

ARBITRAGE

10^e ANNIVERSAIRE

DE LA RÉFORME DU DROIT FRANÇAIS
DE L'ARBITRAGE

CONFÉRENCE EN LIGNE
LE 13 JANVIER 2021 À 17H



**Compte rendu de la conférence organisée avec le Club des juristes,
par Jean-Pierre Grandjean et Marguerite Aynès, associés de
Grandjean Avocats**

Cette conférence a offert des regards croisés sur l'évolution du droit français de l'arbitrage en réunissant des professeurs, un haut magistrat, des praticiens de l'arbitrage comme conseil ou arbitre et des représentants de grandes entreprises utilisatrices de l'arbitrage.

Trois tables rondes animées par Jean-Pierre Grandjean ont successivement abordé **(i)** l'apport et la place des textes et de la jurisprudence depuis le décret du 13 janvier 2011, **(ii)** le déroulement des procédures d'arbitrage et **(iii)** le contrôle étatique des sentences arbitrales.

Les chiffres entre parenthèses après le titre de chaque intervention correspondent à leur minutage dans le « replay » de cette conférence :

<https://www.leclubdesjuristes.com/conference-10-anniversaire-reforme-droit-francais-arbitrage/>

Table ronde 1 : L'apport et la place des textes et de la jurisprudence depuis le décret du 13 janvier 2011

- **Thomas Clay**, Professeur des Universités, Doyen de Faculté, Administrateur provisoire de l'Université de Paris 1 Panthéon-Sorbonne, Avocat au Barreau de Paris, fondateur du Cabinet Clay Arbitration
- **Caroline Duclercq**, Avocate au Barreau de Paris, associée du Cabinet Medici, membre du conseil d'administration de l'Association française d'arbitrage (AFA) et de Paris Place d'Arbitrage
- **Dominique Hascher**, Conseiller à la Cour de Cassation, co-auteur de *Les grandes décisions du droit de l'arbitrage commercial* (Dalloz 2019)
- **Pierre Todorov**, Secrétaire général du groupe EDF, Membre du Club des juristes

Thomas CLAY présente l'évolution du droit de l'arbitrage à travers les textes (15:15).

Dix ans déjà depuis le décret du 13 janvier 2011 ! Quelle émotion pour ceux qui étaient là.

Depuis 2011, plusieurs textes intéressent directement le droit de l'arbitrage :

- La [loi de modernisation de la justice du 21^e siècle du 18 novembre 2016](#) a modifié l'article 2061 du Code civil. Dans sa nouvelle rédaction, [l'article 2061 du Code civil](#) dispose que la clause compromissoire doit avoir été acceptée par la partie à laquelle on l'oppose (alinéa 1^{er}) et qu'elle peut être déclarée inopposable à une partie n'ayant pas contracté dans le cadre de son activité professionnelle (alinéa 2). C'est une réforme importante, en arbitrage interne, puisqu'elle élève la clause compromissoire interne au rang de contrats dont on doit simplement vérifier l'acceptation, et non plus se demander si elle est valable ou non. En outre, la clause compromissoire est désormais valable dans les contrats de consommation, même si elle est inopposable aux non professionnels.
- La [réforme règlementaire du 20 décembre 2019](#) a modifié les modalités de saisine et le pouvoir du juge d'appui en créant la procédure accélérée au fond (PAF) par laquelle le juge d'appui rend un jugement exécutoire de droit, et non plus une ordonnance « comme en matière de référés » ;
- Le [décret du 18 septembre 2019](#) a remplacé le tribunal de grande instance par le tribunal judiciaire qui, en conséquence de cette réforme, est désormais visé dans tous les textes relatifs au droit de l'arbitrage.
- Au total, sept articles sur 84 ont été retouchés depuis le 13 janvier 2011.

D'autres réformes ont modifié indirectement le droit de l'arbitrage :

- Le [décret du 11 décembre 2019](#) a accru le rôle du conseiller de la mise en état qui statue donc désormais sur la recevabilité du recours en annulation ([article 789-6° du Code de procédure civile](#)), ce qui engendre des incertitudes ;
- Le [décret du 30 août 2019](#) a modifié le ressort territorial du juge d'appui ;

- La [loi Sapin II du 9 décembre 2016](#) a modifié les articles L111-1 à L111-1-3 du Code des procédures civiles d'exécution en matière de saisie de biens appartenant à des entités publiques.

Il faut aussi mentionner la [loi du 23 mars 2019](#) qui prévoit qu'une sentence peut être rendue sous forme électronique (était-ce bien utile ?) et le décret du 25 octobre 2019 prévoyant la certification des centres d'arbitrage en ligne, ainsi que celui du 23 décembre 2020 qui fixe leurs critères de certification. Enfin, la [loi du 26 mars 2018 sur l'organisation des jeux olympiques et paralympiques](#) pose l'obligation de trancher les litiges par voie d'arbitrage, par le Tribunal arbitral du Sport de Lausanne alors que ces jeux vont se dérouler à Paris, capitale internationale de l'arbitrage.

Ainsi, dans les textes, le droit de l'arbitrage a continué d'évoluer après le décret de 2011. **C'est un droit vivant qui va et doit continuer d'évoluer.** Plusieurs réformes méritent d'être envisagées dans les années à venir comme la clarification du régime de la confidentialité dans l'arbitrage international, l'articulation du régime des clauses abusives avec le nouvel article 2061, alinéa 2, du Code civil, la validation de la tierce opposition en matière internationale, le toilettage du Code du travail (article L111-4), la suppression des articles 2059 et 2060 du Code civil devenus inutiles et l'arbitrage en droit public dont tout le monde peut comprendre que le contrôle doit être opéré par la juridiction judiciaire.

Dominique HASCHER évoque la jurisprudence relative au droit de l'arbitrage depuis le décret du 13 janvier 2011 (28:31).

Le droit français de l'arbitrage a été forgé par des décennies de jurisprudence. En le codifiant, l'ambition du décret de 2011 a été de renforcer l'attractivité du droit français de l'arbitrage en le rendant plus accessible : « *Paris, the home of international arbitration* ».

Le décret s'applique dans un environnement de droit civil et non de *common law*. Les techniques d'interprétation sont donc celles des textes codifiés que les juridictions n'ont en principe pas à expliquer ou justifier.

Mais **les principes fondateurs de l'arbitrage**, qui forment le socle de la réforme de 1980/81 ayant consacré l'arbitrage comme une justice internationale et non comme une annexe de la justice étatique, **doivent continuer à guider l'interprétation du décret du 13 janvier 2011.** Sinon, le droit de l'arbitrage devient un droit processuel placé au niveau du décret dans la hiérarchie des normes et s'il ne relève plus du droit international mais de la procédure civile, les conditions dans lesquelles le droit de l'arbitrage a été conçu en France et s'y est développé seraient remises en cause. Par exemple, avec l'inversion de la hiérarchie des normes, il ne serait plus possible de placer en clé de voute du droit de l'arbitrage, le principe de validité de la clause d'arbitrage internationale consacré par la jurisprudence quand la législation disait l'inverse.

Certes, l'élaboration de principes par la jurisprudence, qui a fait le succès de l'arbitrage en France, est toujours utilisée comme l'illustre l'alignement du régime juridique du contrat d'arbitre sur celui de la convention d'arbitrage (arrêt de la Cour de cassation de 2017). Mais **ces principes ne sont pas toujours suffisamment pris en compte par certaines juridictions de fond.**

Ainsi, [l'article 1466 du Code de procédure civile](#) sur la renonciation à se prévaloir d'une irrégularité fautive de l'avoir soulevée en temps utile devant l'arbitre, a débouché sur des arrêts ayant rejeté des recours en annulation fondés sur des moyens non invoqués devant l'arbitre. La première chambre civile de la Cour de cassation a marqué un point d'arrêt à cette interprétation en jugeant dans un [arrêt du 2 décembre 2020](#) que « *lorsque la compétence a été débattue devant les arbitres, les parties ne sont pas privées du droit d'invoquer sur cette question, devant le juge de l'annulation, de nouveaux moyens et arguments et à faire état, à cet effet, de nouveaux éléments de preuve* ».

Il manque à la réforme de 2011 d'avoir été portée par les juges qui lui ont donné son contenu. C'est ainsi, par exemple, que le juge d'appui a été créé par la jurisprudence à partir des textes de 1980 et 1981, avec l'ambition de doter Paris d'une juridiction facilitant l'essor de l'arbitrage ad hoc en France. Le juge d'appui a été consacré en 2011, mais cette ambition s'est-elle véritablement traduite dans la pratique ? Plutôt que de fermer les recours contre les décisions du juge d'appui, ne conviendrait-il pas de repenser entièrement la structure du contentieux devant cette juridiction d'appui ?

Dominique Hascher souligne combien sont grandes les attentes vis-à-vis de la Chambre internationale de la Cour d'appel de Paris qui est une heureuse initiative.

Il aborde ensuite la jurisprudence antérieure et postérieure à la réforme de 2011, par laquelle on assiste à **un partage du droit de l'arbitrage entre les juridictions civiles et le juge administratif sur les questions de droit public.** A l'image d'un « gâteau » dont chaque ordre de juridiction voudrait sa part. On quitte ici les rivages du droit.

Enfin, dans la jurisprudence, **l'entrée en jeu des droits fondamentaux reste modeste mais est réelle**, avec notamment [l'arrêt](#) rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation le 30 septembre 2020 sur le principe de compétence-compétence au regard du droit européen de protection des consommateurs. En droit de l'arbitrage y compris institutionnel, les droits fondamentaux seront vraisemblablement plus présents dans les débats judiciaires à venir que par le passé.

Caroline DUCLERCQ aborde ensuite les aspects positifs et négatifs de la réforme (40:32).

S'agissant des points positifs, la clarification du droit de l'arbitrage et sa plus grande lisibilité sont incontestables. Un autre apport du décret du 13 janvier 2011 est [l'article 1464, alinéa 3, du Code de procédure civile](#) qui consacre un principe de célérité et de loyauté au cours de la procédure d'arbitrage. L'invocation de ce texte est, en pratique, fréquente pour diminuer la

durée des procédures. La vérification des liens éventuels entre les arbitres et les parties ou leur conseil s'est par ailleurs accrue, avec la consécration du principe d'indépendance et d'impartialité par [l'article 1456 du même code](#) imposant à l'arbitre une obligation de révélation avant d'accepter sa mission.

Le décret a aussi consacré le principe de confidentialité de l'arbitrage interne, sauf quand les parties en disposent autrement (article 1464 du Code de procédure civile). Ce texte laisse opportunément aux parties le choix de la non-confidentialité, qui peut aller jusqu'à la publication des sentences. Un autre point positif concerne le juge d'appui qui, selon [l'article 1505, alinéa 4, du Code de procédure civile](#), peut intervenir dans une procédure d'arbitrage n'ayant aucun lien avec la France, si l'une des parties est exposée à un risque de déni de justice. Cette disposition contribue au rayonnement de la place de Paris.

S'agissant des points négatifs, l'extension du droit de l'arbitrage à certaines matières, telles que le droit de la consommation ou le droit du travail, rend ce droit un peu moins lisible.

Par exemple, s'agissant d'un arbitrage entre un employeur et son salarié, le principe compétence-compétence est écarté. Si cette solution des juges écarte un des principes fondamentaux du droit de l'arbitre, elle est cependant compréhensible dès lors qu'il s'agit de protéger une partie réputée « faible ». Cependant, en regardant les arrêts de plus près, on peut regretter que le fondement pour écarter ce principe ne soit pas le même en arbitrage interne, qui l'exclut au motif de l'inapplicabilité de la clause compromissoire au salarié et en arbitrage international sur le fondement de son inopposabilité. Concernant les consommateurs, la logique aurait conduit à ce que les règles soient les mêmes, dès lors que les consommateurs sont également considérés comme des parties « faibles ». Mais il aura fallu attendre un [arrêt du 30 septembre 2020](#) pour que le principe compétence-compétence soit également écarté... mais au visa du droit européen de protection des consommateurs.

Le manque de lisibilité est aussi perceptible en matière d'arbitrage impliquant des personnes publiques. Ainsi, dans le cadre d'un recours en annulation contre une sentence rendue en France, le juge judiciaire est compétent, sauf s'il est nécessaire de contrôler la « *conformité de la sentence aux règles impératives du droit public français relatives à l'occupation du domaine public ou à celles qui régissent la commande publique* » (arrêt Inserm du Tribunal des conflits de 2011 puis arrêt Fosmax du Conseil d'Etat du 9 novembre 2016) En revanche, pour les sentences rendues à l'étranger, le juge judiciaire est seul compétent. Quant aux procédures d'exequatur, les deux ordres de juridiction continuent de revendiquer leur compétence. S'ajoute à cela la jurisprudence de la CJUE sur les traités bilatéraux d'investissement, qui écarte l'arbitrage. On est donc assez loin de la lisibilité insufflée par le décret, mais il s'agit de domaines assez spécifiques de l'arbitrage.

Pierre TODOROV clôture cette première table ronde en regrettant plusieurs marques de défiance envers l'arbitrage international (52:57).

La dualité des ordres de juridiction en France en est un premier symptôme. Il y a, dans la manière dont la jurisprudence a organisé la répartition des compétences entre les juridictions de l'ordre judiciaire et le juge administratif en matière d'arbitrage, une forme de résistance de l'Etat à l'arbitrage.

Un autre symptôme est l'adoption controversée de **l'article 59 de la loi Sapin II qui a eu pour effet d'accroître l'immunité dont bénéficient les Etats** quand des entreprises essayent de mettre en œuvre des mesures d'exécution à leur égard. Cette loi affecte l'autorité de la chose jugée arbitrale et pourrait même faire passer la France pour une forme de sanctuaire.

Au plan européen, l'arrêt Achméa rendu par la Cour de Justice de l'Union Européenne le 6 mars 2018 a déclaré incompatibles avec le droit de l'Union européenne les clauses d'arbitrage figurant dans les traités bilatéraux de protection des investissements intracommunautaires. Il existe environ 200 traités de ce type au sein de l'UE. **C'est une décision lourde de conséquences derrière laquelle il existe une dynamique politique.** A la suite de cet arrêt, une très large majorité des Etats membres de l'Union européenne ont en effet exprimé leur intention de démanteler les protections dont bénéficient les entreprises par des clauses d'arbitrage dans leurs investissements intracommunautaires.

Le mouvement politique ainsi enclenché se prolonge avec des tentatives européennes de remise en cause, dans le Traité sur la Charte de l'Energie (TCE), de l'arbitrabilité des litiges entre les entreprises et les Etats signataires de ce traité. L'issue de ce débat est incertaine.

Bien qu'elle soit spécifique aux arbitrages d'investissement et ne concerne pas l'arbitrage CIRDI, **cette évolution crée une situation fâcheuse et préoccupante par les entreprises.** Pour préserver leurs intérêts, les entreprises multinationales pourraient être contraintes de réfléchir à la localisation de leurs structures d'investissement, de façon à échapper à la remise en cause d'un régime efficace de protection vis-à-vis des Etats.

Table ronde 2 : Le déroulement des procédures d'arbitrage

- **Sylvain Bollée**, Professeur à l'École de Droit de la Sorbonne (Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne), Directeur du Master 2 Arbitrage et droit du commerce international, co-auteur de *Droit du commerce international et des investissements étrangers* (LGDJ 2019)
- **Lauréanne Delmas**, General Counsel Dispute Resolution & Litigation du groupe Thales, membre du conseil d'administration de l'Association Française d'Arbitrage (AFA), Vice-Présidente de la Commission ADR et arbitrage d'ICC France
- **Jacques Pellerin**, Avocat au Barreau de Paris, ancien Président de la Chambre des avoués de Paris, Vice-Président du Comité Français de l'Arbitrage

Sylvain BOLLÉE examine la question de l'intervention du juge étatique dans les procédures d'arbitrage (1:07:30).

À considérer les textes, il y a principalement deux points d'intervention de la justice étatique dans l'arbitrage : celle du juge d'appui sur laquelle reviendra un autre intervenant et celle prévue par [l'article 1449 du Code de procédure civile](#) qui permet aux parties, sous condition d'urgence et avant constitution du tribunal arbitral, de demander au juge étatique des mesures d'instruction ou des mesures provisoires ou conservatoires.

Le principe de non-ingérence du juge étatique dans la procédure d'arbitrage une fois que le Tribunal arbitral est constitué peut paraître malthusien, mais les rédacteurs du décret ont eu pour souci de **garder la procédure arbitrale à distance des contentieux parallèles qui peuvent être parasites.**

L'incarnation technique de cette préoccupation est, par excellence, l'effet négatif du principe compétence-compétence. Sur ce point, le droit français se distingue de plusieurs droits étrangers, en permettant seulement un contrôle *prima facie* de la compétence arbitrale et à condition que le tribunal arbitral ne soit pas encore constitué. Certains observateurs étrangers sont sur ce point dubitatifs, en relevant le risque de voir le juge étatique déclarer le tribunal arbitral incompétent en toute fin de la procédure, après la sentence arbitrale. L'expérience suggère toutefois que ce scénario - certes fâcheux - n'arrive que très rarement. À l'inverse, pourquoi retarder un arbitrage par une procédure devant le juge étatique dont la conclusion est de reconnaître la compétence du tribunal arbitral ?

Cela dit, l'effet négatif du principe compétence-compétence s'applique aux questions de compétence mais l'on peut se demander s'il interdit au juge étatique d'intervenir sur des contestations d'un autre ordre. Statuant sur une *anti suit injunction*, la première chambre civile de la Cour de cassation a jugé dans un [arrêt Elf Neftegaz](#) en date du 12 octobre 2011, qu'« il n'entrait pas dans les pouvoirs du juge étatique français d'intervenir dans le déroulement d'une instance d'arbitrage internationale ». Un principe de non-ingérence de

portée générale est ainsi posé. Cependant, dans la même affaire, la Cour de cassation a rendu [un autre arrêt](#), en date du 28 mars 2013, dans lequel elle retient la compétence du juge étatique pour connaître de la demande d'une partie ayant assigné l'un des arbitres pour faire constater la nullité de sa désignation. Une brèche est ainsi ouverte.

L'évolution de la jurisprudence sera à observer, d'autant qu'elle pourrait aussi concerner le juge des référés. Cette question révèle un angle mort du décret de 2011.

Jacques PELLERIN prolonge la réflexion sur le déroulement des procédures d'arbitrage (1:20:03).

Le juge d'appui a connu son heure de gloire dans la jurisprudence jusqu'au décret de 2011 qui n'a fait que stabiliser la matière. Toutefois, en matière internationale où les procédures sont le plus souvent conduites sous l'égide d'une institution d'arbitrage, le juge d'appui n'intervient pas. Sa saisine n'est désormais plus faite comme en référé mais par une procédure accélérée au fond, ce qui est une bonne chose. Au sujet de la récusation, se pose la question d'ouvrir une voie de recours.

Les [articles 1466 et 1468 du Code de procédure civile](#) méritent d'être abordés. Le premier dispose que « *la partie qui, en connaissance de cause et sans motif légitime, s'abstient d'invoquer en temps utile une irrégularité devant le tribunal arbitral est réputée avoir renoncé à s'en prévaloir* ». Ce texte reprend et précise la jurisprudence antérieure confortée par l'article de doctrine bien connu du Professeur Loïc Cadet. Ce texte important est d'application plus large que le principe de l'estoppel reconnu par l'arrêt de 2005 : c'est en effet le silence de la partie, son abstention qui sont sanctionnés et non pas l'articulation de prétentions contraires.

Deux effets doivent être soulignés : d'une part, il consacre **un principe de loyauté dans l'instance arbitrale** et, à ce titre, est considéré comme un principe de gestion de l'instance. Il convient d'en souligner la souplesse, comme le montre la précision du « *temps utile* » plus adaptée que celle de « *in limine litis* » utilisée par la procédure judiciaire. Certes les irrégularités d'ordre public peuvent être invoquées à tout moment et doivent être soulevées d'office par le tribunal arbitral. Toutefois, l'ordre public de protection, qui doit être invoqué par la partie protégée, devra l'être *en temps utile*.

D'autre part, cet article 1466 a une incidence importante dans la procédure de recours en annulation. D'une manière générale, les irrégularités qui y sont visées recourent, en partie du moins, les cas d'annulation de l'article 1520 du Code de procédure civile. Il en est ainsi pour la compétence, la constitution du tribunal arbitral, la violation du contradictoire, etc... Dès lors, exiger de soulever les irrégularités devant l'arbitre (en temps utile) devient une condition de la recevabilité du cas d'annulation invoqué devant la cour. Depuis le [décret du 11 décembre 2019](#), complété par le décret du 27 novembre 2020, c'est le conseiller de la mise en l'état qui est alors compétent pour statuer sur cette recevabilité.

Cette question fait l'objet d'un débat : dans un arrêt du 2 avril 2019, la Cour d'appel de Paris a exigé une concentration de tous les moyens au soutien de l'irrégularité, interdisant ainsi au recourant d'ajouter, devant la cour, des moyens qu'il aurait pu invoquer devant l'arbitre. La Cour de cassation, dans son arrêt en date du 2 décembre 2020, a adopté une approche beaucoup plus souple en écartant l'obligation de concentration des moyens devant l'arbitre, écartant ainsi les risques d'une trop grande « processualisation » de la procédure arbitrale.

L'article 1468 du Code de procédure civile dispose que « *Le tribunal arbitral peut ordonner aux parties, dans les conditions qu'il détermine et au besoin à peine d'astreinte, toute mesure conservatoire ou provisoire qu'il juge opportune* ». L'arbitre peut donc ordonner des mesures provisoires, ce qui était discuté avant le décret de 2011. **Une question importante est de savoir quelle est la nature de ces mesures provisoires.** La Cour d'appel de Paris avait admis, dans l'arrêt OTOR du 7 octobre 2004, qu'une décision provisoire puisse être qualifiée de sentence par le tribunal arbitral avec l'accord des parties. Cependant, cette solution a été contredite par [l'arrêt rendu le 12 octobre 2011](#) par la Cour de cassation qui a défini la sentence arbitrale comme une décision rendue par les arbitres qui statue sur la compétence, un moyen de procédure et qui met fin à l'instance ou sur tout ou partie du principal. Une mesure provisoire ne peut donc être qualifiée de sentence. Elle ne peut être portée que par une ordonnance de procédure, c'est-à-dire une décision dont il n'est pas possible de demander l'exequatur et qui n'est pas susceptible de recours. Cette solution mériterait d'être reconsidérée dans un souci d'efficacité de ces mesures, à l'image des solutions admises dans d'autres pays, comme en Belgique ou en Suisse.

Lauréanne DELMAS concentre son intervention sur l'arbitrage commercial, qui se porte bien (1:36:33).

Le recours à l'arbitrage commercial reste la méthode préférée de résolution des litiges internationaux, pour sa rapidité, sa confidentialité, sa neutralité et son efficacité. Les parties peuvent obtenir une sentence définitive en moins de temps que devant les juridictions étatiques après l'épuisement des voies de recours.

Lauréanne DELMAS souligne l'intérêt de choisir des institutions d'arbitrage telles que la CCI (Chambre de commerce internationale) ou l'AFA. En effet, les difficultés rencontrées lorsqu'il faut, dans un arbitrage *ad hoc*, recourir au juge étatique ou d'appui, sont majoritairement réglées par les règlements d'arbitrage de ces institutions, plus souples que les règles de la procédure civile.

La CCI connaît depuis 10 ans un accroissement régulier du nombre d'arbitrages, avec 796 affaires nouvelles en 2010, contre presque 930 cas en 2020. **Paris reste la place préférée dans les arbitrages CCI et les arbitres français se trouvent dans le « top 3 » des arbitres nommés, ce qui montre la solidité de la culture arbitrale française** (L'Angleterre et la Suisse en 1^{ère} et 2^{ème} place sur la nationalité des arbitres nommés). Le droit français de l'arbitrage est un facteur important de cette attractivité.

Le monde des affaires a besoin de diligence et d'efficacité dans le traitement des litiges. L'heure est aussi à la maîtrise des coûts, d'où le développement des modes de règlements alternatifs. Le souci d'efficacité est bien compris par les institutions d'arbitrage qui travaillent pour donner aux procédures la souplesse et la réactivité nécessaires aux entreprises utilisatrices de l'arbitrage. L'introduction des procédures d'urgence en est un exemple.

Les dernières modifications du Règlement d'arbitrage de la CCI (Règlement de 2021) ont deux objectifs principaux. Le premier est la **volonté de renforcer l'efficacité des procédures d'arbitrage**, avec par exemple la facilitation de l'intervention d'un tiers comme partie à l'arbitrage, la jonction des procédures (qui peut désormais avoir lieu après la confirmation du tribunal arbitral, sous certaines conditions) ou la digitalisation accrue de l'arbitrage. Les praticiens restent cependant attachés à la tenue physique des audiences lorsqu'elles sont nécessaires et sont attentifs aux cyber risques. **Une autre évolution est l'accélération des arbitrages** par une nouvelle procédure mise en place par la CCI en 2017. Les procédures accélérées portaient initialement sur des affaires ayant un enjeu financier équivalent à 2 millions de dollars. Ce seuil passe à 3 millions de dollars à partir du 1^{er} janvier 2021. Cette procédure permet d'obtenir une sentence dans les six mois. Depuis que la procédure accélérée existe, un certain nombre de parties ont opté pour cette procédure alors que leur contrat ne le prévoyait pas. Aujourd'hui, la CCI administre plus de 200 procédures accélérées.

Le décret de 2011 a accru la lisibilité du droit français de l'arbitrage et sa prévisibilité. Il contribue, avec les institutions d'arbitrage qui s'adaptent aux besoins de l'arbitrage, au maintien du rayonnement de la Place de Paris pour le déroulement des procédures d'arbitrage.

Table ronde 3 : Le contrôle étatique des sentences arbitrales

- **Aurélien Hamelle**, Directeur juridique du groupe Total, chargé de conférences à l'Institut d'Études Politiques de Paris, Membre du Club des juristes
- **Elie Kleiman**, Avocat au Barreau de Paris, Associé du Cabinet Jones Day, Président de Paris Place d'Arbitrage, Expert du Club des juristes
- **Isabelle Michou**, Avocate au Barreau de Paris, Solicitor of England and Wales, Associée du Cabinet Quinn Emanuel Urquhart & Sullivan
- **Jérôme Ortscheidt**, Avocat au Conseil d'État et à la Cour de Cassation, co-auteur de *Droit de l'arbitrage interne et international* (LGDJ 2019)

Elie KLEIMAN traite du contrôle de la compétence des tribunaux arbitraux (1:57:26).

Sur ce sujet parmi d'autres en arbitrage international, l'attractivité de la place de Paris est au cœur de la problématique. Il est nécessaire de cadrer la question du contrôle de la compétence par les juridictions étatiques, qui s'inscrit dans un contexte de contrôle *ex post*.

En effet, **ce contrôle n'intervient en France qu'après le prononcé de la sentence. C'est la marque d'une confiance envers l'arbitrage, consacrée par le décret de 2011.** [L'article 1520, alinéa 1^{er}, du Code de procédure civile](#) est écrit sur ce point de manière restrictive : « *Le recours en annulation n'est ouvert que si le Tribunal arbitral s'est déclaré à tort compétent ou incompetent* ». Il en va de même pour l'exécution en France des sentences rendues à l'étranger.

Concernant la nature et l'étendue du contrôle, la jurisprudence indique depuis longtemps que « *le juge contrôle la décision du Tribunal arbitral sur la compétence, qu'il se soit déclaré compétent ou incompetent, en recherchant tous les éléments de droit ou de fait permettant d'apprécier la portée de la convention d'arbitrage et la mission confiée aux arbitres* ». Il en résulte une invitation faite au juge étatique de se livrer à un contrôle approfondi, en droit comme en fait. Pour cela, **il est souhaitable que les magistrats soient spécialisés en arbitrage international, ce qui est une tradition fondatrice de notre droit de l'arbitrage, qu'il importe de perpétuer.**

Cela étant, deux décisions récentes sont source d'interrogation.

Un [arrêt du 2 décembre 2020](#) (Schooner) rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation admet que « *lorsque la compétence a été débattue devant les arbitres, les parties ne sont pas privées du droit d'invoquer sur cette question, de nouveaux moyens et arguments et à faire état, à cet effet, de nouveaux éléments de preuve, devant le juge de l'annulation* ». Or, avant le décret de 2011, la jurisprudence interdisait de plaider des moyens pour première fois devant le juge étatique. Le décret dit la même chose avec l'article 1466 du Code de procédure civile. S'il reste interdit de soulever l'incompétence pour la première fois devant le juge étatique sans l'avoir fait devant l'arbitre - ce qui est une bonne solution -, **cet arrêt ouvre la**

possibilité d'invoquer devant le juge du recours des moyens ou arguments non débattus devant l'arbitre relativement à sa compétence C'est commode pour les plaideurs mais il faudra apprécier et cerner le champ de nouveauté. Ne vaudra-t-elle que pour la compétence ou aussi pour d'autres causes d'annulation ? C'est un sujet à suivre.

Elie KLEIMAN soulève une autre difficulté : **jusqu'où peut aller le contrôle du fond dans le cadre du contrôle de la compétence ?** Il arrive en effet que les parties délimitent la matière litigieuse, par exemple en excluant des faits antérieurs à une certaine date. Un arrêt de la Cour d'appel de Paris a annulé partiellement une sentence (dans un arbitrage d'investissement mais cela vaudrait aussi en matière commerciale) dans laquelle l'indemnisation avait été calculée en ne prenant pas exclusivement en compte les faits postérieurs à la prescription. Était-ce de la compétence ou n'était-ce pas plutôt du fond sur lequel l'interdiction de la révision des sentences est un pilier de notre droit de l'arbitrage ?

Isabelle MICHOU aborde le contrôle de l'indépendance de l'arbitre (2:09:08).

Le décret du 13 janvier 2011 n'a pas apporté d'innovation majeure en matière d'indépendance de l'arbitre. Il était déjà établi dans la jurisprudence antérieure que l'indépendance et l'impartialité de l'arbitre étaient des qualités fondamentales attendues de l'arbitre.

Il n'y avait pas cependant, avant le décret, de texte dédié à l'indépendance de l'arbitre et à son impartialité. Il était seulement fait référence aux causes de récusation de ce dernier.

L'apport du décret de 2011 s'est manifesté de deux manières.

Le décret a tout d'abord inscrit les principes d'indépendance et d'impartialité dans le Code de procédure civile par un nouvel article ([article 1456, alinéa 2](#)) et énoncé l'obligation de révélation pesant sur l'arbitre en précisant que cette obligation est permanente. Ensuite, sur le plan du contrôle, le décret a mis en avant le juge d'appui (ou le centre d'arbitrage) pendant la procédure d'arbitrage ([article 1456, alinéa 3](#)) et maintenu le contrôle étatique au stade de l'annulation ou de l'exécution de la sentence.

Quel bilan dix ans plus tard ? Le dernier état de la jurisprudence, au travers de plusieurs arrêts de la Cour de cassation et de la Cour d'appel de Paris, délimite les contours du **fait à révéler** par l'arbitre (voir par ex. Volkswagen, AGI, Dommo). **Le fait à révéler doit s'apprécier au regard de sa pertinence et de son éventuelle notoriété.** Le fait pertinent est celui qui est de nature à avoir notamment une incidence sur le jugement l'arbitre. Selon la jurisprudence, ce fait peut porter sur un éventuel conflit d'intérêts, une relation d'intérêt ou un courant d'affaires entre l'arbitre (ou son cabinet) et une partie ou tout tiers susceptible d'être intéressé au litige. Quant au fait notoire, il est susceptible de tempérer l'obligation de révélation imposée à l'arbitre. La jurisprudence pose trois critères du fait notoire : il s'agit d'une information publique, aisément accessible et que les parties ne pouvaient pas manquer de connaître avant le début de l'arbitrage. **Une information disponible sur internet n'est pas nécessairement notoire si elle n'y est pas immédiatement accessible** (c'est-à-dire si elle

nécessite « plusieurs opérations successives s'apparentant à des mesures d'investigation »). En revanche, la jurisprudence refuse de mettre à la charge des parties une obligation de curiosité après le début de l'instance arbitrale (même notoire, un fait doit être révélé après la désignation de l'arbitre pendant toute la durée de l'arbitrage).

Enfin, selon la jurisprudence, **le défaut de révélation d'un fait pertinent n'emporte pas systématiquement un défaut d'indépendance**. Encore faut-il que le fait non révélé par l'arbitre puisse, dans l'esprit des parties, provoquer un doute raisonnable quant à son indépendance. Le contrôle étatique repose donc sur une appréciation casuistique, du point de vue des parties et non de l'arbitre. La jurisprudence est dense mais laisse encore des zones d'ombre. On ne voit pas de tendance vers un contrôle accru du juge.

Jérôme ORTSCHIEDT présente le contrôle par le juge étatique de l'ordre public (2:19:48).

Alors que le décret de 2011 n'a pas innové sur ce point, la jurisprudence sur l'ordre public a connu ces dernières années, devant la Cour d'appel de Paris, une évolution notable sur laquelle la Cour de cassation n'a pas eu encore à se prononcer. **D'une confiance envers l'arbitrage sur les questions d'ordre public, il semble qu'on soit passé, devant la juridiction parisienne, à une sorte de défiance**. Les historiens du droit pourront peut-être un jour en expliquer les raisons.

La Cour d'appel de Paris a en effet modifié l'étendue de son contrôle de l'ordre public. Dans son arrêt Thales du 18 novembre 2004, la Cour d'appel de Paris limitait son contrôle à une violation flagrante, effective et concrète de l'ordre public. Son arrêt Cyttec validé par la Cour de Cassation le 4 juin 2008, ne disait pas autre chose. Dans une affaire où, en matière de corruption, une partie reprochait à la cour d'appel de ne pas s'être livrée à un contrôle en droit et en fait de la décision de l'arbitre, la première chambre civile de la Cour de cassation expliquait dans un [arrêt Schneider](#) du 12 février 2014, que « *le juge de l'annulation est juge de la sentence pour admettre ou refuser son insertion dans l'ordre juridique français et non juge de l'affaire pour laquelle les parties ont conclu une convention d'arbitrage* ».

Cette jurisprudence reste celle de la Cour de cassation, mais elle n'est plus celle de la Cour d'appel de Paris. Dans plusieurs arrêts depuis 2017 (dont Belokon, Alstom, Gulf Leaders et dernièrement SORELEC le 17 novembre 2020), **la Cour opère désormais un contrôle approfondi du respect des exigences de l'ordre public : elle recherche et apprécie, en droit et en fait, tous les éléments concernant les vices en question**, en l'occurrence dans ces arrêts des allégations de corruption ou de blanchiment. La Cour d'appel de Paris admet que de nouveaux arguments ou moyens de preuve lui soient soumis. Elle ne se considère pas liée par les appréciations et constatations faites par les arbitres. Peu importe également que le moyen n'ait pas été préalablement invoqué devant l'arbitre : c'est l'enseignement de son arrêt le plus récent où l'Etat de Libye demandeur au recours en annulation n'avait pas invoqué la corruption devant le tribunal arbitral. L'étape suivante sera-t-elle le moyen soulevé d'office, annoncée par l'arrêt Schooner rendu par la Cour d'appel de Paris le 2 avril 2019 et censuré depuis par la Cour de cassation, mais sur une autre question ?

Enfin, on note dans ces arrêts la consécration de la technique dite des «*red flags*». Sur la corruption en particulier, la Cour n'exige pas que la preuve soit rapportée. Il suffit que des indices jugés suffisamment graves, précis et concordants soient réunis pour que la sentence soit annulée.

En attendant que la Cour de cassation se prononce sur cette position nouvelle de la Cour d'appel de Paris (Pôle 1 Chambre 1), celle-ci pose plusieurs questions. D'une part, il est clair que dans ces arrêts, la Cour d'appel révisé la sentence arbitrale en refaisant le procès lorsqu'il s'est tenu devant le tribunal arbitral. **Il faut le dire clairement : c'est une révision au fond que jusqu'à présent, la Cour de cassation ne permet pas**, ce que rappellent ses arrêts de 2014 et 2019. D'autre part, est-on encore aujourd'hui dans un contrôle de la conformité de la solution de la sentence arbitrale à l'ordre public au moment où la cour statue ? Ainsi par exemple, lorsque sont soumis à la Cour d'appel des éléments prescrits en droit interne et qu'elle les retient pour apprécier un contrat d'intermédiaire conclu et exécuté plus de dix ans auparavant, qu'advient-il du principe d'actualité de l'ordre public ?

Plus généralement, en ce jour d'anniversaire du décret du 13 janvier 2011, la question peut se poser de savoir si la vision du juge français sur l'arbitrage n'a pas évolué, avec une nouvelle génération de magistrats ne partageant pas celle qu'ont eue, pendant plusieurs décennies, ceux qui ont forgé le droit français de l'arbitrage consacré par ce décret.

Aurélien HAMELLE clôture cette table ronde en tant qu'utilisateur de l'arbitrage (2:32:07).

Il faut veiller à ce que le contrôle du juge étatique ne prive l'arbitrage de l'intérêt qu'il présente pour les parties.

L'arbitrage est choisi pour sa discrétion nécessaire au secret des affaires, son efficacité et pour la compétence technique des arbitres dans une matière donnée ou un secteur d'activité. À trop vouloir étendre les critères de vérification de l'indépendance de l'arbitre et son obligation de révélation, **on risque d'obliger les parties à désigner des arbitres qui ne connaîtront plus suffisamment la matière**. La frontière entre la compétence et le conflit d'intérêts est parfois fine.

Plus fondamentalement, **s'agissant de l'ordre public, le but poursuivi est légitime mais il faut s'interroger sur l'autorité qui doit exécuter ce contrôle et sur la manière de le faire**. La méthode des *red flags* adoptée par la Cour d'appel de Paris dans ses arrêts récents peut inquiéter car, d'une part, elle n'est pas vraiment fidèle à la méthode du faisceau d'indices qui supposerait que le contrat en litige ne puisse s'expliquer que par un acte de corruption (pour s'en tenir à la problématique principale qui a donné lieu à ces arrêts) et car il ne faudrait pas, d'autre part, que sous couvert d'ordre public international, le contrôle étatique en vienne à faire de la conformité («*compliance*»). La *compliance* s'est très largement développée dans les entreprises et la méthode des *red flags* y trouve toute sa place. Mais pour aussi importante qu'elle soit, elle n'est qu'un instrument **de prévention du risque** pénal. Il ne faut pas

confondre des éléments de risque avec les indices graves, précis et concordants nécessaires à la caractérisation d'une situation de corruption.

L'ordre public international ne se limite pas à la lutte contre la corruption mais englobe des questions aussi importantes que, par exemple, le climat, l'environnement ou les droits humains pour lesquels le respect de l'ordre public international se posera demain dans les mêmes termes. Il faudrait réfléchir collectivement à un glissement du contrôle du juge étatique vers la mission de l'arbitre, c'est à dire que le juge contrôle la façon dont l'arbitre a apprécié la conformité ou la non-conformité du contrat ou de la situation litigieuse à l'ordre public, mais sans faire ni refaire ce travail à sa place. Cela permettrait de préserver l'intérêt que présente l'arbitrage en matière de contrats internationaux.

Le mot de la fin (2:40:33) revient à **Jean-Pierre Grandjean** qui remercie les orateurs de la richesse de leurs interventions.

Certains trouveront peut-être que les interrogations exprimées lors de ce colloque sont excessives ou, à l'inverse, qu'elles n'ont pas été suffisamment marquées.

S'il fallait des raisons d'optimisme pour l'avenir, l'une d'elles est la création récente de la Chambre Internationale de la Cour d'appel de Paris qui renforce l'attractivité de la France pour la résolution des litiges commerciaux internationaux.

Cette juridiction traite désormais le contentieux arbitral et l'annonce vient d'être faite, à la Cour de cassation, du souhait d'appréhender la complexité et les enjeux de ces dossiers par des formations spécialisées.

En ce jour d'anniversaire, saluons l'apport du décret du 13 janvier 2011 et formons le vœu que, tant par les textes que par la jurisprudence et la pratique arbitrale en France, Paris reste la place de choix pour l'arbitrage.