

afa

Association
Française
d'Arbitrage



Texte de la Conférence A.F.A
le 15 octobre 2013 dans les Salons de la
Maison des Arts et Métiers à Paris

"1981-2011, trente ans de jurisprudence en matière d'arbitrage"

*Par Monsieur Gérard PLUYETTE,
Conseiller Doyen (H) de la 1^{ère} chambre civile de la Cour de cassation*

Précision Le texte de cette conférence reproduit ci-après n'est pas définitif ; il doit y être ajouté toutes les références des arrêts et articles cités et leurs commentaires doctrinaux, ainsi que divers développements.

Le 15 octobre 2013.

Madame le Président,

Je vous remercie infiniment des propos très aimables que vous venez de tenir. Je dois vous dire que je suis très honoré, mais surtout très impressionné, de parler devant un auditoire aussi prestigieux et si averti des problèmes de l'arbitrage ; pardonnez donc mes insuffisances.

Un peu plus de trente ans de pratique de l'arbitrage dans les juridictions parisiennes m'ont donné la grande chance :

- d'abord, de me former au contact de magistrats et de juristes les plus prestigieux - et je veux évoquer les personnalités des Premiers Présidents Pierre BELLET et Pierre DRAI qui ont été mes maîtres, ainsi que les Professeurs Bruno OPPETIT et Philippe FOUCHARD - avec lesquels j'ai beaucoup échangé et pour lesquels je conserve toujours un profond respect et admiration ;

- ensuite, une grande chance, pour avoir exercé ces fonctions de juge, à Paris, en charge de la mise en œuvre, de la réforme de 1980 et 1981 sur l'arbitrage interne et international. Je tiens à cet égard à rendre hommage à tous ces juges, et notamment, ceux de la 1^{ère} chambre civile de la Cour d'appel de Paris et de la 1^{ère} chambre civile de la Cour de cassation qui ont construit cette jurisprudence pour rendre effective cette réforme essentielle du droit de l'arbitrage français.

C'est donc une réflexion sur ces trente années de fonction en matière d'arbitrage que je voudrais vous faire partager.

L'arbitrage est une pratique très ancienne en tant que mode de résolution des litiges. Sans remonter à l'époque romaine, les grandes foires du Moyen-âge ont montré que les impératifs du commerce imposaient un règlement rapide, sûr et incontestable des litiges alors que le pouvoir royal ne pouvait assumer cette fonction ; c'est ainsi que pour régler ces différends entre marchands, des arbitres étaient présents, tranchaient le conflit et rendaient leur sentence quasiment sur le champ. Mais, l'arbitrage n'a pas seulement cette fonction conventionnelle de justice privée, c'est aussi un enjeu de pouvoir.

Dans son article publié en 2005 à la Revue de l'arbitrage (1), intitulé « Arbitrage et pouvoir politique en France du XVIIème au XXème siècle », Madame Carine JALLAMIN a montré que jusqu'au XIXème siècle, l'arbitrage apparaît comme un enjeu de pouvoir entre l'organe du gouvernement et les juges. En effet, plus le pouvoir se méfie de la justice d'Etat et plus il veut la soumettre, plus il tend en retour à favoriser l'arbitrage, comme ce fut le cas au cours des deux derniers siècles de l'Ancien régime ainsi que dans les premières années de la Révolution qui ont consacré l'arbitrage généralisé et obligatoire. Plus au contraire, le pouvoir s'appuie sur sa Justice et lui accorde toute sa confiance, plus il cherche à réduire l'arbitrage, comme le montrent au XIXème siècle la codification napoléonienne et la condamnation par les juges de la clause compromissoire. Une évolution s'est ensuite fait jour en faveur de l'arbitrage, traduite par de nouveaux rapports entre justice étatique et justice arbitrale.

Avant 1981, il n'existait en droit français que peu de règles propres à l'arbitrage sauf les dispositions initiales du Code de procédure civile, la clause compromissoire étant cependant validée en matière commerciale ; mais, entre 1960 et 1970, par une série d'arrêts, la Cour de cassation a affirmé en matière internationale, une conception très libérale de l'arbitrage ; je veux parler des arrêts Gosset, Galakis et Hecht. Puis, sous l'impulsion des juristes éminents dont j'ai déjà parlé, est intervenue la réforme de 1980 et 1981, qui s'insérant dans la refonte du Code de procédure civile, a codifié les solutions jurisprudentielles, a posé les prémices de règles matérielles et a défini les possibilités d'intervention du juge étatique pour la constitution du tribunal arbitral ainsi que dans la procédure, par référence directe à la volonté des parties.

Les décrets de 1980 et 1981 correspondent à une codification « a minima » marquée par un profond libéralisme, laissant dès lors aux juges et à la jurisprudence la charge de sa mise en œuvre de façon pragmatique ; le décret du 18 janvier 2011 a parachevé cette œuvre en consacrant principalement la jurisprudence de ces trente dernières années dont nous allons tenter de dégager les lignes directrices.

L'idée essentielle qui me paraît avoir guidé la jurisprudence est, comme l'a exactement relevé le Professeur GAILLARD dans son article publié en 2007 intitulé « La jurisprudence de la Cour de cassation en matière d'arbitrage international » que je ne fais que prolonger, celle d'une grande faveur à l'arbitrage, qui s'explique, d'abord, parce que la situation de concurrence ou même d'enjeu de pouvoir entre la Justice étatique et l'arbitrage s'était nettement atténuée et, surtout, parce que les impératifs nouveaux du commerce international et la mondialisation des échanges imposaient un système d'arbitrage international attractif, efficace, sûr et prévisible. La nature mixte de l'arbitrage, conventionnelle dans sa source et juridictionnelle dans sa fonction, l'arbitre étant un juge sans pour autant constituer une juridiction, a permis à la jurisprudence de donner une interprétation extensive des textes dans une volonté d'efficacité, notamment par l'intervention du juge d'appui, au moment même où les textes devenaient moins restrictifs en matière d'arbitrage interne.

Sans être exhaustif, je voudrais aborder trois points qui m'ont paru essentiels au gré de toutes les affaires dont j'ai pu connaître au cours de cette période : d'abord, la reconnaissance d'un principe d'autonomie de l'arbitrage notamment en matière internationale, ensuite, un principe d'assistance et de coopération à la constitution du tribunal, enfin, la nécessité pour le juge étatique d'exercer un certain contrôle de la procédure ou de la sentence, le tout, dans le respect de la volonté des parties et dans un mouvement inéluctable d'une juridiciarisation accrue de l'arbitrage.

*** **

I—La reconnaissance de l'autonomie de l'arbitrage en tant que mode juridictionnel de résolution des litiges

Ce principe s'est traduit d'abord par un effacement du concept d'inarbitrabilité, puis par la reconnaissance de règles matérielles dont celle de la validité de la convention d'arbitrage international et enfin, par l'application du principe compétence-compétence.

1°/ L'effacement du concept d'inarbitrabilité

Selon le Professeur JARROSSON, « la seule et véritable inarbitrabilité est celle dite objective : c'est l'aptitude d'un litige à faire l'objet d'un arbitrage ». Dans une communication au colloque de Dijon tenu en avril 2013 sur l'ordre public, au titre évocateur « Que reste-il du concept d'inarbitrabilité ? », le Doyen Laurence RAVILLON a bien montré que ce concept tend à s'effacer pour une certaine forme « de présomption d'arbitrabilité » fondée sur une approche et un parti pris favorables à l'arbitrage et sur la confiance des parties. Cette évolution incontestable résulte de la jurisprudence postérieure à l'arrêt Galakis de 1966 qui a jugé que l'interdiction pour l'Etat de compromettre n'est pas applicable à un contrat passé pour les besoins et dans les conditions conformes aux usages du commerce maritime.

Dans cette jurisprudence, je voudrais citer l'arrêt Labinal de la Cour d'appel de Paris du 19 mai 1993, rendu sous la présidence du Président Guy CANIVET auquel j'ai participé ; à propos d'un litige impliquant des règles impératives du droit de la concurrence, la Cour a jugé qu'en matière internationale « *l'arbitrabilité du litige n'est pas exclue du seul fait qu'une réglementation d'ordre public est applicable au rapport litigieux* » et que « *l'arbitre a la compétence pour apprécier sa propre compétence quant à l'arbitrabilité du litige au regard de l'ordre public international et dispose du pouvoir d'appliquer les principes et les règles relevant de cet ordre public, ainsi que de sanctionner leur méconnaissance éventuelle sous le contrôle du juge de l'annulation* ».

Cet arrêt est fondamental ; il a été particulièrement délicat à rédiger et c'est une avancée incontestable vers la reconnaissance aux arbitres d'un pouvoir juridictionnel complet, même dans les matières d'ordre public de fond, ce qui pose cependant la question de l'étendue du contrôle lors de l'examen de la sentence, ce que nous examinerons ultérieurement. Cette solution novatrice a été étendue en matière d'arbitrage interne par un arrêt de la Cour de cassation du 9 avril 2002, puis, reprise par la Cour d'appel de Paris le 20 mars 2008.

De même, la définition économique très extensive de l'internationalité du litige donnée par la Cour suprême et confirmée en 2012 dans le second arrêt Inserm est de nature à réduire le domaine de l'inarbitrabilité.

Enfin, cette extension de l'arbitrabilité s'est faite pour des matières traditionnellement considérées comme non arbitrables car trop imprégnées d'ordre public ; c'est ainsi que sont devenus

arbitrables, sous certaines réserves, le droit de la concurrence, le droit de la propriété intellectuelle ou industrielle (Paris, 28 février 2008 pour l'examen de la titularité d'un brevet par voie incidente), de même le droit de la consommation (arrêt Jaguar) ou le droit international du travail. Cette évolution traduit bien la confiance du juge étatique dans l'arbitrage, dans le respect de la volonté commune des parties.

L'arbitrabilité est le pendant de l'autonomie de la clause d'arbitrage.

2°/ Deuxième trait de cette faveur pour l'arbitrage : l'élaboration de règles matérielles

C'est d'abord le principe de la validité de la convention d'arbitrage international, création de la jurisprudence, qui s'est construit peu à peu par une série d'arrêts de la Cour d'appel de Paris et de la 1^{ère} chambre civile ; il constitue une règle matérielle du droit de l'arbitrage international.

Il faut d'abord citer l'arrêt Dalico du 20 décembre 1993, qui dans une formulation particulièrement nette, a réaffirmé l'indépendance de la clause par rapport au contrat principal et par rapport à tout droit étatique ; la 1^{ère} chambre de la Cour de cassation précise « *qu'en vertu de la règle matérielle du droit international de l'arbitrage, la clause compromissoire est indépendante juridiquement du contrat principal qui la contient ou par référence et que son existence et son efficacité s'apprécient sous réserve des règles impératives du droit français de l'arbitrage et de l'ordre public international, d'après la commune volonté des parties, sans qu'il soit nécessaire de se référer à une loi étatique* » ; ce principe a été amplifié par l'arrêt Zanzi du 5 janvier 1999, pour lequel la Cour de cassation a utilisé la technique du moyen de cassation relevé d'office, ce qui démontre l'importance qu'il faut attacher au principe posé, qui a été encore réaffirmé dans l'arrêt Copropriété Jules Vernes du 7 juin 2006 et Soerni du 8 juillet 2009. Ce dernier précise que la règle matérielle se déduit du principe de validité de la clause, fondé sur la volonté commune des parties et sur l'exigence de bonne foi.

Les conséquences en sont déterminantes car ce principe permet à l'arbitrage international de ne plus se référer à des lois nationales, même à celles du siège de l'arbitrage, et de s'affranchir de la méthode conflictualiste et donc de la règle des conflits de lois, chère aux internationalistes. Cette solution a suscité et suscite toujours de vives critiques en doctrine mais la pratique judiciaire et arbitrale démontre que ce système des règles matérielles, très simple, est d'une grande efficacité car il englobe, comme l'a récemment expliqué le Professeur J-B RACINE, toutes les questions relatives à la convention d'arbitrage.

Ce principe de validité de la convention d'arbitrage en matière internationale est une création prétorienne qui a été voulue par la Cour de cassation comme un instrument de politique judiciaire pour favoriser en France l'arbitrage international et le rendre attractif et effectif, sous réserve de l'intervention de l'ordre public. Enfin, ce principe se combine avec celui de « compétence-compétence ».

3°/ Le principe compétence-compétence

Il s'agit d'un principe fondateur du droit de l'arbitrage qui s'est imposé non seulement en France mais aussi à l'étranger et dans les conventions internationales ; il se déduit des articles 1458 et 1466 du NCPC ; il suffit de rappeler que ce principe, selon lequel il appartient à l'arbitre de statuer sur sa propre compétence, a été affirmé dans l'arrêt Zanzi de 1999 déjà évoqué ; il comporte deux effets, l'un positif, l'autre négatif.

a°) L'effet positif permet aux arbitres de se prononcer sur leur propre compétence quand celle-ci est contestée ;

b°) L'effet négatif, qui revient à introduire une règle de priorité, interdit aux juridictions étatiques de connaître des contestations relatives à la compétence du tribunal arbitral tant que les arbitres ne se sont pas prononcés sur cette question. Les arbitres se prononcent sous le contrôle a posteriori du juge étatique de l'annulation. La portée de cet effet négatif (appréciation *prima facie*) de la nullité manifeste de la clause a été précisée par deux arrêts de la 1^{ère} chambre civile, l'arrêt ABS du 26 juin 2001 et l'arrêt Bureau Veritas du 27 avril 2004, en ajoutant un autre tempérament au principe compétence-compétence en cas d'inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage.

Je voudrais souligner l'apport considérable apporté par cette référence à « l'inapplicabilité manifeste » qui a donné au principe toute sa mesure pour assurer la pleine efficacité de la convention d'arbitrage, pour avoir participé au délibéré de l'affaire Bureau Veritas ; je me souviens bien des débats ; (expliquer l'affaire)

Or, depuis 2001, très peu d'arrêts de la Cour de cassation sont intervenus pour reconnaître une inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage alors qu'en sens opposé, la liste est particulièrement longue.

De cette jurisprudence, il faut retenir que :

- la combinaison des principes de validité et de « compétence-compétence » interdit au juge étatique de procéder à un examen substantiel et approfondi de la convention d'arbitrage sauf nullité ou inapplicabilité manifeste appréciée soit par le juge d'appui soit lors d'un recours contre la sentence ;

- cette appréciation est **contrôlée** par la Cour de cassation, notamment par le contrôle de motivation ; c'est la formule de cassation « Qu'en statuant ainsi, par des motifs impropres à caractériser la nullité ou l'inapplicabilité manifeste de la clause, la Cour d'appel n'a pas permis à la Cour de cassation d'exercer son contrôle » ;

- sauf à ruiner le principe de priorité reconnu au tribunal arbitral pour statuer sur sa compétence, cet examen du juge étatique est celui de l'évidence, de l'incontestable et donc *prima facie* ; c'est exactement la démarche du juge des référés saisi d'une demande de provision ; or parfois les juges non spécialistes du droit de l'arbitrage, sont enclins à faire prévaloir leurs connaissances sur la question litigieuse pour affirmer que la clause est manifestement inapplicable ; il faut se garder de cette attitude qui risque peu à peu d'affaiblir l'effet négatif du principe « compétence-compétence ». Le rôle du juge étatique - comme celui de l'arbitre - est difficile et les enjeux sont importants : risque de dilatoire, d'erreur sur la compétence et d'annulation de la sentence après toute une procédure au fond et coût important pour les parties.

En conclusion sur ce point, je partage l'opinion du Doyen Eric LOQUIN qui estime « le doute, aussi ténu soit-il, contrarie l'appréciation du caractère manifeste de l'inapplicabilité et ne peut être levé "*prima facie*" » ; c'est donc d'abord à l'arbitre de juger de sa propre compétence. Les domaines respectifs de l'intervention du juge étatique et de l'arbitre ont été, par cette jurisprudence, plus nettement définis, ce qui accroît la prévisibilité et la sécurité de l'arbitrage.

Ainsi, le juge étatique marque une grande faveur à l'égard de l'arbitrage international.

Cette faveur vers une autonomie de l'arbitrage international s'est particulièrement marquée dans l'arrêt de principe « Putrabali » de la 1^{ère} chambre civile de la Cour de cassation du 29 juin 2007, rendu sous la présidence et au rapport du Président Jean-Pierre ANCEL. Faut-il le rappeler, cet arrêt a estimé que l'annulation d'une sentence arbitrale dans le pays où elle a été rendue n'interdit pas sa reconnaissance et son exécution sur le territoire français dans la mesure où « la sentence internationale, qui n'est rattachée à aucun ordre juridique étatique, est une décision de justice internationale ». Il fallait oser affirmer ce principe et c'était le dernier arrêt du Président ANCEL avant de quitter la Cour de cassation ! Un testament ou une direction pour l'avenir.

Mais, encore faut-il que le tribunal puisse se constituer conformément à la volonté des parties sans paralysie ni manœuvres dilatoires. A cette fin, les décrets de 1980 et 1981 ont donné au juge étatique une mission d'assistance et de coopération à l'arbitrage par l'intervention de celui qui m'est très cher, que l'on a dénommé, « le juge d'appui ». Dans le souci de rendre effectif l'arbitrage voulu par les parties, la jurisprudence lui a reconnu une véritable fonction de ce que j'ai appelé « la consolidation de l'arbitrage ».

*** **

II—La consécration du juge d'appui dans sa fonction de consolidation de l'arbitrage

Comme l'a relevé Philippe FOUCHARD en 1990, « le talon d'Achille de l'arbitrage, c'est le désaccord entre les parties au moment de se donner leur juge, spécialement après la naissance du litige. L'efficacité de cette justice privée suppose donc l'existence d'un relais, l'intervention d'une autorité de nomination pour pallier les blocages apparaissant alors dans la constitution du tribunal arbitral, pour désigner le ou les arbitres en cas de refus ou de désaccord entre les parties (ou des arbitres déjà nommés), ou pour trancher les incidents ultérieurs de récusation et de remplacement des arbitres. »

Cette réflexion résume toute la problématique de celui que la jurisprudence française a dénommé « le juge d'appui ». C'est la mission d'aide, d'assistance et de coopération à l'arbitrage que les décrets de 1980 et 1981 ont introduit en France, à laquelle la jurisprudence a donné une grande ampleur ; il a été dénommé en tant que tel par la Cour de cassation en 2005 et surtout été consacré par le législateur dans le nouveau décret sur l'arbitrage du 13 janvier 2011. C'est cette jurisprudence, audacieuse, qui délibérément a donné une interprétation extensive aux textes pour assurer une véritable effectivité à l'intervention du juge d'appui, qui a fait de ce juge un juge à part entière au seul service de l'arbitrage dans le respect des principes fondamentaux.

Je ne veux pas reprendre toute la problématique du juge d'appui que de très nombreux auteurs ont déjà développée (cf notamment les articles de Philippe FOUCHARD à la revue de l'arbitrage de 1985 et 1987) mais je voudrais caractériser l'action de ce juge à travers quelques décisions, pour rechercher ensuite comment elle a pu se construire.

1°/ Une volonté d'assurer l'effectivité de l'arbitrage par le règlement des incidents

La jurisprudence ne s'est pas limitée à une interprétation étroite du texte de l'article 1444 du NCPC mais bien au contraire, a étendu sa compétence au règlement des incidents postérieurs à la constitution du tribunal arbitral.

Ce fut l'affaire de « La Belle créole » ; dans une formule très générale, le président du T.G.I. de Paris du 30 octobre 1990 a défini, l'étendue de sa compétence, en ces termes : « *La disposition de l'art.1493 al.2 du N.C.P.C. ne limite pas l'intervention du juge étatique, pour l'exercice de sa mission d'instance technique et de coopération judiciaire à l'arbitrage, aux seules opérations de constitution du tribunal ab initio, mais lui donne le pouvoir de régler, dans le respect de la volonté commune des parties, une difficulté relative à un évènement postérieur affectant la constitution du tribunal arbitral ne permettant plus à ce dernier de poursuivre l'exercice des prérogatives attachées au pouvoir de juger* ». Dans cette formule, tout est dit ; en déclarant le recours contre cette décision irrecevable, la Cour d'appel de Paris a confirmé cette interprétation qui a été réitérée à de nombreuses reprises. Cela vise les circonstances les plus diverses : décès, démission, empêchement d'un arbitre intervenus au cours de l'instance arbitrale.

On doit également citer l'arrêt Nioc contre l'Etat d'Israël de la 1^{ère} chambre civile du 1^{er} février 2005 ; cet arrêt a consacré le droit à l'arbitre en étendant la compétence internationale du Président du T.G.I. de Paris **en cas de déni de justice**. Il suffit de rappeler rapidement les circonstances de fait. La société iranienne Nioc avait conclu un contrat avec l'Etat d'Israël concernant la réalisation des travaux pour le transport du pétrole. En cas de litige, la clause d'arbitrage stipulait la désignation du troisième arbitre par la CCI en cas de désaccord des premiers arbitres. Or, la société Nioc ayant désigné un arbitre, l'Etat d'Israël s'est refusé à désigner le second. Le blocage était total et durable. La société Nioc se tourne alors vers le juge d'appui français qui en première instance refuse d'intervenir, l'arbitrage ne se déroulant pas en France et n'étant pas soumis à la loi de procédure française ; or la Cour d'appel de Paris infirme pour se reconnaître compétente. Il convient de relire l'attendu de principe : « *Mais attendu que l'impossibilité pour une partie d'accéder au juge, fût-il arbitral, chargé de statuer sur sa prétention, à l'exclusion de toute juridiction étatique, et d'exercer ainsi un droit qui relève de l'ordre public international consacré par les principes de l'arbitrage international et l'article 6.1 de la Convention européenne des droits de l'homme, constitue un déni de justice qui fonde la compétence internationale du Président du Tribunal de grande instance de Paris, dans sa mission d'assistance et de coopération du juge étatique à la constitution d'un tribunal arbitral, dès lors qu'il existe un rattachement avec la France* ». La Cour d'appel ayant relevé que la société Nioc était dans l'impossibilité de saisir les tribunaux israéliens ou iraniens pour nommer l'arbitre et qu'il existait un lien, fût-il ténu avec la France, la Cour de cassation a jugé qu'elle en avait déduit à bon droit que cet état de fait constituait un déni de justice justifiant la compétence du juge d'appui français. En consolidant ainsi cet arbitrage international, la Cour de cassation rend effectif ce droit à l'arbitre comme la Cour européenne et la Cour de cassation a reconnu le droit au juge. Cet arrêt Nioc a été considéré par la doctrine et la pratique française et internationale de l'arbitrage comme étant l'une des décisions majeures de ces dernières années, ce qui a conduit le législateur à consacrer cette solution dans le décret de 2011 (art. du CPC). Il ne s'agit pas d'un cas d'école car il aurait pu se produire récemment à propos de l'arrêt du 28 mars 2013 Rouger C/ Mattéi.

Allant plus loin, la Cour de cassation, dans des décisions récentes a reconnu au juge d'appui le pouvoir d'ordonner des mesures préparatoires ou préventives pour permettre la constitution du tribunal arbitral. S'agissant de l'obligation de révélation par l'arbitre des liens susceptibles d'exister avec une partie, mettant en cause le cas échéant son indépendance ou son impartialité, un arrêt (Cass, 1^{ère} Civ 20 juin 2006, Rev.arb. 2007 p. 3, Prodim C/ Nigioni ; note Ortscheidt) a reconnu au juge d'appui le pouvoir d'ordonner une mesure **préparatoire d'instruction**, sans excéder ses pouvoirs, dans la mesure où la partie refusait de révéler le nombre d'arbitrage dans lequel il avait nommé ce même arbitre et la

nature des arbitrages ; cette mesure consistait en une injonction de fournir des informations: « *Que la Cour d'appel a exactement décidé qu'en ordonnant une mesure préparatoire le juge d'appui n'avait pas excédé ses pouvoirs dès lors qu'il avait pour mission de résoudre les difficultés de constitution du tribunal arbitral de manière à ce que cette juridiction soit investie de la confiance des parties* ».

2°/ Comment cette jurisprudence s'est-elle construite ?

Elle s'est peu à peu élaborée grâce à la procédure mise en œuvre par le juge d'appui, puis surtout par le respect des principes essentiels du droit de l'arbitrage.

a°) La procédure en référé

Le choix de cette procédure me paraît avoir été, en 1980 et 1981, déterminant pour l'avenir de cette coopération du Président du TGI, dont celui de Paris, que certains ont qualifié « d'institution permanente d'arbitrage » (J-L DELVOLVÉ rev arb 1981 p. 487) ; à cet égard, elle a été certainement déterminée par les Premiers Présidents BELLET et DRAI, qui avec Roger PERROT ont été les inspirateurs de la réforme et pour lesquels le référé était la procédure la meilleure pour assurer efficacité et imagination des juges. Sa rapidité, sa simplicité, son absence de formalisme dans le respect du contradictoire, permettent au juge de prendre des mesures immédiates et exécutoires ; mais surtout il statue « comme en matière de référé » c'est à dire au fond et sans recours ; elle est particulièrement appropriée à la mission du juge d'appui qui, sans elle, n'aurait jamais pu intervenir aussi largement, que ce soit pour régler des difficultés de constitution du tribunal arbitral, de récusation ou de relation avec le centre d'arbitrage.

Ayant été juge d'appui à Paris de 1982 à 1990, je voudrais expliquer comment ce juge concevait sa mission ; la désignation d'un arbitre repose sur la transparence, la confiance et l'acceptation de la décision ; il faut donc rechercher le maximum d'adhésion à la mesure ordonnée alors qu'une partie justement résiste pour des motifs les plus divers, sinon, l'arbitrage commence mal ; toute désignation autoritaire est juridiquement possible mais ne correspond pas du tout à l'esprit de l'arbitrage, fondé sur l'accord des parties ; *(décrire le procédé de désignation)*

Il en est de même pour le contentieux de la récusation qui est difficile et parfois passionnel ; je me suis toujours efforcé d'introduire du contradictoire dans cette procédure en permettant, par des pratiques les plus diverses, à l'arbitre objet de la récusation de faire connaître ses observations sur les griefs alors qu'il n'était pas partie à l'instance. Ceci permet très souvent de régler à l'amiable ces incidents.

b°) Le respect des principes essentiels

Il s'agit principalement du respect de la volonté des parties, du refus de toute immixtion dans les opérations d'arbitrage, de la subsidiarité de la compétence du juge étatique par rapport au centre pré-constitué d'arbitrage.

Pour illustrer l'esprit dans lequel doit intervenir le juge d'appui, je voudrais citer un arrêt pour lequel la Cour de cassation a imposé à un juge d'appui d'exercer tous ses pouvoirs : (1^{ère} Civ. 20 février 2007 n° 06-14107) Pour un même litige, les parties étaient convenues de deux clauses contradictoires désignant successivement la CCI et l'A.F.A. comme centre pré-constitué d'arbitrage ; la Cour d'appel avait jugé ces clauses manifestement inapplicables car contradictoires et avait renvoyé les parties devant le juge étatique considéré comme seul compétent car il aurait fallu « une nouvelle manifestation de volonté des parties pour la rendre efficiente » ; l'arrêt est cassé au visa du principe compétence-

compétence et l'article 1493 du NCPC, car le juge d'appui pouvait intervenir pour faire respecter la volonté de recourir à l'arbitrage nonobstant la divergence sur le choix du centre d'arbitrage qui n'était pas déterminante de leur volonté : « *qu'en statuant ainsi, par des motifs impropres à caractériser une inapplicabilité manifeste de la clause dès lors qu'elle ne constatait pas une absence de volonté des parties de recourir à l'arbitrage et que le juge d'appui, seul compétent pour statuer sur les difficultés de constitution du tribunal arbitral, n'avait pas été saisi, la cour d'appel a violé le principe et le texte sus-visé* » ; En l'espèce, la Cour d'appel aurait dû renvoyer l'examen du litige au juge d'appui.

Cette faveur à l'égard de l'arbitrage international ne saurait être acceptable sans limites, sans un contrôle de la décision des arbitres.

*** **

III—Le contrôle de la procédure et de la sentence

Dès lors qu'une partie demande la reconnaissance ou l'exécution en France de la sentence, l'Etat doit pouvoir faire respecter ses principes fondamentaux, par un contrôle de la procédure suivie ainsi que des conséquences de la sentence. Je ne peux pas examiner toute la jurisprudence qui s'est développée : respect de la contradiction, principe de bonne foi et de loyauté, égalité des parties dans la désignation de l'arbitre, droit d'accès au juge (affaire *Pirelli*), interdiction de se contredire au détriment d'autrui et reconnaissance formelle de l'estoppel dans l'arrêt *Golshani* (2005) etc. ; je veux simplement aborder deux points qui sont les plus délicats actuellement : le contrôle des qualités de l'arbitre : indépendance et impartialité et le contrôle de l'ordre public de fond en matière internationale (Art. 1520 § 5 du CPC).

1°/ Le contrôle des qualités de l'arbitre : indépendance et impartialité

L'arbitre remplit une mission juridictionnelle, fondée sur la confiance des parties en ses qualités personnelles et professionnelles ; il est **un juge** et doit être indépendant (absence de liens avec les parties) et impartial (absence de préjugé) ; un arrêt récent l'a réaffirmé avec force : 1^{ère} civile 16 mars 1999 « l'indépendance et l'impartialité sont de l'essence de la fonction arbitrale ».

Nous examinerons successivement le principe, les cas d'application et enfin les mécanismes de contrôle.

a°) Le principe

Pour le juge étatique, cette double exigence est une obligation légale inscrite dans le code de procédure civile au titre des causes de récusation ; mais, en matière d'arbitrage, aucun texte ne la prescrivait et c'est la jurisprudence qui l'a imposée aux arbitres par une création prétorienne dont les arrêts successifs en ont dessiné les contours depuis 1981. Cette jurisprudence a été consacrée par le décret de 2011 dans l'article 1456 § 2 du CPC, applicable en matière internationale, et qui a imposé aux arbitres un devoir de révélation. Cette exigence d'indépendance et d'impartialité s'apprécie de façon objective par rapport aux parties selon la formule de l'arrêt du 16 mars 1999 ; il faut « qu'il provoque dans l'esprit des parties un doute raisonnable sur son indépendance » ; cette règle s'impose aussi dans la plupart des pays et systèmes d'arbitrage étrangers.

Le contrôle s'exerce à deux niveaux : soit, au moment de la constitution du tribunal arbitral ou en cours d'arbitrage, si la cause se révèle après cette constitution ; c'est, l'intervention du juge d'appui,

ou de l'institution d'arbitrage ; soit, après le prononcé de la sentence, dans le cadre du contrôle du juge étatique.

b°) Les cas principaux d'application

L'étude de la jurisprudence démontre la grande variété des situations pouvant se présenter, qui intéressent davantage l'indépendance que l'impartialité. Si dans un premier temps, elle s'est limitée aux seuls cas de récusation visés par l'article 341 du CPC, la Cour de cassation a abandonné cette conception restrictive, ce que le décret de 2011 a confirmé, imposant à l'arbitre dans l'article 1456 du CPC de révéler « toute circonstance susceptible d'affecter son indépendance et son impartialité ».

Sans établir un catalogue plus ou moins exhaustif des circonstances, on peut relever d'abord tout ce qui a trait à des rapports de subordination de fait ou de droit entre l'arbitre et la partie, l'arbitre et les co-arbitres, ou l'arbitre et les avocats ou conseils des parties. Cela vise aussi les relations d'amitiés ou des relations professionnelles ou d'affaires pouvant exister entre eux.

Je voudrais seulement évoquer deux situations qui ont donné lieu à décisions judiciaires :

- D'abord, les désignations multiples d'un même arbitre pour des litiges similaires ; c'est la théorie dite « du courant d'affaires » notamment, dans le droit de la distribution ou dans le droit de la construction ; par deux arrêts du 20 octobre 2010, la 1^{ère} chambre civile a jugé « que le caractère systématique de la désignation d'une même personne, par les sociétés d'un même groupe, sa fréquence et sa régularité sur une même période, dans des contrats comparables, ont créé les conditions d'un courant d'affaires entre cette personne et les sociétés du groupe, partie à la procédure, de sorte que l'arbitre devait révéler ces circonstances pour permettre à la partie adverse d'exercer son droit de récusation ».

De même, très délicate est la situation de l'arbitre nommé dans plusieurs arbitrages qui concernent des litiges connexes ou interdépendants.

- Ensuite, actuellement, ce sont les relations pouvant exister entre l'arbitre et l'avocat, conseil d'une partie, qui posent des difficultés relatives à l'indépendance de l'arbitre ; deux arrêts illustrent cette situation :

- L'arrêt Technimont : La Cour d'appel de Paris, le 12 février 2009, a annulé la sentence arbitrale, motifs pris du défaut d'indépendance et d'impartialité de l'arbitre, président du tribunal, désigné par la société Technimont, résultant de liens entretenus entre cette partie et la structure d'avocats à laquelle appartenait l'arbitre par l'intermédiaire de filiales. C'est le phénomène de la mondialisation des cabinets d'avocats, qui créent des cabinets secondaires dans toutes les places économiques du monde : Asie, Moyen-Orient, Amérique du nord et du sud. Des conflits d'intérêts peuvent survenir en raison des dossiers traités par ces filiales à propos de litiges intéressant des groupes de sociétés multinationaux. Cet arrêt de la Cour d'appel de Paris a été cassé pour avoir modifié l'objet du litige le 4 novembre 2010 ; sur renvoi, la Cour d'appel de Reims a également annulé la sentence par une décision du 2 novembre 2011, très motivée sur les circonstances qui étaient de nature à faire raisonnablement douter de l'indépendance de l'arbitre ; il s'agissait en l'espèce d'un défaut d'information de la société partie à l'arbitrage sur ces faits, puis d'une information incomplète et perlée de celle-ci. Cet arrêt fait lui aussi l'objet d'un pourvoi en cours d'examen devant la 1^{ère} chambre civile. De ce dernier arrêt, il se déduit à juste titre que l'action en récusation ne se trouve pas absorbée dans l'obligation de révélation, comme l'arrêt de la Cour d'appel l'avait implicitement jugée.

- L'arrêt Néoelectra, très important, de la 1^{ère} chambre civile du 10 octobre 2012 ; il était reproché à un arbitre, professeur de droit, de ne pas avoir révélé que huit ans avant le début de l'arbitrage, il avait été conseil d'un grand cabinet d'avocats, alors que l'avocat de la partie qui l'avait désigné, avait rejoint ce cabinet et qu'entre 2000 et 2008, ce professeur avait donné des consultations juridiques pour ce cabinet. La Cour d'appel de Paris avait annulé la sentence en reprochant à l'arbitre de ne pas avoir satisfait à son obligation de révélation ; l'arrêt est cassé pour violation de la loi au visa de l'article 1484 § 2 ancien du CPC au motif suivant « qu'en se déterminant par ces seuls motifs, sans expliquer en quoi ces éléments étaient de nature à provoquer dans l'esprit des parties un doute raisonnable quant à l'impartialité de Monsieur L. et à son indépendance, la Cour d'appel n'a pas mis la Cour de cassation en mesure d'exercer son contrôle sur la décision, en violation de l'article susvisé ».

Comme l'a pertinemment relevé le Professeur JARROSSON dans son commentaire à la revue de l'arbitrage, cet arrêt de cassation pour violation de la loi et non pour défaut de motivation (art. 455 du CPC) est très important car il traduit la volonté de la Cour de cassation de rééquilibrer les rapports juges-parties dans l'appréciation de l'indépendance. Elle veut limiter une tendance des juges étatiques à sanctionner trop facilement les manques des arbitres à leur devoir de révélation alors que ces mêmes juges ne parviennent pas eux-mêmes à poser des règles précises déterminant l'étendue de ce devoir de révélation, s'agissant de circonstances éminemment factuelles. Par cet arrêt, la Cour de cassation impose aux juges du fond de motiver leurs décisions et, par la même, d'exiger de la partie au recours qu'elle apporte la preuve que ces circonstances non révélées ont été de nature à provoquer chez elle un doute raisonnable affectant son consentement à l'arbitrage ; pour le Professeur JARROSSON, le fardeau de la preuve est ainsi justement rééquilibré et permettra d'éviter les recours sans fondement ou purement dilatoires.

c°) Le mécanisme de contrôle

Il s'articule dans une mesure de prévention, l'obligation de révélation, qui aujourd'hui est prescrite par l'article 1456 al.2 du CPC et par des mesures de sanctions qui peuvent être la récusation de l'arbitre ou l'annulation de la sentence.

- **La mesure préventive** : L'obligation de révélation, qui perdure tout au long de l'instance arbitrale, impose à l'arbitre de faire une déclaration d'indépendance pour permettre aux parties d'exercer leur droit de récusation. Son étendue est très délicate à définir : que déclarer ? Ce sont les circonstances de nature à créer un doute raisonnable. Les auteurs discutent sur cette étendue. Conçue trop largement, la révélation n'a plus d'intérêt et risque d'affecter la confiance des parties envers les arbitres ; conçue trop restrictivement, elle fait peser un risque d'annulation de la sentence. Je pense que cette obligation ne doit pas être appréciée trop restrictivement mais avec l'intervention du juge d'appui elle doit avoir un effet de purge des incidents, par les sanctions qu'elle peut entraîner.

- **Les sanctions** sont de deux ordres : l'action en récusation et le recours contre la sentence.

- L'action en récusation

Cette action est exercée soit devant la personne chargée d'organiser l'arbitrage (par ex. l'A.F.A. ou la CCI) conformément et dans les limites de leur règlement, soit à défaut, devant le juge d'appui qui statue comme en matière de référés, sans recours et qui doit être saisi dans le mois de la connaissance des faits litigieux ; sa décision est revêtue de l'autorité de la chose jugée. C'est ici une différence notable avec la décision de l'institution d'arbitrage, qui n'est pas une sentence, qui le plus souvent n'est pas motivée et surtout qui peut être remise en cause lors d'un recours contre la sentence. Si l'arbitre pressenti ou désigné est récusé, il faut le remplacer avec tous les problèmes que cela entraîne.

- Le recours contre la sentence

C'est la sanction la plus grave car toute la procédure arbitrale se trouve anéantie. Le fondement de ce recours est celui de l'irrégularité de constitution du tribunal arbitral : l'article 1492 § 2, et, en matière internationale, l'article 1520 § 2.

En conclusion sur ce point, je pense qu'il faut restaurer la confiance des parties, notamment dans l'arbitrage international et rétablir un équilibre entre le devoir de révélation indispensable pour assurer la transparence des opérations d'arbitrage et le rejet des mises en cause injustifiées qui n'ont qu'un but dilatoire pour paralyser la procédure d'arbitrage.

2°/ Le contrôle de l'ordre public de fond en matière internationale (Art. 1520 § 5 du CPC)

Cette question, très importante, fait toujours l'objet de très vives discussions en doctrine, tant en France qu'à l'étranger ; elle me paraît devoir évoluer dans la jurisprudence française ; ce n'est pas le principe du contrôle en lui-même qui fait difficulté, mais **c'est l'intensité de ce contrôle** par le juge étatique.

Deux thèses se sont affrontées : l'une, dite maximaliste et l'autre, dite minimaliste ; pour le contrôle maximaliste, le juge procède à un examen détaillé, approfondi et minutieux de la façon dont l'arbitre a appliqué la règle d'ordre public ; la conception minimaliste laisse une plus grande liberté à l'arbitre, le juge se contentant de vérifier la sentence dans son ensemble, sans procéder au réexamen des points tranchés par l'arbitre mettant en cause l'ordre public international français.

La jurisprudence récente, mue principalement par la crainte de procéder à une révision au fond du litige, a adopté la conception minimaliste dans l'arrêt Thales de la Cour d'appel de Paris du 18 novembre 2004, très critiqué, puis par l'arrêt SNF, plus nuancé, de la Cour de cassation du 4 juin 2008 ; ce dernier arrêt a posé comme principe « s'agissant de l'ordre public international, seule la reconnaissance ou l'exécution de la sentence est examinée par le juge de l'annulation au regard de la compatibilité de la solution avec cet ordre public, dont le contrôle se limite au caractère flagrant, effectif et concret de la violation alléguée » ; certains ont considéré qu'ainsi, ce contrôle était devenu illusoire, se limitant à la seule apparence de régularité, à la seule évidence comme en matière de référé. Cette formulation de la Cour de cassation est restée en l'état, et je pense, à la réflexion, qu'elle devrait être modifiée car elle a été mal perçue en France et à l'étranger alors que cela ne correspondait pas à une volonté de la Cour suprême de supprimer tout contrôle.

- En premier lieu, à la lumière des débats doctrinaux très nombreux, force est de constater que la définition de critère précis de ce contrôle de l'ordre public est extrêmement difficile ; chaque auteur a son idée personnelle ; le récent colloque de Dijon en mars dernier sur l'ordre public est à cet égard très précieux car il fait le point sur la question.

- En deuxième lieu, il est certain et acquis que la prohibition de la révision de la sentence est étrangère au débat ; elle a été source de confusion ; le contrôle de l'ordre public n'a pas pour objet de vérifier s'il existe une identité parfaite, entre la solution donnée par l'arbitre et celle qu'aurait donnée le juge étatique, mais seulement de vérifier, « si la situation créée par la sentence ne constitue pas une atteinte de degré suffisant aux objectifs poursuivis par la règle d'ordre public international ». C'est le but poursuivi par la norme qui est confrontée aux conséquences de la décision des arbitres dont il est demandé l'exécution en France. Ceci implique un examen de la question litigieuse, en fait et en droit, effectif et concret, et non pas simplement prima facie, mais sans refaire le procès tel qu'il s'est déroulé devant les arbitres.

- En troisième lieu, c'est principalement le terme flagrant qui est inapproprié car il a induit dans l'esprit de beaucoup, **une absence** de contrôle du juge étatique ; c'est devenu en quelque sorte « l'épouvantail » ; il est perçu comme la démission du juge de sa fonction essentielle : vérifier la compatibilité de l'exécution des mesures décidées par les arbitres avec « des principes essentiels du droit international français » ; il faut donc, me semble-t-il, supprimer ce terme de flagrant, qui a fait peur à l'étranger, et qui, en droit interne, a provoqué une réaction très vive, et défavorable à l'arbitrage, notamment, lorsqu'il s'est agi d'étendre l'arbitrage à la matière administrative que ce soit en droit interne ou en droit international (c'est l'arrêt du Tribunal des conflits dans l'affaire Inserm ; les conclusions du Commissaire du gouvernement Monsieur GUYOMAR évoquent ce risque d'une absence de contrôle réel de l'ordre public administratif par le juge judiciaire).

- Enfin, je pense avec optimisme que les esprits sont prêts à une évolution sémantique qui, sans changer fondamentalement la démarche du juge, replacerait sans équivoque le Juge étatique au centre de sa mission de contrôle. L'arrêt Thales de la 1^{ère} chambre civile du 11 février 2009 en est le signe qui n'a pas échappé à la sagacité du Professeur JARROSSON dans sa note publiée à la revue de l'arbitrage de 2009 p. 517, et qui, à mon avis, n'a pas été suffisamment mis en lumière ; dans cet arrêt, la décision de la Cour d'appel est cassée sur le fondement de l'article 455 du CPC ainsi : « qu'en se prononçant ainsi, par une clause de style dépourvue de toute motivation précise et de toute référence explicite aux motifs des arbitres dont elle estimait le raisonnement pertinent, la Cour d'appel n'a pas mis la Cour de cassation en mesure d'exercer son contrôle et, partant, n'a pas satisfait aux exigences du texte sus-visé » ; sous couvert d'un défaut de motifs, la Cour Suprême avait certainement à l'esprit le problème du contrôle de l'ordre public.

Peu après, un arrêt de février 2013 de la Cour d'appel de Paris a statué sur ce point en ne faisant plus référence au terme de flagrant. Il faudrait que la Cour de cassation soit saisie d'un pourvoi qui, par ces éléments de fait et de droit tranchés par la Cour d'appel, pose nettement la question. On pourrait également envisager que la Cour de cassation pose, à l'occasion de l'application de règles d'ordre public du droit de la concurrence par exemple, une question préjudicielle à la Cour de Justice de Luxembourg pour savoir si elle adopterait, comme dans son arrêt du 11 mai 2000, Renault c/ Maxica, sa conception du contrôle ainsi définie : « afin de respecter la prohibition de la révision au fond de la décision étrangère, l'atteinte devrait constituer une violation manifeste de la règle de droit considérée comme essentielle dans l'ordre juridique de l'Etat requis ou d'un droit reconnu comme fondamental dans cet ordre juridique » ; nonobstant l'équivoque du terme flagrant, une partie de la doctrine partage la démarche actuelle de la jurisprudence et notamment le Professeur de VAREILLES-SOMMIÈRES qui estime qu'il s'agit « d'un compromis que l'on peut trouver à cet égard équilibré ».

*** **

En conclusion de cette longue - peut être trop longue - intervention, je voudrais vous présenter trois observations :

- **La première observation** concerne la « personnalité » du juge étatique ; cette jurisprudence, favorable au développement de l'arbitrage, dépend non seulement de la bonne connaissance par les magistrats des règles mais aussi de celle du milieu de l'arbitrage, notamment, international.

- **Formation et information** sont deux impératifs essentiels à maintenir. Il faut à cet égard rendre hommage à tous les juges qui pendant ces trente années se sont spécialisés dans cette matière et ont forgé cette jurisprudence ; je veux parler de tous les magistrats qui, après Pierre BELLET, se sont

succédés au tribunal de Paris, dans les Cours d'appel et à la Cour de cassation ; l'apport de la 1^{ère} chambre de la Cour d'appel de Paris a été déterminante ; ils sont tous les artisans de cette jurisprudence. Cet impératif de formation doit être poursuivi à l'ENM car elle se construit à partir de textes très souples, peu directifs, pour lesquels il faut donner un contenu pratique pour les rendre effectifs ; ceci explique la longue maturation des solutions autour de principes dégagés par le juge : « Vu le principe compétence-compétence ; etc. ; C'est pourquoi, si en matière internationale la compétence du juge est centralisée à Paris, en matière interne, une compétence régionale devrait être instituée comme en matière de brevets et autres.

- **Information du juge** : la situation française présente une particularité très heureuse à mon avis : les magistrats dialoguent, en toute indépendance et liberté, avec tous ceux qui participent aux réflexions sur l'arbitrage lors des colloques, tables rondes, projets de réformes etc. Cela permet aux juges de mieux connaître les réalités et les problèmes pratiques de l'arbitrage interne ou international et de mesurer les conséquences de leur décisions.

• **Deuxième observation** : Cette faveur donnée à l'arbitrage est-elle légitime ? Je pense que oui et tout particulièrement en matière internationale qui met en cause le commerce international.

• **Troisième observation** : Quelles sont les questions susceptibles de se poser à l'avenir ?

- une consolidation de la jurisprudence pour le contrôle de l'ordre public, notamment au regard du droit européen ;
- les voies de recours contre les décisions du juge d'appui au regard de celles prises par les centres d'arbitrage (absence de motivation et d'autorité de chose décidée) ;
- la suppression de l'effet suspensif de l'appel ne va-t-il pas créer un contentieux de l'exécution avec le recours devant le Premier Président en suspension de l'exécution provisoire de la sentence ;
- le contrat d'arbitre et le contentieux de la responsabilité des arbitres ou des centres d'arbitrage ;
- l'application du principe de loyauté notamment dans la production des preuves, de concentration des moyens et des demandes ;
- le pouvoir pour les arbitres d'ordonner des mesures provisoires ou conservatoires.

Mais si l'imagination des avocats vous donnera matière à réflexion, il n'en demeure pas moins que l'arbitrage a de très beaux jours à vivre car la faveur qui lui est accordée repose sur une réalité économique, un besoin et surtout sur la confiance des parties et des juges, qui, malgré les difficultés, demeure.

Je vous remercie.