Substitution du demandeur.....	206
2.2.4	Objet de l'action de groupe.....	207
2.2.4.1	Cessation du manquement	207
2.2.4.2	Réparation du préjudice	207
a	Procédure individuelle de réparation des préjudices	208
b	Procédure collective de liquidation des préjudices	208
2.2.5	Médiation	209
3	PROCEDURE PARTICIPATIVE	209
3.1	<i>Convention de procédure participative</i>	210
3.1.1	Parties	210
3.1.2	Objet	210
3.1.3	Forme et mentions obligatoires	210
3.1.4	Effet	210
3.2	<i>Déroulement de la procédure participative</i>	211
3.2.1	Procédure conventionnelle.....	211
3.2.1.1	Dispositions générales.....	211
3.2.1.2	Convention organisant la mise en état	212
3.2.1.3	Recours à un technicien	213
3.2.1.4	Issue de la procédure.....	214
3.2.2	Procédure aux fins de jugement.....	215
4	AUDIENCE DE REGLEMENT AMIABLE ET CESURE DU PROCES	218
LEÇON 10 - AVIS AMIABLE.....		219
1	INTRODUCTION	219
2	AVIS TECHNIQUE AMIABLE	219
3	AVIS JURIDIQUE AMIABLE.....	219
4	DISPUTE BOARD	219
5	DECISION D'URGENCE.....	219
5.1.1	Arbitre d'urgence.....	220
5.1.2	Référé pré-arbitral.....	224
LEÇON 11 - ACCORD AMIABLE.....		229
1	INTRODUCTION	229
2	RECHERCHE D'UN ACCORD AMIABLE	229
2.1	<i>Négociation</i>	229
2.2	<i>Conciliation</i>	230
2.2.1	Conciliation judiciaire	231
2.2.2	Conciliation conventionnelle.....	233
2.3	<i>Médiation</i>	234
2.3.1	Notion de médiation	234
2.3.2	Régime de la médiation	235
2.3.2.1	Qualités attendues du médiateur	235
a	Humanité	235
b	Probité	236
c	Impartialité	237
d	Indépendance.....	237
e	Compétence.....	237
2.3.2.2	Liberté.....	238
2.3.2.3	Confidentialité.....	239
2.3.2.4	Diligence	240
2.3.2.5	Efficacité	240
2.3.2.6	Communication.....	242
2.3.3	Pratique de la médiation	242
2.3.3.1	Recours à la médiation	242
a	Médiation extrajudiciaire	242

b	Médiation au cours d'une procédure judiciaire	242
2.3.3.2	Déroulement d'une médiation.....	244
2.3.4	Simulation d'une médiation.....	246
3	CONCLUSION D'UN ACCORD AMIABLE	247
3.1	<i>Transaction</i>	248
3.1.1	Définition.....	248
3.1.2	Validité	249
3.1.3	Effet	250
3.2	<i>Attribution de la force exécutoire à l'accord amiable</i>	251
3.2.1	Homologation	251
3.2.2	Apposition de la formule exécutoire.....	252
3.3	<i>Convention de Singapour</i>	253
3.3.1	Champ d'application.....	253
3.3.2	Principe général	254
3.3.3	Exceptions.....	255
	BIBLIOGRAPHIE SELECTIVE	257
	OUVRAGES GENERAUX	257
	DROIT DE L'ARBITRAGE	257
	MÉDIATION, CONCILIATION, NÉGOCIATION	258
	TABLE DES MATIERES	259