

## L'arbitrage international en France (Principes et système)

Jean-Pierre ANCEL

*Président honoraire de la Première chambre civile de la Cour de cassation*

RESUME. — Le droit français de l'arbitrage international est essentiellement l'œuvre de la jurisprudence, à partir de la réforme du décret du 12 mai 1981. Ce droit repose sur quelques principes directeurs, concernant la convention, l'instance et la sentence arbitrales, le tout constituant le système français de l'arbitrage international, tout orienté vers la sécurité et l'efficacité de l'arbitrage, et qui peut être résumé ainsi :

- Garantie d'une convention d'arbitrage à la validité renforcée, grâce à l'instauration d'un principe d'autonomie-validité de la clause d'arbitrage internationale, permettant de l'immuniser contre les causes de nullité du contrat principal, et de l'émanciper de tout système de droit étatique, cette validité étant exclusivement fondée sur la seule volonté des contractants, contrôlée au regard des seules exigences de l'ordre public international – clause d'arbitrage aux effets étendus à l'ensemble contractuel concerné, à tous les participants à l'exécution du contrat, et transmise automatiquement avec le contrat principal qui la stipule, comme accessoire de ce contrat.
- Garantie d'une instance arbitrale assurant le respect du procès équitable, avec le concours du juge étatique (« juge d'appui »).
- Consécration d'un statut juridique spécifique de la sentence internationale, détachée de l'ordre juridique de l'État d'origine, et susceptible ainsi d'être reconnue et exécutée dans tout pays d'accueil, éventuellement même dans le cas où elle aurait été annulée dans son pays d'origine (jurisprudence *Hilmarton – Putrabali*) – l'arbitrage étant ainsi institué comme une juridiction internationale autonome.
- Le tout sous le contrôle de l'arbitre en priorité – en vertu du principe compétence-compétence, très strictement respecté en droit français –, ensuite, du juge, au regard des exigences de l'ordre public international, ou de causes d'annulation ou de refus de reconnaissance strictement limitées dans leur définition et leur mise en œuvre, assurant ainsi la circulation internationale des sentences.

Mots-clé : droit français, arbitrage international, principes directeurs, convention, instance, sentence arbitrale, système français, sécurité, efficacité, convention d'arbitrage, principe d'autonomie-validité, ordre public international, procès équitable, juge d'appui, sentence internationale, juridiction internationale autonome, compétence-compétence

L'arbitrage international est l'institution qui permet de résoudre les litiges relatifs aux échanges économiques internationaux, au-delà des particularismes des législations nationales et des difficultés de détermination d'un juge compétent. Il est donc essentiel d'établir un véritable statut international de l'arbitrage, afin d'assurer son efficacité (régler les litiges internationaux selon la volonté des contractants) et sa régularité (garantie du procès équitable).

En droit français, l'arbitrage a longtemps été considéré avec suspicion, puisque le Code civil – comme la Cour de cassation au XIX<sup>e</sup> siècle – prohibait la clause d'arbitrage en matière civile (article 2061 du code civil). Il a fallu attendre 1925 pour que la clause d'arbitrage soit admise en matière commer-

ciale, et une loi du 15 mai 2001 pour que l'article 2061 soit réformé pour admettre la validité de la clause d'arbitrage dans les contrats concernant une activité professionnelle.

Cependant, dès le début du XX<sup>e</sup> siècle, les exigences de sécurité juridique dans les échanges économiques internationaux ont imposé la clause d'arbitrage comme moyen normal de résolution des litiges du commerce international.

Et, en France, ce sont les juges qui ont consacré la validité de la clause d'arbitrage international, d'abord en matière commerciale, puis, sans condition de commercialité, la seule dimension internationale de l'arbitrage entraînant l'efficacité de la convention d'arbitrage.

La grande réforme issue d'un décret du 12 mai 1981 a introduit l'arbitrage international dans notre Code de procédure civile (articles 1492-1507), en reprenant les solutions dégagées par la jurisprudence. Depuis lors, c'est toujours la jurisprudence qui a dégagé les règles essentielles en la matière, toujours dans un sens favorable au développement de l'arbitrage international.

Ainsi, le droit français de l'arbitrage international s'est construit autour de quelques principes fondateurs, règles essentielles, de source jurisprudentielle, concernant tant la convention d'arbitrage que l'instance et la sentence arbitrales, le tout formant ce que l'on peut appeler le *système français de l'arbitrage international*.

L'examen de ces principes directeurs va nous permettre d'envisager deux questions théoriques importantes : la source du pouvoir de juger reconnu aux arbitres, et l'émergence d'un véritable « ordre juridique arbitral » consacrant l'autonomie de la justice arbitrale internationale.<sup>1</sup>

Les principes directeurs du droit français de l'arbitrage international peuvent être énoncés sous la forme de trois propositions :

I — un principe de **validité** de la clause d'arbitrage international, déduit du régime juridique spécifique attribué à cette convention en matière internationale ;

II — les garanties du **procès équitable** appliquées à l'instance arbitrale, avec la coopération du juge ;

III — un **statut juridique** particulier pour la sentence arbitrale internationale, consacrant l'arbitrage comme un système de juridiction internationale autonome.

<sup>1</sup> Référence est faite ici à l'ouvrage récemment paru d'Emmanuel Gaillard *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, édité par l'Académie de droit international de La Haye.

## I. — UN PRINCIPE DE VALIDITE DE LA CLAUSE D'ARBITRAGE INTERNATIONAL

C'est la jurisprudence qui, en France, a consacré la validité de la clause d'arbitrage en matière internationale, d'abord en matière commerciale (au début du XX<sup>e</sup> siècle) puis, sans condition de commercialité, la seule dimension internationale de l'arbitrage entraînant l'efficacité de la convention d'arbitrage.

L'arbitrage étant devenu le mode normal de règlement des litiges économiques internationaux, il fallait, pour assurer la sécurité juridique de ces échanges, instaurer un régime juridique spécifique applicable à la clause d'arbitrage insérée dans les contrats internationaux, afin de protéger cette clause contre des contestations dilatoires, spécialement en cas de remise en cause de la validité du contrat qui la stipule.

C'est ainsi que la jurisprudence a élaboré le principe dit de l'**autonomie de la clause d'arbitrage international**, qui a donné naissance à la **règle de validité de cette clause**.

La règle a été posée à l'origine par un célèbre arrêt de la Cour de cassation (civ 1, 7 mai 1963, *Gosset*), affirmant que la clause d'arbitrage présente toujours, en matière internationale « une complète autonomie juridique, excluant qu'(elle) puisse être affectée par une éventuelle invalidité de l'acte juridique qui la contient ».

Ainsi était consacré l'un des **principes fondateurs** du droit de l'arbitrage international, actuellement très largement accueilli en droit comparé sous des appellations diverses (*separability* par exemple).

Dans notre droit, sa dernière expression résulte d'un arrêt de la Cour de cassation du 20 décembre 1993 (*Dalico*, *Bull. civ. civ.* n° 372) :

« En vertu d'une règle matérielle du droit international de l'arbitrage, la clause (d'arbitrage) est indépendante juridiquement du contrat principal qui la contient, directement ou par référence, et son existence et son efficacité s'apprécient, sous réserve des règles impératives du droit français et de l'ordre public international, d'après la commune volonté des parties, sans qu'il soit nécessaire de se référer à une loi étatique ».

Plusieurs règles importantes (trois) sont ici affirmées :

◆ **1<sup>re</sup> règle** : la clause d'arbitrage est valable, indépendamment de la validité du contrat principal qui la contient. C'est l'**effet d'immunité** du principe d'autonomie, qui affirme également un véritable **principe de validité de la clause d'arbitrage en matière internationale**.<sup>2</sup>

Dès lors que l'activité en cause est de nature internationale, la clause d'arbitrage est valable, indépendamment de tout critère de commercialité.

<sup>2</sup> Et la clause d'arbitrage peut valablement être stipulée *par référence* à un autre document contractuel qui la contient (validité de la clause d'arbitrage dite « *par référence* »).

Cela nous renvoie à la définition de l'arbitrage international donnée, par l'article 1492 de notre Code de procédure civile :

Art. 1492 : « Est international l'arbitrage qui met en cause des intérêts du commerce international. »

Il en résulte qu'en droit international, la prohibition édictée par l'article 2061 du Code civil est sans application ; c'est une règle de droit interne, non applicable dans l'ordre international.

C'est ce qu'a affirmé la Cour de cassation dans l'arrêt *Zanzi* (15 janvier 1999, *Bull. civ. civ.* n° 2).

Visant « le principe de validité de la clause d'arbitrage international, sans condition de commercialité », la Cour affirme qu'il en résulte que « l'article 2061 du Code civil (qui, à l'époque, prohibait la clause d'arbitrage en matière civile) est sans application dans l'ordre international » (cet arrêt censure une cour d'appel qui avait annulé une clause d'arbitrage pour défaut de commercialité du litige).<sup>3</sup>

Dans un contrat international, la validité *a priori* de la clause d'arbitrage se déduit de son existence.

Nous avons ici un exemple des transformations que subissent les notions de droit interne dans un rapport juridique international, où la portée de la norme nationale se trouve naturellement affaiblie ; il faut imaginer des normes nouvelles, mieux adaptées aux relations internationales. C'est ce qui se produit ici. Le juge français, pour répondre aux exigences des relations économiques internationales, construit pour la clause d'arbitrage un statut juridique dérogoratoire. La clause a une validité spécifique.

La question se pose alors : validité en vertu de quoi et par rapport à quoi ?

La clause d'arbitrage international existe, et elle est valable par le seul effet de la volonté des contractants.

C'est la 2<sup>e</sup> règle :

◆ **2<sup>e</sup> règle** : l'appréciation de l'existence ou de la validité de la convention d'arbitrage est faite par référence à la seule volonté des contractants, sans avoir à mettre en jeu une règle de **conflit de lois** pour rechercher la loi éventuellement applicable à cette convention : la référence à un droit étatique n'est pas nécessaire. C'est l'**effet d'émancipation** du principe d'autonomie. Cet effet d'émancipation est double :

- la clause d'arbitrage est d'abord émancipée du système des conflits de lois. La méthode conflictualiste est évincée, au profit d'une **règle matérielle**, qui énonce directement la norme applicable.
- la clause d'arbitrage est émancipée de tout système de droit étatique, elle est véritablement d'essence *internationale*, expression parfaite de **l'autonomie de la volonté en matière contractuelle** : c'est la volonté

<sup>3</sup> La même solution est reprise dans un arrêt *Vivendi*, Civ. 1, 28 janv. 2003 *Bull. civ. civ.* n° 21 : la clause d'arbitrage est valable du seul fait de l'internationalité du rapport litigieux.

### des parties contractantes qui crée le lien de droit.

◆ **3<sup>e</sup> règle** : la liberté contractuelle est totale – seule compte la volonté exprimée de conclure une convention d'arbitrage. La seule limite est l'**ordre public international**, qui peut intervenir pour invalider une convention qui heurterait les valeurs juridiques fondamentales (convention organisant une corruption, ou couvrant des activités illicites).



Ce **principe d'autonomie-validité** de la clause d'arbitrage international a un contenu théorique d'une très grande portée. Il a également d'importantes conséquences pratiques, déduites de la validité renforcée ainsi reconnue à la convention d'arbitrage.

#### En théorie :

Le principe de validité consacre la source contractuelle du pouvoir de l'arbitre international. L'arbitre est juge légitime des litiges du commerce international du seul fait de la volonté des contractants, qui l'institue comme tel.

Cette convention d'arbitrage n'est nullement – comme il a été soutenu – un « contrat sans loi ». C'est un contrat « sans loi étatique », mais qui est soumis à une loi : la volonté contractuelle.

#### En pratique :

Le principe de validité a d'importantes conséquences pratiques (deux) :

◆ **1<sup>re</sup> conséquence : l'engagement d'exécuter la sentence arbitrale.** La convention d'arbitrage oblige, non seulement à organiser l'arbitrage en cas de litige, mais également à exécuter la sentence. Et la Cour de cassation en a déduit que cette obligation, souscrite par un État signataire de la clause d'arbitrage, avait pour effet d'impliquer de sa part renonciation à l'immunité d'exécution dont bénéficient les États (Civ. 1, 6 juill. 2000 *Bull. civ.* N° 207 – *État du Qatar*).

◆ **2<sup>e</sup> conséquence** : L'exigence d'efficacité de la convention d'arbitrage conduit à en étendre les effets au-delà de l'application stricte des règles du droit des obligations de droit interne français. C'est l'**effet mobilisateur** de la clause d'arbitrage international.

Ici encore se manifeste le phénomène – mentionné plus haut – de déformation des concepts de droit interne par l'effet de l'internationalité de la situation litigieuse. Ainsi la règle de l'effet relatif du contrat va connaître une interprétation spécifique au droit international de l'arbitrage.

Par l'effet de sa validité autonome, la clause d'arbitrage va attirer à elle toutes les parties qui en ont eu connaissance et sont réputées y avoir – au moins tacitement – consenti. De même, l'effet de la clause d'arbitrage s'étend à tous les contrats faisant partie d'un ensemble contractuel, dans lequel un seul contrat la stipule. Il y aura alors *extension de la clause* à des parties qui ne l'ont

pas signée (A). Mais il convient également d'assurer la *transmission contractuelle* de la clause d'arbitrage (B).

#### A. – *L'extension de la clause d'arbitrage international*

Le vocable d'*extension* de la clause est usuel, mais il s'agit, en réalité, juridiquement, de déterminer à l'égard de qui la clause va *avoir effet obligatoire* (expression heureusement employée dans l'arrêt *Alcatel*, 1<sup>re</sup> civ, 27 mars 2007, qui sera examiné plus loin).

L'extension de l'effet obligatoire de la clause à des contractants non signataires permet d'assurer la complétude du contentieux devant l'arbitre, et d'en éviter l'éparpillement au gré des divers intervenants dans l'exécution du contrat.

La règle définie par la jurisprudence énonce que la clause d'arbitrage doit avoir effet à l'égard de tout intervenant impliqué dans l'exécution du contrat qui la contient, dès lors qu'il est établi que cette personne en avait nécessairement connaissance et y a tacitement consenti. La preuve du consentement est évidemment nécessaire, puisque, sans lui, il ne pourrait exister de convention d'arbitrage.<sup>4</sup>

◆ un arrêt du 14 mars 2006 (*CNC*) mentionne cette règle, mais de manière indirecte, car cela n'était pas nécessaire pour la solution du pourvoi (il s'agissait de la recevabilité de l'intervention d'un tiers à l'arbitrage), mais la 1<sup>re</sup> chambre civile a volontairement indiqué que le demandeur « aurait pu saisir (le juge de l'annulation de la sentence) en reprochant au tribunal arbitral d'avoir méconnu l'article 1502-1<sup>o</sup> du code de procédure civile en refusant d'étendre l'effet de la clause d'arbitrage à une partie impliquée dans l'exécution du contrat ».

◆ l'occasion d'énoncer clairement la règle s'est présentée et le 11 juillet 2006 (*sté Roger Albert*) la 1<sup>re</sup> chambre civile affirme : « l'arrêt qui constate qu'une société est intervenue dans l'exécution d'un contrat avec l'accord de l'un des contractants en déduit, à bon droit, que la clause d'arbitrage était applicable ».

◆ et le 27 mars 2007 (*Alcatel*), la Cour pose la règle :

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

Et la solution s'applique également aux groupes de contrats, lorsque l'un seul des contrats stipule la clause d'arbitrage.

La Cour de cassation a admis cet aspect de l'effet mobilisateur de la clause d'arbitrage international dans un arrêt *Ouralkali*, Civ. 1, 30 mars 2004, *Bull.*

<sup>4</sup> Sur l'ensemble de la question, V. Éric Loquin, « Divergences et convergences dans le régime de la transmission et de l'extension de la clause compromissoire devant les juridictions françaises », in *Gaz. Pal.* mai-juin 2002 spécial arbitrage.

*civ.* n°95, à propos de deux contrats, dont l'un seulement stipulait une clause d'arbitrage, dès lors qu'il était relevé que les deux contrats « étaient indissociables en vue d'assurer la viabilité économique de l'opération, et que la soumission à l'arbitrage concernait tous les litiges pouvant naître de l'exécution de l'un ou de l'autre des contrats ».

La clause d'arbitrage international étend son effet obligatoire à la fois aux personnes impliquées dans l'exécution du contrat et aux conventions annexes, indissociables de celle qui la stipule.

Ainsi est assurée la concentration du contentieux contractuel devant la juridiction arbitrale.

### B. — *La transmission de la clause d'arbitrage*

Il ne suffit pas, pour assurer sa pleine efficacité, d'étendre l'effet obligatoire de la clause d'arbitrage à tous les intervenants dans l'exécution du contrat et à l'ensemble du groupe de contrats, il convient également d'assurer sa *transmission contractuelle*.

Ainsi la clause d'arbitrage va s'appliquer à « toute partie venant aux droits des contractants » (Civ. 1, 8 fév. 2000 *Bull. civ.* n° 36, *Taurus films* – Civ. 1, 28 mai 2002, *Bull. civ.* N° 146, *Ciments d'Abidjan*) :

« En matière internationale, la clause d'arbitrage, juridiquement indépendante du contrat principal, est transmise avec lui, quelle que soit la validité de la transmission des droits substantiels ».

La clause d'arbitrage, juridiquement indépendante du contrat principal (en tant que convention spéciale **de procédure**, distincte des clauses substantielles du contrat) est transmise avec le contrat en tant qu'**accessoire indispensable** à l'exécution de ce contrat, pour la parfaite réalisation de la volonté contractuelle.

Il existe donc un véritable mécanisme de **transmission contractuelle** de la clause d'arbitrage. Le **droit d'action** (droit d'aller à l'arbitrage) est transmis avec les droits substantiels stipulés dans le contrat principal :

Civ. 1, 6 février 2001 *Bull. civ.* N° 22 – *Peavey* :

Civ. 1, 27 mars 2007 (*Alcatel*, précité) :

« Dans une chaîne de contrats translatifs, la clause d'arbitrage international se transmet avec "l'action contractuelle" (*Peavey*) est transmise de façon automatique en tant qu'accessoire du droit d'action, lui-même accessoire du droit substantiel transmis, sans incidence du caractère homogène ou hétérogène de cette chaîne (*Alcatel*) ».

La formulation de la règle mérite quelques explications :

◆ il n'y a aucune incompatibilité logique entre la transmission de la clause comme accessoire du contrat et son autonomie proclamée, car cette autonomie concerne le régime juridique de la clause (licéité, validité) et n'affecte

pas son caractère d'accessoire du contrat principal, en tant que convention de procédure autonome, distincte mais jointe aux stipulations portant sur les droits substantiels transmis.

◆ la notion d'accessoire est tirée du droit français des obligations. La transmission du contrat principal concerne son accessoire : la clause d'arbitrage, qui est l'expression du *droit d'action*, le droit de faire valoir son droit contractuel en justice, en l'occurrence devant l'arbitre.

◆ la transmission est dite « automatique » – expression il est vrai peu juridique, mais qui souligne que cette transmission se fait sans manifestation spéciale de volonté en ce sens.

◆ la transmission n'est pas limitée aux chaînes de contrats « homogènes » (par exemple, une série de contrats de vente – ce qui avait été précédemment jugé). Il est apparu que l'exigence d'homogénéité des contrats n'avait pas de véritable justification, sinon d'esthétique, l'essentiel étant qu'il y ait transmission à un ayant droit.

◆ la règle assure la circulation de la convention d'arbitrage, indispensable dans les relations économiques internationales, qui concernent souvent de nombreux intervenants, avec une pluralité et une diversité de contrats. Ce qu'il convient de vérifier, c'est l'existence d'un véritable *ensemble contractuel*, liant des partenaires ayant des intérêts communs, et une transmission juridiquement établie.



Ces diverses dispositions sont représentatives du pragmatisme qui domine tout le droit de l'arbitrage international : ce qui importe, c'est la réalité économique et l'efficacité de la convention d'arbitrage. D'où la préoccupation d'éviter une dispersion du contentieux arbitral : toutes les parties concernées par le litige peuvent se voir opposer, pour les différends concernant au besoin un ensemble contractuel, la clause d'arbitrage, partie intégrante – bien qu'indépendante – du contrat à l'exécution duquel elles participent.



Enfin, deux autres règles, d'une très grande portée pratique, sont liées aux effets du principe d'autonomie-validité de la clause d'arbitrage. L'on peut dire qu'elles en sont les **corollaires** :

◆ la règle dite de **compétence-compétence**.

◆ l'arbitrabilité des litiges concernant les **personnes morales de droit public**.

### 1. - La règle compétence-compétence

Nous nous situons toujours dans la logique du principe de validité de la clause d'arbitrage. La clause étant *a priori* valable, elle « doit recevoir application », selon l'expression de l'arrêt *Hecht* (1972) et investir l'arbitre de sa mission de juge. D'où découle logiquement la règle selon laquelle *il appartient à l'arbitre de statuer sur sa propre compétence*, c'est-à-dire sur



l'existence et la validité de la convention d'arbitrage qui l'investit de son pouvoir de juge.

L'arbitre a donc compétence sur sa compétence – d'où l'expression usuelle de « principe compétence-compétence », désormais adoptée par la Cour de cassation<sup>5</sup>.

Cette règle a un **effet positif** : l'arbitre doit statuer sur ce point **en priorité**, et un **effet négatif** corollaire : la juridiction étatique n'a pas le pouvoir de statuer sur ce point avant que l'arbitre ne se soit prononcé.

Le principe s'applique aussi bien en matière d'arbitrage interne, qu'international.

La jurisprudence française – qui sur ce point, en droit comparé, semble se situer à l'avant-garde – en fait une application très stricte : il n'existe pas, en droit français de l'arbitrage, d'action en justice pour faire juger de la validité d'une convention d'arbitrage ; l'arbitre dispose, à cet égard, d'une priorité absolue.

La seule exception est la constatation, par le juge saisi, de la **nullité manifeste** de la convention d'arbitrage (art. 1458 du code de procédure civile), cas auquel la jurisprudence a assimilé l'**inapplicabilité manifeste** de la clause, cas où, à l'évidence, la convention d'arbitrage ne concerne pas le litige soumis au juge<sup>6</sup>.

Hors de ces cas exceptionnels, le juge étatique se déclare incompétent et renvoie les parties à l'arbitrage.

Exemples récents d'application de la règle de compétence-compétence :

Civ. 1, 1<sup>er</sup> déc. 1999 *Bull. civ.* N° 325 (*Metu System*) : (en matière internationale)

« ... il appartient à l'arbitre, en premier lieu, de se prononcer sur l'existence et la validité "de la convention d'arbitrage". La juridiction étatique n'a donc pas le pouvoir de se "prononcer" ».

(Même solution : Com., 4 mars 2003 (*Numonics*), non publié au *Bull. civ. etin*).

Civ. 2, 27 juin 2002 *Bull. civ.* N° 146 (*Verreries de Masnières*) (en matière interne).

Civ. 1, 26 novembre 2006 (*Groupama*):

« la combinaison des principes de validité de la clause d'arbitrage international et de compétence-compétence interdits au juge étatique de

<sup>5</sup> Civ. 1, 4 juil. 2006 (*Prodim*) : « Vu le principe compétence-compétence ».

<sup>6</sup> Cf. deux exemples de clause manifestement inapplicable dans la jurisprudence récente :

Civ. 1, 4 juil. 2006 (*CSF*) : cas de deux contrats entre les mêmes parties, l'un avec une clause d'arbitrage, l'autre stipulant une clause attributive de juridiction à un tribunal étatique ; la clause d'arbitrage était manifestement inapplicable à ce second contrat, dans lequel les parties avaient exprimé une volonté contraire à l'arbitrage.

Civ., 11 juil. 2006 : la clause d'arbitrage était stipulée dans un contrat « de réservation de fret », qui prévoyait sa novation en un connaissance qui, lui, contenait une clause de juridiction. Même solution que dans le précédent arrêt cité.

statuer sur l'existence, la validité et l'étendue de la clause d'arbitrage avant que l'arbitre ne se soit prononcé sur ce point, sauf nullité ou inapplicabilité manifeste de la clause. »



2- La seconde règle, corollaire du principe d'autonomie-validité de la clause d'arbitrage international, est celle de l'**arbitrabilité des litiges concernant les personnes morales de droit public** (État et société étatisée) dès lors qu'il s'agit d'un contrat international.

La règle résulte, en droit français, de l'arrêt *Galakis* : Civ. 1, 2 mai 1966, *Bull. civ.* N° 256.

La Cour de cassation affirme que la prohibition de compromettre visant les établissements publics n'est pas applicable « à un contrat international passé pour les besoins et dans des conditions conformes aux usages du commerce international » (maritime, en l'espèce).

C'est, ici encore, une façon d'affirmer un principe de validité de la clause d'arbitrage internationale.

Il y a là encore un exemple du pragmatisme évoqué plus haut : l'État qui signe une clause d'arbitrage, parce qu'il agit en négociant international, doit, d'une part, honorer sa signature, et d'autre part, se soumettre aux règles du négoce international, en exécutant de bonne foi la convention qu'il a conclue.

## II. – LE RESPECT DES GARANTIES DU PROCES EQUITABLE LA COOPERATION DU JUGE

Bien que l'on puisse discuter de l'applicabilité, en général, de la *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* en matière d'arbitrage, il ne paraît pas douteux que les règles du **procès équitable** (*fair trial*) (art.6.1 de la Convention) s'appliquent à la justice arbitrale, comme à la justice étatique.

Ainsi sont consacrés, pour l'instance arbitrale, les principes fondamentaux : respect de la contradiction des débats, des droits de la défense.

La jurisprudence française a été appelée à rappeler un principe de procédure, à propos d'un **arbitrage multipartite**, dans lequel la constitution du tribunal arbitral s'était heurtée à la difficulté résultant d'un nombre important de parties au litige. La Cour de cassation a rappelé « le principe de l'égalité des parties dans la désignation des arbitres », principe d'ordre public auquel il ne peut être renoncé qu'après la naissance du litige : Civ. 1, 7 janvier 1992 *Bull. civ.* N° 2 (*Dutco*).



Cela étant, le procès équitable exige aussi que soient combattues les manœuvres dilatoires, destinées à retarder une solution du litige que l'une des parties pressent comme devant lui être défavorable.

Ainsi a été mise au point une règle de procédure, selon laquelle la partie qui participe sans réserves à l'arbitrage est censée avoir renoncé à invoquer les irrégularités qu'elle a omis, sans justification, de soumettre aux arbitres dès qu'elle en a eu connaissance.

Civ. 2, 21 novembre 2002 *Bull. civ.* N° 264 :

« La participation sans réserve d'une partie à l'arbitrage vaut de sa part renonciation au droit d'invoquer la nullité de la clause compromissoire ».

Civ. 2, 11 juillet 2002 *Bull. civ.* N° 161 :

« Une partie qui, ayant participé activement à l'arbitrage, s'est abstenue, en connaissance de cause, d'invoquer devant l'arbitre des irrégularités, est réputée avoir renoncé à se prévaloir ultérieurement de celles-ci ».

Cette règle – où l'on reconnaît une influence de la notion anglo-américaine d'*estoppel*<sup>7</sup> – et qui se fonde sur le principe fondamental de **loyauté des débats** (devant l'arbitre, comme devant le juge) est énoncée dans la loi-type CNUDCI.

(Art.4, sous l'intitulé : « renonciation au droit de faire objection »). Elle est d'un très grand intérêt pratique, et devrait figurer dans toute législation moderne sur l'arbitrage.



Quant à la **coopération du juge**, elle est essentielle au bon fonctionnement de tout système d'arbitrage.

Cette coopération agit à deux moments de l'arbitrage :

◆ pour la **constitution du tribunal arbitral**, lorsqu'une difficulté se présente (refus de l'une des parties de désigner un arbitre, décès ou démission d'un arbitre). Le recours au juge est alors indispensable pour dénouer la situation de blocage. Il en est de même en cas de **récusation** d'un arbitre.

Dans l'exercice de cette mission de coopération à l'arbitrage, le juge français s'est montré particulièrement actif et inventif.

Ainsi, par un arrêt du 1<sup>er</sup> février 2005 (*MIOC*), la 1<sup>re</sup> chambre civile de la Cour de cassation a reconnu au juge d'appui français le pouvoir de désigner un arbitre lorsque la situation procédurale révèle un cas de **déni de justice**. Devant l'impossibilité, pour une partie, de trouver un juge (arbitral ou étatique) le juge français doit intervenir pour éviter un déni de justice. La Cour de cassation a cru devoir préciser que l'exercice de ce pouvoir était soumis à la condition qu'il existe dans le litige concerné un lien avec la France (si tenu

<sup>7</sup> Notion intégrée, sous ce vocable, par la Cour de cassation, dans un arrêt *Golshani*, Civ. 1, 6 juil. 2005.

soit-il, en l'espèce la référence faite par les parties à la CCI, dont le siège est à Paris). Il est permis de penser, avec les commentateurs de l'arrêt<sup>8</sup>, que cette condition est superflue. En effet, l'existence d'un déni de justice est une justification amplement suffisante pour que le juge français – garant du procès équitable, donc, en premier lieu, de l'accès à un juge – soit tenu d'intervenir pour faire cesser une situation intolérable au regard de l'éthique du juge.

La Cour de cassation a ainsi reconnu l'existence d'un **droit à l'arbitre**, comme il existe un **droit au juge**. Il s'agit là d'une consécration formelle du pouvoir de juridiction de l'arbitre en matière internationale. L'arbitre est considéré comme un véritable juge international – et nous verrons qu'au-delà de l'arbitre, l'institution de l'arbitrage international a connu la même consécration, au moyen du statut juridique réservé à la sentence arbitrale.



◆ Le juge d'appui peut intervenir également en **cours d'instance**, et en cas d'**urgence**, il faut admettre la possibilité de s'adresser à un juge qui puisse se prononcer rapidement (en droit français, le **juge des référés**).

La jurisprudence française l'a admis de longues dates, d'abord pour que soient prises des **mesures provisoires ou conservatoires** (séquestre, constats, expertises, vente de denrées périssables, sauvegarde des preuves) mais également, pour accorder au créancier une **provision** à valoir sur sa créance, dès lors qu'elle n'apparaît pas **sérieusement contestable** :

Civ. 1, 6 mars 1990 *Bull. civ.* N° 64 (*Horeva*) :

« En l'absence de volonté contraire des parties recourant à un arbitrage international, l'existence d'une convention d'arbitrage [...] n'exclut pas, en cas d'urgence, la compétence exceptionnelle du juge des référés pour accorder une provision lorsque la créance n'est pas sérieusement contestable ».

Ici encore, le juge n'est appelé à intervenir que pour assurer l'efficacité de la convention d'arbitrage, jamais pour se substituer à l'arbitre, qui est seul investi du pouvoir de juger le fond du litige.

### III. – L'INSTAURATION D'UN STATUT JURIDIQUE INTERNATIONAL DE LA SENTENCE

(Contrôle et exécution de la sentence arbitrale internationale)

#### L'arbitrage consacré comme juridiction internationale autonome

##### A. — *Contrôle de la sentence internationale*

La sentence arbitrale internationale est susceptible d'être exécutée partout dans le monde : c'est l'objet de la Convention de New York, et du droit de

8 V. notamment S. Lazareff, *Gaz. Pal.*, 27 avril 2005, T. Clay, *Rev. crit. DIP* 2006,140.

l'arbitrage international, sous la seule réserve d'un contrôle *a posteriori* du juge du lieu de l'exécution, ce contrôle ne devant porter que sur la **régularité internationale de la sentence**, et jamais sur le fond du litige. Cette interdiction de toute **révision au fond** de la sentence est fermement établie : Civ. 1, 23 février 1994 *Bull. civ.* N° 75 (*Multitrade*).

Le contrôle est donc limité à quelques cas d'ouverture du recours (art. 1502 NCPC en droit français : cinq cas d'ouverture : nullité ou absence de convention d'arbitrage, irrégularité de désignation des arbitres, non-respect de leur mission par les arbitres, violation du principe de la contradiction des débats, reconnaissance ou exécution de la sentence contraire à l'ordre public international).

Mais parfois, à partir de l'un des cas d'ouverture, les parties cherchent à remettre en cause le jugement du fond, en s'attaquant, par exemple, aux motifs de la sentence.

La Cour de cassation a récemment condamné cette pratique, en précisant que l'invocation d'un motif d'annulation (le non-respect du principe de la contradiction) ne devait pas « recouvrir une critique du bien-fondé en droit de la motivation » retenue par le tribunal arbitral :

Civ. 1, 14 juin 2000 *Bull. civ.* N° 181 (*Inter Arab*) :

«... hors les cas [...] de violation du principe de la contradiction ou de l'ordre public international, le contenu de la motivation de la sentence arbitrale échappe au contrôle du juge de la régularité de la sentence... Le moyen fondé sur une contradiction de motifs est donc irrecevable. »

### B. — *Statut juridique de la sentence internationale*

La sentence arbitrale internationale a un statut juridique spécifique de décision juridictionnelle internationale : elle ne s'incorpore à aucun système juridique étatique, puisqu'elle émane d'une juridiction qui n'est, elle-même, intégrée dans aucun système judiciaire ou juridique étatique. Elle a cependant vocation à être reconnue, accueillie et exécutée dans tous les pays, soit par l'effet de la Convention de New York, soit en vertu des dispositions locales plus favorables que cette Convention.

C'est ainsi qu'en droit français de l'arbitrage international – plus tolérant que la Convention de New York – une sentence internationale annulée dans son pays d'origine a pu être reconnue et exécutée en France.

C'est la célèbre affaire *Hilmarton* : Civ. 1, 23 mars 1994 *Bull. civ.* N° 104.

Cet arrêt fait application de l'article 7 de la Convention de New York, qui prévoit que la personne qui demande l'exécution d'une sentence internationale peut invoquer le droit du lieu d'exécution, s'il est plus favorable que les règles de la Convention. C'était le cas en l'espèce, la Convention prévoyant la possibilité de refuser la reconnaissance et l'exécution d'une sentence annulée

dans son pays d'origine (la sentence avait été annulée en Suisse, son pays d'origine). Or, le droit français ignore ce cas de refus de reconnaissance. Le juge français avait donc la possibilité de reconnaître la validité de la sentence, si elle était régulière au regard du droit français de l'arbitrage international. Et la sentence a été déclarée exécutoire, le motif d'annulation à l'étranger (révision au fond du jugement des arbitres) n'étant pas recevable en droit international français.

Cette situation a pu paraître choquante : comment une sentence « nulle » peut-elle être exécutée ? La question posée est en réalité celle de la *portée internationale* de l'annulation prononcée à l'étranger. Et la solution donnée par le droit français signifie, en réalité, que la sentence annulée à l'étranger ne le sera en France que si le motif d'annulation « local » a un caractère « international » (par exemple, violation de l'ordre public international, ou des droits de la défense). Un motif purement contingent, de droit local (par exemple, le défaut d'indication de l'adresse des arbitres) ne sera pas admis en France<sup>9</sup>.

Ce qu'il faut retenir de cette jurisprudence, c'est l'ébauche d'un statut juridique de la sentence arbitrale internationale, détachée de tout système juridique étatique, de façon à pouvoir être accueillie et exécutée dans tous les pays dont le droit international de l'arbitrage le permet.



Cette ébauche a été parachevée par une décision récente de la Cour de cassation. C'est l'arrêt *Putrabali* (Civ. 1, 29 juin 2007).

L'affaire rappelle singulièrement le précédent *Hilmarton*.

Ici, c'est une sentence rendue à Londres par un collège arbitral de cinq membres statuant en appel d'une sentence à arbitre unique selon la procédure de l'International General Produce Association. Il s'agissait, en fait, d'un contrat de livraison de poivre, acheté par une société française à la société indonésienne *Putrabali*. Le poivre, transporté par voie maritime, a été perdu dans un naufrage, et l'acheteur a refusé de payer le prix. L'arbitre en première instance a condamné l'acheteur à payer le prix, mais le collège arbitral au second degré a jugé, au contraire, que l'acheteur était en droit de ne pas payer le prix de la marchandise perdue.

Le contrat prévoyait une possibilité de recours contre cette seconde décision, devant la *High Court* « sur un point de droit », en vertu de l'*Arbitration Act* de 1996. Et la juridiction de Londres, estimant que les arbitres avaient commis une erreur de droit, a annulé la sentence et renvoyé à l'arbitrage pour fixer l'indemnisation du vendeur.

L'acheteur a cependant obtenu à Paris l'exequatur de la sentence au second degré, l'exonérant du paiement du prix. La Cour d'appel de Paris a confirmé

<sup>9</sup> Qu'en serait-il d'un motif d'annulation « local », tel celui du droit de République populaire de Chine, qui déclare nul l'arbitrage *ad hoc*, pourtant quasi universellement admis ?

cet exequatur, et le pourvoi est rejeté, au motif principal suivant :

« la sentence arbitrale, qui n'est rattachée à aucun ordre juridique étatique, est une décision de justice internationale dont la régularité est examinée au regard des règles applicables dans le pays où sa reconnaissance et son exécution sont demandées en application de l'article VII de la Convention de New York du 10 janvier 1958, [l'acheteur] était recevable à présenter en France la sentence rendue à Londres le 10 avril 2001 [la sentence au second degré] conformément à la convention d'arbitrage et au règlement de l'IGPA, et fondé à se prévaloir des dispositions du droit français de l'arbitrage international qui ne prévoient pas l'annulation de la sentence dans son pays d'origine comme cause de refus de reconnaissance et d'exécution de la sentence rendue à l'étranger ? »

Il faut retenir de cet arrêt :

- La définition « universaliste » de la sentence arbitrale internationale, assimilée à une décision de justice internationale, sans rattachement national à un système juridique étatique : la sentence internationale n'a pas de « nationalité », elle peut être exécutée partout où le droit de l'arbitrage le permet.
- L'affirmation de l'arbitrage comme juridiction internationale au plein sens du terme, totalement autonome.
- Le rappel de la doctrine « *Hilmarton* » dans l'articulation de la Convention de New York (Art. VII) et d'un droit national (le droit français en l'occurrence) plus tolérant, comme ne comptant pas l'annulation de la sentence dans son pays d'origine comme refus de reconnaissance.

En résumé, cette doctrine revient simplement à affirmer que la sentence internationale ne peut être annulée – ou rejetée – que pour des motifs internationalement reconnus, et non pour des raisons locales, contingentes. Mais le territoire français ne doit en aucun cas être considéré comme le refuge des sentences annulées dans leur pays d'origine. Si l'annulation intervient pour un motif « international » (par exemple violation des droits de la défense), la sentence ne sera pas accueillie en France. En sens inverse, il se pourrait qu'une sentence considérée comme valable à l'étranger, ne soit pas reconnue en France.

Cet arrêt va donc dans le sens de la reconnaissance d'un véritable « ordre juridique arbitral » international et autonome.

Et il faut citer ici notre ami le regretté professeur Philippe Fouchard, qui, faisant la synthèse des travaux du congrès de l'ICCA tenu à Paris en 1998, évoquait le souvenir des étudiants de mai 1968, qui, dans Paris, proclamaient : « Soyez réalistes ! Demandez l'impossible ! » Et Philippe Fouchard de demander « l'impossible » : que la sentence arbitrale internationale ait un véritable statut international lui permettant de circuler librement à travers le monde.



Nous nous sommes efforcé de donner une « lecture » de la jurisprudence française en matière d'arbitrage international. L'on remarquera que, dans ce domaine, le système classique des conflits de lois a été pratiquement évincé, au profit de règles matérielles de droit international, fixées par le juge à partir des grands principes qui gouvernent la matière.

Et si l'on tentait de résumer en quelques mots le système français, en se posant la question suivante : que faut-il, selon le droit français de l'arbitrage international, pour que cet arbitrage fonctionne ?

Nous pourrions répondre qu'il faut :

◆ une **convention d'arbitrage** à la **validité renforcée** grâce à un régime juridique autonome lui permettant d'échapper à la nullité affectant éventuellement le contrat principal, et l'émancipant de tout droit étatique, cette validité étant fondée sur la seule volonté des contractants, contrôlée au regard des seules exigences de l'**ordre public international** ;

◆ une convention aux effets étendus à l'ensemble contractuel concerné et à tous les participants médiats à son exécution ;

◆ une **instance arbitrale** assurant les garanties du **procès équitable**, grâce au juge d'appui ;

◆ une **sentence** au statut juridique vraiment international, autorisant sa circulation à travers les frontières.

◆ le tout sous le contrôle de l'arbitre, en priorité, du juge ensuite, au regard soit de l'ordre public international, soit de causes d'annulation ou de refus de reconnaissance strictement limitées dans leur définition et leur mise en œuvre.