



PANORAMA



Arbitrage et modes amiables de règlement des conflits ¹

octobre 2022 – décembre 2023

par Thomas Clay,

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

Membre de Sorbonne Arbitrage

I – ARBITRAGE

A – Arbitrabilité

B – Internationalité

C – Arbitrages spécifiques

1 – Arbitrage en droit public

2 – Arbitrage d'investissement

3 – Arbitrage en matière sportive

4 – Arbitrage OHADA

D – Convention d'arbitrage

1 – Définition

2 – Forme

3 – Caducité

4 – Mise en œuvre

E – Tribunal arbitral

1 – Compétence

2 – Indépendance

3 – Mission

4 – Responsabilité civile et pénale

5 – Secrétaire du tribunal arbitral

F – Procédure

1 – Procédure arbitrale

2 – Procédures d'urgence

3 – Procédure collective

G – Sentence arbitrale

1 – Recours

2 – Contrôle

3 – Exécution

II – MODES AMIABLES DE RÈGLEMENT DES CONFLITS

2278

Le hasard a voulu que la décision qui a été distinguée comme la plus importante de l'année 2023 corresponde à un arrêt annulant une sentence rendue par un tribunal arbitral que présidait l'auteur de ces lignes. Les usages académiques interdisant de commenter un tel arrêt, il sera renvoyé aux innombrables publications dont il a déjà fait l'objet (JCP E 2023. 1061, note D. Mainguy ; JCP 2023. 507, note D. Mouralis ; D. actu. 14 mars 2023, obs. J. Jourdan-Marques ; Rev. arb. 2023. 423, note F.-X. Train ; RTD com. 2023. 582, obs. E. Loquin ; Cah. arb. 2023. 501, note M. Henry ; Gaz. Pal. 16 mai 2023, p. 12, obs. L. Larribère ; JCP 2023. 221, § 4, obs. P. Giraud ; Lexis@PSL, 27 janv. 2023, obs. M.-L. Cartier et A. Meyniel ; Paris Baby Arbitration 2023, n° 59, p. 9, obs. G. Ghedjati et M. Villeneuve ; IA Reporter 12 janv. 2023, obs. L. Bohmer ; Global Arbitration Rev. 13 janv. 2023, obs. A. Ross), ayant même eu les honneurs de l'Agence France Presse (AFP) dans une dépêche du 20 janvier 2023 et... du Canard enchaîné (18 janv. 2023, p. 3). Les commentaires de doctrine sont d'ailleurs très majoritairement critiques sur cet arrêt inattendu, parfois avec des nuances, en dehors d'un seul, celui publié à la Revue de l'arbitrage, qui suit une approche univoque si singulière qu'elle interroge sur les motivations réelles de l'auteur : un professeur de droit ne devrait pas écrire ça.

Il n'en reste pas moins que cet arrêt, aussi remarqué qu'il fût, ne sera donc pas commenté dans ces colonnes. Mais, pour que soit moins iconoclaste le paradoxe d'un panorama de droit de l'arbitrage qui n'évoque pas la décision la plus remarquée de l'année en droit de l'arbitrage, encore fallait-il qu'il en fût fait mention dans cet éditorial, lieu d'une licence académique plus libre, sous peine de laisser croire à une auto-censure, voire à une gêne du soussigné, qui, au contraire, assume pleinement d'user de sa liberté d'expression en toutes circonstances.

I – Arbitrage

A – Arbitrabilité

Les réformes législatives concernant l'arbitrage ne sont pas si fréquentes que l'on puisse les ignorer, surtout lorsqu'il

s'agit d'une modification du code de commerce. En effet, la loi dite « Egalim 3 » (L. n° 2023-221 du 30 mars 2023 tendant à renforcer l'équilibre dans les relations commerciales entre fournisseurs et distributeurs, JO 31 mars, texte n° 1 ; JCP 2023. 1014, § 4, obs. C. Nourissat) a ajouté un article L. 444-1 A au code de commerce rédigé ainsi : « Les

chapitres I^{er}, II et III du présent titre s'appliquent à toute convention entre un fournisseur et un acheteur portant sur des produits ou des services commercialisés sur le territoire français. Ces dispositions sont d'ordre public. Tout litige portant sur leur application relève de la compétence exclusive des tribunaux français, sous réserve du respect du droit de l'Union européenne et des traités internationaux ratifiés ou approuvés par la France et sans préjudice du recours à l'arbitrage ».

L'objectif de ce texte est de lutter contre la pratique d'expatriation des centrales d'achat de la grande distribution française, et d'élever la règle française au rang de loi de police avec une compétence exclusive des tribunaux français. La première version du texte ne faisait pas mention de l'exception du recours à l'arbitrage prévu dans le contrat, ce qui pouvait faire disparaître d'un coup les clauses compromissoires dans les relations commerciales entre fournisseurs et distributeurs. La consultation des travaux préparatoires ne permet pas de savoir pourquoi. Il est probable que les auteurs craignaient que l'arbitrage prive le ministre de l'économie de son action spécifique prévue par l'article L. 442-4, I, alinéa 4, du code de commerce en matière de pratiques anti-concurrentielles.

C'est seulement lors de la lecture finale au Sénat, le 6 février 2023, que le Sénateur Franck Menonville a fait adopter un « amendement de clarification », « pour éviter une interprétation de la compétence exclusive des tribunaux français qui écarterait la possibilité d'un recours à l'arbitrage comme mode alternatif de règlement des litiges ». Il a donc proposé d'ajouter la formule « sans exclure l'arbitrage », laquelle deviendra, lors de l'examen le 15 mars 2023 par la Commission mixte paritaire, « sans préjudice du recours à l'arbitrage ».

Le nouvel article L. 444-1° A du code de commerce préserve donc l'arbitrage dans les relations commerciales entre fournisseurs et distributeurs. Reste à savoir si, dans ce cadre, une convention d'arbitrage pourrait être opposée au ministre de l'économie qui voudrait agir devant les tribunaux judiciaires pour faire cesser une pratique anti-concurrentielle. Tel que le

nouvel article est formulé, avec la réserve sur l'arbitrage, cet article pourrait conduire à une réponse affirmative. En réalité, il est plus probable que l'inapplicabilité manifeste de la clause compromissoire face à l'action du ministre de l'économie (Civ. 1^{re}, 6 juill. 2016, n° 15-21.811, D. 2016. 1910, note J.-C. Roda, 2025, spéc. 2034, obs. L. d'Avout, 2484, obs. N. Dorandeu, et 2589, spéc. 2593, obs. T. Clay ; AJ contrat 2016. 444, obs. M. Boucaron-Nardetto ; RTD civ. 2016. 837, obs. H. Barbier, et 921, obs. P. Théry ; RTD com. 2016. 695, obs. E. Loquin ; D. actu. 30 août 2016, obs. X. Delpech ; Procédures 2016. 331, note L. Weiller ; JCP 2016. 1257, § 10, obs. G. Virassamy ; JCP E 2017. 1079, obs. D. Mainguy ; Gaz. Pal. 15 nov. 2016, p. 34, obs. D. Bensaude) s'applique ici aussi. Mais, pour que la question se pose, encore fallait-il que l'arbitrage soit prévu dans ce nouvel article. Heureusement, c'est finalement le cas.

B – Internationalité

De prime abord, il n'y a pas de question plus consensuelle que la caractérisation de l'internationalité de l'arbitrage. Issu de la jurisprudence *Mardelé* et *Dambricourt* de la fin des années 1920, le critère économique s'est imposé, notamment grâce aux travaux du professeur Philippe Fouchard (Quand un arbitrage est-il international ?, Rev. arb. 1970. 59 ; aussi *in* Écrits. Droit de l'arbitrage. Droit du commerce international, Comité français de l'arbitrage, 2007, p. 251). Si bien que, lors de la réforme du droit de l'arbitrage en 2011, dont chacun sait que la gestation a duré plus de dix ans, qui a donné lieu à de longs débats sur tous les articles du code de procédure civile, presque à l'infini, dont, mille fois, l'ouvrage a été remis sur le métier, et dont le texte amendé a été amendé puis amendé encore, inlassablement, parfois jusqu'à l'étourdissement... il est pourtant un article qui ne fut jamais remis en cause, ni même évoqué, bénéficiant d'une sorte de totem d'immunité : l'article 1492, futur article 1504, qui définissait le critère de l'internationalité et qui n'a pas varié d'un *iota*. C'est dire la force du consensus qui le protège de tout assaut mal venu. Mais, avec le recul, on peut se demander si ce n'est pas aussi sa faiblesse, puisqu'il n'a pas été réinterrogé depuis des décennies.

(1) **Bibliographie** : Général : G. A. Bermann, *Twilight Issues in International Arbitration*, Kluwer éd., 2023 ; M. de Boissésou, C. Fouchard et J. Madesclair, *Le droit français de l'arbitrage*, préf. G. Kaufmann-Kohler, LGDJ, 2023 ; F. Ferrari, F. Rosenfeld et C. Kleiner, *Arbitrage commercial international. Une approche comparative*, préf. F. Schaller, Pedone éd., 2023 ; D. Mainguy, *Droit de la « guerre atypique ». Réflexions sur les conflits non armés et non militaires (lawfare, guerre économique et informationnelle)*, Lextenso, 2023 ; C. Peulvé, P. Van Leynseele et P. Jung, *Médiation commerciale. Méthode. Stratégies. Outils*, préf. G. Roux de Bézieux, Pearson et CMSP éd., 2022 ; C. Seppälä, *The FIDIC Red Book Contract : An International Clause-by-Clause Commentary*, avec D. Kondev, Kluwer, 2023 ; A. Hamelle (dir.), *Bilan du fonctionnement des chambres internationales du tribunal de commerce et de la cour d'appel de Paris, Rapport du Haut Comité Juridique de la Place financière de Paris*, mars 2023 ; M. Nicolas-Gréciano et J. Jourdan-Marques (dir.), *Arbitrage et procès équitable*, IFJD éd., coll. Colloques et essais, 2023 ; *Varii autoris, EU Investment Protection Law, Article-by-Article Commentary*, C. H. Beck, Hart Publishing, Nomos Verlagsgesellschaft, 2023 ; *Varii autoris, The Hague Academy's Lectures on Emmanuel Gaillard's Legacy. Les Conférences de l'Académie sur l'héritage scientifique d'Emmanuel Gaillard*, Brill éd., 2023. **Mélanges** : Mélanges en l'honneur du professeur Loïc Cadiet, LexisNexis, 2023. **Thèses** : M. Abdelaziz, *Contrats portuaires internationaux et arbitrage. Étude comparative*, UE, CCG, th. Paris 1 Panthéon-Sorbonne, P. Delebecque (dir.), dactyl., soutenue le 22 sept. 2023 ; C. Calmette, *Les règlements amiables des différends à l'épreuve des principes directeurs du procès. Étude de droit processuel*, th. Toulouse Capitole, C. Ginestet (dir.), dactyl., soutenue le 5 déc. 2022 ; C. Doganis, *Pour un droit public de l'arbitrage*, Mare & Martin, Droit public, 2023 ; H. Khakbaz, *Arbitrage et pétrole dans le Golfe persique*, th. Paris 1 Panthéon-Sorbonne, T. Clay (dir.), dactyl., soutenue le 16 juin 2023 ; N. Kouami, *L'efficacité de l'exécution des sentences arbitrales internationales*, th. Rouen-Normandie, C. Legros (dir.), dactyl., soutenue le 13 avr. 2023 ; L. Larribère, *La réglementation de la convention d'arbitrage international. Étude critique et comparative en droits français et américain*, préf. S. Bollée, LGDJ, coll. Bibliothèque du droit privé, t. 624, 2023 ; M. Mahayni, *The Ideology of Investment Treaty Arbitrators (L'idéologie des arbitres des traités d'investissement)*, th. Paris 1 Panthéon-Sorbonne, S. Bollée (dir.), dactyl., soutenue le 12 sept. 2023 ; A. Zoromé, *L'exigence de compliance et l'arbitrage commercial international*, th. Aix-Marseille, D. Mouralis (dir.), dactyl., soutenue le 4 déc. 2023.

Pour évidente qu'ait été la réponse pendant longtemps, tel n'est plus le cas aujourd'hui et le critère économique ne semble plus aussi efficient. À quel moment s'est-on aperçu de l'inadéquation de ce critère économique ? La date est assez simple à identifier car elle est liée à l'affaire la plus célèbre de tout le droit de l'arbitrage, une véritable tornade qui a failli emporter l'arbitrage tout entier, divisant durablement les praticiens, et qui a aussi posé tant de questions inédites qu'elle constitue un cas pratique si sophistiqué qu'aucun esprit n'aurait été assez tortueux pour l'inventer. Il s'agit de l'affaire par laquelle, bien souvent, l'arbitrage est connu au-delà du cercle des initiés : l'affaire *Tapie* ! C'est, en effet, à l'occasion de cette affaire, célèbre pour d'autres raisons, que le critère de l'internationalité de l'arbitrage a été le plus discuté, y compris dans la presse généraliste, sans doute parce qu'aucune des deux qualifications ne l'emportait avec suffisamment d'évidence. La qualification d'arbitrage interne l'a finalement emporté, devant la Cour d'appel de Paris (Paris, 17 févr. 2015, n° 13/13278, *CDR c/ Tapie*, D. 2015. 1253, note D. Mouralis, 425, édito. T. Clay, et 2031, obs. L. d'Avout ; D. actu. 20 févr. 2015, obs. X. Delpéch, et 18 déc. 2015, obs. F. Mélin ; Rev. arb. 2015. 832, note P. Mayer ; JCP 2015. 289, note S. Bollée ; Procédures 2015. Étude 4, obs. L. Weiller ; Cah. arb. 2015. 281, note A. de Fontmichel ; Gaz. Pal. 2015, n° 94, p. 17, note M. Boissavy, et n° 167, p. 22, obs. M. Nioche ; Bull. ASA 2016. 207, note M. Henry), puis devant la Cour de cassation (Civ. 1^{re}, 30 juin 2016, n° 15-13.755, D. 2016. 1505, 2025, obs. L. d'Avout, et 2589, obs. T. Clay ; Rev. crit. DIP 2017. 245, note J.-B. Racine ; D. actu. 30 août 2016, obs. X. Delpéch ; Lexbase 8 sept. 2016, n° 667, note D. Mouralis ; JCP 2016. 954, note S. Bollée ; Procédures 2016, n° 290, obs. L. Weiller ; Rev. arb. 2016. 1123, note P. Mayer ; Cah. arb. 2017. 339, note M. Henry). Et, en réalité, elle était déjà en germe dans deux arrêts antérieurs de la même Cour d'appel qui avait admis la recevabilité de la tierce opposition contre la sentence – possible en matière interne et impossible en matière internationale – statuant ainsi implicitement mais nécessairement sur le caractère interne de cet arbitrage (Paris, 5 mai 2011, n° 10/21344 ; 4 juin 2013, n° 12/09342), quatre ans avant l'arrêt qui avait rétracté la sentence pour fraude selon la procédure de l'arbitrage interne. Cette affaire a d'ailleurs connu cette année son épilogue, ou presque, devant les juridictions répressives (en dernier lieu : **Crim. 28 juin 2023, n° 21-87.417**, D. 2023. 1263 ; D. actu 4 juill. 2023, obs. D. Goetz), c'est cette affaire qui a soudainement montré les limites du critère de l'internationalité de l'arbitrage.

Pour preuve que le sujet n'est plus aussi limpide, il n'est que d'évoquer un arrêt hasardeux de la cour d'appel de Versailles qui dénature le critère économique de l'internationalité (**Versailles, 23 mars 2023, n° 22/06109, SAS Bureau Veritas**, JCP 2023. 1254, § 3, obs. P. Giraud ; D. actu. 30 mai 2023, obs. J. Jourdan-Marques) ou mieux encore une ordonnance récente du premier président de la cour d'appel de Paris à qui il était demandé de bien vouloir caractériser un arbitrage d'interne ou d'international, afin de savoir si le recours en annulation était suspensif ou non, et de constater qu'il a préféré ne pas répondre (**Paris, ord., 17 mai 2023, n° 22/20320, SARL Overseas**, D. actu. 11 sept. 2023, obs. J. Jourdan-Marques), pour

se rendre compte que le sujet n'est plus aussi limpide. C'est même devenu une sorte de mistigri qu'on se repasse de juge en juge. En l'espèce, le conseiller de la mise en état de la cour d'appel de Paris a préféré renvoyer la question... à un juge de l'exécution.

Et si le critère n'est plus opérationnel, c'est la question même du maintien des deux types d'arbitrage, interne et international, qui se pose (sur le sujet, V. T. Clay, Pour un renouvellement du critère de l'internationalité de l'arbitrage, *in* Mélanges en l'honneur du professeur Loïc Cadiet, LexisNexis, 2023, p. 317).

C – Arbitrages spécifiques

1 – Arbitrage en droit public

Le coup de canon est venu cette année du Conseil d'État qui, tapi dans l'ombre confortable et surannée du Palais Royal, continue avec méticulosité à attaquer cette justice qu'il n'aime pas, l'arbitrage. Appelé à se prononcer sur un pourvoi contre un arrêt de la cour administrative d'appel de Bordeaux rendu dans l'interminable affaire *SMAC*, longuement évoquée dans ces colonnes l'année dernière (CAA Bordeaux, 30 mars 2022, n° 21BX00596, D. 2022. 2330, spéc. 2333, obs. T. Clay ; AJDA 2022. 2541, note M. Lahouazi ; D. actu. 20 mai 2022, obs. J. Jourdan-Marques), le Conseil d'État a en effet franchi un pas supplémentaire dans un arrêt qui fait déjà réagir (**CE 17 oct. 2023, n° 465761, SMAC**, concl. rapp. pub. N. Labrune, AJDA 2023. 1861 ; D. actu. 13 nov. 2023, obs. J. Jourdan-Marques).

Après avoir exigé que les sentences qui concernent le noyau dur du droit public dont elle est la seule et généreuse interprète, tant pour le recours en annulation (T. confl., 17 mai 2010, n° 3754, *INSERM*, D. 2010. 1359, obs. X. Delpéch, 2633, note S. Lemaire, 2323, obs. S. Bollée, 2933, obs. T. Clay, et 2011. 2552, chron. Y. Gaudemet, C. Lapp et A. Steimer ; AJDA 2010. 1047, et 1564 et 2337, étude et tribune P. Cassia ; RDI 2010. 551, obs. S. Braconnier ; RFDA 2010. 959, concl. M. Guyomar, et 971, note P. Delvolvé ; Rev. crit. DIP 2010. 653, étude M. Laazouzi ; RTD com. 2010. 525, obs. E. Loquin) que pour les demandes d'*exequatur* (CE 19 avr. 2013, n° 352750 et n° 362020, *SMAC*, D. 2013. 1069, obs. M.-C. de Montecler, 1445, note P. Cassia, 2293, obs. S. Bollée, et 2936, obs. T. Clay ; AJDA 2013. 822, et 1271, chron. X. Domino et A. Bretonneau ; RDI 2013. 362, obs. S. Braconnier ; AJCT 2013. 427, obs. S. Hul ; RTD com. 2014. 326, obs. E. Loquin), lui revient, la juridiction administrative s'en prend maintenant à l'arbitrabilité même de ces litiges, nés de contrats conclus entre une personne morale de droit public française et une partie étrangère pour les besoins du commerce international. En écrivant que « la cour n'a pas commis d'erreur de droit en jugeant que la seule circonstance qu'un contrat a été passé par une personne publique pour les besoins du commerce international ne permettait pas de déroger au principe de l'interdiction pour les personnes publiques de recourir à l'arbitrage » (n° 4), le Conseil d'État revient sur un des piliers fondamentaux du droit de l'arbitrage international posé par l'arrêt *Galakis*

de 1966, qui figure non seulement au Panthéon des grands arrêts du droit de l'arbitrage (I. Fadlallah et D. Hascher, *Les grandes décisions du droit de l'arbitrage commercial*, Dalloz, coll. Grands Arrêts, 2019, spéc. n° 9) mais même du droit international privé (B. Ancel et Y. Lequette, *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Dalloz, coll. Grands Arrêts, 5^e éd., 2006, n° 44). Depuis les arrêts fondateurs *Gosset* (1963) et *Galakis*, on sait, en effet, que les règles de l'arbitrage international ne sont pas les mêmes que dans l'arbitrage interne, précisément parce qu'elles évoluent dans un univers différent, qui s'appelle le monde.

En posant une règle matérielle de validité des conventions d'arbitrage conclues pour les besoins du commerce international par des personnes publiques, la jurisprudence judiciaire a élevé l'arbitrage au rang de justice internationale, et a également permis d'éviter ce qu'est en train de favoriser le Conseil d'État, c'est-à-dire l'invocation de son propre droit aux fins d'échapper à l'application d'une convention d'arbitrage international. C'est la règle matérielle de validité de la convention d'arbitrage, dont le droit français s'enorgueillit depuis des décennies, et ce pour quoi il est envié partout dans le monde, qui est ici mise à bas par le Conseil d'État.

Tout entier tourné sur lui-même, le Conseil d'État n'en a que faire, de même que de la Convention de New York sur l'exécution des sentences arbitrales internationales qui lie pourtant la France. Après l'avoir longtemps oubliée dans ses décisions antérieures, elle est évoquée par le Conseil d'État dans ses décisions depuis l'arrêt *Fosmax* de 2016, pour être aussitôt dévoyée. En écrivant que, selon la Convention de New York, il faut rejeter l'*exequatur* de la sentence si le recours à l'arbitrage est illégal, le Conseil propose un raisonnement tautologique puisque jusqu'à présent le recours à l'arbitrage dans ces circonstances n'était justement pas illégal en droit français.

En l'espèce, le contractant étranger, la compagnie Ryanair, qui a conclu des conventions en 2008 avec le Syndicat Mixte des aéroports de Charente, pour s'implanter à... Angoulême, aura donc la satisfaction d'avoir obtenu des sentences arbitrales favorables en 2011 et 2012, et de se heurter depuis aux charmes de la dualité juridictionnelle à la française. Les juridictions judiciaires et administratives ont bataillé, jusqu'au Tribunal des conflits, afin de se voir octroyer la compétence pour statuer sur l'*exequatur* de ces sentences. Le conflit de compétences a été tranché en faveur de la juridiction administrative pour que celle-ci refuse finalement l'*exequatur*... Bienvenue en France !

Heureusement la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) veille et sanctionne désormais des États qui empêchent l'exécution d'une sentence arbitrale dans leur pays (CEDH 30 juin 2022, n° 55617/17, *BTS Holding c/ Slovaquie*, D. 2022. 1773, spéc. 1784, obs. S. Bollée, et 2330, spéc. 2346, obs. T. Clay ; D. actu. 13 juill. 2022, obs. J. Jourdan-Marques ; Gaz. Pal. 8 nov. 2022, p. 14, obs. L. Larribère ; *Global Arbitration Rev.* 1^{er} juill. 2022, obs. C. Sanderson), ce qu'a opportunément appelé aussi la cour d'appel de Paris dans l'arrêt *Komstroy* du

10 janvier 2023 (V. *infra*). Face à l'impossibilité d'obtenir en France une réponse normale à cette demande d'*exequatur*, il reste à espérer que la CEDH soit saisie et rappelle quelques vérités à ceux qui les ignorent.

2 – Arbitrage d'investissement

Outre les questions de compétence du tribunal arbitral, toujours très présentes, sinon omniprésentes dans l'arbitrage d'investissement et qui seront examinées plus loin, deux sujets peuvent être brièvement évoqués ici. Le premier, ce sont les conclusions de l'avocat général Maciej Szpunar, présentées le 7 septembre 2023 devant la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) qui appellent, à nouveau, dans l'affaire *Mytilinaos*, à retenir la qualification d'aide d'État pour les sentences arbitrales exécutées (CJUE 7 sept. 2023, aff. C-701/21, concl. M. Szpunar ; D. actu. 13 nov. 2023, obs. J. Jourdan-Marques). On peut donc craindre que perdure la funeste jurisprudence de l'affaire *Micula* (CJUE 25 janv. 2022, aff. C-638/19, *European Food*, D. 2022. 1773, spéc. 1775, obs. S. Bollée, et 2330, spéc. 2032, obs. T. Clay ; Clunet 2022. 964, note M. Audit ; Europe 2022. 84, obs. L. Idot ; D. actu. 16 mars 2022, obs. J. Jourdan-Marques ; JCP 2022. 182, obs. D. Berlin, et 724, § 8, obs. L. Jandar ; *Global Arbitration Rev.* 25 janv. 2022, obs. C. Sanderson) qui, par un singulier renversement de valeurs, sanctionne ceux qui exécutent les sentences arbitrales. La charge de l'avocat général Szpunar contre l'arbitrage est d'ailleurs lourde, comme tout ce qui vient de la CJUE.

C'est la raison pour laquelle on sera d'autant plus déçu que la cour d'appel de Paris se soit alignée sur la CJUE dans l'affaire *Komstroy* (Paris, 10 janv. 2023, n° 18/14721, D. 2023. 1812, spéc. 1826, obs. S. Bollée ; D. actu 14 mars 2023, obs. J. Jourdan-Marques ; Gaz. Pal. 16 mai 2023, p. 21, obs. L. Larribère ; *Paris Baby Arbitration* 2023, n° 59, p. 7, obs. P. Gobetti ; *Global Arbitration Rev.* 12 janv. 2023, obs. S. Moody) en épousant la définition de la notion d'investissement au sens du Traité sur la charte de l'énergie (TCE). Il est vrai que l'affaire revenait à la cour d'appel de Paris, après une première cassation, et après qu'elle avait formé une question préjudicielle à la CJUE. Celle-ci a répondu qu'une créance issue d'un contrat de fourniture d'électricité n'était pas un « investissement », au sens du TCE. La cour d'appel de Paris s'aligne en indiquant que « l'interprétation donnée par la CJUE dans son arrêt du 2 septembre 2021 s'impose, en droit, à la cour de céans ». Même si la solution est ici logique, il convient d'être prudent avec les leçons de droit de la CJUE en matière d'arbitrage, surtout d'investissement. Gageons que la cour d'appel de Paris saura résister quand il le faudra.

3 – Arbitrage en matière sportive

C'est encore d'une juridiction européenne dont il s'agit ici, la CEDH, laquelle témoigne d'un contrôle de plus en plus poussé de l'arbitrage. Dans une répartition des rôles non dite, la CJUE serait le mauvais génie de l'arbitrage international pendant que la CEDH en serait le bon génie (T. Clay, La Cour européenne des droits de l'homme, nouveau juge de

l'arbitrage ?, M. Nicolas-Gréciano et J. Jourdan-Marques (dir.), Arbitrage et procès équitable, IFJD éd., coll. Colloques et essais, 2023, p. 19).

Ainsi, après les décisions de la Commission des droits de l'homme des années 1980, les rencontres entre la CEDH et l'arbitrage ont eu lieu à plusieurs reprises. Il y a eu d'abord un premier arrêt en 1999, *Suovaniemi c/ Finlande* où la CEDH a rejeté une requête en contestation de l'impartialité d'un arbitre parce qu'elle était mal fondée. Il y a eu ensuite, neuf ans plus tard, un premier arrêt important, qui a consacré l'application de la Convention européenne des droits de l'homme (Convention EDH) à l'arbitrage, ce qui n'allait pas de soi jusqu'alors (CEDH 3 avr. 2008, n° 773/03, *Regent Company c/ Ukraine*, Rev. arb. 2009. 797, note J.-B. Racine). Puis, il faudra patienter neuf autres années pour que la jurisprudence de la CEDH en matière d'arbitrage connaisse un coup d'accélérateur, avec les affaires *Tabbane c/ Suisse* en 2016 et *Garoubé c/ France* en 2018. Toujours en 2018, la CEDH s'est intéressée à l'arbitrage sportif avec les arrêts *Mutu et Pechstein c/ Suisse* et *Platini c/ Suisse*. Puis, il y a eu récemment une augmentation de la cadence avec quatre nouveaux arrêts. Ce sont les arrêts du 20 mai 2021, *BEG c/ Italie* et du 31 mai 2021, *Mont-Blanc Training c/ Ukraine*. En juin 2022, c'est l'accélération finale avec l'arrêt du 9 juin 2022, *Lucas c/ France* et l'arrêt du 30 juin 2022, *BTS Holding c/ Slovaquie*. Il y a donc une dizaine d'arrêts pertinents de la CEDH qui traitent de la question de l'arbitrage.

On notera d'ailleurs que les juges de Strasbourg ne distinguent heureusement pas entre l'arbitrage classique et l'arbitrage sportif pour l'application des grands principes de l'arbitrage. Et c'est précisément en matière sportive qu'a été rendu l'arrêt *Semenya c/ Suisse* (CEDH 11 juill. 2023, n° 10934/21, *Semenya c/ Suisse*, D. 2023. 1684, note J. Mattiussi ; AJ fam. 2023. 421, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; Rev. arb. 2023. 848, obs. J.-M. Marmayou ; D. actu. 11 sept. 2023, obs. J. Jourdan-Marques, et 18 sept. 2023, obs. J.-P. Marguénaud ; Gaz. Pal. 31 oct. 2023, p. 16, obs. L. Larribère ; *Paris Baby Arbitration* 2023, n° 64, p. 10, obs. L. Nicot). Il s'agissait de cette affaire sensible dans laquelle une coureuse de demi-fond sud-africaine, souffrant d'une maladie génétique augmentant son niveau de testostérone, avait été interdite de concourir par la Fédération internationale d'athlétisme. La Suisse est ici condamnée pour la raison que le Tribunal fédéral, devant qui un recours avait été formé, s'était contenté de vérifier la conformité de la sentence à l'ordre public, alors, qu'il aurait dû procéder à un examen complet du grief tiré du traitement discriminatoire allégué et procéder à une pesée comparative des intérêts en jeu.

L'arrêt est intéressant en ce qu'il pose la question du droit au procès équitable dans sa composante du droit au droit. On retrouve là une préoccupation qui avait été soulevée dans l'affaire *Platini c/ Suisse* (CEDH 5 mars 2020, n° 526/18, D. 2020. 2484, obs. T. Clay ; JCP 2020. 321, § 8, obs. B. Hafel). La CEDH devait déterminer si un contrat entre M. Platini et la FIFA avait été valablement formé selon le droit suisse. Mais, à aucun moment, la question ne va être examinée en droit suisse.

Devant le Tribunal arbitral du sport, c'est l'application du code d'éthique de la FIFA qui a été discutée. Devant le Tribunal fédéral suisse, ce sont les modalités de contrôle d'une sentence arbitrale qui étaient à l'examen. Devant la CEDH, le débat a porté sur le respect du droit au procès équitable conformément à l'article 6 de la Convention EDH. Ainsi, à aucune étape de toute cette affaire n'aura été examinée la question de fond, la seule qui importait vraiment, qui était de savoir si le contrat avait été valablement formé en droit suisse.

Or c'est précisément au sujet de cet enchaînement de juges qu'est intervenu l'arrêt *Semenya c/ Suisse*. La CEDH estime, cette fois-ci, qu'il y avait bien eu un point aveugle dans l'analyse des arguments soulevés, qui, finalement, n'avaient jamais été véritablement examinés, ni par le Tribunal arbitral du sport, ni par le Tribunal fédéral suisse. La CEDH s'est placée, cette fois-ci, sur le terrain du droit au recours effectif prévu à l'article 13 de la Convention EDH pour estimer que le Tribunal fédéral l'avait violé en n'exerçant pas un contrôle suffisamment « approfondi » sur la sentence rendue par le Tribunal arbitral du sport ayant rejeté la demande de Caster Semenya.

Cet arrêt est important en ce qu'il procède en quelque sorte à un contrôle du contrôle. Il vérifie que le juge local de l'arbitrage a suffisamment contrôlé la sentence arbitrale qui lui était soumise et qu'il a, ce faisant, bien passé en revue les arguments soulevés. On ne peut pas ne pas y voir une invitation à davantage de contrôle sur les sentences arbitrales, par le biais du contrôle du recours contre la sentence, partie intégrante du droit au juge. Même si elle semble le justifier ici par « l'enjeu significatif de l'affaire », il n'en demeure pas moins que, avec cet arrêt récent, la CEDH s'auto-investit bien du rôle de juge de l'arbitrage, dans la suite de l'arrêt *Beg* en matière de contrôle de l'indépendance et de l'impartialité de l'arbitre (CEDH 20 mai 2021, n° 5312/11, *BEG S.p.A. c/ Italie*, D. 2021. 2272, obs. T. Clay ; D. actu. 18 juin 2021, obs. J. Jourdan-Marques ; JCP 2021. 618 et 697, obs. L. Milano ; *Global Arbitration Rev.* 21 mai 2021, obs. S. Perry). L'affaire ayant été renvoyée en Grande Chambre de la Cour, elle n'est pas terminée.

4 – Arbitrage OHADA

En ce qui concerne l'arbitrage de l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA), on se contentera de signaler l'adoption par le Conseil des ministres de l'OHADA, le 17 octobre 2023, du nouveau règlement intérieur de la Cour de justice et d'arbitrage, qui prévoit l'instauration d'un « Comité de suivi des procédures » composé de cinq membres, dont le secrétaire général du Centre d'arbitrage (V. G. Kenfack Douajni, La nouvelle configuration de l'arbitrage CCJA, Rev. camerounaise de l'arbitrage, n° spéc., janv. 2024, à paraître). Les attributions de ce comité de suivi sont détaillées à l'article 7 du règlement intérieur de la Cour commune de justice et d'arbitrage (CCJA) et correspondent peu ou prou à celles de la Cour d'arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale (CCI). Ce nouveau comité de suivi est assurément une bonne chose, à la condition, bien sûr, qu'il n'empiète pas sur les prérogatives des arbitres.

D – Convention d'arbitrage

Dans la période couverte par ce panorama, la convention d'arbitrage a beaucoup fait parler d'elle avec des questions classiques de forme (2), de mise en œuvre (4), voire de caducité avec la célèbre affaire *Sultan de Sulu* (3), au point qu'elle a même été définie à nouveau par la Cour de cassation (1).

1 – Définition

À l'occasion d'une procédure collective, la question s'est posée de savoir si la clause compromissoire est susceptible d'être écartée par l'administrateur judiciaire dans le cadre des prérogatives qu'il tient de l'article L. 622-13 du code de commerce, ce qui revient à se demander si elle peut être considérée comme un contrat en cours, et, donc, à s'interroger sur sa véritable nature contractuelle. Dans un attendu de principe soigneusement rédigé, la chambre commerciale énonce ceci : « Il résulte de l'article 1447 du code de procédure civile que la convention d'arbitrage, qui est indépendante du contrat auquel elle se rapporte, a pour objet le droit d'action attaché aux obligations découlant du contrat et non la création, la modification, la transmission ou l'extinction de ces obligations. Il se déduit de cet objet qu'elle n'est pas un contrat en cours, au sens de l'article L. 622-13 du code de commerce, dont l'exécution pourrait être ou non exigée par l'administrateur » (**Com. 23 nov. 2022, n° 21-10.614, *Vacama***, D. 2022. 2158, et 2023. 1715, obs. P. Cagnoli ; RTD civ. 2023. 87, obs. H. Barbier, et 177, obs. P. Théry ; Gaz. Pal. 6 déc. 2022, p. 26, obs. C. Berlaud, et 16 mai 2023, p. 1, obs. L. Larribère ; D. actu. 7 déc. 2022, obs. C. Lebel, et 9 janv. 2023, obs. J. Jourdan-Marques ; JCP 2022. 1439, obs. P. Canet, 2023. 206, obs. T. Lakssimi, et 221, § 3, obs. L. Jandard ; APC 2023. Repère 15, obs. F.-X. Lucas, et Alerte 23 ; RPC 2023. 4, obs. P. Cagnoli ; Procédures 2023. 45, obs. L. Weiller ; LEDEN 2023, n° 2, p. 4, obs. K. Lafaurie ; BJE 2023, n° 1, p. 15, note S. Benlisi, et 31 mars 2023, n° 2, p. 1, obs. J.-P. Rémy ; *Paris Baby Arbitration* 2023, n° 58, p. 7, obs. S. Lazar).

La solution est claire et repose sur deux principes juridiques propres au droit de l'arbitrage et sur une contingence pratique. D'abord, le principe cardinal d'autonomie de la clause compromissoire a pour conséquence que son sort n'est pas lié au contrat qui la contient. Le contrat peut être poursuivi ou arrêté, la clause d'arbitrage demeure. Ensuite la clause compromissoire a pour objet « le droit d'action attaché aux obligations ». Elle a donc un objet processuel, et non pas substantiel. C'est d'ailleurs ce qui justifie son autonomie. Elle se distingue des autres clauses du contrat en ce qu'elle a justement pour vocation de régler tous les litiges qui naîtraient de celles-ci. Il faut donc qu'elle demeure aussi longtemps que de tels litiges puissent survenir. Elle ne saurait s'arrêter au seuil de la procédure collective, ni être soumise aux velléités d'un administrateur judiciaire. Et c'est, enfin, la raison pratique : l'effet obligatoire d'une clause de litige, parce que son objet est justement le litige, ne peut pas dépendre d'une des deux parties en litige. Le risque serait trop grand qu'elle soit privée d'effet. En résumé, de la définition de la clause compromissoire donnée par cet arrêt, on peut dire qu'elle est bien un contrat, mais

pas un contrat en cours. C'est plutôt un contrat permanent, qui survit même au contrat principal. D'où la nécessité de la rédiger avec soin, ce qui n'est pas toujours le cas.

2 – Forme

La période couverte par ce panorama nous offre un véritable pot-pourri de clauses d'arbitrage mal rédigées. Et cela commence d'ailleurs avec un mandat de conclure des conventions d'arbitrage dont la rédaction était tellement défailante que la cour d'appel de Paris a infirmé le même jour les ordonnances d'*exequatur* de trois « jugements arbitraux » rendues à Genève trois jours seulement après que fut conclu un mandat de « négociation d'un arrangement » (**Paris, 5 sept. 2023, n° 21/16897, *État de Libye c/ Sté Jallouli*** ; **n° 21/16899, *État de Libye c/ Hôpital de la Tour*** ; **5 sept. 2023, n° 21/16901, *État de Libye c/ Sté Sysmed Travel***, D. actu. 13 nov. 2023, obs. J. Jourdan-Marques). Ajoutons à cela que, toujours ce même jour, avait été conclu un « protocole d'accord de médiation » et que l'« arbitre » avait touché près d'un demi-million d'euros d'honoraires, et on pourra alors s'écrier avec le professeur Jourdan-Marques dans son commentaire : « C'est quoi ce bordel ? ». La cour d'appel a manifestement bien fait, en l'espèce, d'infirmar ces ordonnances d'*exequatur*. Au vu de ces trois affaires, on ne peut s'empêcher de penser que l'absence de débat contradictoire en première instance laisse passer des sentences qui ne devraient pas entrer dans l'ordre juridique français, même provisoirement. Il n'en demeure pas moins que si, tout en approuvant la solution de l'espèce, on voulait pinailler, on pourrait évoquer ici la célèbre jurisprudence *Soerni* de 2009, qui pose une règle matérielle de validité pour compromettre (Civ. 1^{re}, 8 juill. 2009, n° 08-16.025, *Sté Soerni*, Bull. civ. I, n° 165 ; D. 2009. 1957, obs. X. Delpach, 2384, spéc. 2385, obs. L. d'Avout, et 2959, spéc. 2961, obs. T. Clay ; Rev. crit. DIP 2009. 779, note F. Jault-Seske ; Rev. arb. 2009. 529, note D. Cohen ; JCP 2009. I. 462, § 5, obs. J. Ortscheidt ; LPA 2010, n° 202, p. 17, obs. P. Boivin ; Cah. arb. 2010. 97, note F.-X. Train ; *Il diritto marittimo* 2011. 275, note A. Job et J.-G. Betto). Le mandat, aussi douteux soit-il, aurait dû ne pas être examiné. Mais, à l'évidence, en l'espèce, il valait mieux oublier cette jurisprudence.

Les difficultés de rédaction se poursuivent avec les clauses qui visent improprement un centre d'arbitrage ou une disposition du règlement d'arbitrage. Le premier cas est classique. C'est notamment ce qu'a dû trancher la cour d'appel de Paris au sujet d'une clause qui visait la *Chambre Internationale de Commerce (CIC)* et non la *Chambre de Commerce Internationale (CCI)*. La cour d'appel considère classiquement qu'il faut rechercher la commune intention des parties par application des principes d'interprétation de bonne foi, pour considérer qu'il existe suffisamment d'indices pour conclure ici à l'arbitrage de la CCI, sans s'attacher à une « maladresse rédactionnelle ». On notera en passant, dans cet arrêt, qu'une seconde question se posait relativement à l'arbitrabilité du litige qui concernait le droit fiscal et les marchés publics. La cour d'appel répond, là aussi classiquement, que le recours à l'arbitrage n'est pas exclu du seul fait qu'une réglementation d'ordre public, fût-elle une

loi de police, est applicable au rapport de droit litigieux. Elle ajoute : « Si les contestations relatives à l'assiette, au quantum ou à l'exigibilité de l'impôt échappent par nature à l'arbitrage, pour concerner une matière intéressant au plus près l'ordre public international, il en va différemment des litiges portant sur la mise en œuvre d'une convention par laquelle les parties répartissent entre elles la charge des taxes engendrées par leurs rapports de droit » (Paris, 4 avr. 2023, n° 22/00408, PAD, D. actu. 30 mai 2023, obs. J. Jourdan-Marques ; Gaz. Pal. 31 oct. 2023, p. 9, obs. L. Larribère ; *Paris Baby Arbitration* 2023, n° 62, p. 11, obs. L. Nicot). Quant à la stipulation d'un centre d'arbitrage qui a disparu avant même la conclusion de la clause compromissoire et dont les activités ont été transférées à un autre centre, la Cour de cassation estime que le pourvoi formé contre l'arrêt qui a déclaré la juridiction judiciaire incompétente ne mérite même pas d'être examiné (Civ. 1^{re}, 1^{er} févr. 2023, n° 22-10.674, *Sté MDB*, D. actu. 14 mars 2023, obs. J. Jourdan-Marques).

Le second cas est plus inédit : la mauvaise rédaction de la clause tenait à ce que la clause d'arbitrage qui renvoyait au règlement de l'Association Française d'Arbitrage visait les modalités de constitution du tribunal arbitral d'urgence et non pas celles du tribunal arbitral normal. S'appuyant sur cette erreur de plume, le recours en annulation soutenait de manière byzantine que les parties avaient prévu un arbitrage institutionnel en cas d'urgence, et un arbitrage *ad hoc* dans les autres cas. La cour d'appel de Paris rejette cette argumentation fantaisiste, toujours au nom de la bonne foi dans l'interprétation de la volonté des parties (Paris, 16 mai 2023, n° 21/21189, *Imagine*, D. actu. 11 sept. 2023, obs. J. Jourdan-Marques).

Enfin, d'une part, la jurisprudence a eu l'occasion de rappeler que la clause compromissoire peut être conclue par référence (Civ. 1^{re}, 13 avr. 2023, n° 22-14.708, *Sté Leplatre & Cie*, JCP 2023. 1254, § 1, obs. P. Giraud ; D. actu. 30 mai 2023, obs. J. Jourdan-Marques ; Gaz. Pal. 31 oct. 2023, p. 4, obs. L. Larribère ; *Paris Baby Arbitration* 2023, n° 63, p. 8, obs. N. Fares). En l'espèce, l'arrêt d'appel qui avait retenu l'incompétence du tribunal arbitral est cassé au visa des articles 1443 et 1447 du code de procédure civile, au motif que plusieurs contrats antérieurs entre les mêmes parties étaient conclus sur un modèle-type stipulant une clause compromissoire « avec une référence aux règles et usages pour le commerce des légumes secs ».

D'autre part, la jurisprudence a admis une clause compromissoire conclue non seulement par référence, mais aussi par courriel et non signée. Peu importe pour la cour d'appel de Paris qui juge que l'absence de signature n'était pas un motif suffisant pour déduire l'absence de consentement à l'arbitrage. Elle ajoute : « L'absence de signature de la confirmation de vente reçue le 28 septembre 2018 est à cet égard indifférente, l'acceptation précitée suffisant à cristalliser le consentement de Transgourmet à l'offre d'arbitrage énoncée dans le courriel du 25 septembre 2018 » (Paris, 18 avr. 2023, n° 22/00415, *Sté Transgourmet France*, D. actu. 30 mai 2023, obs. J. Jourdan-Marques).

3 – Caducité

Le contrat principal et la clause compromissoire entretiennent une relation singulière : celle-ci est à la fois autonome et accessoire, ce qui est une prouesse. Elle est autonome car la clause n'est pas affectée par les maux qui touchent le contrat. Elle est accessoire car la clause le suit dans ses pérégrinations s'il est transmis, cédé ou étendu. Cette figure juridique impossible peut être particulièrement éprouvée en cas de caducité de l'un ou de l'autre. Hasard de la jurisprudence, les deux hypothèses se sont présentées cette année : caducité du contrat d'abord, et caducité de la clause compromissoire ensuite.

Premièrement donc, la caducité du contrat. La Cour de cassation a cassé pour violation de la loi un arrêt de la cour d'appel de Chambéry qui avait estimé que la clause compromissoire ne pouvait s'appliquer à un protocole dans lequel elle figurait et qui n'était pas entré en vigueur car la condition suspensive ne s'était pas réalisée (Civ. 1^{re}, 13 avr. 2023, n° 22-14.449, *Sté Egide*, Procédures 2023. 182, obs. L. Weiller ; D. actu. 30 mai 2023, obs. J. Jourdan-Marques ; Gaz. Pal. 31 oct. 2023, p. 4, obs. L. Larribère). Le visa de l'article 1447 du code de procédure civile est intéressant en ce qu'il énonce ceci : « La convention d'arbitrage est indépendante du contrat auquel elle se rapporte et n'est pas affectée par la caducité de celui-ci ». Or l'article 1447 ne dit pas exactement cela puisqu'il mentionne « l'inefficacité » du contrat, sans faire référence à la « caducité ». L'interprétation que l'on peut en tirer est que la caducité entre donc bien dans les cas d'inefficacité prévus à l'article 1447. C'est la preuve que lorsque les rédacteurs du texte ont choisi un terme large à dessein (« inefficacité »), ils voulaient bien une qualification balai, qui n'appartient pas aux catégories juridiques traditionnelles, pour englober tout ce qui pourrait être invoqué à l'encontre du contrat principal : inexistence, annulation, rescision, caducité, résolution, résiliation, opposition, etc. L'« inefficacité » recouvre tout : rien qui ne peut être invoqué à l'encontre du contrat principal ne peut écarter la clause d'arbitrage. En quelque sorte, elle est autonome, mais elle est là pour lui, même lorsqu'il n'existe pas. Tel est l'intérêt de cet arrêt, qui reprend en réalité une décision antérieure (Civ. 1^{re}, 28 nov. 2006, n° 05-10.464, *Sté So Good International Ltd*, D. 2008. 180, spéc. 182, obs. T. Clay ; Clunet 2007.1255, note O. Diallo) : la clause compromissoire s'applique même au contrat qui n'est pas né. Toujours plus forte !

Deuxièmement, la clause compromissoire peut elle-même être caduque. C'est la question qui s'est posée dans l'extraordinaire affaire *Sultan de Sulu*, déjà longuement présentée dans ces colonnes l'année dernière (D. 2022. 2330, spéc. 2345), distinguée par la presse généraliste (J. Bouissou, *Entre la Malaisie et les descendants d'un Sultan de Bornéo, un litige rocambolesque* à 15 milliards de dollars, *Le Monde*, 3 juin 2023, p. 20) et qui a fait l'objet de la première manifestation de la formule « Un jour, un arrêt », webinar organisé par Sorbonne Arbitrage le jour même où l'arrêt a été rendu. C'est dire si la décision était attendue. Rappelons simplement que, dans cette affaire, la clause compromissoire a été conclue le 22 janvier 1878 en langue jawi (malais classique, retranscrit en caractères

arabes) entre le Sultan de Sulu et les fondateurs de la *British North Borneo Company*, portant sur certains territoires de la côte nord de l'île de Bornéo, qui font aujourd'hui partie de l'État de Sabah, en Malaisie.

Les lointains héritiers du Sultan de Sulu ont engagé cent trente-neuf ans plus tard, en 2017, un arbitrage en réclamant 15 milliards de dollars à la Malaisie, estimant avoir des droits sur ces terres. La Malaisie contesta l'arbitrage et refusa d'y participer, mais l'arbitre se reconnut compétent par une sentence partielle rendue à Madrid le 25 mai 2020. La Malaisie obtint l'annulation de toute la procédure par une décision du Tribunal suprême de Madrid du 29 juin 2021, qui fit même défense à l'arbitre de continuer cet arbitrage.

Cela n'empêcha pas, conformément à la jurisprudence *Hilmarton-Putrabali*, la sentence sur la compétence d'obtenir l'*exequatur* du président du tribunal judiciaire de Paris le 29 septembre 2021. La sentence finale sera rendue à Paris, après déplacement du siège par le tribunal arbitral lui-même, le 28 février 2022, condamnant la Malaisie à verser 14,92 milliards de dollars aux héritiers du Sultan de Sulu, sur le fondement de l'impossible restitution des territoires loués au motif que la Malaisie a violé ses obligations contractuelles. À l'instar du professeur Daniel Mainguy, on aurait pu d'ailleurs s'interroger sur la nature de cet arbitrage qui ressemble plus à un arbitrage d'investissement qu'à un arbitrage commercial, surtout que, comme il le rappelle, l'acte est signé seulement six ans après l'arbitrage *Alabama* de 1872, l'un des premiers arbitrages résolvant un litige du droit naissant des conflits armés, alors que la Grande-Bretagne était sa puissance par des concessions en Extrême-Orient *via* la pratique des « traités inégaux » (D. Mainguy, *Droit de la « guerre atypique »*. Réflexions sur les conflits non armés et non militaires (*lawfare*, guerre économique et informationnelle), Lextenso, 2023, spéc. n° 6 et 37 ; note ss l'arrêt préc.).

Toujours est-il que c'est l'ordonnance d'*exequatur* de la sentence sur la compétence à propos de laquelle la cour d'appel de Paris se prononce dans l'arrêt commenté (**Paris, 6 juin 2023, n° 21/21386, Sultan de Sulu**, JCP 2023. 829, note D. Mainguy ; Cah. arb. 2023, n° 3, note J. Jourdan-Marques, à paraître ; D. actu. 11 sept. 2023, obs. J. Jourdan-Marques ; JCP 2023. 1254, § 4, obs. P. Giraud ; Gaz. Pal. 31 oct. 2023, p. 6, obs. L. Larribère ; *Paris Baby Arbitration* 2023, n° 64, p. 10, obs. V. Menou). Pour savoir si la clause d'arbitrage pouvait s'appliquer, il fallait repartir de la version du texte conclue en 1878 entre le Sultan de Sulu et les représentants de la *British North Borneo Company*, Alfred Dent et le baron Gustavus Von Overbeck. La première question portait sur la traduction de la clause car les parties ne s'accordaient pas. Sans prendre parti au sujet de cette traduction, pour laquelle le soussigné doit bien constater ses limites, la traduction la plus neutre pourrait être celle-ci : « Dans le cas d'un quelconque différend, ou ravivement de tous griefs de quelque nature que ce soit, entre nous, y compris nos héritiers et successeurs, et M. Gustavus Baron de Overbeck ou sa Compagnie, l'affaire sera soumise pour examen ou jugement au consul général de la Reine à Brunei ». Deux questions se

posaient donc à la cour d'appel : s'agissait-il d'une clause d'arbitrage, et était-elle toujours applicable ?

Sur le premier point, la cour applique les principes d'interprétation de bonne foi des conventions et de l'effet utile des clauses d'arbitrage pour observer (n° 70), d'une part, que la combinaison des mots « *ikhtiar* » et « *pikiran* » renvoie bien à un pouvoir juridictionnel (n° 73), et que, d'autre part, une dépêche du 22 janvier 1878 adressée au Comte de Derby par le consul général par intérim, témoin direct de la négociation de l'accord, insistait pour que le tiers investi tranche le différend (n° 74 et 75). C'est donc bien une clause compromissoire.

Sur le second point, la cour juge que la clause n'est plus applicable dès lors que les parties ont fait le choix de soumettre leur arbitrage au consul général de la Reine à Brunei et que, quand bien même le titulaire du poste à l'époque serait mort, c'est la fonction même qui a disparu. Or, énonce la cour d'appel, « la disparition de la fonction ainsi désignée rend inapplicable la clause litigieuse, devenue caduque, cette remise en cause se trouvant confortée par le fait que le gouvernement britannique a succédé en 1946 aux droits de l'une des parties, de sorte qu'un consul britannique ne pouvait à compter de cette date être regardé comme un tiers indépendant » (n° 79). Selon la cour, la clause d'arbitrage est donc caduque.

Que penser de cette solution dans cette affaire extraordinaire ? Pour juger de la pérennité de la clause d'arbitrage, il faut interpréter la volonté des parties au moment où elles l'ont conclue. Toute la question est donc de savoir si ce que voulaient principalement les parties était de recourir à l'arbitrage, ou de recourir à l'arbitrage du consul général de Brunei. En d'autres termes, est-ce que le choix de l'arbitre participe du choix de l'arbitrage ? Selon la réponse, la clause d'arbitrage survivra ou non à l'empêchement de l'arbitre (sur ce pt, V. T. Clay, *L'arbitre*, préf. P. Fouchard, Dalloz, 2001, spéc. n° 664-668).

Dans la plupart des cas, les clauses compromissoires – à la différence des compromis d'arbitrage – ne contiennent pas le nom de l'arbitre. C'est la raison pour laquelle on peut déduire que, lorsqu'un tel nom y figure, cela démontre la volonté des parties de lier le choix de l'arbitre au choix de l'arbitrage. Point d'arbitrage sans cet arbitre donc.

Mais le cas de figure de l'espèce est encore différent et inédit car ce n'est pas le nom de l'arbitre qui est mentionné, mais la fonction, celle de consul général de la Reine à Brunei. On est donc dans une situation intermédiaire entre la clause qui ne mentionne aucun nom et celle qui en mentionne un. Faut-il alors considérer que ce que les parties ont eu principalement en vue était de recourir à l'arbitrage ou de recourir à l'arbitrage uniquement du consul général de la Reine à Brunei, lequel a disparu ? D'un côté, on peut estimer que, dès lors que l'indication n'est pas nominative, alors la clause compromissoire n'est pas conclue *intuitu personae*, mais, d'un autre côté, on peut tout aussi bien juger que les spécificités de l'accord et la situation géopolitique commandaient que l'arbitre soit ce consul, quel que soit le titulaire du poste au moment de la naissance du litige.

La cour choisit cette seconde solution : « Cette désignation apparaît, au vu de ces circonstances, comme indissociable de la volonté de compromettre, avec laquelle elle forme un tout » (n° 78). Avec cette décision, la cour d'appel incorpore pour la première fois la désignation d'une fonction dans une clause d'arbitrage comme participant du choix de recourir à l'arbitrage et déclare donc que la convention d'arbitrage est caduque. Comme l'a relevé le professeur Jérémy Jourdan-Marques, on est passé d'une clause conclue *intuitu personae* à une clause conclue *intuitu officium* (note préc.).

Il est permis de penser que les spécificités de cette affaire jouent beaucoup dans cette décision qui revient tout de même à priver d'efficacité une convention d'arbitrage international, laquelle est en principe indestructible. L'autre solution aurait pu consister à estimer que la volonté de recourir à l'arbitrage était manifeste et que, faute de pouvoir le confier au consul qui n'existe plus, une autorité compétente, juge d'appui ou Cour permanente d'arbitrage de La Haye par exemple, procéderait à cette désignation. Même si ce type d'interprétation de la volonté des parties est « divinatoire », selon le mot du doyen Éric Loquin (La caducité de la clause compromissoire valant compromis après le décès de l'arbitre, note ss Civ. 2^e, 23 mai 1973, Rev. arb. 1974. 102, spéc. p. 105), cela aurait présenté un avantage non négligeable, relevé également par le professeur Jourdan-Marques dans sa note précitée : éviter le déni de justice qui, ici, se profile. Dans la délicate affaire *Nioc c/ Israël*, la cour d'appel de Paris avait en 2001 précisément trouvé les moyens juridiques d'éviter le déni de justice en aidant à constituer le tribunal arbitral, faisant ainsi de la France, avait-on dit à l'époque, « la terre d'asile de l'arbitrage ». Avec l'affaire *Sultan de Sulu*, ce n'est plus le cas.

4 – Mise en œuvre

Au sujet de l'exécution de la convention d'arbitrage, la première chambre civile de la Cour de cassation a rendu trois arrêts qui confirment tous des solutions établies, et qu'il est donc permis de présenter brièvement.

La Cour a, d'abord, rappelé par deux fois les contours de l'effet négatif de la compétence-compétence qui interdit au juge judiciaire de se déclarer compétent sauf si la convention d'arbitrage est manifestement nulle ou manifestement inapplicable et que le tribunal arbitral n'est pas encore constitué. Elle l'a fait pour casser l'arrêt déferé, pour violation de l'article 1448 du code de procédure civile, en contrôlant de manière approfondie les conventions d'arbitrage contenues dans des pactes d'associés distincts pour écarter la compétence arbitrale. La cour d'appel a donc statué par « des motifs impropres à caractériser l'inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage du premier pacte » (Civ. 1^{re}, 1^{er} févr. 2023, n° 21-24.145, D. actu. 14 mars 2023, obs. J. Jourdan-Marques ; Procédures 2023. 119, obs. L. Weiller). Elle l'a fait, ensuite, un mois et demi plus tard, dans une affaire autrement plus complexe qui mettait à la fois en jeu un cumul d'une clause compromissoire avec une clause attributive de juridiction et un non-professionnel qui était lié par un contrat de prêt et un contrat d'assu-

rance (Civ. 1^{re}, 22 mars 2023, n° 21-24.432, *Sté XL Insurance Company SE*, D. actu. 30 mai 2023, obs. J. Jourdan-Marques ; Gaz. Pal. 16 mai 2023, p. 3, obs. L. Larribère ; Clunet 2023. 938, note F.-X. Train). Citant, là encore, l'article 1448 du code de procédure civile, la Cour de cassation décide que la victime, « bien que non signataire de ce contrat, en revendiquait le bénéfice en qualité d'assurée, de sorte que, dans ses relations avec l'assureur, cette clause de règlement des litiges lui était opposable à l'exclusion de la clause d'élection de for du contrat de prêt ». Ainsi, la clause compromissoire n'est pas non plus ici manifestement inapplicable au litige et seul le tribunal arbitral est compétent pour juger de sa mise en œuvre. On relèvera simplement que le terme d'« opposabilité » apparaît critiquable car, à ce stade de l'examen, le juge ne peut pas déclarer que la clause est opposable ou non au tiers victime, seul l'arbitre le peut.

On citera également ici un arrêt de la cour d'appel de Paris qui, lui aussi sur le fondement de l'article 1448 du code de procédure civile, a confirmé le jugement d'un tribunal de commerce qui s'était déclaré incompétent pour statuer à la suite d'une mesure conservatoire pratiquée sans titre exécutoire (Paris, pôle 5, ch. 8, 14 nov. 2023, n° 23/04518, *SARL Galerie*). En effet, le fait qu'il s'agisse de mesures exécutoires, en application de l'article R. 511-7 du code des procédures civiles d'exécution qui oblige à introduire une procédure dans le mois qui suit l'exécution de la mesure conservatoire, ne suffit pas à rendre la clause compromissoire manifestement nulle ou manifestement inapplicable. C'est bien le tribunal arbitral qui doit être saisi, le fait que la mesure soit exécutoire n'y change rien.

Se fondant encore sur l'article 1448 du code de procédure civile, la Cour de cassation a, ensuite, rappelé sa solution désormais stabilisée en cas d'impécuniosité d'une partie (Civ. 1^{re}, 27 sept. 2023, n° 22-19.859, *Lavau*, JCP 2023. 1254, § 2, obs. L. Jandard ; D. actu. 13 nov. 2023, obs. J. Jourdan-Marques ; Rev. arb. 2023, n° 4, note M. de Fontmichel, à paraître ; *Paris Baby Arbitration* 2023, n° 64, p. 9, obs. Y. Lin). Dans cet arrêt, la première chambre civile confirme son arrêt vieux d'un an moins un jour (Civ. 1^{re}, 28 sept. 2022, n° 21-21.738, *Carrefour Proximité France*, D. 2022. 2022, note N. Dissaux, et 2330, spéc. 2336, obs. T. Clay ; RTD com. 2023. 571, obs. E. Loquin ; Procédures 2022. 249, note L. Weiller ; D. actu. 28 oct. 2022, obs. J. Jourdan-Marques ; Gaz. Pal. 8 nov. 2022, p. 1, obs. L. Larribère ; Rev. arb. 2023. 157, note P. Giraud ; RLDA 2023, n° 188, p. 31, note J. Clavel-Thoraval ; JCP 2023. 221, § 1, obs. L. Jandard ; LEDICO janv. 2023, n° DDC201g6, obs. H. Meur), en jugeant que, « dès lors qu'il n'était pas soutenu qu'une tentative préalable d'engagement d'une procédure arbitrale avait échoué (...), l'invocation par les demandeurs de leur impécuniosité n'était pas, en soi, de nature à écarter la mise en œuvre des clauses compromissoires ». La solution est claire : le principe compétence-compétence, et notamment son effet négatif, s'applique même à l'égard de la partie impécunieuse. Il ne suffit pas de se prétendre sans ressources pour échapper aux effets de la convention d'arbitrage. Ce serait trop simple.

E – Tribunal arbitral

1 – Compétence

Longtemps les questions relatives à la compétence des arbitres ont été examinées en considération de la convention d'arbitrage, de sa durée, des personnes impliquées, de son autonomie, bref en liant étroitement la convention d'arbitrage et la compétence de l'arbitre. Avec la multiplication des recours en matière d'arbitrage d'investissement devant les juridictions judiciaires, l'examen des questions de compétence a changé de nature et consiste pour l'essentiel à confronter le traité applicable avec les prétentions opposées des parties, parfois au terme d'une casuistique terminologique guère passionnante et d'une somme de précédents présentés de part et d'autre dont il faut faire la pesée. L'arbitrage d'investissement a, sur ce point, phagocyté l'arbitrage classique, et le débat s'est d'autant plus appauvri que ce sont toujours les mêmes questions qui reviennent, dans tous les arbitrages d'investissement, et que les solutions dépendent de la manière dont ont été rédigés ces traités plusieurs années, voire plusieurs décennies, auparavant, c'est-à-dire à un moment où personne ne pensait qu'ils feraient l'objet d'une analyse aussi dépendante de chaque mot.

On retrouve donc les questions désormais classiques, pour ne pas dire ennuyeuses à force d'être répétées, que l'utilisation du latin rend certes plus chic, mais sans parvenir à élever la réflexion, de la compétence *ratione materiae*, *ratione personae*, *ratione temporis*, *ratione voluntatis*. Dans la période couverte par ce panorama, deux d'entre elles ont particulièrement retenu l'attention.

Ainsi, au titre de la compétence *ratione personae*, trois arrêts viennent de décider, à nouveau, que le fait que l'investisseur ait deux nationalités, dont celle du pays de l'investissement, n'empêchait pas d'invoquer le traité bilatéral d'investissement car celui-ci n'interdisait pas la double nationalité. C'est, d'abord, le cas pour le TBI Espagne-Venezuela de 1990, pour lequel l'arrêt ajoute qu'il n'est pas contraire à l'ordre public international français « d'attirer son propre État devant une juridiction nationale ou un tribunal arbitral » (n° 107) (Paris, 27 juin 2023, n° 22/02752, Garcia, D. actu. 11 sept. 2023, obs. J. Jourdan-Marques ; Paris Baby Arbitration 2023, n° 64, p. 14, obs. S. El Mouden ; Global Arbitration Rev. 5 juill. 2023, obs. S. Moody). C'est encore le cas pour le TBI États-Unis-Vietnam de 2000, pour lequel la cour précise qu'« il n'y a pas lieu d'ajouter au texte une distinction que les parties contractantes n'ont pas entendu y insérer » (n° 54) (Paris, 12 sept. 2023, n° 22/05075, Dangelas, D. actu. 13 nov. 2023, obs. J. Jourdan-Marques ; Global Arbitration Rev. 18 sept. 2023, obs. J. Ballantyne). C'est enfin le cas du TBI France-Sénégal de 2007, car « ce serait contraire à l'objet et au but du traité », avait énoncé la cour d'appel de Paris dans l'arrêt contre lequel le pourvoi vient d'être rejeté par un arrêt non spécialement motivé (Civ. 1^{re}, 17 mai 2023, n° 22-25.377, Abou-Khalil).

Au titre de la compétence *ratione temporis*, on peut évoquer deux arrêts, l'un de la Cour de cassation et l'autre de la cour

d'appel de Paris. Dans le premier, rendu en formation plénière de chambre et publié au Rapport annuel (Civ. 1^{re}, 7 déc. 2022, n° 21-15.390, Oschadbank c/ Russie, Rapport annuel 2022, p. 184 ; D. 2022. 2228, et 2023. 1812, obs. S. Bollée ; Clunet 2023. 592, note M. Audit ; D. actu. 9 janv. 2023, obs. J. Jourdan-Marques ; Gaz. Pal. 16 mai 2023, p. 20, obs. L. Larribère), la Cour de cassation casse l'arrêt de la cour d'appel de Paris qui avait annulé la sentence au motif de l'incompétence *ratione temporis* du tribunal arbitral car les investissements étaient antérieurs au 1^{er} janvier 1992, alors que le TBI Russie-Ukraine indiquait qu'il ne s'appliquait qu'aux investissements réalisés à partir de cette date. La première chambre civile estime que cette condition relève du fond et échappait au contrôle des juges d'appel, de sorte qu'ils auraient dû se contenter de vérifier, « au titre de la compétence *ratione temporis*, que le litige était né après l'entrée en vigueur du traité » (n° 13). Ainsi, du point de vue de la compétence, seules comptent la date du litige et celle d'entrée en vigueur du traité. Les critères d'application prévus par le traité selon la date des investissements relèvent du fond et non de la compétence. Tout dépend donc bien des termes exacts du traité.

Dans le second (Paris, 21 févr. 2023, n° 20/13899, Mehta c/ Uruguay, Rev. arb. 2023. 679, note L. Fadlallah ; Gaz. Pal. 16 mai 2023, p. 22, obs. L. Larribère ; D. actu. 30 mai 2023, obs. J. Jourdan-Marques ; Paris Baby Arbitration 2023, n° 61, p. 10, obs. S. Amedro ; Global Arbitration Rev. 1^{er} mars 2023, obs. S. Moody), c'est encore une incompétence *ratione temporis* du tribunal arbitral qui est soumise aux juridictions judiciaires. Mais, cette fois-ci, à l'inverse de l'affaire précédente, et sans doute instruite par cet arrêt de la Cour de cassation rendu deux mois plus tôt, la cour d'appel annule la sentence d'incompétence. Certains des attendus de l'arrêt font même écho à l'arrêt de la Cour de cassation précité : « Il ressort de cette énonciation que les parties ont clairement retenu une définition large du terme "investissements", sans considération de temporalité, qu'ils soient effectués avant ou après la date d'entrée en vigueur de l'Accord. Elles ont toutefois ouvert l'offre d'arbitrage aux différends survenus après son entrée en vigueur, indépendamment de la date de réalisation des investissements concernés » (n° 71). Il ressort donc, ici aussi, de l'analyse des termes du TBI de l'espèce, c'est-à-dire Royaume-Uni-Uruguay, que celui-ci « ne subordonne pas le pouvoir juridictionnel du tribunal arbitral à une condition temporelle de réalisation des investissements, qui n'y figure pas, mais limite le bénéfice de sa protection procédurale aux seuls différends survenus après son entrée en vigueur » (n° 72). Là encore, l'analyse casuistique prévaut donc.

On trouve une dernière manifestation de cette nouvelle interprétation restrictive du champ du contrôle de la compétence par le juge du recours en matière d'arbitrage d'investissement avec un arrêt postérieur de la cour d'appel de Paris. Il s'agissait en l'espèce de la question de la condition de légalité de l'investissement dont la protection était sollicitée par l'investisseur. La cour d'appel fait la distinction entre le droit pour un État de refuser la protection pour un investissement illégal et le fait que cette question entre bien dans le champ de la compétence

des arbitres. Ils sont en quelque sorte compétents, y compris pour statuer sur l'illégalité de l'investissement. L'arrêt énonce, en effet, qu'« il convient dès lors de considérer que cette offre permanente d'arbitrage est autonome et indépendante de la validité de l'opération qui a donné naissance à l'investissement ou qui la soutient, de sorte que l'acceptation de l'arbitrage, qui résulte de la notification de la requête d'arbitrage, suffit à justifier la compétence du tribunal arbitral pour statuer sur la licéité de cet investissement et la demande en réparation » (Paris, 26 sept. 2023, n° 21/20965, *Venezuela c/ Air Canada*, D. actu. 13 nov. 2023, obs. J. Jourdan-Marques). Il y a donc bien une extension du domaine de la compétence-compétence de l'arbitre, laquelle absorbe une partie des questions de fond, qui, en conséquence, échappe désormais au juge du recours. Tant mieux.

2 – Indépendance

Outre l'arrêt du 10 janvier 2023 déjà évoqué dans l'éditorial ci-dessus, l'année écoulée a livré son cortège habituel de décisions relatives à l'indépendance des arbitres, montrant ainsi que la question n'est toujours pas stabilisée. C'est sans doute pourquoi les autorités mondiales s'en sont emparées et que la Commission des Nations unies pour le droit commercial international (CNUDCI) est sur le point de faire adopter en décembre 2023 un code de conduite des arbitres siégeant dans des procédures d'investissement, tant dans le cadre du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) que dans celui de la CNUDCI. Le texte provisoire, issu de la dernière session de la CNUDCI du 21 juillet 2023, poursuit principalement deux objectifs : d'une part, élargir l'obligation de révélation, en la faisant notamment remonter aux faits significatifs des cinq dernières années (et non plus seulement trois années comme dans les règles de l'*International Bar Association*) et en exigeant qu'elle couvre les relations avec les conseils, les coarbitres, les experts et les tiers intéressés dont les tiers financeurs ; d'autre part, réguler l'exercice concomitant des fonctions d'arbitre et de conseil (et même d'expert) dans des arbitrages d'investissement qui portent sur les mêmes questions. Pour l'instant, les sanctions attachées aux éventuelles violations de ces règles de conduite ne sont pas connues. C'est la raison pour laquelle il est permis de penser que ce code de conduite servira surtout de guide d'interprétation des comportements, sans effet impératif, à moins qu'il soit contractualisé par les parties.

C'est d'ailleurs sur le régime juridique de la contestation de l'indépendance de l'arbitre qu'ont été rendus deux arrêts intéressants de la Cour de cassation. Le premier, passé inaperçu, pour confirmer, par le rejet, non sérieusement motivé, d'un pourvoi formé contre l'arrêt de la cour d'appel qui avait accepté qu'un accord procédural entre les parties puisse modifier le régime de l'obligation de révélation (Civ. 1^{re}, 22 mars 2023, n° 22-11.544, *Rio Tinto*). Le second, publié, lui, au *Bulletin*, pour exiger que la contestation de l'indépendance de l'arbitre pendant l'instance arbitrale soit portée non seulement devant le centre d'arbitrage, mais aussi devant le tribunal arbitral lui-

même. À défaut, il sera considéré qu'il a été renoncé à s'en prévaloir sur le fondement de l'article 1466 du code de procédure civile (Civ. 1^{re}, 7 juin 2023, n° 21-24.968, *Pharaon*, D. 2023. 1125 ; Gaz. Pal. 19 sept. 2023, p. 18, note D. Mainguy ; JCP 2023. 1254, § 5, obs. L. Jandar ; Procédures 2023. 242, obs. L. Weiller ; D. actu. 11 sept. 2023, obs. J. Jourdan-Marques ; Gaz. Pal. 31 oct. 2023, p. 10, obs. L. Larribère). Voilà donc une nouvelle règle qui risque d'avoir des conséquences importantes sur les recours en annulation contre les sentences arbitrales fondés sur la prétendue absence d'indépendance des arbitres. Il faudra se demander rétrospectivement, si cette allégation a bien été soulevée y compris devant l'arbitre contesté (pour une première mise en œuvre : Paris, 3 oct. 2023, n° 22/06903, *Garoubé*, D. actu. 13 nov. 2023, obs. J. Jourdan-Marques ; *Global Arbitration Rev.* 2 nov. 2023, obs. S. Moody). Cette solution présente l'avantage, d'une part, de contribuer à compliquer les allégations d'absence d'indépendance reconstruites *a posteriori*, une fois la sentence rendue parce qu'elle a déçu, et, d'autre part, à forcer les parties à assumer directement devant les arbitres de leur faire savoir qu'elles les estiment non indépendants. Bref, c'est une invitation au courage. Qui peut s'en plaindre ?

La tendance est d'ailleurs au reflux car les quatre arrêts pertinents en matière d'absence d'indépendance ont tous conclu au rejet de l'allégation. Un arrêt de la Cour de cassation a, d'abord, rappelé qu'un arbitre n'avait pas à révéler ses travaux de doctrine (Civ. 1^{re}, 13 avr. 2023, n° 18-11.290, *Al Jabber*, Procédures 2023. 181, obs. L. Weiller ; D. actu. 30 mai 2023, obs. J. Jourdan-Marques). En l'occurrence, il était question d'un article de doctrine et d'une note sous arrêt qui prenaient parti sur une question soulevée dans l'arbitrage et de la participation de l'arbitre à deux colloques auxquels avait également assisté l'autre partie à l'arbitrage. Si la cour d'appel s'est concentrée sur l'exception de notoriété pour déclarer irrecevable le moyen d'annulation, la Cour de cassation a procédé à une substitution de motifs en se focalisant sur l'absence d'obligation de révélation de ces éléments, et en estimant qu'ils n'avaient pas à être dévoilés, peu importe qu'ils soient ou non notoires. L'approche est différente et a le mérite de protéger la liberté scientifique, sans craindre ensuite pour son office d'arbitre.

C'est encore au sujet de la notoriété que s'est prononcée la cour d'appel de Paris dans son arrêt *Halyvourgiki* en constatant que les faits non révélés n'étaient, en effet, pas suffisamment notoires pour être celés, mais qu'ils étaient trop anciens et marginaux, tant pour l'arbitre que pour son épouse dont les relations professionnelles étaient également invoquées au soutien de la demande d'annulation (Paris, 19 sept. 2023, n° 21/16159, D. actu. 13 nov. 2023, obs. J. Jourdan-Marques).

Les relations professionnelles sont également à l'origine de l'affaire *Trasta* (Paris, 23 mai 2023, n° 22/05378, D. actu. 11 sept. 2023, obs. J. Jourdan-Marques ; Gaz. Pal. 31 oct. 2023, p. 11, obs. L. Larribère ; *Global Arbitration Rev.* 31 mai 2023, obs. S. Moody). En l'espèce, la présidente du tribunal arbitral était membre de la même *chambers* qu'un autre avocat qui, dans

une autre affaire, représentait une des parties à l'arbitrage. Après avoir vérifié que le grief n'avait pu être soulevé plus tôt et qu'il n'y avait donc pas eu de renonciation à s'en prévaloir (art. 1466), notamment en observant que l'information n'avait pas été diffusée sur le site internet de la Cour suprême d'Angleterre ni dans la *Global Arbitration Review*, présentée comme « revue spécialisée connue du monde de l'arbitrage », la cour estime que le recours est recevable car l'information est postérieure au début de l'arbitrage, et que le devoir de réaction n'avait donc plus à s'exercer. Elle entre ensuite dans la qualification des liens existants entre *barristers* d'une même *chambers* du barreau de Londres, présentée comme « cabinets de moyens » pour refuser de constater un manque d'indépendance. En cela, elle s'aligne sur une jurisprudence ancienne où la question s'était déjà posée entre un arbitre et un avocat d'un même dossier appartenant à la même *chambers*. Après avoir analysé la nature des relations qui unissent les avocats d'une même *chambers*, la cour d'appel de Paris avait rejeté le recours en annulation (Paris, 28 juin 1991, *KFTCIC*, Rev. arb. 1992. 568, note P. Bellet ; Arb. intern. 1992, vol. 8, n° 3, p. 287, obs. J. Kendall). La solution est donc la même aujourd'hui pour des relations plus éloignées que celle d'arbitre et conseil engagés dans un même arbitrage, mais à une époque où l'exigence d'indépendance est plus prégnante. Il n'est cependant pas certain que si la configuration de l'affaire *KFTCIC* se représentait aujourd'hui, elle connaisse la même solution.

On notera aussi que, dans l'arrêt commenté, l'impartialité de cette présidente était également contestée au motif qu'elle avait refusé la production d'une pièce et qu'elle semblait avoir un parti pris. La cour examine donc l'impartialité de la présidente du tribunal, ce qui est en principe impossible car cela relève avant tout d'une disposition d'esprit qui supposerait de sonder les reins et les cœurs, et en profite pour écrire que l'opinion dissidente d'un arbitre est « inhérente à la procédure d'arbitrage » et l'existence d'une telle divergence « n'est pas couverte par le secret des délibérations ». Elle rejette donc le recours en annulation.

Intéressant également enfin est l'arrêt *Garoubé*, nouvel épisode d'une saga judiciaire extraordinaire qui dure depuis plus de dix ans et a même été portée jusqu'à la CEDH (CEDH 3 mai 2018, n° 58986/13, *Garoubé c/ France*, D. 2018. 2448, obs. T. Clay). Mais, alors que jusqu'à présent c'était le demandeur à l'arbitrage qui avait multiplié les incidents tous azimuts, c'est ici le défendeur qui forme un recours en annulation en contestant l'indépendance du président du tribunal arbitral (Paris, 3 oct. 2023, n° 22/06903, *Garoubé*, préc.). Après avoir rappelé la nouvelle règle issue de la jurisprudence *Pharaon* (Civ. 1^{re}, 7 juin 2023, n° 21-24.968, préc.), à savoir que la contestation de l'indépendance de l'arbitre devait avoir été portée également devant le tribunal arbitral, ce qui rendait le moyen irrecevable, la cour rejette la demande d'annulation. Celle-ci était articulée sur le fait que le président du tribunal arbitral avait refusé de déclarer le nombre d'arbitrages d'investissement auxquels il avait participé et qu'il était de parti pris tout au long de l'arbitrage. Ce qui était intéressant en l'espèce est que le recourant faisait valoir que le président du

tribunal arbitral, d'apparence neutre au début de l'arbitrage, avait eu de plus en plus d'affaires et avait « progressivement évolué vers un profil pro-investisseur ». En quelque sorte, d'arbitre équanime au début, il serait devenu pro-investisseur. On sait bien que, dans l'arbitrage d'investissement, il existe un marquage officieux des arbitres considérés à tort ou à raison comme pro-investisseurs, pro-État, ou ni l'un ni l'autre (en dernier lieu, V. M. Mahayani, *The Ideology of Investment Treaty Arbitrators* (L'idéologie des arbitres des traités d'investissement), th. Paris 1 Panthéon-Sorbonne, S. Bollée (dir.), dactyl., soutenue le 12 sept. 2023). Et l'on sait aussi que ces profilages sont parfois avérés et parfois artificiels, comme si les arbitres étaient des conseillers prud'hommes.

Or la troisième catégorie d'arbitres, de laquelle relevait celui de l'espèce, est la plus délicate car, à mesure que les tribunaux arbitraux qu'il préside rendent des sentences en matière d'investissement, il peut être tentant de considérer que si ces tribunaux arbitraux ont donné raison aux États, il est devenu pro-États, ou, dans le cas contraire, pro-investisseurs. On approuvera la Cour d'avoir rejeté ce déterminisme arbitral pour trois raisons : d'une part, comme on l'a évoqué plus haut, les questions soulevées en matière d'arbitrage d'investissement ont beau être toujours les mêmes, elles dépendent pour beaucoup de la formulation terminologique exacte de chaque TBI, et on peut décider dans un sens ou dans l'autre, en fonction des dispositions exactes de chaque TBI parce qu'un mot est différent ou une virgule a été déplacée. Il est donc vain de donner à chaque sentence une portée révélant le for intérieur de l'arbitre. D'autre part, une décision de justice dépend largement des circonstances. La justice est avant tout affaire de cas d'espèce. Enfin, il n'est pas interdit à un arbitre de changer d'avis !

3 – Mission

Le contrôle de la mission par l'arbitre consiste, pour l'essentiel, à vérifier qu'il a bien respecté les préconisations des parties, que celles-ci aient investi du rôle de statuer en amiable compositeur, ou qu'elles lui aient demandé d'appliquer un droit national choisi par elles. Au sujet du premier cas, assez classique, la cour d'appel de Paris et la Cour de cassation ont eu chacune l'occasion de vérifier que la sentence déferée avait bien été rendue en équité, « sans méconnaître l'économie générale du contrat » (Civ. 1^{re}, 17 mai 2023, n° 22-11.403, *Groupe Léa Nature*), tout en s'abstenant « de contrôler la pertinence du raisonnement du tribunal arbitral ayant conduit à sa solution en équité » (Paris, 26 sept. 2023, n° 20/10405, *ITM Alimentaire internationale*, D. actu. 13 nov. 2023, obs. J. Jourdan-Markes).

Au sujet du second cas, la question du droit applicable peut se poser pour la loi de procédure. Même si le concept de loi de procédure est toujours délicat à mettre en œuvre en matière d'arbitrage international, si tant est même qu'une telle loi existe (en dernier lieu sur la question, V. S. Bollée, *L'arbitre international et la lex arbitri française*, in *Mélanges en l'honneur du professeur Loïc Cadiet*, LexisNexis, 2023, p. 157), il

était reproché aux arbitres, dans l'affaire commentée, d'avoir violé leur mission en ne respectant pas la loi de procédure voulue par les parties. Par une substitution de motifs, la Cour de cassation répond qu'« il n'appartient pas à la cour d'appel, saisie du grief de non-respect de la mission au titre de l'article 1520-3° du code de procédure civile, de contrôler la conformité de la procédure suivie aux règles de procédure applicables » (Civ. 1^{re}, 13 avr. 2023, n° 21-21.148, *Sté Ferroviaire Agroman*, D. 2023. 738 ; D. actu. 30 mai 2023, obs. J. Jourdan-Marques ; Procédures 2023. 173, obs. L. Weiller : JCP 2023. 1254, § 8, obs. L. Jandar ; Gaz. Pal. 31 oct. 2023, p. 13, obs. L. Larribère ; *Paris Baby Arbitration* 2023, n° 62, p. 7, obs. P. Gobeti). Avec cet arrêt, la première chambre civile revient sur la jurisprudence de la cour d'appel de Paris qui admettait, au contraire, l'annulation de la sentence en cas de non-respect par les arbitres des règles choisies par les parties, mais à certaines conditions (Paris, 20 oct. 2020, n° 19/05231, *ITOC*, D. actu. 24 déc. 2020, obs. J. Jourdan-Marques). Désormais, le juge du recours n'a pas à contrôler l'application des règles de procédure (ici le droit tunisien qui exigeait des règles de forme pour la sentence, non-respectées par le tribunal arbitral) pour évaluer la conformité de l'arbitre à sa mission. On y verra une réduction supplémentaire et bienvenue de l'étendue du contrôle du chef de l'article 1520, 3°, du code de procédure civile, qui, effectivement, pourrait sinon tout englober et soumettre l'arbitrage.

4 – Responsabilité civile et pénale

Si l'on sait depuis longtemps que la responsabilité civile et pénale des arbitres peut être engagée, comme pour toute activité humaine, il est rare que ce soit le cas. Plus rare encore est le cas de responsabilité civile, non pas de l'arbitre, mais du centre d'arbitrage. C'est ce qui était recherché dans une affaire parvenue jusqu'à la Cour de cassation, après un parcours judiciaire qui commence, en la matière, devant le tribunal judiciaire (Civ. 1^{re}, 22 mars 2023, n° 21-16.238, *Sté Kraydon*, Procédures 2023. 145, obs. L. Weiller ; D. actu 30 mai 2023, obs. J. Jourdan-Marques ; Gaz. Pal. 16 mai 2023, p. 18, obs. L. Larribère). Après les affaires *Cubic* (Civ. 1^{re}, 20 févr. 2001, n° 99-12.574, Bull. civ. I, n° 39 ; D. 2001. 903 ; Rev. crit. DIP 2002. 124, note C. Seraglini ; Rev. arb. 2001. 511, note T. Clay ; Cah. arb. 2002, n° 1, p. 35, note M.-L. Niboyet ; Bull. ASA 2001. 367 ; JCP 2001. IV. 1686 ; Décideurs jur. et fin. juill. 2001, p. 3, obs. E. Gaillard ; *Riv. dell'arb.* 2001. 489, note G. F. Gosiet) et *SNF* (Paris 22 janv. 2009, n° 07/19492, D. 2009. 2959, spéc. 2969, obs. T. Clay ; RTD com. 2010. 542, obs. E. Loquin ; Clunet 2009. 617, note T. Clay ; LPA 2009, n° 143, p. 16, obs. C. Jallamion ; Rev. arb. 2010. 314, note C. Jarrosson ; Cah. arb. 2010. 219, note Y. Derains et C. Schroeder ; *Journ. of Intern. Arb.* 2009, vol. 26, n° 4, p. 579, obs. L. Kiffer ; *Stockholm International Arbitration Report* 2009, vol. 1, p. 13, obs. E. Kleiman ; JCP 2009. I. 148, § 12, obs. J. Ortscheidt ; *Spain Arb. Rev.* 2009/6, p. 138, note V. Allan), c'était la troisième fois que la responsabilité civile de la CCI était en jeu. Il lui était reproché d'avoir contribué à violer les principes du procès équitable et l'article 6 de la Convention EDH. Dans un arrêt très soigneusement motivé,

la première chambre civile rejette le pourvoi contre l'arrêt qui avait écarté l'action en responsabilité civile en rappelant plusieurs points qui, s'ils ne sont pas nouveaux, sont suffisamment rares pour mériter d'être repris ici.

D'abord, la Cour de cassation rappelle que le centre d'arbitrage et les parties sont liés par un contrat d'organisation de l'arbitrage. Ensuite, elle définit la mission du centre d'arbitrage issue de ce contrat en creux de la mission juridictionnelle des arbitres, ce qui constitue une approche nouvelle. En d'autres termes, c'est parce que les arbitres ont une mission juridictionnelle que le centre d'arbitrage n'en a pas. Mieux, celui-ci doit s'abstenir de toute « ingérence ». Ce rappel est bienvenu au moment où certains centres d'arbitrage ont tendance à empiéter toujours un peu plus sur les prérogatives de l'arbitre. Malgré cela, enfin, le centre d'arbitrage peut certes voir sa responsabilité civile engagée pour violation du procès équitable, mais à la condition que la faute lui soit personnelle et ne relève pas de l'arbitre. Tel n'était pas le cas ici puisque le grief ne concernait que l'arbitre à qui il était reproché d'avoir refusé la production d'un mémoire complémentaire, ce pour quoi il est souverain.

Ce dernier point est intéressant et sonne comme un avertissement pour les centres d'arbitrage qui seraient trop intrusifs. La Cour de cassation énonce en quelque sorte que le procès équitable relève de la responsabilité des arbitres, sauf si le centre d'arbitrage s'immisce trop dans le rôle des arbitres. Tant qu'il reste à distance administrative, le centre ne peut se voir reprocher que ses propres fautes (ex. TGI Nanterre, 1^{er} juill. 2010, n° 07/13724, D. 2011. 3023, spéc. 3030, obs. T. Clay ; Cah. arb. 2011. 401, note P. Stoffel-Munck ; JCP 2010. I. 1286, § 8, obs. J. Ortscheidt ; LPA 2011, n° 227, p. 15, note C. Catino), mais s'il intervient trop dans le processus juridictionnel, alors il endosse la responsabilité, et ce d'autant plus qu'il ne devrait pas le faire puisque sa mission n'est que de nature organisationnelle comme le rappelle l'arrêt au début. Bref, chacun chez soi et les moutons seront bien gardés.

Enfin, en matière pénale, il faut dire un mot de l'arrêt de la chambre criminelle rendue dans l'affaire *Tapie* (Crim. 28 juin 2023, n° 21-87.417, préc.). Alors que l'on pensait que cet arrêt solderait enfin un contentieux remontant à 1993, soit trente ans plus tôt, la Cour de cassation procède à une cassation partielle de l'arrêt de la cour d'appel de Paris pour deux des protagonistes du dossier, hauts fonctionnaires, en estimant que les juges du fond ne pouvaient à la fois les relaxer du chef de complicité d'escroquerie à la sentence arbitrale au motif qu'ils ignoraient le caractère frauduleux de l'arbitrage et retenir qu'ils étaient complices de détournement de fonds publics. C'est l'un ou l'autre.

Cette contradiction rendait, en effet, la cassation inévitable, et il est probable que la cour de renvoi finisse par s'aligner sur l'infraction reprochée à la ministre des finances de l'époque qui a été condamnée par la Cour de justice de la République pour « négligence ». Il ne serait d'ailleurs pas scandaleux que deux juridictions pénales chargées d'un même dossier harmo-

nissent les peines qu'elles infligent lorsqu'il s'agit d'un ministre et de son directeur de cabinet.

Cette cassation ne concerne pas l'ancien arbitre et l'avocat, qui conservent donc définitivement les peines les plus lourdes et notamment la solidarité à l'égard de la dette de 405 millions d'euros plus les intérêts, même si l'interdiction d'exercer l'activité de conseil juridique à laquelle a été condamné l'avocat n'existe pas et que la cour d'appel aurait dû préciser qu'il s'agissait de l'activité d'avocat. Au-delà des mots, l'interdiction demeure.

5 – Secrétaire du tribunal arbitral

S'il est une chose qui a manqué à l'arbitrage *Tapie*, c'est un cadre juridique pouvant éviter les dérives avant qu'elles ne se produisent, et qui, plus de quinze ans après cette sentence controversée, font toujours de celle-ci l'épouvantail régulièrement brandi par les contempteurs de l'arbitrage, comme si l'arbitrage n'était qu'une succession d'affaires *Tapie* reproduites à l'infini (en dernier lieu, les concl. de l'av. gén. M. Szipunar, présentées le 7 sept. 2023 devant la CJUE, qui agite à nouveau l'affaire *Tapie*, préc., spéc. n° 46).

Parmi les éléments qui peuvent aider au déroulement de l'arbitrage, il y a, bien sûr, le centre d'arbitrage, sous les réserves indiquées plus haut dans l'affaire *Kraydon*, et le secrétaire arbitral. Bien connu des praticiens de l'arbitrage, celui-ci assiste le tribunal arbitral et assure notamment l'interface avec les parties. Toute la question est de savoir où s'arrêtent ses attributions car certains secrétaires arbitraux semblent avoir un rôle prépondérant. C'est ce qui était allégué dans une affaire soumise aux juridictions belges auprès desquelles, de manière assez habile, l'irrégularité de constitution du tribunal arbitral était invoquée au motif qu'il y aurait eu une délégation du pouvoir décisionnel au secrétaire arbitral. Le Tribunal de première instance de Bruxelles, statuant en premier et dernier ressort, avait rejeté le moyen en affirmant qu'aucune délégation du pouvoir décisionnel ne peut être déduite du seul fait de confier au secrétaire arbitral la rédaction de tout ou partie de la sentence ou d'une liste de questions aux experts (TPI Bruxelles, 17 juin 2021, Cah. arb. 2022. 61, obs. M. Dal et E. Levy ; *Kluwer Arbitration blog*, 22 août 2021, obs. B. Allemeersch et H. Buelens). C'est cette décision qui vient d'être confirmée par la Cour de cassation belge (**Cass. Belge, 24 avr. 2023, n° C.21.0548.F**, *Global Arbitration Rev.* 24 mai 2023, obs. C. Sanderson) qui admet donc que le secrétaire arbitral puisse rédiger tout ou partie de la sentence dès lors que ce travail se fait sous la supervision des arbitres. Il peut même rédiger des questions que les arbitres peuvent poser lors des audiences. La délégation au secrétaire arbitral des pouvoirs de décisions du tribunal arbitral n'est pas inappropriée si son travail est examiné ensuite par les arbitres. Et la Cour de cassation de Belgique vient d'ajouter que, quoi qu'en dise la note de la CCI aux parties et aux tribunaux arbitraux sur la conduite de l'arbitrage, l'obligation de l'arbitre d'exécuter sa mission *intuitu personae* ne repose sur aucune source légale identifiée. Voilà qui devrait rassurer nombre de praticiens.

F – Procédure

1 – Procédure arbitrale

L'arbitre étant responsable de la procédure arbitrale, il est appelé à statuer régulièrement sur les incidents, plus ou moins sérieux, plus ou moins dilatoires, qui lui sont soumis tout au long de l'instance arbitrale. Deux exemples très différents ont été récemment portés à la connaissance des juridictions judiciaires.

Dans le premier cas, il était reproché au tribunal arbitral d'avoir fixé sans l'accord des parties une audience virtuelle pendant la pandémie et de l'avoir fait en amiable composition et non pas en droit, comme il aurait dû. La cour d'appel de Paris rejette ce moyen, estimant que, s'il est exact que l'arbitre « s'écarte de sa mission s'il ne respecte pas les règles procédurales qui ont été arrêtées par les parties », cet écart ne suffit pas à emporter l'annulation de la sentence dès lors qu'il porte sur une règle procédurale, à moins qu'il soit établi que cette solution ait « pu causer à une partie un grief ou qu'il ait eu une incidence sur l'issue du litige et si l'irrégularité procédurale avait été soulevée préalablement devant le tribunal arbitral » (n° 24). En tous les cas, « l'usage par un tribunal arbitral d'une liberté d'appréciation que lui confère la règle applicable pour statuer sur une demande ne suffit (...) pas à qualifier ce pouvoir d'amiable composition » (n° 23) (**Paris, 14 févr. 2023, n° 21/10727, Capital Energy**, D. actu. 14 mars 2023, obs. J. Jourdan-Marques ; *Paris Baby Arbitration* 2023, n° 61, p. 8, obs. S. Mbarki). L'arrêt est intéressant à double titre : premièrement en ce qu'il rejette le moyen d'annulation de non-respect de la mission selon lequel la fixation des modalités d'une audience pourrait être fondée en équité – alors que l'arbitre devait statuer en droit – car cela entre dans la faculté et la liberté d'appréciation de l'arbitre. L'arrêt est intéressant, deuxièmement, en ce qu'il dit que l'irrégularité procédurale ne peut être examinée par le juge du recours que si elle a été soulevée devant le tribunal arbitral. Cela implique qu'il ne s'agisse pas d'une règle d'ordre public puisqu'on sait que la cour s'en saisit d'office désormais.

Dans le second cas, la cour d'appel de Paris était confrontée à une allégation de fraude procédurale devant les arbitres, en raison de dissimulation à ceux-ci pendant l'arbitrage de pièces déterminantes pour leur décision. La cour répond avec deux arguments : d'une part, s'il est vrai que « la fraude procédurale commise dans le cadre d'un arbitrage peut être sanctionnée au regard de l'ordre public international de procédure », encore faut-il que la dissimulation frauduleuse ait été décisive pour la solution. D'autre part, les juges d'appel constatent que la question même de la dissimulation de ces pièces a été discutée devant les arbitres qui auraient donc pu décider de les faire produire, ce qu'ils n'ont pas fait, sans que cela empêche d'ailleurs la cour d'appel de les prendre en compte pour juger de la fraude, puisque cela relève d'un intérêt supérieur qui l'emporte sur l'intérêt des parties au recours en annulation (**Paris, 17 oct. 2023, n° 21/20796, Sté Hisense International**, *Global Arbitration Rev.* 28 nov. 2023, obs. S. Moody).

2 – Procédures d'urgence

On sait qu'en matière de référé-provision, le droit de l'arbitrage ajoute une condition au droit commun : l'urgence. Elle est logique puisque les parties ayant choisi de recourir à l'arbitrage, seule l'urgence peut légitimer qu'un juge judiciaire soit saisi tant que le tribunal arbitral n'est pas constitué. Deux arrêts récents de la première chambre civile de la Cour de cassation sont revenus sur les conditions du référé-provision en présence d'une convention d'arbitrage. Le premier pour rappeler que la condition de droit commun d'une créance non sérieusement contestable doit être établie, ce qui n'était pas le cas en l'espèce (**Civ. 1^{re}, 11 janv. 2023, n° 21-21.215, Sté Airbus Hélicopters**, Rev. arb. 2023. 363, note J. Billemont ; D. actu. 14 mars 2023, obs. J. Jourdan-Marques ; Gaz. Pal. 16 mai 2023, p. 17, obs. L. Larrivière). Le second pour rappeler la condition supplémentaire propre au droit de l'arbitrage, à savoir l'urgence, et pour juger que le moment idoine pour apprécier celle-ci est le plus tard possible, soit au moment où le juge statue (**Civ. 1^{re}, 1^{er} mars 2023, n° 22-15.445, Sté Doosan**, D. actu. 20 mars 2023, obs. F. Melin, et 30 mai 2023, obs. J. Jourdan-Marques ; Gaz. Pal. 16 mai 2023, p. 17, obs. L. Larrivière ; Procédures 2023. 147, obs. L. Weiller ; *Paris Baby Arbitration* 2023, n° 61, p. 7, obs. R. Grumberg). Si, à ce moment-là, l'urgence a disparu ou si le tribunal arbitral a été constitué, ce sera alors à lui de trancher.

3 – Procédure collective

La rencontre d'une procédure collective et d'une procédure arbitrale est l'une des plus complexes à observer car la première relève de la collectivisation de l'action quand la seconde repose avant tout sur la mise à l'écart ponctuelle de la procédure judiciaire au profit d'un arbitrage qui ne concerne que les parties à la convention d'arbitrage. C'est la raison pour laquelle la CNUDCI – qui a mis cette question à l'ordre du jour de sa session de décembre 2023 – rencontre beaucoup de difficultés à faire émerger une position commune et viable. La période couverte par ce panorama a donné lieu à quelques décisions sur le sujet et il sera renvoyé à une chronique qui y est spécialement consacrée (J. Barbet, Arbitrage et procédures collectives, Rev. arb. 2023. 753).

On évoquera simplement les solutions rappelées cette année par la chambre commerciale de la Cour de cassation qui a rendu deux arrêts sur le sujet. En premier lieu, elle a rappelé que le juge-commissaire était incompétent en présence d'une clause d'arbitrage. Selon les articles L. 624-2 et R. 624-5 du code de commerce, en cas de contestation d'une créance, le juge-commissaire, qui considère que cette contestation ne relève pas de sa compétence en raison de la clause compromissoire figurant au contrat, doit inviter le créancier à saisir la juridiction compétente dans le délai d'un mois à compter de la notification de sa décision, à peine de forclusion. S'il s'agit d'une clause d'arbitrage CCI, l'article 4 du règlement prévoit que la saisine du tribunal est réalisée par le dépôt de la demande d'arbitrage au secrétariat de la CCI. Or cette saisine interrompant valablement le délai pour saisir le tribunal com-

pétent qui a été prescrit au créancier par le juge-commissaire, la créance n'est pas forclosée (**Com. 5 oct. 2022, n° 20-22.409, Vergnet**, D. 2022. 1752, et 2023. 1715, obs. P. Cagnoli ; RTD com. 2023. 215, obs. A. Martin-Serf ; Gaz. Pal. 18 oct. 2022, p. 24, obs. C. Berlaud, et 16 mai 2023, p. 15, obs. L. Larrivière ; JCP 2022. 1199 ; D. actu. 13 oct. 2022, obs. J.-L. Vallens et 28 oct. 2022, obs. J. Jourdan-Marques ; APC 2022. Alerte 234, et Repère 230, obs. F.-X. Lucas, F. Pérochon, F. Reille et P. Roussel Galle ; RDBF 2022. Comm. 174, obs. C. Houin-Bressand ; Procédures 2023. Comm. 14, obs. L. Weiller ; LEDEN 2022, n° 10, p. 3, obs. J. Allais, et 2023, n° 3, p. 1, obs. F.-X. Lucas ; BJE 2022, n° 6, p. 18, note L. Henry, 2023, n° 1, p. 36, note R. Sharma-Fokeer, et 31 mars 2023, n° 2, p. 1, obs. J.-P. Rémy ; Rev. arb. 2023. 760, obs. J. Barbet).

En second lieu, la chambre commerciale a également rappelé que le principe de l'arrêt des poursuites individuelles est d'ordre public international. Ainsi ce principe « interdit, après l'ouverture de la procédure collective du débiteur, la saisine d'un tribunal arbitral par un créancier dont la créance a son origine antérieurement au jugement d'ouverture et impose à ce créancier de déclarer sa créance et de se soumettre, au préalable, à la procédure de vérification des créances » (**Com. 8 févr. 2023, n° 21-15.771, Sté Mirato SpA**, D. 2023. 294, et 1715, obs. P. Cagnoli ; Rev. prat. rec. 2023. 24, chron. P. Roussel Galle et F. Reille ; RTD com. 2023. 451, obs. A. Martin-Serf ; D. actu. 8 mars 2023, obs. G. Cesare Giorgini, et 14 mars 2023, obs. J. Jourdan-Marques ; LEDEN 2023, n° 3, p. 1, obs. F.-X. Lucas ; APC 2023. Alerte 57, obs. A. Gosselin-Gorand ; BJE 31 mars 2023, n° 2, p. 1, obs. J.-P. Rémy ; Procédures 2023. 112, obs. L. Weiller ; Rev. arb. 2023. 753, obs. J. Barbet ; Gaz. Pal. 16 mai 2023, p. 15, obs. L. Larrivière ; JCP E 2023. Comm. 1191, obs. P. Casson ; BJE 31 mai 2023, p. 35, note B. Saintourens ; *Paris Baby Arbitration* 2023, n° 60, p. 8, obs. J. Hidalgo). Par conséquent, énonce l'arrêt, l'ordonnance accordant l'*exequatur* à une telle sentence qui n'a pas respecté les principes d'égalité des créanciers et d'arrêt des poursuites individuelles, ne peut être confirmée sans méconnaître l'ordre public international.

G – Sentence arbitrale

1 – Recours

À mesure que les recours contre les sentences se diversifient et se multiplient, leur régime juridique s'affine. Dans la période examinée, on relève, à propos du régime des recours, que des décisions ont été rendues au sujet de leur objet, leur forme, leur recevabilité, leur type, leur délai, leur destinataire et même leur portée. Examinons, successivement, ces sept points.

Premièrement, l'objet du recours doit être la sentence arbitrale elle-même, que ce soit pour le recours en annulation ou pour la contestation de l'*exequatur*. Qu'en est-il dès lors de l'*addendum* d'une sentence arbitrale ? Peut-on l'attaquer de manière autonome ? Non, répond la cour d'appel, dès lors que cet *addendum* n'avait procédé qu'à la rectification d'une erreur de calcul commise par le tribunal arbitral, et qu'il était

donc resté dans le cadre de la correction autorisée des sentences prévu par le règlement d'arbitrage applicable (**Paris, 28 mars 2023, n° 21/12324, MRS Holding**, D. actu. 30 mai 2023, obs. J. Jourdan-Marques ; IA Reporter 4 avr. 2023, obs. D. Charlotin).

Deuxièmement, la forme du recours doit évidemment obéir aux prescriptions du code de procédure civile. Mais il arrive que les parties se trompent de nom. Ainsi, la cour d'appel de Paris a été saisie d'un « appel-nullité », au lieu d'un recours en annulation. Elle refuse pourtant, à juste titre, de prononcer l'irrecevabilité de ce recours mal nommé en raison du fait que cette erreur ne cause pas grief (**Paris, 18 avr. 2023, n° 22/00793, Sté EMK**, D. actu. 30 mai 2023, obs. J. Jourdan-Marques).

Troisièmement, la recevabilité du recours est, bien sûr, liée à la nature du recours engagé. Pourtant, depuis les réformes de 1980 et 1981, un effort de rationalisation a eu lieu afin de bien articuler les recours en annulation et les appels d'ordonnance d'*exequatur*. L'objectif est qu'il n'y ait toujours qu'un des deux qui puisse être engagé, et que la solution de l'un s'impose à l'autre. C'est la raison pour laquelle les moyens juridiques susceptibles de fonder le recours en annulation ou l'appel de l'*exequatur* sont identiques par renvoi aux articles qui détaillent les griefs pouvant être invoqués. Existe-t-il quand même une place pour une différence ? C'est la question qui était posée à la Cour de cassation dans l'affaire *Citigroup* (**Civ. 1^{re}, 13 avr. 2023, n° 21-50.053**, D. 2023. 739 ; Rev. arb. 2023. 671, note S. Bollée ; JCP 2023. 1254, § 7, obs. L. Jandar ; D. actu. 30 mai 2023, obs. J. Jourdan-Marques ; Procédures 2023. 174, obs. L. Weiller ; Gaz. Pal. 31 oct. 2023, p. 11, obs. L. Larribère ; *Paris Baby Arbitration* 2023, n° 62, p. 7, obs. L. Ettabouti). Ce qui était invoqué ici, ce n'était pas un simple appel de l'ordonnance d'*exequatur* d'une sentence rendue à l'étranger, mais une fin de non-recevoir propre à la demande d'*exequatur* elle-même. Fidèle à sa jurisprudence, la cour d'appel refusa d'ouvrir une nouvelle voie au motif que cette allégation d'irrecevabilité n'entraînait pas dans le champ d'application limitativement énuméré de l'article 1520 du code de procédure civile. Cassation, au visa de l'article 1525, alinéa 1^{er}, du code de procédure civile, pour la raison que l'irrecevabilité portait sur des questions spécifiques à la demande d'*exequatur*, et non pas à la sentence elle-même. La solution est compréhensible, mais elle présente deux inconvénients : d'une part, elle contourne le sacro-saint article 1520 du code de procédure civile ; d'autre part, elle traite désormais de manière différente les moyens de recours en annulation et ceux de l'appel contre l'ordonnance d'*exequatur*, notamment pour les fins de non-recevoir qui seraient donc plus largement admises.

Quatrièmement, à propos des différents types de recours, on citera la décision de rejet de la tierce opposition formée, non pas contre une sentence arbitrale internationale, puisque ce recours n'est pas ouvert, mais contre l'arrêt de la cour d'appel de Paris qui avait confirmé l'*exequatur*. Un pourvoi avait été formé contre l'arrêt rejetant la tierce opposition, lequel pourvoi avait été accueilli par la Cour de cassation pour des raisons purement formelles, à savoir que ce tiers n'était pas représenté

devant la cour d'appel alors que la sentence arbitrale lui faisait grief. C'était d'ailleurs évident puisqu'il s'agissait de la banque centrale de l'État condamné, non pas par l'arrêt, mais par la sentence (Civ. 1^{re}, 26 mai 2021, n° 19-23.996, D. 2021. 1034, et 2272, spéc. 2284, obs. T. Clay ; D. actu. 18 juin 2021, obs. J. Jourdan-Marques ; JCP E 2022. 1081, note D. Mainguy ; Procédures 2021. 225, note L. Weiller ; Rev. arb. 2021. 476, note S. Akhouad-Barriga ; JCP 2021. 1280, § 5, obs. C. Seraglini ; Gaz. Pal. 22 juin 2021, p. 30, obs. C. Berlaud, et 31 août 2021, p. 25, obs. P. Casson ; RDC 2021, n° 3, p. 52, obs. Y.-M. Serinet et X. Boucobza). Critiquant cet arrêt de la Cour de cassation, on avait alors écrit dans ces colonnes (préc.) que « la banque centrale devra établir, d'abord, qu'elle n'avait été ni présente ni représentée à l'instance, et, ensuite, qu'elle jouit réellement d'un intérêt personnel à agir devant la cour d'appel, c'est-à-dire que l'arrêt lui cause bien un préjudice propre et distinct de celui de la sentence exequaturée. Autant dire que la voie est très étroite ». C'est ce que vient de confirmer la cour d'appel de Paris qui rejette cette tierce opposition iconoclaste (**Paris, 3 janv. 2023, n° 21/14388, Central Bank of Libya**, Rev. arb. 2023. 708, note J. Pellerin ; D. actu. 14 mars 2023, obs. J. Jourdan-Marques ; Gaz. Pal. 16 mai 2023, p. 6, obs. L. Larribère).

Cinquièmement, dans une des ramifications de l'affaire *Sultan de Sulu*, la cour d'appel de Paris a apporté des précisions en ce qui concerne les règles de computation des délais pour former un déferé (**Paris, 14 mars 2023, n° 22/14386**, D. actu. 30 mai 2023, obs. J. Jourdan-Marques ; *Global Arbitration Rev.* 16 mars 2023, obs. T. Jones). En application de l'article 916 du code de procédure civile, la cour décide que le délai pour former un déferé contre l'ordonnance du conseiller de la mise en état est de quinze jours à compter de sa date, ce qui inclut le jour même où l'ordonnance est rendue. Cet arrêt confirme d'ailleurs une solution prononcée trois mois auparavant en matière de déferé en général (**Paris, 13 déc. 2022, n° 22/00384, Siba Plast**, D. actu. 9 janv. 2023, obs. J. Jourdan-Marques) pour l'appliquer cette fois au déferé-nullité. Pour avoir estimé que le *dies a quo* était seulement le lendemain de l'ordonnance attaquée, le demandeur voit son déferé rejeté comme étant tardif d'un jour.

Sixièmement, le juge compétent pour statuer sur une fin de non-recevoir devant la cour d'appel est en principe le conseiller de la mise en état. Mais celui-ci peut décider de renvoyer la décision à la formation collégiale. Ce renvoi est-il susceptible d'un déferé ? Non, répond une ordonnance de la cour d'appel de Paris (**Paris, ord., 24 janv. 2023, n° 22/00733, État du Cameroun**, D. actu. 14 mars 2023, obs. J. Jourdan-Marques ; Gaz. Pal. 16 mai 2023, p. 7, obs. L. Larribère ; *Paris Baby Arbitration* 2023, n° 60, p. 9, obs. R. Makke), ce qui est logique pour une mesure d'administration judiciaire. Attention cependant à ne pas oublier de soulever les fins de non-recevoir devant le conseiller de la mise en état, même s'il ne les tranche pas, sous peine d'être réputé ensuite y avoir renoncé.

Septièmement enfin, sur la portée du recours, on retiendra deux solutions : la première pour rappeler qu'« il n'y a pas

lieu de suspendre un recours en annulation au motif qu'il y aurait une procédure pénale ou une procédure civile engagée à l'étranger, dès lors que ni l'une ni l'autre n'ont eu d'incidence sur la sentence arbitrale » (**Paris, 28 sept. 2023, n° 21/18611**, *China Communications Construction Compagny Ltd*, D. actu. 13 nov. 2023, obs. J. Jourdan-Marques ; *Global Arbitration Rev.* 30 nov. 2023, obs. S. Moody). La deuxième solution est plus complexe et intervient en cas de succès d'un pourvoi. Si l'arrêt qui refuse l'*exequatur* ou qui accueille le recours en annulation est cassé, cela entraîne-t-il automatiquement l'*exequatur* ? La Cour de cassation vient de répondre par la négative dans une affaire qui était remontée elle aussi jusqu'à la CEDH (**Civ. 1^{re}, 7 juin 2023, n° 22-12.757**, *Xavier Lucas*, D. 2023. 1125 ; JCP E 2023. 1225, note P. Casson ; JCP 2023. 729, et 1254, § 6, obs. L. Jandar ; Procédures 2023. 246, obs. L. Weiller ; D. actu. 11 sept. 2023, obs. J. Jourdan-Marques ; Gaz. Pal. 31 oct. 2023, p. 3, obs. L. Larribère ; *Paris Baby Arbitration* 2023, n° 64, p. 8, obs. S. Lazar). En effet, selon l'article 1498, alinéa 2, du code de procédure civile, seul le rejet de l'appel ou du recours en annulation confère l'*exequatur* à la sentence arbitrale. En l'espèce, il s'agissait d'un arrêt qui avait, non pas rejeté le recours en annulation, mais qui l'avait déclaré irrecevable pour non-respect des formalités électroniques obligatoires pour former un recours. C'est sur ce point que la France avait été condamnée par la CEDH en 2022 (CEDH 9 juin 2022, n° 15567/20, *Xavier Lucas c/ France*, D. 2022. 2330, spéc. 2344, obs. T. Clay, et 2023. 571, obs. N. Fricero ; AJDA 2022. 1190 ; AJ fam. 2022. 353, obs. F. Eudier ; Dalloz IP/IT 2022. 352, obs. E. Nalbant ; D. actu. 11 juill. 2022, obs. J.-P. Marguénaud, 13 juill. 2022, obs. J. Jourdan-Marques, et 16 juin 2022, obs. C. Bléry ; Dalloz IP/IT 2022. 352, obs. E. Nalbant ; JCP 2022. 1345, § 2, obs. L. Mayer ; Gaz. Pal. 26 juill. 2022, p. 34, obs. S. Amrani-Mekki ; Procédures 2022. 202, note N. Fricero). La première chambre civile estime donc que la cassation de l'arrêt d'irrecevabilité du recours en annulation « ne dispense pas celui qui entend en poursuivre l'exécution forcée d'obtenir du tribunal judiciaire une ordonnance d'*exequatur* à l'issue du contrôle de l'existence de la convention d'arbitrage et de l'absence de violation manifeste de l'ordre public, prévu par les articles 1487 et 1488 du code de procédure civile » (n° 7). La solution est logique en matière d'irrecevabilité car, en fin de compte, la sentence n'aura pas été examinée avant d'entrer dans l'ordre juridique national. Mais cela revient tout de même à renvoyer devant un tribunal de première instance statuant à juge unique et de manière non contradictoire une sentence qui a fait l'objet d'une décision collégiale et contradictoire en appel. Sans doute pour se retrouver ensuite à nouveau devant la même cour d'appel. C'est le prix du contrôle avant de permettre l'exécution forcée et toutes les conséquences qui s'y attachent.

2 – Contrôle

Le contrôle du juge de la cour d'appel est toujours aussi poussé en matière de compétence des arbitres et de validité de la clause d'arbitrage, et peut même donner lieu à une analyse approfondie de la consolidation des procédures et de l'extension de la

clause compromissoire décidées par le tribunal arbitral (**Paris, 13 juin 2023, n° 21/07296**, *Sté Malakoff Corporation Berhad*, D. actu. 11 sept. 2023, obs. J. Jourdan-Marques ; Gaz. Pal. 31 oct. 2023, p. 5, obs. L. Larribère), ce qui nous semble aller trop loin.

En matière de contrôle de l'ordre public international, la cour d'appel de Paris a quand même rappelé que ce contrôle ne vise cependant pas « à s'assurer que le tribunal arbitral a correctement appliqué des dispositions légales, fussent-elles d'ordre public, mais s'attache à vérifier qu'il ne résulte pas de la reconnaissance ou de l'exécution de la sentence une violation caractérisée de l'ordre public international » (**Paris, 12 sept. 2023, n° 22/05263**, *Specter Aviation*, D. actu. 13 nov. 2023, obs. J. Jourdan-Marques). Le contrôle ne vise donc pas à superviser l'office de l'arbitre, mais ne concerne que les rapports entre la sentence arbitrale et l'ordre juridique national qu'elle prétend intégrer. Selon nous, cette approche est la bonne et même la seule qui doit prévaloir.

C'est d'ailleurs à ce titre que la Cour de cassation a rejeté un pourvoi par un arrêt non spécialement motivé confirmant la violation de l'ordre public international en raison de la non-application d'un article impératif du code de commerce (art. L. 420-2-1) qui prohibe, dans les collectivités d'Outre-mer, les accords ayant pour objet ou pour effet d'accorder des droits exclusifs d'importation (**Civ. 1^{re}, 17 mai 2023, n° 21-24.106**, *Monster Energy*, D. 2023. 1017, et 1812, spéc. 1825, obs. S. Bollée ; D. actu. 30 mai 2023, obs. J. Jourdan-Marques ; Procédures 2023. 214, obs. L. Weiller ; Gaz. Pal. 31 oct. 2023, p. 15, obs. L. Larribère). Et la Cour d'ajouter que le fait que le moyen ait été présenté pour la première fois devant la Cour de cassation ne rend pas le pourvoi irrecevable dès lors qu'il révèle un vice résultant de l'arrêt lui-même.

De la même manière, il faut dire un mot de l'arrêt de renvoi dans l'affaire *Alstom Transport* (**Versailles, 14 mars 2023, n° 21/06191**, *Rev. arb.* 2023. 371, note I. Fadlallah ; D. actu. 30 mai 2023, obs. J. Jourdan-Marques ; *Paris Baby Arbitration* 2023, n° 62, p. 7, obs. S. Lazar). Dans cette affaire qui concernait une allégation de corruption, la cour d'appel de Paris avait infirmé l'ordonnance d'*exequatur* pour violation de l'ordre public international, avant que son arrêt soit à son tour cassé par la Cour de cassation. L'affaire a donc été renvoyée à la cour d'appel de Versailles qui confirme l'ordonnance d'*exequatur* ne décelant pas une telle violation. Les juges de Versailles refusent d'ailleurs de se prononcer sur les règles de *compliance* interne à l'entreprise de lutte contre la corruption prétendument violées. Elle contrôle la corruption pas la *compliance*, du moins au titre de l'ordre public international. Les différences d'analyse dans cette affaire, d'abord entre les juges judiciaires et les arbitres, et puis entre les juges judiciaires eux-mêmes, montrent que la caractérisation de la corruption, infraction occulte par nature, n'est pas si simple et que seuls les moyens d'investigation du juge pénal permettent de savoir ce qu'il en est vraiment. Cela ne dispense pas le tribunal arbitral d'un devoir de curiosité et d'interrogation pour ne pas devenir le jouet des parties.

Cela vaut aussi pour lutter contre la fraude, qu'elle porte sur des droits substantiels, comme le droit fiscal, ce qui a conduit la cour d'appel de Paris à annuler partiellement une sentence qui avait accordé une compensation entre différentes sommes dont certaines étaient en réalité le produit d'une fraude fiscale établie dans une procédure judiciaire chilienne (**Paris, 24 oct. 2023, n° 19/13396 et n° 19/13397, Venezuela, Global Arbitration Rev.** 3 nov. 2023, obs. S. Moody ; IA Reporter 3 nov. 2023, obs. L. Bohmer), ou qu'elle porte sur des droits processuels et notamment sur l'arbitrage. C'est ce qui a été tenté dans un des méandres de la pathologique affaire *Beg* dans laquelle une partie a fait engager par une de ses filiales une action devant le juge judiciaire albanais dont l'objet était exactement identique à celui qui l'avait vue succomber devant un tribunal arbitral. *L'exequatur* de cette décision fut demandée en France, mais rejetée par la cour d'appel qui ne s'est pas laissé abuser par cette manœuvre et par cette « interposition de personnes ». L'arrêt relève qu'« au regard de la chronologie des procédures, de la similarité des faits et des moyens invoqués, des fautes alléguées et des préjudices dont la réparation avait été sollicitée dans les deux instances, l'action engagée devant le tribunal du district judiciaire de Tirana avait en réalité le même objet que celle initiée devant le tribunal arbitral ». Le pourvoi est rejeté et la cour d'appel est approuvée d'avoir estimé que le jugement judiciaire avait été obtenu par « fraude » à l'arbitrage (**Civ. 1^{re}, 17 mai 2023, n° 21-18.406, Beg, D.** 2023. 1017 ; D. actu. 11 sept. 2023, obs. J. Jourdan-Marques ; *Gaz. Pal.* 31 oct. 2023, p. 17, obs. L. Larribère).

3 – Exécution

L'exécution, c'est le moment de vérité. C'est là que le couperet tombe, souvent après des mois, parfois des années de procédure. Les parties sont enfin face-à-face, sans arbitre, et elles doivent exécuter ce qui a été décidé par le tribunal arbitral. La tentation est alors grande de reporter encore un peu l'exécution de la sentence, et, telle la Comtesse du Barry sur l'échafaud lançant sa célèbre supplique, de demander encore une minute au commissaire de justice qui fait ici office de bourreau. En droit de l'arbitrage, cette minute de survie prend la forme des articles 1497 du code de procédure civile en matière interne et 1526 en matière internationale, sachant que, pour le second, l'exécution n'est pas suspendue par le recours en annulation, alors que c'est le cas pour le premier.

La première chose qui frappe d'ailleurs est la rédaction différente de ces deux articles puisque, dans le cas de l'arbitrage interne, l'exécution provisoire (qui peut être ordonnée par le tribunal arbitral) peut être arrêtée « lorsqu'elle risque d'entraîner des conséquences manifestement excessives », alors que, dans l'arbitrage international, l'arrêt est subordonné au fait que l'exécution soit « susceptible de léser gravement les droits de l'une des parties ». La justification de cette différence de rédaction entre les « conséquences manifestement excessives » et les « droits gravement lésés » n'apparaît pas avec la force de l'évidence. Il en va de même pour la différence de régime en matière d'exécution provisoire selon que l'arbitrage est interne ou international, à l'heure où les frontières entre les deux sont

de plus en plus poreuses et où les deux n'en finissent pas de se rapprocher. Il faudra bien, à l'occasion, harmoniser les deux régimes.

D'autant que cette différence de régimes présente une première difficulté au stade de la demande d'arrêt d'exécution puisqu'il faut commencer par qualifier l'arbitrage d'interne ou d'international. C'est précisément ce qu'a refusé de faire le conseiller de la mise en état dans une ordonnance déjà citée, renvoyant la question au juge de l'exécution (**Paris, ord., 17 mai 2023, n° 22/20320, SARL Overseas, préc.**). La recevabilité de l'incident devant la cour d'appel relèverait donc du juge de l'exécution qui devra déterminer si l'arbitrage est interne ou international pour savoir si l'arrêt d'exécution peut être prononcé. Seul problème : par hypothèse, celui qui veut faire arrêter l'exécution n'est pas le même que celui qui veut l'obtenir, et il revient donc au premier d'attendre poliment que le second saisisse le juge de l'exécution pour soulever la question de la nature de l'arbitrage. Il serait tout de même plus simple que le conseiller de la mise en état accepte de se prononcer sur ce point.

En ce qui concerne les conditions de l'arrêt d'exécution, après la tonitruante ordonnance rendue l'année dernière dans l'affaire *Sultan de Sulu* (ce pan. D. 2022. 2330, spéc. 2345), la cour d'appel de Paris continue son œuvre de construction jurisprudentielle du régime de l'arrêt d'exécution issu du décret de 2011, et elle l'a fait cette année par un arrêt et deux ordonnances, desquels il ressort que l'analyse est purement économique et avant tout « *in concreto* », au cas par cas, que ce soit en matière interne ou internationale. Elle a ainsi refusé d'arrêter l'exécution, sur le fondement de l'article 1526 du code de procédure civile, au motif que les difficultés financières alléguées ne suffisaient pas à démontrer le caractère gravement lésionnaire que l'exécution de la sentence pouvait engendrer (**Paris, 28 sept. 2023, n° 22/16431, Sté GBO Gesellschaft, D.** actu. 13 nov. 2023, obs. J. Jourdan-Marques), comme elle l'a refusé, sur le fondement de l'article 1497 du code de procédure civile cette fois, pour la raison que le seul risque de non-versement de dividendes est insuffisant, ajoutant que le fait que la société créancière ait été placée sous sauvegarde était inopérant – ce qui peut sembler tout de même un peu sévère (**Paris, ord., 7 sept. 2023, n° 22/17813 et n° 22/00813, HD Holding, D.** actu. 13 nov. 2023, obs. J. Jourdan-Marques). À l'inverse, lorsqu'elle a pu s'appuyer sur un rapport établi par un commissaire aux comptes indépendant qui a démontré que la société condamnée, laquelle faisait 6 millions d'euros de chiffre d'affaires par an, ne pourrait pas payer 18 millions d'euros de condamnation sans léser gravement ses droits, elle a prononcé l'arrêt d'exécution de la sentence sur le fondement de l'article 1526 du code de procédure civile (**Paris, ord., 12 sept. 2023, n° 22/14963, Sté Costruzioni Generali S.p.A., D.** actu. 13 nov. 2023, obs. J. Jourdan-Marques). On sera simplement surpris dans cette décision de la condamnation à 15 000 € au titre des frais irrépétibles de la partie succombante, c'est-à-dire celle-là même qui bénéficiait d'une sentence favorable et qui en poursuivait logiquement l'exécution. Qu'aurait-elle dû faire ?

La condamnation aux dépens est justement en jeu dans l'autre question en matière d'exécution, non plus des sentences arbitrales, mais des arrêts ayant rejeté les recours contre elles. Là encore la tentation est grande pour une partie de gagner encore un peu de temps par rapport à celui dont elle a déjà profité avec son recours en annulation, dont l'examen dure entre dix-huit et vingt-quatre mois. Encore une minute supplémentaire, Monsieur le bourreau...

En principe, le rejet du recours en annulation sonne le glas des résistances à l'inexécution de la sentence puisque le pourvoi n'est pas suspensif. Sauf que, pour certaines sentences, il n'y a rien à exécuter. C'est notamment le cas des sentences partielles sur la compétence. La question est donc de savoir si la seule condamnation aux frais irrépétibles, au titre de l'article 700 du code de procédure civile, peut entraîner une radiation du rôle de la Cour de cassation, selon l'article 1009-1 du code de procédure civile, lorsqu'elle n'est pas exécutée. Cette disposition constitue un peu le symétrique devant la Cour de cassation des articles 1497 et 1526 devant la cour d'appel. Ceux-ci permettent, en effet, d'arrêter l'exécution, alors que celui-là a pour but de la provoquer.

Reste que la Cour de cassation est traditionnellement réticente à radier du rôle un pourvoi pour non-versement des frais irrépétibles. Mais elle a fini par l'accepter, par deux fois, en 2022 (ce pan. D. 2022. 2330, spéc. 2344). En 2023, la question s'est à nouveau posée devant elle, et elle a rendu quatre ordonnances à ce sujet.

Dans chacune d'entre elles, la Cour précise bien que l'inexécution des frais irrépétibles prononcés par l'arrêt d'appel ne peut justifier, à lui seul, la radiation du pourvoi, « en raison de son caractère nécessairement accessoire, sauf à porter une atteinte disproportionnée au droit d'accès au juge de cassation ». Mais la Cour ajoute qu'une dérogation est possible en cas de « circonstances » « particulières » ou « exceptionnelles ». Dans les ordonnances présentées dans ce panorama, la Cour a estimé par deux fois que de telles circonstances n'étaient pas réunies par le seul engagement des frais d'avocats aux conseils, sauf à priver le droit au juge de cassation « de toute substance » (**Civ. 1^{re}, ord., 5 oct. 2023, n° 22-18.383, Groupement Sericom Gabon**, et **n° 22-19.229, République de Chypre**, D. actu. 13 nov. 2023, obs. J. Jourdan-Marques). Mais elle a considéré aussi, par deux fois, que de telles circonstances étaient réunies, soit en raison de la « volonté manifeste » du débiteur « de ne pas exécuter la sentence arbitrale, sans autre explication » (**Civ. 1^{re}, ord., 25 mai 2023, n° 22-11.436, État de Libye**), soit en raison « d'un refus délibéré de ne pas exécuter l'arrêt attaqué (...) sans preuve rapportée des conséquences manifestement excessives qui s'y attacheraient » (**Civ. 1^{re}, ord., 19 oct. 2023, n° 23-10.305, Sté Eckes-Granini**, D. actu. 13 nov. 2023, obs. J. Jourdan-Marques). Il y a, en effet, un moment où ça suffit : après qu'un débiteur a successivement refusé d'exécuter le contrat, la sentence arbitrale et l'arrêt d'appel qui rejette le recours ou confirme l'*exequatur*, la Cour de cassation peut dire stop.

II – Modes amiables de règlement des conflits

La période a été particulièrement riche en matière de modes amiables de règlement des litiges. Portée, en effet, par une impulsion politique forte du garde des Sceaux, l'amiable s'est considérablement renforcé en 2023, notamment par deux décrets, une circulaire importante, et même des « ambassadeurs de l'amiable » dépêchés dans toutes les juridictions de France pour familiariser à cette autre forme de justice.

Dans un discours solennel du 13 janvier 2023, le garde des Sceaux a lancé « la politique publique de l'amiable », présentée même comme une « révolution culturelle » pour « changer de modèle » afin que les parties puissent se « réapproprier » le procès.

Cet effet d'annonce n'est pas resté sans lendemain puisque, dès le 11 mai 2023, un nouveau décret a été pris (**Décr. n° 2023-357 du 11 mai 2023 relatif à la tentative préalable obligatoire de médiation, de conciliation ou de procédure participative en matière civile**, JO 12 mai, texte n° 11 ; JCP 2023. 596, obs. V. Égée), pour faire suite à la décision d'annulation partielle par le Conseil d'État du décret n° 2019-1333 du 11 décembre 2019. Il réintroduit donc l'article 750-1 du code de procédure civile qui prévoit, à peine d'irrecevabilité de la demande en justice et pour certaines catégories de litiges, une tentative de résolution amiable préalable obligatoire. Le texte précise aussi que, passé trois mois, l'indisponibilité des conciliateurs de justice dispensera les parties de cette obligation préalable. L'amiable oui, l'attente non. Cette nouvelle obligation est applicable aux instances introduites depuis le 1^{er} octobre 2023. Enfin, ce décret a rectifié deux erreurs matérielles du décret du 25 octobre 2022 relatif à la composition et aux modalités de fonctionnement du Conseil national de la médiation.

Rétrospectivement ce texte apparaît comme une sorte d'apéritif par rapport à l'autre décret, véritable plat de résistance du développement de l'amiable en France (**Décr. n° 2023-686 du 29 juill. 2023 portant mesures favorisant le règlement amiable des litiges devant le tribunal judiciaire**, JO 30 juill., texte n° 9 ; JCP 2023. 1040, obs. S. Amrani-Mekki ; D. actu. 18 sept. 2023, obs. G. Maugain). Ce nouveau décret a, en effet, introduit deux innovations majeures dans la procédure civile applicables depuis le 1^{er} novembre 2023 : la césure du procès et l'audience de règlement amiable, déjà popularisée sous son acronyme ARA. Et une circulaire particulièrement circonstanciée, accompagnée de quatre fiches thématiques, est venue apporter des précisions utiles quelques jours avant l'entrée en vigueur du décret (**Circ. n° CIV/06/23 du 17 oct. 2023 de mise en œuvre, dans les procédures judiciaires civiles, de la politique publique de l'amiable**, D. actu. 14 et 15 nov. 2023, obs. C. Bléry).

Les deux nouveaux dispositifs, césure du procès et ARA, sont complémentaires, et même symétriques, au point que l'on peut y voir les deux faces d'une même médaille. Dans le premier cas, la césure du procès (art. 3 et 4 Décr.), les parties peuvent

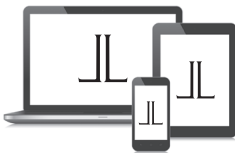
demander au juge de trancher les points nodaux du litige en laissant de côté les questions subséquentes qui pourront faire l'objet ensuite d'une résolution amiable (nouv. art. 807-1 à 807-3 C. pr. civ.). On aura reconnu là ce qui se pratique beaucoup dans la procédure arbitrale, à savoir la bifurcation pour trancher des questions spécifiques (compétence du tribunal arbitral, principe de responsabilité, etc.). Dans le second cas, l'ARA (art. 1^{er} et 2 Décr.), c'est le juge qui est à l'initiative et qui impose aux parties, même contre leur volonté, de participer à une audience de règlement amiable strictement confidentielle devant un autre juge ne siégeant pas dans la formation de jugement pour s'accorder sur des droits dont elles ont la libre disposition (nouv. art. 774-1 à 774-3 C. pr. civ.). L'ARA est clairement inspirée du règlement amiable québécois.

Ces nouveaux outils ne sortent d'ailleurs pas de nulle part car ils prolongent la mise en état conventionnelle qui est entrée dans l'ordre juridique le 1^{er} janvier 2020 avec le décret n° 2019-1333 du 11 décembre 2019, devenu l'article 1546-1, alinéa 1^{er}, du code de procédure civile, qui permet aux parties, c'est-à-dire à leurs avocats, grâce à la conclusion d'une convention de procédure participative, d'organiser eux-mêmes la mise en état du dossier, avant le procès ou en cours de procès. On trouve aussi un lien avec une précédente proposition, issue des Chantiers de la justice de 2018, de « césure du procès » avec laquelle ne doit pas être confondue la nouvelle césure du procès, malgré l'homonymie. Elle en est même l'opposée puisque, dans cette précédente formule, ce n'étaient pas les parties qui demandaient aux juges de trancher par-

tiellement le litige, mais le juge qui interrompait le procès pour enjoindre aux parties de tenter une conciliation ou une médiation. Celles-ci se faisant sans recours à un autre juge comme dans l'ARA. Cette précédente « césure du procès » apparaît donc plutôt comme la forme antérieure de l'ARA. Pour éviter la confusion avec la proposition précédente, on aurait d'ailleurs pu retenir dans le décret de 2023 le terme de « segmentation », de « séquençage », ou de « bifurcation » du procès, plutôt que celui de césure qui induit en erreur et qui n'est, au surplus, pas très clair.

On voit bien l'intrication désormais complète entre le judiciaire et l'amiable. Le juge vient au soutien de l'amiable, donnant ainsi une nouvelle dimension à l'article 21 du code de procédure civile qui énonce qu'il entre dans sa mission « de concilier les parties » et lui fournit de nouveaux outils pour cela. Loin d'opposer justice jugeante et modes amiables, ce nouveau décret les combine de manière assez harmonieuse, permettant d'obtenir un accord sur ce qui peut l'être et de laisser trancher au juge ce sur quoi les parties ne s'entendent pas. Mieux encore, la partie amiable qui, jusqu'à présent, était surtout préalable au procès, devient concomitante. Il y a donc bien là un changement de paradigme en ce que le jugement n'est plus considéré comme l'échec de l'amiable, mais comme le partenaire de la résolution du litige, laquelle peut emprunter plusieurs voies pour parvenir à la meilleure solution possible, à la meilleure « écologie de la justice », selon l'éloquente expression du professeur Loïc Cadiet, à laquelle on ne peut que se rallier.

INCLUS DANS VOTRE ABONNEMENT PAPIER : LA VERSION NUMÉRIQUE



Les +

- L'accès aux revues 2 à 10 jours avant la parution papier ;
- Le confort de lecture et des fonctionnalités de recherche et de navigation avancées ;
- Les archives depuis 2009 ;
- Un accès 24 h/24 sur Internet et hors connexion via les applis iOS et Android.

Téléchargez gratuitement l'application



compatible smartphones et tablettes

et en version feuilletable
sur www.dalloz-revues.fr

Pour toute question, notre service Relations clientèle
se tient à votre disposition au **01 83 10 10 10** (prix d'un appel local)