

DÉVELOPPEMENTS RÉCENTS DE LA JURISPRUDENCE ESPAGNOLE EN MATIÈRE D'ARBITRAGE

par

Jean Paul CORREA DELCASSO

Docteur en Droit

*Avocat, Associé du cabinet Ventura Garcés & López Ibor Abogados
MCF Associé Université Toulouse 1 – Capitole*

RÉSUMÉ

Dans le présent article, l'auteur analyse les développements récents de la jurisprudence espagnole en matière arbitrale et, tout particulièrement, de la doctrine d'origine CCI — mal nommée, selon lui — de « l'extension de la convention d'arbitrage » ; de l'annulation de la sentence arbitrale lorsque cette dernière est contraire à l'ordre public et de l'interprétation qui est faite d'une clause arbitrale pathologique lorsque cette dernière prévoit, d'une manière indistincte, le recours à l'arbitrage et à la juridiction étatique.

SUMMARY

In this article, the author analyses recent developments in Spanish case law relating to arbitration, and in particular the doctrine originating from the ICC — misnamed, according to him — of the “extension of the arbitration agreement”; the annulment of the arbitral award when this is contrary to public policy and the interpretation of a “pathological” arbitration clause where the latter provides indistinctly for recourse to arbitration and to the courts.

INTRODUCTION

1. Force est de constater que l'arbitrage connaît à l'heure actuelle en Espagne un essor considérable. Bien que cette discipline soit issue d'une longue tradition juridique et que de

nombreux textes anciens se soient chargés de la règlementer au fil des années, dans des secteurs parfois très distincts (1), la période pendant laquelle l'Espagne a connu un régime de dictature (c'est-à-dire vers la moitié du XX^e siècle) tandis que les démocraties occidentales commençaient à ouvrir leurs marchés et à globaliser leur économie, a sans doute entraîné un important recul que les dernières réformes législatives et, tout particulièrement, les lois qui se sont succédé après celle de 1988, ont comblé de manière très satisfaisante.

2. Ainsi, il est possible aujourd'hui d'affirmer que l'Espagne est, selon l'expression anglo-saxonne, un pays « *arbitration friendly* », qui s'est doté d'une loi performante et d'institutions extrêmement dynamiques (comme le « *Club Español del Arbitraje* », entre autres) qui contribuent, de plus en plus, à consolider cette pratique non seulement en droit interne, mais aussi au niveau international.

3. Dans la présente étude nous exposerons, en ce sens, les développements récents qu'a connus, ces derniers temps, la jurisprudence rendue en matière arbitrale et, plus précisément, les solutions retenues par nos tribunaux en ce qui concerne l'extension de la convention d'arbitrage à des parties qui ne l'ont pas signée initialement (I), la violation de l'ordre public (II) et les conventions d'arbitrage pathologiques, lorsque la rédaction de la clause — vise de manière indistincte, l'arbitrage et les juridictions étatiques (III).

I. – L'EXTENSION DE LA CONVENTION D'ARBITRAGE

4. L'extension de la convention d'arbitrage à des parties qui ne l'ont pas signée initialement constitue, sans aucun doute, l'un des sujets les plus intéressants et fondamentaux du monde

(1) A titre d'exemple, pendant que la doctrine et la jurisprudence de nombreux Etats européens s'interrogeaient sur la possibilité de soumettre à cette institution les litiges concernant le droit des sociétés, les Ordonnances de Bilbao du XVIII^e siècle, la Constitution de 1812 ou le Code de Commerce de 1829 imposaient la nature obligatoire, dans ce domaine, de la matière qui fait l'objet de notre étude. La raison de ce fait, qui a été qualifié à juste titre de « surprenant » par son caractère innovateur et précurseur en Europe (B. Cremades, *El Arbitraje societario*, "La Ley", Sección Doctrina, 2000, Ref. D-281, Tomo 9) doit être recherchée, bien entendu, dans les racines du système juridique espagnol lesquelles, tout comme celles du droit français, plongent — entre autres — dans le droit romain.

florissant de l'arbitrage contemporain et, notamment, de l'arbitrage international. La rapidité requise à l'heure actuelle par nos principaux agents économiques (grandes entreprises et PME, essentiellement) et le fait que notre économie se mondialise de plus en plus, exigent une réponse souple et efficace de la part du système juridique (non seulement en termes de célérité mais surtout de spécialisation), que la justice étatique dans la plupart des Etats n'est souvent pas en mesure de satisfaire, tout particulièrement depuis quelques décennies où nous assistons à une technicité accrue de notre société et de notre économie.

5. Cependant, cette doctrine, fermement assise en France grâce — fondamentalement — aux grandes sentences arbitrales rendues par la Cour d'arbitrage de la CCI dans les années quatre-vingt, n'est pas à l'abri d'une certaine polémique, ou se heurte parfois même à un refus absolu de la part de certains tribunaux étatiques (2). Tel était, précisément, le cas de l'Espagne qui, jusqu'à il y a environ une dizaine d'années, refusait systématiquement l'application de cette théorie, au motif que la soumission

(2) En effet, pour peu que l'on examine la doctrine classique en matière d'arbitrage, notamment dans de nombreux pays européens comme l'Espagne, l'on constate qu'une bonne partie de ses auteurs — se fondant parfois sur des principes dogmatiques trop rigides, ou confondant ouvertement, dans d'autres occasions, le concept de partie signataire de la convention d'arbitrage avec celui de partie à la procédure arbitrale — a souvent rejeté d'une manière incompréhensible l'intervention de parties non signataires, à l'origine, d'une telle convention, en vertu du principe (très contestable, d'ailleurs) selon lequel seuls peuvent être parties à cette convention « ceux qui, ayant conclu cette dernière, ont manifesté leur volonté de s'y soumettre ». Toutefois, de tels postulats théoriques se heurtent non seulement à la réalité du monde des affaires et, par extension, du monde contemporain (et sont donc dépourvus, pour cette raison, de toute utilité pratique à l'égard de ce dernier), mais également aux principes fondamentaux du droit. En effet, peut-on qualifier, par exemple, de « tiers à la procédure d'arbitrage » une personne — physique ou morale — qui n'a pas signé la convention d'arbitrage alors que, pour le reste, elle est intervenue dès le début dans la relation contractuelle litigieuse ? Peut-on morceler un contentieux en plusieurs procédures arbitrales ou étatiques, alors que la matière litigieuse demeure la même ? Certes, la réponse ne pourra jamais être univoque et dépendra, surtout, de l'intervention concrète de chaque partie dans une relation contractuelle déterminée. Toutefois, si nous soutenons une vision étroite, voire même incorrecte, de la notion de partie à une procédure d'arbitrage, nous constaterons qu'un grand préjudice se produira, non seulement pour l'administration de justice, en termes de délais, mais également pour le justiciable en tant que « consommateur final » de la protection juridique, dans la mesure où il pourra être victime, dans certains cas, d'un véritable déni de justice. C'est, précisément à cet important phénomène que la doctrine — mal nommée d'ailleurs — de « l'extension » de la clause d'arbitrage a tenté de résoudre, tout d'abord en matière d'arbitrage international. A ce sujet, v. notre article « La clause d'arbitrage et son extension à des parties non signataires en arbitrage interne et international », *Gaz. Pal.*, n° 359 à 362, 2013, p. 7 à 12.

des parties à l'arbitrage devait apparaître d'une manière « non équivoque » (3). Cependant, dans un premier arrêt rendu le 26 mai 2005 dans une affaire dans laquelle le tribunal arbitral avait condamné une banque en tant que garante d'un contrat de fourniture, la Cour de Cassation espagnole a eu l'occasion de souligner qu'en l'espèce, « *la convention d'arbitrage contenue dans le contrat du 31 juillet 1992, comporte nécessairement l'extension de son application à des parties directement impliquées dans son exécution* », extension qui peut être faite « *en vertu de ce que dispose la Loi d'arbitrage actuelle laquelle, même si non applicable dans ce cas précis, garde une relation avec ce sujet lorsqu'elle régleme la clause d'arbitrage par référence* » (4).

La base de cette doctrine étant ainsi posée (même si elle l'a été en l'espèce d'une manière quelque peu discutable car la clause d'arbitrage par référence est, à notre avis, une institution complètement différente), de nouvelles décisions se sont ensuite prononcées sur cette question et, tout particulièrement :

L'arrêt de la Cour de Cassation du 11 février 2010, qui refuse l'extension de la convention d'arbitrage à l'administrateur de la société compte tenu du fait que, selon ladite décision, l'intervention de ce dernier dans le contrat litigieux ne s'était jamais produite à titre individuel, mais en tant que représentant de la société (5).

L'arrêt de la Cour Supérieure de Justice de Madrid du 13 février 2013 (6), cité par d'autres décisions ultérieures comme un bon exemple d'application de cette doctrine, dans la mesure où il reconnaît la transmissibilité de la convention d'arbitrage à la nouvelle société qui se subroge dans la position de son prédécesseur.

Cependant, comme il a été dit dans l'affaire *CCI Westland* qui opposait cette dernière société à quatre Etats du monde arabe en vertu d'un contrat qui visait la fabrication et la vente d'hélicoptères pour l'industrie de l'armement, « *déterminer si les quatre Etats sont liés par la convention d'arbitrage signée par l'AOI en son propre nom revient exactement à se demander du point de vue du droit matériel s'ils sont ou non liés, en*

(3) Selon l'expression, traduite littéralement, employée par le Conseil Constitutionnel espagnol dans de nombreux arrêts.

(4) ROJ : STS 1403/2005 (Traduction libre).

(5) ROJ : STS 1669/2010.

(6) ROJ : STSJ Madrid 8205/2013.

général, par les obligations assumées par l'AOI », plutôt qu'à constater du point de vue du droit processuel s'il existe ou non une « extension de la convention d'arbitrage » à une société qui, en l'espèce, ne peut pas être considérée « tierce » au contrat (7).

L'arrêt de la Cour Supérieure de Justice de Madrid du 20 janvier 2014, qui admet l'extension de la convention d'arbitrage à un administrateur assigné via une demande reconventionnelle

(7) Cependant, c'est dans l'arrêt *Dow Chemical* que cette doctrine se confirme. En effet, dans cette affaire, un important groupe multinational avait confié à un autre la distribution et la vente de ses produits sur le territoire français et signé à cet effet deux contrats distincts à travers plusieurs sociétés appartenant à ce dernier. Tout particulièrement, le groupe d'entreprises qui a concédé la distribution a alors introduit une demande d'arbitrage devant la Cour Internationale d'Arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale à l'encontre de certaines sociétés du groupe distributeur. L'une des co-défenderesses a alors invoqué, à titre préliminaire, l'inexistence de toute clause compromissoire l'obligeant vis-à-vis de deux des quatre sociétés demanderesse. Le tribunal arbitral, amené à se prononcer sur sa propre compétence, a reconnu cette dernière, ordonnant que la procédure soit également engagée à l'encontre des deux autres sociétés du groupe défendeur, après avoir constaté — entre autres — que les expressions utilisées au moment de la signature des contrats par celui qui invoquait alors son incompétence avaient été claires à tout moment, employant toujours le « nous » solennel qui démontrait ainsi son pouvoir de décision sur sa filiale et, par conséquent, sa participation effective et personnelle à la conclusion, l'exécution et la résiliation du contrat. Cette importante décision a eu ainsi le mérite de distinguer clairement, d'une part, le principe de partie au contrat (ou, du moins, ce qu'il fallait entendre par partie à de tels effets, compte tenu de la remarquable participation de la société mère dans les faits litigieux) et, de l'autre, celui de partie au procès. Ceci dit d'une autre manière, aucun « tiers », au sens strict du terme, n'est mis en cause dans la procédure que nous venons d'analyser, contrairement à ce qu'affirment à tort certains auteurs : en effet, la question qui se pose est tout au plus de déterminer, conformément aux normes de droit matériel ou à d'autres critères jurisprudentiels universellement admis (comme la doctrine du *stoppel* ou de la levée du voile social, entre autres), si les parties atraites devant l'arbitre l'ont été légitimement ou non. Mais encore une fois, cette décision nous met sur la piste — et posera les grands principes de la future doctrine de la Cour Internationale d'Arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale — pour déterminer, *a priori*, s'il faut appeler un tiers qui n'a pas souscrit la clause d'arbitrage mais qui, par ses actes, a perdu cette qualité par rapport aux faits litigieux, dans la mesure où il a participé, comme le souligne à juste titre ses sentences, « à la conclusion, à l'exécution et à la résiliation du contrat ». Les arbitres tirent ainsi « toutes les conséquences, au plan des effets de la convention d'arbitrage, de la réalité économique qu'est le groupe de sociétés, sans affirmer pour autant qu'à partir du moment où la personne physique ou morale qui contrôle un groupe, voire un membre de celui-ci, signe une convention d'arbitrage, l'ensemble des sociétés composant de groupe se trouvent liés par la convention d'arbitrage. Cette signature constitue seulement un commencement de preuve de la soumission de ces sociétés du groupe à la convention d'arbitrage, qui ne se trouvera confirmé que par la participation effective de ces sociétés aux opérations contractuelles ».

en réclamation de dommages et intérêts divers, après avoir souligné très pertinemment, que « *l'interprétation extensive de la clause d'arbitrage à des tiers doit être solidement fondée* » (8).

L'arrêt de la Cour Supérieure de Justice de Madrid du 16 décembre 2014, qui accueille, à nouveau, cette doctrine (en l'espèce, il s'agissait de condamner plusieurs sociétés d'un même groupe pour être en mesure d'accomplir ce qui avait été prévu dans un pacte d'associés), en citant les décisions que nous venons d'évoquer ainsi que l'idée essentielle (maintes fois évoquée par la Cour d'arbitrage de la CCI) pour que la question puisse, éventuellement, être appréciée par le tribunal arbitral, c'est-à-dire, « *que le tiers soit devenu partie au contrat — auquel cas il convient d'ajouter incidemment que nous ne serions pas en présence d'une extension de la convention d'arbitrage, à notre avis — ou qu'il ait eu une intervention décisive dans l'exécution de la relation litigieuse, soit parce qu'on lui confère des droits en vertu d'un contrat où se trouve insérée la convention d'arbitrage, soit parce qu'il est directement impliqué dans l'exécution de ce dernier* » (9).

L'arrêt de la Cour Supérieure de Justice de Madrid du 3 novembre 2015 (sans doute le plus complet d'un point de vue doctrinal), qui reprend la grande majorité des décisions que nous venons de citer, pour conclure qu'en l'espèce (il s'agissait de plusieurs contrats de *swaps* conclus successivement), cette doctrine ne pouvait pas s'appliquer compte tenu de la rédaction des contrats et de la manière dont ils avaient été conclus qui excluait donc, en l'espèce, leur application (10).

L'arrêt de la Cour Supérieure de Justice de Madrid du 16 septembre 2015, qui rejette un recours en annulation introduit contre une sentence arbitrale rendue par l'auteur du présent article, tout en indiquant que cette doctrine a été

(8) JUR\2015\46672 (Traduction libre).

(9) JUR\2015\37475 (Traduction libre).

(10) En revanche, la Cour considère très pertinemment — à notre avis —, que l'article 9.4 de la Loi d'Arbitrage doit être appliqué (c'est-à-dire, l'article qui règle la clause d'arbitrage par référence), compte tenu que lors de la conclusion de la troisième opération, l'employé de la banque s'était référé à d'autres documents où était insérée la convention d'arbitrage. Une autre décision qui rejette pour des motifs similaires l'extension de la convention d'arbitrage à des parties non signataires est celle du Tribunal Supérieur de Justice de la Catalogne du 16 mai 2013 (ROJ : STSJ CAT 5343/2013).

correctement appliquée dans le cas précis, compte tenu du fait qu'il s'agissait d'un garant « *directement impliqué dans l'exécution du contrat* » (11).

6. Cela dit, comme en droit français, une étude attentive des cas que nous venons d'analyser révèle que nous ne pouvons plus parler de « tiers » au sens procédural du terme, mais tout au plus de sujets initialement étrangers à la souscription d'une convention d'arbitrage qui, par la suite, en vertu de normes de droit matériel, sont devenus de vraies parties au contrat. Tel est le cas, par exemple, d'une cession de contrat ou d'une succession de contrats dans le cadre d'une opération de fusion par absorption (parmi d'autres exemples qui pourraient être cités). C'est pourquoi nous préférons utiliser à tout moment l'expression « partie initialement non signataire de la convention d'arbitrage », plutôt que celle de « tiers », c'est-à-dire, de personne morale ou physique étrangère à cette dernière. Cependant, nous devons admettre que certains cas peuvent s'avérer plus douteux, tout particulièrement lorsqu'un tribunal arbitral ne se prononce pas au regard de celui qui est partie au contrat, *stricto sensu* (quel qu'en soit le motif), mais au regard de celui qui, n'ayant pas acquis une telle qualité selon les normes de droit matériel, a eu une intervention décisive dans les faits. Ceci étant, nous croyons qu'il existe de multiples raisons qui justifient l'intervention des arbitres dans ces hypothèses (empêcher le déroulement de contentieux parallèles, par exemple) et, entre elles, la plus importante : éviter l'immense préjudice que peut subir la partie qui a vu rejetées ses prétentions, devant les tribunaux étatiques, à l'encontre d'une pluralité de défendeurs (en raison de l'existence d'une clause compromissoire signée par l'un d'entre eux) et, ultérieurement, par ces mêmes motifs, par un tribunal arbitral, sous prétexte maintenant que la convention ne lie que celui qui l'a souscrite, se voyant ainsi confrontée à un vrai déni de Justice.

7. Pour conclure, le développement de cette doctrine en Espagne est, sans doute, une bonne nouvelle pour l'arbitrage et constitue, de même, un bel exemple de l'évolution très positive qu'expérimente à l'heure actuelle dans notre pays ce mode alternatif de résolution de litiges.

(11) JUR\2015\242481.

II. – LA VIOLATION DE L'ORDRE PUBLIC

8. A l'image de ce qui est établi dans la Loi-type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international, la Loi d'arbitrage espagnole n'envisage que le recours en annulation pour attaquer une sentence arbitrale. Il est vrai que la loi prévoit aussi le recours en révision contre une décision rendue par les arbitres. Pour autant, nous ne pouvons pas affirmer, au sens strict du terme, qu'elle conçoit un autre mécanisme pour attaquer la sentence arbitrale dans la mesure où, comme en droit français, cette voie de recours vise des hypothèses très exceptionnelles qui sont communes, par ailleurs, à celles que prévoit le Code de Procédure Civile (ou « *Ley de Enjuiciamiento Civil* » de l'année 2000) contre une décision qui a été rendue par les tribunaux étatiques, passée en autorité de chose jugée et qui ne peut pas faire l'objet d'un autre pourvoi. Par contre, ni l'appel (disparu il y a de nombreuses années en matière d'arbitrage), ni la tierce opposition (méconnue dans notre système juridique) ne sont prévus par le législateur, qui a du reste instauré, à la différence du droit français, un régime moniste ou unitaire pour l'arbitrage interne et l'arbitrage international.

9. En ce qui concerne tout particulièrement le recours en annulation, quatre idées essentielles sont à retenir :

a) Après de longs débats provoqués par une rédaction plutôt maladroite du texte de la Loi, la doctrine espagnole considère de manière quasi unanime que l'annulation de la sentence arbitrale ne constitue pas une véritable (12) voie de recours (dans la mesure où elle ne prétend pas réformer la décision attaquée), mais un « moyen de résiliation » de la chose jugée, tout comme le recours en révision. Le législateur, lors de la dernière réforme, a supprimé le mot « recours » du texte de la Loi, et précisé simultanément dans son exposé des motifs que cette notion « *est évitée car elle est incorrecte d'un point de vue technique. Le recours en annulation est un processus de contestation de la validité de la sentence. Il en résulte donc que les motifs d'annulation de la sentence doivent être limités et ne doivent pas permettre, d'une manière générale, un examen du fond de la décision des arbitres* ».

(12) La Cour d'appel de Saragosse considérait, à juste titre, qu'il s'agissait pour cette raison « *d'un recours particulier qui ne présente aucun parallélisme avec la généralité des pourvois de l'ordre civil tranchés par les Cours d'appels* » (arrêt du 16 septembre 1996, AC 1996\1707, Traduction libre).

b) Ainsi que la jurisprudence espagnole le souligne à travers une phrase que l'on retrouve systématiquement dans tous les arrêts, le recours en annulation ne vise que le contrôle de la légalité de la convention d'arbitrage ; la nature disponible de la matière qui lui a été soumise et la « régularité » de la procédure (ou, autrement dit, le respect des droits de la défense), mais jamais le fond de l'affaire qui a été tranchée par les arbitres (13).

c) Malgré le silence du texte de la Loi, de nombreux auteurs (surtout au vu du principe qui est établi, d'une manière générale, à son article 6 (14)), considèrent que pour être en mesure, le cas échéant, d'ouvrir ce nouveau procès « en annulation », il faudra démontrer aux tribunaux étatiques que le motif invoqué a été régulièrement soulevé pendant l'instance arbitrale, sous peine de voir rejetées ses allégations (15).

d) Dès lors que la Loi-type a été reprise par le législateur espagnol, pour l'essentiel, le texte de l'article 41 définissant les différents motifs qui ouvrent la voie du recours en annulation est quasiment identique à ceux qui sont prévus par la Loi-type ainsi que par le droit français de l'arbitrage.

10. D'une manière plus spécifique, en ce qui concerne le motif de l'ordre public, l'article 41.1.f prévoit que la sentence arbitrale pourra être annulée lorsqu'elle est contraire à l'ordre public. Après l'introduction de ce motif par la Loi d'arbitrage de 1988, la jurisprudence a beaucoup évolué sur ce point, afin d'éviter à

(13) Tout au début de l'adoption de la Loi Modèle par le législateur espagnol (lors du grand bouleversement législatif provoqué par la Loi d'arbitrage de 1988), la Cour Constitutionnelle espagnole a eu l'occasion de révoquer un arrêt rendu par le « *Tribunal Supremo* » (ou Cour de Cassation espagnole) qui avait annulé une sentence arbitrale rendue en amiable composition et s'était prononcée sur une question qui n'avait pas été tranchée par celle-ci (STC 43/1988, du 16 mars). Comme l'affirme à juste titre la Cour d'appel de Madrid (Arrêt du 19 novembre 2010, JUR 2011\96127), « *la Cour d'appel n'agit ni comme une juridiction de deuxième instance, ni comme un organe d'appel qui peut réviser librement les faits et le droit appliqués par l'arbitre. L'action en annulation de la sentence arbitrale ne peut être un instrument pour examiner la question de fond ou la controverse tranchée par la sentence arbitrale* » (Traduction libre).

(14) Selon cette norme, « *si une partie qui connaît l'infraction d'une norme disponible de cette loi ou d'une autre condition de la convention d'arbitrage, ne la soulève pas dans le délai prévu ou, à défaut de celui-ci, s'ilôt elle sera en mesure de le faire, il sera estimé qu'elle renonce à ses facultés de l'attaquer dans les conditions prévues dans la Loi* » (Traduction libre).

(15) Sur ce point v., par exemple, l'arrêt de la Cour d'appel de Madrid du 4 avril 2000 (AC 2000\1766) ou les arrêts de la Cour d'appel des Baléares (arrêt du 4 février 1997, AC 1997\318) et de Valencia (JUR 2010\304889), entre autres.

tout prix que les parties « tentent leur chance » d'obtenir l'annulation de la sentence arbitrale par ce biais, jugé trop générique.

11. Le résultat a été jusqu'à présent très satisfaisant, dans la mesure où les tribunaux espagnols se sont inspirés de la doctrine constitutionnelle de l'ordre public, pour relever que ce motif ne pouvait pas être invoqué aux fins d'autoriser les tribunaux étatiques à se substituer au jugement des arbitres, que celui-ci ait été rendu en droit ou en amiable composition (16). A partir de là, la grande majorité des décisions rendues ces dernières années en matière de recours en annulation ont systématiquement rejeté l'argument tiré de la violation de l'ordre public motif pris que les arbitres n'avaient pas admis tous les moyens de preuve proposés par les parties ; ou que leur raisonnement n'était pas conforme à certaines normes de droit ou, tout simplement, qu'il s'avérait erroné au vu des moyens de preuve produits (17).

12. Cependant, une jurisprudence récente du Tribunal Supérieur de Justice de Madrid (18) a bouleversé le monde de l'arbitrage espagnol, en annulant de nombreuses sentences arbitrales au motif qu'elles violaient l'ordre public économique. Toutefois, dans la grande majorité des cas, il s'agissait de contrats de *swaps* où, selon le Tribunal, les arbitres avaient commis une erreur d'appréciation manifeste, dans la mesure où ils n'avaient pas appliqué les obligations contenues dans la loi du « *Mercado de Valores* » (« LMV ») ni celles qui découlent de la Directive 2004/39/CE. Les magistrats en concluent que les arbitres ont violé

(16) ATC 179\1991.

(17) Par contre, quelques sentences ont été annulées par ce biais, du fait d'avoir violé le principe du contradictoire ; de s'être fondées sur des moyens de preuve illicites (arrêt de la Cour d'appel de Madrid du 18 avril 2000, AC 2000\2142) ; en absence de toute motivation (une certaine flexibilité est souvent mise en œuvre sur ce point par les tribunaux étatiques, notamment lorsqu'il s'agit d'une sentence arbitrale rendue en amiable composition : arrêt de la Cour d'appel de Madrid du 18 avril 2000, AC 2000\2142) ; ou lorsque la soumission au tribunal arbitral peut être considérée abusive, au regard de la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne, par le fait d'avoir violé le droit de la consommation (arrêt de la Cour d'appel de Madrid du 18 avril 2000, AC 2000\2142).

(18) Arrêts de la Cour Supérieure de Justice de Madrid du 28 janvier 2015 (ROJ : STSJ M 1286/2015) ; du 6 avril 2015 (ROJ : STSJ M 4051/2015) ; du 14 avril 2015 (ROJ : STSJ M 4054/2015) ; du 14 avril 2015 (ROJ : STSJ M 4052/2015) ; du 23 octobre 2015 (ROJ : STSJ M 12653/2015) ; du 3 novembre 2015 (JUR\2016\203480) ; du 17 novembre 2015 (ROJ : STSJ M 13471/2015) et du 4 novembre 2016, principalement.

des normes impératives qui ne pouvaient être ignorées dans la mesure où elles visent la protection de la bonne foi contractuelle, de sorte que la motivation de la sentence arbitrale était arbitraire et son raisonnement erroné.

13. Finalement, pour être en mesure d'annuler la décision des arbitres sans méconnaître les grands principes du recours en annulation que nous venons d'exposer, la Cour de Madrid s'inspire, par analogie, de la technique de cassation espagnole, qui autorise, dans certains cas, une révision du fond de l'affaire par la cour suprême lorsque l'appréciation de la preuve par les juges du fond est manifestement « *arbitraire, illogique ou absurde* » (19).

14. Cela dit, le raisonnement de la Haute Cour madrilène nous paraît particulièrement maladroit dans la mesure où il confond deux choses complètement différentes : d'une part, le caractère erroné de la motivation de la sentence arbitrale lorsque l'arbitre a fait une appréciation de la preuve « *arbitraire, illogique ou absurde* » ; d'autre part, la contrariété de la sentence à l'ordre public, c'est-à-dire, aux normes impératives « *de haut rang législatif (20)* » lesquelles, selon la doctrine du Conseil Constitutionnel, correspondent aux droits fondamentaux consacrés aux articles 14 à 29 de la Constitution espagnole (principe d'égalité des citoyens devant la justice ou de l'égalité des sexes, entre autres) (21). Une fois ce grand principe clairement fixé par la Cour Suprême constitutionnelle, les tribunaux ont repris cette thèse pour souligner, à maintes reprises, que l'ordre public ne peut pas être invoqué pour justifier que les tribunaux étatiques se substituent au jugement des arbitres ou qu'ils contrôlent, en droit ou en amiable composition, le bien-fondé de la décision

(19) Arrêt du 3 novembre 2015, JUR\2016\203480 (Traduction libre).

(20) Comme le souligne à juste titre J.-B. Racine, *in Droit de l'arbitrage*, Paris, 2016, p. 595 : « *dans l'arbitrage interne, l'ordre public ne saurait être automatiquement et massivement assimilé à l'ensemble des règles impératives du droit français (il y en a partout !)* [...] *Le juge de l'annulation ne contrôle pas la bonne ou la mauvaise application des règles de droit, quand bien même celles-ci seraient d'ordre public [...]. En d'autres termes, il faut que la sentence elle-même soit contraire à l'ordre public* ».

(21) La Cour constitutionnelle espagnole a élaboré, en parallèle, une définition « *d'ordre public matériel* » qui comprend, selon sa doctrine, « *l'organisation générale de la communauté ou l'ensemble des principes juridiques publics, privés, moraux et économiques, qui sont absolument obligatoires pour la conservation d'une société à un moment déterminé* » (STC 54/1989, du 23 février 1989, (Traduction libre).

rendue par le tribunal arbitral (22). En conclusion, il ne s'agit ni de corriger la sentence rendue par le tribunal arbitral, ni d'interférer, sous couvert de violation de l'ordre public, dans le processus de son élaboration (23).

15. Cependant, malgré les efforts de la Cour Supérieure de Justice de Madrid pour tenter de respecter cette doctrine constitutionnelle, le résultat auquel parvient cette juridiction s'avère tout à fait insatisfaisant, dans la mesure où, finalement, c'est la décision ou le raisonnement des arbitres qui sont jugés erronés ou qualifiés d'arbitraires, ce qui est contraire à l'esprit du recours en annulation, pour les raisons énoncées précédemment.

16. Cette observation critique est confortée par le fait que ces arrêts de la Cour Supérieure de Madrid ont fait l'objet de ce que le droit espagnol connaît sous le nom de « vote particulier », c'est-à-dire, d'opinions dissidentes rendues par les magistrats qui ne partagent pas l'avis majoritaire de la cour. Et, sur le point qui nous retient, ces opinions personnelles sont dans la même ligne que celle que nous venons d'exposer : le motif de l'ordre public — selon l'une de ces opinions — oblige tout d'abord à « *délimiter clairement les facultés de la Chambre qui connaît du recours en annulation, pour ne pas les confondre avec celles de l'appel* » car, effectivement, « *nous ne pouvons pas nous investir du pouvoir de juger dans ce cas précis, car la décision des parties de vouloir exclure l'intervention des Tribunaux étatiques nous en empêche* ». C'est pourquoi, ce « vote particulier » rendu en l'espèce développe ensuite l'avis que nous exposons auparavant et auquel nous souscrivons pleinement, c'est-à-dire que l'on ne peut pas assimiler « *une appréciation erronée avec une appréciation irrationnelle* » : « *les conclusions de la décision majoritaire de la Chambre exigent une argumentation complexe, qui ne coïncide pas avec celle qui est effectuée dans la demande initiale. La longueur de l'argumentation qui est développée pour attaquer les motifs de la sentence arbitrale révèle à elle seule que l'erreur reprochée aux arbitres n'est pas manifeste, pas plus qu'elle ne provient d'un irrégularité la procédure arbitrale [...]. La décision des arbitres ne peut pas être qualifiée*

(22) Comme le souligne d'une manière très explicite la Cour d'appel de Madrid dans son arrêt du 30 septembre 2010 (JUR 2011\24596), la loi n'a pas voulu instaurer, moyennant le recours en annulation, un pourvoi en appel qui permette une révision complète des faits et du droit applicable, mais une « barrière » au contrôle des tribunaux étatiques qui ne peut être outrepassée en aucun cas.

(23) ATC 179\1991.

d'arbitraire, dans la mesure où elle arrive à des conclusions qui, pendant longtemps, ont été partagées par de nombreuses décisions de nos tribunaux, et même par une décision récente qui précède immédiatement la décision rendue en assemblée plénière citée par la sentence arbitrale » (24).

17. En somme, voici à notre avis le cœur du problème : il ne s'agit pas d'annuler la sentence arbitrale parce que la solution qu'elle retient est manifestement erronée mais, le cas échéant, de constater plus simplement, en l'espèce, une violation des normes impératives les plus essentielles de notre système juridique. Quitte, alors, à définir quelles sont ces normes et à élargir leur champ trop restreint, tel que délimité par le Conseil Constitutionnel et qui assimile, comme nous l'avons vu précédemment, le contenu de l'ordre public aux droits et libertés fondamentaux consacrés aux articles 14 à 29 de la Constitution Espagnole.

18. Cette jurisprudence semble toutefois connaître une certaine « accalmie » ces derniers temps, probablement parce qu'elle concernait en réalité une question particulière (celle des *swaps*, v. *supra*). Ces produits financiers ayant provoqué un scandale en Espagne, cela pourrait expliquer la volonté de la Cour de sanctionner la violation de l'ordre public économique pour des raisons purement sociales plutôt que juridiques.

III. – LA CLAUSE ARBITRALE PATHOLOGIQUE

19. Nous assistons de même, ces derniers temps, à une tendance très claire qui tend à élargir le champ de l'arbitrage, notamment dans les cas où une convention d'arbitrage pathologique renvoie les parties indifféremment devant les tribunaux étatiques et arbitraux.

20. En effet, la jurisprudence, suivant en cela la doctrine du Conseil Constitutionnel, a toujours exigé une volonté « non-équivoque » de se soumettre à l'arbitrage. Par conséquent, elle refusait qu'en cas de doute, les tribunaux arbitraux puissent être saisis. A l'heure actuelle, la tendance est tout à fait inverse et s'aligne, de la sorte, sur la jurisprudence française.

(24) Arrêt du 14 avril 2015, ROJ : STSJ M 4054/2015 (Traduction libre).

21. Ainsi, depuis quelques années, au rebours de la doctrine classique, nos tribunaux affirment de plus en plus que, en présence d'une clause d'arbitrage et d'élection de for, il convient plutôt de les renvoyer devant la juridiction arbitrale, s'il ressort du contrat que la volonté des parties était d'avoir recours à ce mode de résolution des litiges.

22. Entre autres, nous pouvons citer, dans ce sens :

a) L'arrêt de la Cour de Cassation du 11 février 2010, qui souligne expressément que le fait que le contrat prévoit que « *les parties se soumettent aux tribunaux de Saint Sébastien, tout en renonçant à tout autre for ou domicile qui pourrait leur correspondre, ne fait pas obstacle à la volonté des parties de soumettre à l'arbitrage leurs divergences relatives à l'appréciation et à l'interprétation du contrat* » (25), doctrine tout à fait opposée à celle qui avait été consacrée par le Conseil Constitutionnel et que nous retrouvons toujours dans quelques arrêts (26), qui exigent toujours que la soumission à l'arbitrage soit « non équivoque », comme exposé auparavant.

b) L'arrêt de la Cour Supérieure de Justice de Madrid du 13 mars 2013 analysé auparavant, rendu dans un cas où la convention d'arbitrage était rédigée dans des termes très similaires, qui va même au-delà de cette appréciation lorsqu'il qualifie « d'interprétation tordue » celle que prétendrait exclure le recours à l'arbitrage dans une hypothèse semblable (27).

CONCLUSION

23. Cette brève étude montre clairement que la jurisprudence espagnole en matière d'arbitrage évolue très positivement à l'heure actuelle, sous réserve de la jurisprudence de la Cour Supérieure de Justice de Madrid qui doit être comprise et analysée à la lumière de la question particulière à propos de laquelle elle s'est développée.

24. Par ailleurs, en ce qui concerne l'extension de la convention d'arbitrage à des parties non signataires, nous pouvons de même

(25) ROJ : STS 1669/2010 (Traduction libre).

(26) Comme celui qui a été rendu récemment par le Tribunal Supérieur de Justice de Las Palmas du 19 juin 2015, AC\2015\1569.

(27) ROJ : STSJ M 8205/2013.

conclure qu'un mécanisme permettant de donner sa pleine efficacité à la clause compromissoire s'impose progressivement en Espagne.

25. Ainsi que nous l'avons souligné à plusieurs reprises, il ne s'agit pas d'attirer d'une manière indifférenciée toute personne, physique ou morale, qui n'était pas partie initialement à la convention d'arbitrage, mais uniquement celles qui sont intervenues de façon décisive dans la relation contractuelle. Dans cette hypothèse, les arbitres ne font que se prononcer conformément à ce qui a été convenu par les parties, sur les questions qui leur ont été soumises dans le cadre de la procédure arbitrale et qu'elles ont désiré soumettre au tribunal arbitral lors de la signature de la convention d'arbitrage.

C'est pourquoi les tribunaux français ne se contentent plus aujourd'hui de rechercher la « volonté commune des parties ». Désormais, comme le soulignent à juste titre certains auteurs (28), l'évolution chemine vers une analyse objective de l'extension de la convention d'arbitrage, car il s'avère beaucoup plus conforme à la réalité d'abandonner, en effet, toute référence à cette volonté commune, pour tenter d'identifier une typologie beaucoup plus complète et objective des cas que nous venons d'aborder dans cet article.

Dès lors, le fait que le mécanisme de l'extension de la clause compromissoire s'impose progressivement en Espagne contribue, sans doute, à mieux comprendre l'institution de l'arbitrage et à dépasser des théories construites sur des axiomes parfois inexacts et/ou trop rigides.

Enfin, l'interprétation d'une clause compromissoire pathologique dans le sens de son efficacité constitue sans doute un grand pas en avant franchi par les juridictions espagnoles, ce qui contribue à faire de l'Espagne une place d'arbitrage de plus en plus appréciée dans le monde.

(28) A. Pinna, « La reconnaissance de l'extension de la clause compromissoire à l'entité objet du contrat », Cah. arb., 2013-1, pp. pp. 126-128. Comme le souligne à juste titre cet auteur, « l'arrêt commenté est donc une nouvelle pierre à l'édifice jurisprudentiel qui tend à unifier entre les mains de l'arbitre tous les contentieux qui entrent dans l'objet du contrat et de la clause compromissoire contenue dans celui-ci, y compris ceux avec des non-signataires et ceux concernant d'autres conventions. C'est cette notion d'objet du contrat, toujours entendu comme l'opération juridique réalisée par les parties, que la jurisprudence doit maintenant préciser ».

