

CAPJA2011-2-002

Cahiers de l'arbitrage, 20 novembre 0401 n° 2, P. 263 - Tous droits réservés

Arbitrage

Commentaire analytique du décret du 13 janvier 2011 portant réforme du droit français de l'arbitrage

Emmanuel GAILLARD

Professeur à l'Université Paris XII, Associé responsable du département arbitrage international, Shearman & Sterling LLP

Pierre DE LAPASSE

Magistrat au bureau du droit processuel et du droit social, Ministère de la Justice *

RÉSUMÉ

Le 1^{er} mai 2011, le décret du 13 janvier 2011 portant réforme du droit français de l'arbitrage est entré en vigueur. Tout en respectant parfaitement l'esprit du droit français de l'arbitrage et la jurisprudence libérale qui s'est développée à ce sujet depuis 1981, le décret refond de manière complète le droit de l'arbitrage tant interne qu'international.

Le présent article analyse de manière détaillée l'ensemble des dispositions du décret.

ABSTRACT

The new French law on arbitration, which is set out in a decree dated 13 January 2011, came into force on 1st May 2011. While perfectly respecting the main tenets of French arbitration law and the liberal case law which the French courts have developed since 1981, the new law constitutes an in-depth revision of both domestic and international arbitration law.

This article is a detailed analysis of the provisions of the decree.

1. Avant de procéder à l'examen détaillé des dispositions du décret du 13 janvier 2011 portant réforme du droit français de l'arbitrage ¹, on rappellera les raisons de la réforme, son processus d'élaboration, la conception du droit de l'arbitrage qu'elle embrasse et on soulignera les principales innovations réalisées.

2. Les raisons de la réforme sont doubles. Les décrets de 1980 et 1981, qui avaient profondément rénové le droit français de l'arbitrage pour en faire l'un des plus progressistes au monde, avaient adopté un style particulièrement elliptique. Celui-ci contrastait de plus en plus nettement avec les dispositions beaucoup plus explicites des lois adoptées ultérieurement dans d'autres États ². Une jurisprudence très abondante était venue donner corps à ces textes, mais, par nature, celle-ci était moins facile d'accès pour le lecteur étranger qu'un texte de loi. Le premier souci du législateur a donc été de faciliter l'accès du lecteur étranger au droit français de l'arbitrage dans un environnement très concurrentiel dans lequel, en matière internationale, les choix sont souvent opérés par des juristes étrangers que la concision du droit français était susceptible de rebuter. Le rayonnement du droit français, très réel en matière d'arbitrage ³, était de plus en plus difficile à assurer sur le fondement d'un texte qui, pris isolément, devenait de plus en plus difficilement compréhensible.

Cette préoccupation d'accessibilité du droit français s'est doublée d'un souci de modernisation de certaines dispositions qui, par définition, ne pouvaient être améliorées par voie prétorienne. Les juridictions françaises ont pu interpréter et même compléter les textes existants. Ainsi, par exemple, a-t-il été jugé que l'intervention du juge français en cas de difficulté de mise en place du tribunal arbitral n'était pas limitée au moment de la « constitution du Tribunal arbitral », comme pouvait le laisser entendre l'ancien article 1493 al. 2, mais qu'elle s'étendait aux difficultés survenues postérieurement à sa mise en place ⁴. Toujours sur le soutien du juge français à la mise en place du tribunal arbitral, l'arrêt *NIOC* a considéré que le juge français pouvait intervenir en vertu de l'ancien article 1493 al. 2 alors même qu'il n'existait qu'un lien très ténu entre l'ordre juridique français et la situation litigieuse ⁵. Les juridictions françaises ont également dégagé, de manière purement prétorienne, diverses règles matérielles de l'arbitrage international. On doit

ainsi à la jurisprudence d'avoir jugé que l'ancien article 1443 al. 2, qui annulait la clause compromissoire ne prévoyant pas les modalités de désignation des arbitres, était « sans application à l'arbitrage international »⁶. On songe également à l'interdiction de renoncer par avance au principe d'égalité entre les parties dans la désignation des arbitres⁷, à la règle selon laquelle une partie qui n'a pas soulevé une objection en temps utile est réputée avoir renoncé à s'en prévaloir⁸ et à la règle de l'autonomie de la convention d'arbitrage⁹ qui, curieusement, n'a jamais été consacrée par un texte avant la réforme de 2011 alors qu'il s'agissait sans doute de l'un des principes les mieux établis du droit français de l'arbitrage. En revanche, les dispositions concernant les voies de recours ne pouvaient, par nature, évoluer sous la seule influence de l'interprétation des tribunaux. Or deux dispositions paraissaient particulièrement malvenues, l'une en matière interne, l'autre en matière internationale. La première était l'archaïque présomption en vertu de laquelle, en matière interne, les parties demeurées silencieuses à ce sujet étaient censées avoir voulu que l'arbitrage puisse être suivi d'un appel devant les juridictions étatiques. La seconde était le fait que, même en matière internationale, le recours en annulation formé à l'encontre d'une sentence rendue en France avait un effet suspensif de son exécution. Dans les deux cas, la règle était tempérée par la possibilité ouverte aux parties ou aux arbitres d'aménager ce régime. Ainsi, en matière interne, les parties pouvaient renoncer à l'appel et, en matière internationale, les arbitres pouvaient assortir leur sentence de l'exécution provisoire. En revanche, cela créait une distorsion inopportune entre les pratiques des utilisateurs ayant une bonne connaissance du droit français de l'arbitrage et celles d'un public moins averti. Une réforme de ces seules dispositions aurait pu se concevoir, mais la conjugaison des deux préoccupations de modernisation et d'accessibilité a conduit à une refonte complète du droit français de l'arbitrage.

Certaines dispositions devant être modernisées, d'autres explicitées, c'est l'ensemble du droit français de l'arbitrage qui a été passé au crible et réformé. L'occasion a ainsi été saisie de donner à la France un droit qui, comme l'était déjà celui de 1980-1981, est l'un des plus favorables à l'arbitrage qui puisse se concevoir.

3. Le décret du 13 janvier 2011 est le fruit d'un long travail d'élaboration¹⁰. C'est au Comité français de l'arbitrage (CFA) que revient le mérite d'avoir lancé le processus. Près de dix ans avant l'aboutissement de la réforme, le CFA a approuvé dès le 14 mai 2001 le principe d'une réforme et mis en place une commission d'étude présidée par M^e Jean-Louis Delvolvé, la sous-commission sur l'arbitrage international étant, pour sa part, présidée par le Professeur Pierre Mayer¹¹. Le travail de cette commission a abouti à l'élaboration d'un avant-projet qui a fait l'objet d'une publication en 2006¹². Ce texte a ensuite été repris et modifié par les services de la Chancellerie à partir du mois de novembre 2009. Celle-ci a fait le choix d'éviter tout double emploi entre les dispositions internes et internationales et de procéder par renvoi, en matière internationale, à certaines dispositions du droit interne, alors que le projet du CFA proposait de reprendre les textes en matière internationale pour que le droit international de l'arbitrage puisse se lire de manière autonome¹³. Le texte élaboré par la Chancellerie a lui-même fait l'objet d'un examen très approfondi de la part de la section de l'intérieur du Conseil d'État dont l'apport constructif et d'une très grande pertinence mérite d'être salué. En définitive, le texte a fait l'objet de tant de consultations et de rédactions successives que nul ne peut en revendiquer la paternité aujourd'hui. Il traduit la volonté du Gouvernement, en parfait accord avec les praticiens opérant sur la place de Paris, de donner un nouveau souffle au droit de l'arbitrage français, dans un contexte de concurrence internationale accrue.

L'importance de la réforme, pour les pouvoirs publics français, s'est traduite en particulier par le fait que le rapport au Premier ministre présentant le texte et les raisons de son élaboration a été rendu public, ce qui n'est pas habituel. En revanche, l'adoption de ce droit nouveau de l'arbitrage ne signifie pas que la jurisprudence cessera de jouer un rôle majeur en la matière¹⁴. Le rapport au Premier ministre prend soin de préciser que la réforme n'entend pas remettre en cause la jurisprudence selon laquelle les États ou leurs émanations ne sauraient se prévaloir de leur propre droit pour échapper à l'application d'une convention d'arbitrage librement consentie¹⁵ et à celle selon laquelle une sentence internationale n'étant rattachée à aucun ordre juridique étatique, sa régularité doit être appréciée au regard des règles applicables dans le pays où sa reconnaissance et son exécution sont demandées¹⁶.

4. L'esprit du décret, qui se situe dans le droit fil de la jurisprudence rendue sur le fondement des textes précédents, se résume tout entier dans la notion de faveur à l'arbitrage. Celle-ci se manifeste d'une part par le maintien d'une conception dualiste de l'arbitrage et d'autre part par l'adoption sans réserve d'une conception de l'arbitrage qui consiste à reconnaître sa pleine autonomie à l'égard des ordres juridiques étatiques.

5. Le maintien du dualisme entre arbitrage interne et arbitrage international participe de l'esprit de faveur à l'arbitrage en ce qu'il permet de réserver à ce dernier un régime plus libéral que celui qui peut être jugé le plus approprié en matière interne. Il permet également d'éviter qu'une solution peu favorable à l'arbitrage qui viendrait à être adoptée par la jurisprudence en matière interne en contemplation d'une situation de fait particulière ne soit automatiquement

étendue à l'arbitrage international. Il est vrai que les deux régimes avaient été sensiblement rapprochés par la jurisprudence, l'arbitrage interne ayant bénéficié, par effet d'entraînement, du libéralisme initialement réservé à l'arbitrage international¹⁷. C'est la raison pour laquelle certains auteurs se sont interrogés sur le bien-fondé de cette dualité de régime¹⁸. Le décret de 2011, comme du reste le projet du CFA, maintient au contraire cette dualité qui donne au législateur une plus grande flexibilité dans la détermination des solutions les plus adaptées à l'une ou à l'autre situation. On observera à cet égard que non seulement le décret de 2011 retient une approche dualiste mais que, même si des rapprochements ont été opérés sur certains points¹⁹, au total, le contraste s'est accru entre l'arbitrage interne et l'arbitrage international.

Il suffit pour s'en convaincre d'énumérer les distinctions essentielles. La définition de la convention d'arbitrage n'est pas reprise en matière internationale²⁰. La forme écrite n'est exigée qu'en matière interne²¹. L'imparité du tribunal n'est imposée qu'en matière interne²². L'interdiction de faire remplir la mission d'arbitre par une personne morale n'existe qu'en matière interne²³. En matière internationale, la compétence du juge d'appui est concentrée à Paris, ce qui n'est pas le cas en matière interne²⁴. L'absence de motivation de la sentence ou le fait qu'elle n'indique pas sa date ou le nom des arbitres n'entraîne sa nullité qu'en matière interne²⁵. Le président du tribunal arbitral n'a le pouvoir de statuer seul à défaut de majorité qu'en matière internationale²⁶. Le régime de la confidentialité de l'arbitrage n'est pas le même en matière interne et internationale, la présomption de confidentialité n'existant qu'en matière interne²⁷. Le délai d'arbitrage de six mois n'existe qu'en matière interne²⁸. Le régime de l'action en révision ouverte en cas de fraude diffère en ce que, si le tribunal arbitral ne peut être à nouveau réuni, le recours est porté, en matière interne, devant la cour d'appel qui eût été déclarée compétente pour connaître des autres recours contre la sentence, alors qu'en matière internationale il est nécessaire de constituer un nouveau tribunal arbitral²⁹. Une distinction similaire est faite dans le régime de l'interprétation de la sentence, de la réparation des erreurs ou omissions matérielles ou dans celui qui s'applique lorsque le tribunal arbitral a omis de statuer sur un chef de demande³⁰. Le recours en annulation formé à l'encontre de la sentence conserve un effet suspensif en matière interne mais n'en a plus en matière internationale³¹. L'annulation de la sentence n'a pas les mêmes effets en matière interne et internationale³², la cour d'appel ne pouvant statuer sur le fond en cas d'annulation qu'en matière interne. La possibilité de renoncer, par convention spéciale, au recours en annulation n'est ouverte qu'en matière internationale³³.

6. La seconde manifestation de la faveur à l'arbitrage du droit français tient au fait que celui-ci se range inconditionnellement au rang des droits qui reconnaissent à cette forme de règlement des différends la qualité d'ordre juridique à part entière. On a pu identifier, d'un point de vue doctrinal, les trois visions – ou représentations³⁴ – susceptibles de rendre compte de l'intégralité du phénomène arbitral, la vision mono-localisatrice, la vision westphalienne et la vision transnationale qui accepte l'existence d'un ordre juridique arbitral³⁵. Il est frappant de constater que les magistrats français n'ont eu aucune hésitation à reconnaître que le droit français de l'arbitrage, qu'ils ont fortement contribué à forger, est parfaitement reflété par la conception qui accepte l'existence d'un ordre juridique arbitral³⁶. C'est ce que veut dire la Cour de cassation française lorsqu'elle décrit l'arbitre comme un « juge international »³⁷. Le décret de 2011 se range sans états d'âme dans ce courant de pensée. Le rapport au Premier ministre fait expressément état de « l'existence d'un ordre juridique autonome en matière d'arbitrage international »³⁸. Ce parti législatif entraîne des conséquences pratiques importantes. Ainsi, dans la recherche de la preuve, le juge français n'est-il mis au soutien de l'arbitrage que lorsque des documents sont détenus par des tiers, par opposition aux parties, les arbitres étant parfaitement capables de contraindre les parties à produire tout document qu'ils jugeraient de nature à éclairer la solution du litige³⁹. Ainsi encore, les parties ont-elles reçu la faculté d'exclure, par convention spéciale, tout recours en annulation à l'encontre d'une sentence rendue en France⁴⁰. Dans une telle hypothèse, le contrôle des juridictions françaises n'interviendra que si une partie souhaite voir la sentence exécutée en France. On ne saurait dire plus clairement que, même lorsqu'il se déroule en France, l'arbitrage n'entre en contact avec l'ordre juridique français que lorsqu'une partie cherche à bénéficier de la force publique française pour assurer l'exécution de la sentence. Avant ce moment, l'arbitrage est sous la seule dépendance de la volonté des parties, le législateur français ne faisant qu'offrir son soutien à un mécanisme de règlement des différends qu'il estime légitime, sans que ce soutien puisse être confondu avec une quelconque volonté d'immixtion dans un processus qui demeure, avant l'exécution forcée, purement privé.

Ceux qui ont cru lire dans le projet du CFA un recul de la conception française consistant à voir dans l'arbitrage un mécanisme jouissant d'une pleine autonomie⁴¹ se trouvent ainsi cruellement démentis par le texte adopté en janvier 2011.

7. Fort de cette vision de l'arbitrage, qu'il ne fait qu'hériter des décrets de 1980-1981 et de la jurisprudence française, le décret du 13 janvier 2011 réalise une refonte entière du droit français de l'arbitrage interne et international auquel il apporte toute une série de nuances et quelques modifications fondamentales. Avant même d'entreprendre le commentaire détaillé du nouveau droit français de l'arbitrage, on indiquera à cette place certaines de ses innovations les plus marquantes.

Le décret valide la clause « blanche », c'est-à-dire la clause qui se contente de prévoir le recours à l'arbitrage sans préciser les modalités de désignation des arbitres, ni directement, ni par référence à un règlement ou à une institution d'arbitrage ⁴². Une telle convention était nulle en matière interne ⁴³ et validée par la jurisprudence en matière internationale ⁴⁴. Les deux régimes sont désormais alignés sur ce point.

Empruntée à la pratique du droit suisse de l'arbitrage ⁴⁵ et déjà utilisée par la jurisprudence et la doctrine françaises ⁴⁶, la notion de « juge d'appui » est désormais consacrée par les textes en droit français de l'arbitrage. L'innovation n'est pas seulement terminologique. Le décret met véritablement le juge d'appui et, plus généralement le juge français, au service de l'arbitrage pour aider à la constitution du Tribunal arbitral ⁴⁷ mais également dans l'obtention des preuves que des tiers pourraient détenir et qui seraient susceptibles d'éclairer la solution du litige arbitral ⁴⁸. L'innovation majeure concernant le juge d'appui est sans conteste celle qui, en matière d'arbitrage international, donne compétence au juge d'appui français lorsque « l'une des parties est exposée à un risque de déni de justice », et ce, même dans l'hypothèse où le litige en cause serait sans lien, même ténue, avec l'ordre juridique français ⁴⁹. Une telle compétence subsidiaire universelle en matière d'arbitrage fera sans doute l'objet de nombreux débats, même si cette disposition n'est appelée à jouer que de manière exceptionnelle.

Le décret du 13 janvier 2011 refond profondément le régime des voies de recours ouvertes à l'encontre de la sentence arbitrale. Le nouveau texte renverse, comme on l'a indiqué ⁵⁰, la présomption qu'établissait le décret de 1980 en matière d'arbitrage interne selon laquelle la sentence arbitrale était susceptible d'appel sur le fond sauf pour les parties à avoir écarté cette possibilité ⁵¹. En matière internationale, l'innovation essentielle est celle qui autorise les parties à renoncer, par convention spéciale, au recours en annulation ⁵². Dans cette hypothèse, les parties ne pourront attaquer la sentence devant les juridictions françaises que si l'une d'elles en sollicite l'exécution en France ⁵³.

En matière interne comme en matière internationale, le nouveau texte réduit sensiblement le délai pour former un recours à l'encontre de la sentence arbitrale. Le délai pour interjeter appel, lorsque celui-ci est ouvert, ou pour exercer un recours en annulation n'expire plus à l'issue du mois qui suit la signification de la sentence revêtue de l'exequatur ⁵⁴ mais du mois qui suit la notification de la sentence ⁵⁵. Mieux, cette notification peut être faite dans la forme convenue entre les parties. Les conséquences pratiques de cette modification procédurale sont capitales ⁵⁶.

Le nouveau décret s'efforce également de garantir une exécution rapide de la sentence arbitrale internationale en prévoyant que, contrairement à la règle en vigueur sous l'empire de l'ancien article 1506, le recours en annulation n'emporte plus suspension de l'exécution de la sentence arbitrale ⁵⁷. De ce fait, le recours en annulation ne pourra plus être formé à des fins dilatoires.

Enfin, et toujours dans l'esprit de renforcer l'efficacité de la sentence arbitrale, le texte étend à l'arbitrage interne la règle, qui existait déjà en matière internationale ⁵⁸, selon laquelle l'existence d'une sentence arbitrale peut être établie, pour les besoins de sa reconnaissance et de son exécution en France, non seulement par la production de l'original mais également de celle d'une copie réunissant les conditions de son authenticité ⁵⁹.

8. Il est ainsi permis d'affirmer que le décret de 2011 réalise le tour de force d'être à la fois novateur et de respecter parfaitement l'esprit des décrets de 1980-1981 et de la jurisprudence ultérieure. Cette constatation se vérifie aussi bien en ce qui concerne l'arbitrage interne que l'arbitrage international, comme on pourra en juger en examinant tour à tour les dispositions de chacune de ces deux branches du droit français de l'arbitrage.

I. Le nouveau droit français de l'arbitrage interne

9. On examinera successivement les dispositions du nouveau droit français de l'arbitrage interne concernant la convention d'arbitrage (A), la mise en place du tribunal arbitral (B), l'instance arbitrale (C), la sentence arbitrale (D) et les voies de recours ouvertes à l'encontre de la sentence (E).

A. La convention d'arbitrage

10. Le décret du 14 mai 1980 avait à l'époque été unanimement salué pour avoir donné une pleine efficacité à l'autonomie de la volonté des parties en modernisant le régime juridique de la convention d'arbitrage, et ce, de trois manières.

Le décret de 1980 a tout d'abord confirmé le principe d'efficacité de la clause compromissoire. Celle-ci se suffit à elle-même et ne s'analyse pas en une simple promesse nécessitant, pour être concrétisée, la conclusion d'une nouvelle convention, le compromis d'arbitrage. La clause compromissoire constitue dès lors un véritable engagement autonome des parties de rentrer dans un processus d'arbitrage dans l'hypothèse de la survenance d'un litige visé par la clause⁶⁰.

Le décret a ensuite admis partiellement le principe de l'autonomie de la clause d'arbitrage par rapport au reste du contrat qui le contient en prévoyant que la nullité de la clause compromissoire n'affectait pas la convention principale, dès lors que, dans un tel cas, la clause compromissoire était réputée non écrite (ancien article 1446).

Enfin, donnant un plein effet à la force de la volonté des parties, le décret a consacré le principe de compétence-compétence et ceci, tant dans son aspect positif qui permet aux arbitres de se prononcer sur leur compétence lorsque celle-ci est contestée (ancien article 1466), que dans son aspect négatif qui invite les juridictions étatiques à donner une priorité aux arbitres dans l'appréciation de leur compétence (ancien article 1458).

11. Pour autant, les rédacteurs du décret n'étaient pas allés au bout de la logique de l'intégration de la clause compromissoire dans un régime unique consacré à la convention d'arbitrage. Le décret de 1980 prévoyait en effet deux régimes distincts, l'un réservé à la clause compromissoire, l'autre au compromis d'arbitrage, ces deux régimes contenant certaines règles communes.

De ce fait, il existait dans les dispositions issues du décret de 1980 un certain nombre d'incohérences qui méritaient d'être corrigées à la faveur de la réforme. Ainsi, l'ancien article 1443 prévoyait l'exigence d'un écrit à peine de nullité en ce qui concerne la clause compromissoire, mais ce n'était pas le cas pour le compromis d'arbitrage. L'ancien article 1449 prévoyait que le compromis était constaté par écrit, mais ne sanctionnait pas l'absence d'un tel écrit par la nullité, ce qui nuisait à la cohérence des textes.

Le titre réservé aux conventions d'arbitrage traitait dans son troisième chapitre « règles communes » de sujets très variés, dont le rattachement aux développements relatifs aux conventions d'arbitrage n'était pas aisé. Ainsi, ce chapitre traitait successivement des conditions exigées pour être arbitre, des fonctions conférées aux personnes chargées d'organiser l'arbitrage (anciens articles 1451 et 1455), de la date à laquelle est constitué le tribunal arbitral, du délai d'arbitrage (anciens articles 1452 et 1456), des modalités pour résoudre les difficultés relatives à la constitution du tribunal arbitral, y compris la procédure devant le juge d'appui (anciens articles 1444, 1454 et 1457), et de l'effet négatif du principe de compétence-compétence.

Le titre premier excédait donc largement le thème des conventions d'arbitrage. Une telle présentation donnait l'impression, pour le lecteur non averti, de déambuler dans un « jardin à l'anglaise », dans lequel de multiples règles auraient été disposées par le législateur sans que ce dernier ne se préoccupe véritablement de la logique présidant à leur articulation.

12. Tenant compte des imperfections du décret de 1980 et afin d'assurer une meilleure intelligibilité du texte, le projet du CFA proposait de scinder en deux chapitres, d'une part les règles relatives à la définition et au régime juridique de la convention d'arbitrage proprement dite, et d'autre part les règles relatives au tribunal arbitral.

En ce qui concerne les règles relatives à la convention d'arbitrage, la grande innovation proposée par le CFA consistait à fusionner au sein d'une seule et même définition clause compromissoire et compromis d'arbitrage et de les soumettre au même régime juridique, suivant en cela la jurisprudence qui avait considérablement rapproché le régime de ces deux formes de convention d'arbitrage.

La proposition visait à assouplir le formalisme de la convention d'arbitrage, d'une part en supprimant l'exigence d'un écrit *ad validitatem* (article 1443) et d'autre part en admettant la validité des « clauses blanches », c'est-à-dire des clauses compromissoires ne prévoyant pas le nom du ou des arbitres ou les modalités de leur désignation. Dans cette partie, le CFA proposait également de consacrer le plein et entier effet du principe de l'autonomie de la clause compromissoire par rapport au reste du contrat dans lequel elle était insérée, consacrant ainsi une jurisprudence établie en la matière tant en matière d'arbitrage international⁶¹ qu'en matière d'arbitrage interne⁶². Ainsi, à la faveur de la réforme, il s'agissait non seulement de prévoir que, lorsqu'elle était nulle, la clause compromissoire était

dépourvue de tout effet sur le contrat principal (ce qui était déjà prévu par l'ancien article 1446), mais aussi et surtout, de prévoir que les effets attachés à la clause compromissoire étaient totalement détachés du sort du contrat principal (article 1444, al. 1 du projet CFA). Enfin, le projet du CFA consacrait dans cette partie tant l'effet positif que négatif du principe de compétence-compétence (articles 1447 et 1449 du projet CFA), tout en reconnaissant la compétence du juge étatique pour ordonner des mesures provisoires et conservatoires lorsque le tribunal arbitral n'est pas encore constitué (article 1448 du projet CFA).

13. Les rédacteurs du décret ont retenu la plupart des propositions formulées par le CFA, dès lors que la plupart d'entre elles consolidaient des solutions déjà bien établies en jurisprudence. On le vérifiera en examinant successivement les définitions relatives à la convention d'arbitrage (1^o), ainsi que le régime (2^o) et les effets (3^o) de cette convention.

1. Définitions relatives à la convention d'arbitrage

14. Conscients que, comme le soulignait M^e Jean-Louis Delvolvé dans l'article de présentation de la proposition de réforme émanant du CFA, l'arbitrage avait accédé « en un quart de siècle à un statut cohérent de mode alternatif normal et légitime de résolution des litiges », les rédacteurs du décret ont pleinement acquiescé à la proposition du CFA de soumettre à un seul et même régime clause compromissoire et compromis d'arbitrage. La clause compromissoire ne suscite plus aujourd'hui la même défiance que par le passé. Les rédacteurs du décret parachèvent donc le mouvement de normalisation de la convention d'arbitrage en général, et de la clause compromissoire en particulier, en consacrant à l'article 1442 la terminologie générique de convention d'arbitrage et en disposant que :

« La convention d'arbitrage prend la forme d'une clause compromissoire ou d'un compromis.

La clause compromissoire est la convention par laquelle les parties à un ou plusieurs contrats s'engagent à soumettre à l'arbitrage les litiges qui pourraient naître relativement à ce ou à ces contrats.

Le compromis est la convention par laquelle les parties à un litige né soumettent celui-ci à l'arbitrage ».

2. Régime juridique de la convention d'arbitrage

15. Sur le régime juridique de la convention d'arbitrage, qui suit immédiatement la définition de cette convention, les rédacteurs du décret ont adopté une approche dynamique de cette notion, en considérant que sa description était intimement liée à son régime, ce qui se vérifie par la reconnaissance du rayonnement de la convention d'arbitrage. Allant au-delà de ce que proposait le CFA, les rédacteurs du décret ont admis que la clause compromissoire peut produire des effets au sein d'un groupe de contrats (article 1442, al. 2). L'article 1442 évoque en effet le fait que la clause compromissoire peut concerner « un ou plusieurs contrats ». Le rapport au Premier ministre rappelle que cet ajout est destiné à faire écho à deux solutions consacrées par la jurisprudence de la Cour de cassation⁶³. La première, qui résulte d'un arrêt de la chambre commerciale du 5 mars 1991, est celle qui a reconnu le rayonnement de la clause compromissoire fondé sur la complémentarité des conventions⁶⁴. La seconde, qui résulte d'un arrêt de la première Chambre civile du 25 juin 1991, est celle qui a reconnu le rayonnement de la convention sur le fondement de la volonté des parties⁶⁵. L'hypothèse visée par le texte de l'article 1442 est essentiellement celle de la conclusion d'un contrat-cadre ayant donné naissance à d'autres contrats échelonnés dans le temps.

On aurait pu penser qu'une référence expresse à la situation de pluralité de contrats était inutile dès lors que l'article 1443, qui prévoit que la clause compromissoire peut résulter d'un échange d'écrits ou d'un document auquel il est fait référence dans la convention principale, permettait d'atteindre le résultat souhaité. Pour autant, les rédacteurs du décret ont estimé que, cette solution pouvant être atteinte en toute hypothèse, il était préférable de la prévoir expressément afin d'éviter toute équivoque à ce sujet.

La consécration par le décret de l'efficacité de la clause compromissoire dans un groupe de contrats rapproche sur ce point le régime de l'arbitrage interne de celui de l'arbitrage international. En matière d'arbitrage international, la validité et l'efficacité de la clause compromissoire figurant dans les groupes de contrats⁶⁶ ont été admises, au moins en puissance, depuis la réforme de 1981⁶⁷ et n'ont pas donné lieu à un contentieux fourni⁶⁸. L'effet d'une clause compromissoire figurant dans un contrat-cadre s'étend logiquement aux litiges nés de l'exécution des contrats pris entre les parties en exécution de l'accord-cadre. L'effet de ces clauses a même été étendu à des tiers dont l'implication dans l'exécution du contrat-cadre faisait présumer qu'ils s'étaient soumis à la clause compromissoire y figurant⁶⁹.

16. Si les rédacteurs du décret ont fait preuve d'un certain libéralisme en admettant l'efficacité des clauses compromissaires concernant les groupes de contrats, ce libéralisme n'a pas pour autant été absolu. En effet, en ce qui concerne la forme de la convention d'arbitrage, la proposition du CFA prévoyait que cette convention était constatée par écrit mais précisait que « le consentement à la convention d'arbitrage [pouvait], sauf disposition contraire, être prouvé par tous moyens ».

Cette formulation n'a pas fait l'objet d'un accueil favorable de la part de la Chancellerie. Les deux termes de cette proposition paraissaient antinomiques : comment prévoir d'un côté le caractère écrit de la convention et accepter de l'autre la preuve par tous moyens du consentement à cette convention ? Aussi et surtout, la proposition du CFA n'a pas été retenue en ce qu'elle ne sanctionnait plus par la nullité le fait que la convention d'arbitrage ne soit pas consignée dans un écrit. Conserver l'exigence d'un écrit *ad validitatem* constituait pour la Chancellerie une exigence minimale, dès lors que la signature d'une convention d'arbitrage implique renonciation à la justice étatique, ce qui constitue indéniablement un acte important pour les parties, spécialement en matière interne. Par conséquent, comme le prévoyait l'ancien texte pour la seule clause compromissoire (ancien article 1443), le texte issu de la réforme prévoit désormais que la convention d'arbitrage (c'est-à-dire non seulement la clause compromissoire, mais également le compromis) est écrite à peine de nullité (article 1443).

Cependant, afin d'atténuer une telle exigence de forme, le nouveau texte prévoit aussitôt que « la convention d'arbitrage peut résulter » non seulement d'un document – ce qui était déjà prévu par l'ancien texte pour la clause compromissoire (ancien article 1443) – mais aussi « d'un échange d'écrits [...] auquel il est fait référence dans la convention principale » (article 1443). Le législateur a ainsi consolidé une jurisprudence libérale, qui s'est développée en matière d'arbitrage international, validant la clause d'arbitrage par référence⁷⁰. Comme pour l'admission des effets de la convention d'arbitrage en matière de groupes de contrats, l'admission de la clause d'arbitrage par référence traduit la volonté de faire bénéficier le régime juridique de l'arbitrage interne du libéralisme qui s'est manifesté en matière d'arbitrage international chaque fois que cela a paru possible.

17. L'assouplissement des règles relatives aux conditions de validité de la convention d'arbitrage se retrouve dans l'admission de principe des « clauses blanches ». Les anciens articles 1443 et 1448 exigeaient qu'à peine de nullité, la convention d'arbitrage désigne le ou les arbitres ou détermine les modalités de leur désignation. Considérant que de telles obligations étaient davantage de nature à fragiliser la clause compromissoire qu'à protéger les parties, le nouveau texte (article 1444) admet, comme la proposition du CFA (article 1446 de la proposition du CFA), la validité des clauses blanches, tout en prévoyant des dispositions supplétives de la volonté des parties dans l'hypothèse où ces dernières n'auraient pas prévu de dispositions relatives aux modalités de constitution du tribunal arbitral (articles 1451 à 1454).

Une telle évolution a pu être perçue comme traduisant l'apparition d'un procéduralisme accru en matière d'arbitrage et une régression de l'*intuitus personae* attaché à la nomination des arbitres. À notre avis, il n'en est rien. En effet, rien n'interdit, dans le régime du nouveau décret, aux parties d'arrêter elles-mêmes, dans la convention d'arbitrage, le nom du ou des arbitres ou les qualités spécifiques que ces arbitres doivent présenter.

18. Sur la question du sort du compromis d'arbitrage lorsque les arbitres qui y ont été nommément désignés ne veulent ou ne peuvent intervenir, on observera que l'ancien alinéa 2 de l'article 1488, aux termes duquel « le compromis est caduc lorsqu'un arbitre qu'il désigne n'accepte pas la mission qui lui est confiée » n'a pas été repris par le nouveau décret (ce que proposait déjà le CFA). Dans le silence des textes, deux possibilités s'ouvriront au juge saisi d'une telle question : soit il considèrera que la désignation du ou des arbitres était empreinte d'un *intuitus personae* si fort qu'il maintiendra la solution prévue par l'ancien alinéa 2 de l'article 1488 ; soit il considèrera que les dispositions supplétives de la volonté des parties auxquelles renvoie l'article 1444 ont vocation à s'appliquer dans une telle hypothèse. Il nous semble que, sauf circonstances exceptionnelles, la première branche de l'alternative correspond, pour un compromis d'arbitrage, à la volonté implicite des parties. Lorsque celles-ci prennent soin de désigner nommément dans une convention d'arbitrage un ou plusieurs arbitres, c'est généralement qu'à leurs yeux, ce ou ces arbitres présentent des qualités qui leur paraissent essentielles en termes d'expérience ou de personnalité. On pourra donc penser qu'il existe, dans un tel cas, un fort *intuitus personae* dans la convention d'arbitrage justifiant que la convention soit déclarée caduque si l'un des arbitres venait à refuser la mission qui lui était confiée. Les dispositions des articles 1451 à 1454 n'auraient alors pas vocation à s'appliquer dès lors que ces dispositions ont un caractère supplétif de la volonté et n'ont vocation à s'appliquer que dans la seule hypothèse où les parties n'ont prévu ni le nom du ou des arbitres compétents pour trancher le litige, ni les modalités de leur désignation.

19. L'article 1445 issu de la réforme, qui prévoit qu'à peine de nullité le compromis détermine l'objet du litige, reprend la formulation de l'ancien premier alinéa de l'article 1448, disposition que ne prévoyait pas la proposition du CFA.

Pour les mêmes motifs que ceux gouvernant à la conservation de l'écrit *ad validitatem*, les rédacteurs du décret ont maintenu cette disposition pour des raisons de sécurité juridique. À défaut, il aurait été impossible, pour les arbitres, de déterminer l'étendue de leur pouvoir juridictionnel et, pour les juridictions étatiques, de déterminer, dans l'hypothèse d'un recours en annulation par exemple, si les arbitres ont ou non outrepassé les termes de leur mission. Le maintien de cette disposition dans le décret traduit bien l'état d'esprit qui a gouverné la réforme : il s'agissait de faire preuve de libéralisme, inhérent à l'arbitrage, sans pour autant accepter des dispositions susceptibles de nuire à la sécurité juridique des parties et, en définitive, au droit de l'arbitrage.

3. Effets de la convention d'arbitrage

20. Le décret s'est attaché à déterminer les effets de la clause compromissoire en adoptant une logique chronologique. Dès lors que les dispositions en cause se situaient dans un chapitre qui précédait la mise en place du Tribunal arbitral, il n'était pas question de traiter des effets de la convention d'arbitrage qui interviendraient postérieurement à la constitution du Tribunal arbitral, et ce, pour éviter les reproches adressés à ce sujet au texte précédent⁷¹.

21. L'article 1447 consacre dans son intégralité le principe de l'autonomie de la clause compromissoire. Celle-ci a non seulement vocation à s'appliquer dans l'hypothèse de la nullité de la clause compromissoire (ce que visait déjà l'ancien article 1446), mais aussi (ce qui est nouveau) dans l'hypothèse de l'inefficacité de la convention principale. Cela couvre, comme le rappelle le rapport au Premier ministre, les cas d'inexistence⁷² (hypothèse de l'erreur obstacle), de résiliation, de résolution ou de caducité du contrat principal. Pour traiter de la survivance de la clause compromissoire figurant dans un contrat principal dont les effets étaient annihilés, la proposition du CFA prévoyait que la clause compromissoire n'était « pas affectée par le sort » du contrat principal. Les rédacteurs du décret ont préféré le terme « inefficacité », qui, tout en étant général, paraissait avoir une coloration plus juridique que le terme « sort ». La notion d'inefficacité n'était du reste pas inconnue des praticiens de l'arbitrage, puisqu'elle avait déjà été utilisée par les deux décisions de la Cour de cassation qui, en droit interne, avaient consacré le principe de l'autonomie de la clause compromissoire par rapport au contrat principal⁷³.

22. Les articles 1448 et 1449 ont quant à eux pour objet de déterminer les limites dans lesquelles les tribunaux étatiques peuvent intervenir antérieurement à la constitution du Tribunal arbitral, lorsque les parties sont convenues de faire trancher leurs litiges par voie d'arbitrage.

23. En premier lieu, l'article 1448 reprend la formulation du principe de compétence-compétence dans son aspect négatif, naguère prévue par l'ancien article 1458. Cet article ne modifie en rien la règle telle que prévue dans l'ancien décret et se contente d'en améliorer la rédaction en prévoyant que, dans l'hypothèse de l'existence d'une convention d'arbitrage, la juridiction étatique peut se déclarer compétente dans la seule hypothèse où, d'une part, le Tribunal arbitral n'est pas encore saisi et où, d'autre part, la convention d'arbitrage est manifestement nulle ou manifestement inapplicable. Ces deux conditions sont cumulatives. Cela signifie que lorsque le tribunal est saisi, les juridictions françaises doivent se déclarer automatiquement incompétentes et, lorsque le tribunal ne l'est pas encore, s'en tenir à la vérification *prima facie* de l'existence et de l'étendue de la convention d'arbitrage. Ce n'est en effet que si celle-ci est « manifestement nulle » comme l'énonçait déjà l'ancien article 1458, ou « manifestement non applicable » comme l'a retenu la jurisprudence antérieure au décret de 2011, que le juge étatique est habilité à connaître du litige⁷⁴.

24. En second lieu, l'article 1449 prévoit les modalités selon lesquelles les juridictions étatiques peuvent, antérieurement à la constitution du Tribunal arbitral, ordonner des mesures provisoires et conservatoires⁷⁵. On le sait, le décret de 1980 n'avait prévu aucune disposition sur ce sujet, la jurisprudence n'étant à l'époque pas encore fixée sur cette question⁷⁶. Le nouvel article 1449 consolide une jurisprudence bien établie en la matière, en vertu de laquelle, malgré l'existence d'une convention d'arbitrage et antérieurement à la constitution du Tribunal arbitral⁷⁷, le juge étatique est compétent pour ordonner des mesures d'instruction *in futurum* sur le fondement de l'article 145 du Code de procédure civile⁷⁸ et, dans l'hypothèse où l'urgence est démontrée⁷⁹, des mesures provisoires et conservatoires.

Il convient d'ailleurs de relever que la jurisprudence est allée très loin dans la reconnaissance du pouvoir du juge d'ordonner de telles mesures dès lors qu'elle a reconnu que l'existence d'une clause compromissoire ne prive pas le président du tribunal du pouvoir « d'ordonner sur requête toutes les mesures urgentes dont les circonstances exigent qu'elles ne soient pas prises contradictoirement »⁸⁰. Cette jurisprudence n'est pas remise en cause par le nouvel article 1449, celui-ci ne précisant pas les modalités selon lesquelles le président du tribunal peut être saisi.

25. Par ailleurs, on ne manquera pas de relever que, dans la rédaction du second alinéa de l'article, relatif à la

compétence du juge étatique pour connaître de telles demandes, les rédacteurs du décret ont pris soin de réserver le cas des sûretés immobilières et saisies conservatoires, lesquelles relèvent de la compétence exclusive du juge de l'exécution. À l'exclusion de ces hypothèses, le juge compétent est le président du tribunal de commerce ou celui du tribunal de grande instance, selon la nature du litige.

26. Enfin, l'article 1449 est de nature à susciter une question qu'il appartiendra à la jurisprudence de résoudre. En effet, dans une version antérieure à la saisine du Conseil d'État, l'article 1461 prévoyait que toute stipulation contraire aux chapitres I et II était réputée non écrite. Lors de l'examen du projet, le Conseil d'État a, à juste titre, estimé qu'il n'était pas justifié de faire rentrer le chapitre I dans le champ d'application de l'article 1461. En effet, il a été considéré d'une part, que le chapitre premier contenait des définitions n'ayant pas besoin de faire l'objet de sanctions particulières et d'autre part, que ce chapitre contenait lui-même des sanctions spécifiques (articles 1443, 1445 et 1448), lesquelles se rajouteraient à la sanction prévue par l'article 1461, au risque de créer une confusion entre les différentes sanctions prévues par le texte. Pour autant, aucune sanction n'a été prévue en ce qui concerne la stipulation d'une convention d'arbitrage qui empêcherait les parties de saisir, avant la constitution du Tribunal arbitral, le juge étatique aux fins d'obtenir une mesure provisoire et conservatoire ou une mesure d'instruction préparatoire au procès.

Il nous semble que la réponse à cette question s'articule autour d'une distinction : dès lors que le juge étatique est appelé à intervenir dans une situation d'urgence et que la mise en place du Tribunal arbitral est trop lourde pour que celui-ci soit en mesure d'ordonner une mesure provisoire ou conservatoire dans une situation de péril imminent, la compétence du juge étatique pour connaître d'une telle demande s'impose au nom du principe du droit d'accès à un juge, droit qui a vocation à s'appliquer dans les situations de déni de justice⁸¹. Ne se trouveraient en revanche pas dans une telle situation les parties qui auraient renoncé à solliciter des mesures provisoires et conservatoires dans l'hypothèse où elles ont décidé de recourir à un centre d'arbitrage dont le règlement prévoit des mécanismes permettant d'obtenir dans l'urgence des mesures provisoires⁸².

B. La mise en place du Tribunal arbitral

27. Le chapitre II du Titre premier relatif à l'arbitrage interne est intitulé « Le Tribunal arbitral ». Ce chapitre reprend les thèmes qui, sous l'empire du décret du 14 mai 1980, figuraient dans le chapitre III « dispositions communes » du Titre premier relatif aux conventions d'arbitrage.

Le chapitre relatif au « Tribunal arbitral » traite du juge d'appui (1^o), des règles relatives à la constitution du Tribunal arbitral (2^o) et de celles relatives au statut de l'arbitre (3^o).

1. Le juge d'appui

28. Le décret du 14 mai 1980 avait été unanimement salué pour avoir fait du juge étatique l'« auxiliaire de la justice arbitrale », ceci afin de « parfaire la volonté des parties, de consolider l'existence du Tribunal arbitral là où cette volonté risque d'être impuissante »⁸³. Le décret de 1980 avait ainsi donné vocation au juge étatique d'intervenir « comme autorité du bon secours [...] sous forme d'interventions légères et sans recours, pour sauver l'arbitrage de morts incidentes accidentelles »⁸⁴. Dans cette fonction, le juge étatique était destiné à aider à la constitution du tribunal arbitral (anciens articles 1444 et 1454), à proroger le délai d'arbitrage (ancien article 1456) et à intervenir dans l'hypothèse de la survenance d'une difficulté relative à une abstention ou à une récusation de l'arbitre (ancien article 1463).

Afin que l'intervention du juge étatique soit pleinement efficace, le décret avait prévu des modalités procédurales de saisine et d'intervention de ce juge de nature à garantir aux parties l'obtention rapide d'une décision ayant force de chose jugée au fond (saisine du juge en la forme des référés, décisions insusceptibles de recours, à moins que le juge ne constate l'inapplicabilité ou la nullité manifeste de la clause compromissoire). Toutefois, le décret permettrait aux parties de faire trancher les difficultés relatives à la constitution du Tribunal arbitral ou à la prorogation du délai d'arbitrage par le président du tribunal de commerce et non, comme le prévoyait le droit commun de l'arbitrage, le président du tribunal de grande instance (anciens articles 1444 et 1456).

29. La notion de « juge d'appui » fait une entrée remarquable dans le décret du 13 janvier 2011 et dans le Code de procédure civile. En effet, ce juge est cité à quatorze reprises par le texte. Cette consécration du juge d'appui par les rédacteurs du décret a été motivée par au moins trois considérations. D'abord, pour affirmer l'originalité du droit français de l'arbitrage, caractérisée par l'efficacité de sa procédure, efficacité qui réside dans une coopération sans faille entre le Tribunal arbitral et le juge étatique. Ensuite, pour identifier clairement ce juge dans la procédure

arbitrale, dès lors que l'institution du « juge d'appui » était en toute hypothèse entrée dans le langage commun du droit de l'arbitrage, la jurisprudence y faisant elle-même référence depuis 1995⁸⁵. Enfin, parce que l'introduction d'une telle notion dans le décret n'était pas de nature à créer un nouvel ordre de juridiction, dès lors qu'une telle fonction est exercée à titre principal par le président du tribunal de grande instance et désormais, à titre exceptionnel, par le président du tribunal de commerce⁸⁶.

30. Le CFA avait souhaité, suivant en cela l'exemple du droit de l'arbitrage suisse, ne pas limiter la compétence du juge d'appui au contentieux des difficultés relatives à la constitution du Tribunal arbitral mais étendre ses pouvoirs aux questions relatives à la communication de preuves détenues par les parties ou par des tiers, et lui permettre d'ordonner la comparution d'un témoin devant le Tribunal arbitral (article 1465 proposition CFA).

Cette proposition n'a pas été retenue par les rédacteurs du décret pour trois raisons principales. En premier lieu, parce que les rédacteurs du décret n'ont pas voulu judiciariser à l'excès une procédure à laquelle les parties ont eu recours précisément parce qu'elles voulaient échapper à la justice étatique. Or, il s'avérait que le recours à la justice étatique était sans objet là où le Tribunal arbitral pouvait agir seul et avec efficacité. C'est le cas par exemple en matière de production de preuves détenues par des parties, dès lors que le tribunal arbitral a le pouvoir d'ordonner sous astreinte la communication de telles pièces. En deuxième lieu, parce que les rédacteurs du décret n'ont pas voulu créer une exception procédurale de faveur pour l'arbitrage au détriment de la justice étatique. C'est ainsi qu'il a été jugé qu'aucune considération ne justifiait qu'un tiers, qui n'était pas partie à la convention d'arbitrage, soit soumis à un juge d'exception dont la compétence territoriale dérogerait au droit commun. Enfin et en troisième lieu, parce qu'il est des cas où l'intervention de la justice étatique aurait pu se révéler inefficace. C'est le cas par exemple en matière de comparution de témoins où la menace de l'amende civile prévue par l'article 207 du Code de procédure civile (d'un montant maximum de 3 000 euros) aurait pu paraître dérisoire par rapport au montant des sommes en jeu dans une procédure arbitrale.

En conséquence, comme par le passé, le juge d'appui intervient pour statuer sur les demandes relatives aux difficultés de constitution du Tribunal arbitral (articles 1451 à 1454), de récusation, d'empêchement ou d'abstention de l'arbitre (article 1456) et de prorogation de délai de l'instance arbitrale (article 1463).

31. Les rédacteurs du décret ont souhaité confier la fonction de « juge d'appui » à un juge spécialisé, préparé et sensibilisé tant à la matière arbitrale qu'aux difficultés procédurales, souvent très techniques. Ainsi est-ce le président du tribunal de grande instance qui a été choisi par le décret pour accéder au statut de juge d'appui de droit commun (article 1459 al. 1). Pour être totalement efficace et afin de parachever la réforme, il serait très utile que cette spécialisation du juge d'appui soit, par la suite, accompagnée d'une loi qui spécialiserait les tribunaux de grande instance compétents pour connaître des différends relatifs à l'arbitrage, sur le modèle de ce qui a été prévu par exemple en matière de brevets d'invention et de propriété littéraire et artistique⁸⁷.

Par ailleurs, à la différence de ce que prévoyaient des avant-projets de la Chancellerie, le président du tribunal de commerce ne perd pas toute compétence en tant que juge d'appui. En vertu du décret, le président du tribunal de commerce n'a plus compétence, comme par le passé, pour intervenir en matière de prorogation du délai d'arbitrage (ancien article 1456). En revanche, en vertu du deuxième alinéa de l'article 1459, ce président a toujours vocation à intervenir en tant que « juge d'appui » pour connaître des difficultés relatives à la constitution du Tribunal arbitral sous la double condition que le différend concerne une difficulté de désignation du ou des arbitres (articles 1451 à 1454) et que la convention d'arbitrage lui donne expressément un tel pouvoir.

Certains ont pu s'interroger sur la compétence du président du tribunal de commerce pour connaître d'une difficulté relative à la constitution du Tribunal arbitral dans l'hypothèse où l'impartialité ou l'indépendance de l'arbitre désigné serait mise en cause par l'une des parties. À notre avis, une telle question ne se posera pas dans ces termes.

En effet, dans une telle hypothèse, le troisième alinéa de l'article 1456 a vocation à s'appliquer. Or, l'article 1459, qui fixe la compétence exceptionnelle du président du tribunal de commerce en tant que juge d'appui, ne renvoie pas à cet article 1456. En conséquence, il appartiendra au juge d'appui de droit commun (en l'espèce, le président du tribunal de grande instance) de déterminer si l'arbitre désigné doit être récusé ou non. Ainsi, dans l'hypothèse évoquée, le président du tribunal de commerce n'aurait vocation à être saisi que si (1) le président du tribunal de grande instance a constaté que l'arbitre désigné ne présente pas toutes les conditions nécessaires au regard de son devoir d'indépendance et si (2) à la suite de cette décision, les parties ne se sont pas accordées pour désigner un arbitre de remplacement.

32. La procédure applicable devant le juge d'appui a fait l'objet de cinq modifications.

a) En ce qui concerne la saisine du juge d'appui, l'ancien article 1457 prévoyait que le juge d'appui était saisi « par une partie ou par le Tribunal arbitral ». La proposition du CFA prévoyait que le tribunal serait saisi « par une partie ou, le cas échéant, par un arbitre » (article 1460, al. 1 de la proposition du CFA). Les rédacteurs du décret ont choisi une solution intermédiaire en prévoyant que « le juge d'appui est saisi soit par une partie, soit par le tribunal ou l'un de ses membres » (article 1460, al. 1 de la proposition de décret). La proposition du CFA permettant qu'un arbitre puisse saisir le juge d'appui a été accueillie avec faveur par le décret, dès lors qu'elle pourrait être utile dans certaines hypothèses de « procédure bloquée » où ni les parties, ni la totalité des arbitres ne prendraient l'initiative de saisir le juge d'appui pour trancher la difficulté (par exemple dans une hypothèse où la nécessité d'une prorogation du délai d'arbitrage se ferait sentir, alors même qu'il est évident que le tribunal arbitral ne pourrait pas rendre sa décision dans la durée limitée de six mois prévue par l'article 1463). Une telle innovation est de nature à accroître l'efficacité de la procédure arbitrale et à conduire les arbitres à agir en tant que véritables acteurs de cette procédure, ceci pour faire intervenir le juge étatique en tant que « bras armé » du bon déroulement de la procédure arbitrale lorsque cela s'avère nécessaire.

b) Comme le proposait le CFA, au quatrième alinéa de l'article 1460 de sa proposition, le troisième alinéa de l'article 1459 issu de la réforme prévoit que la compétence territoriale du juge d'appui est déterminée par la convention d'arbitrage (ce qui ne constitue pas une nouveauté par rapport à l'ancien article 1457) et, à défaut, en fonction du ressort dans lequel le siège du Tribunal arbitral a été fixé (ce qui est nouveau, dès lors que l'ancien article 1457 faisait référence au ressort dans lequel la convention « a situé les opérations d'arbitrage »). Sur ce point, on relèvera que l'article 1459 précité est le seul décret à se référer à la notion de « siège » du Tribunal arbitral. Cela ne signifie pas pour autant que les auteurs du décret aient voulu rattacher physiquement le tribunal à un lieu déterminé, dès lors qu'aussitôt après ils se sont référés à la volonté des parties (comme le faisait l'ancien article 1457). Le remplacement de la notion d'« opérations du tribunal arbitral » par celle de « siège » aura pour principal avantage de supprimer du vocabulaire arbitral la notion vague d'« opérations du Tribunal arbitral ».

c) Les rédacteurs du décret ont pris soin de préciser que la demande devant le juge d'appui était « formée, instruite et jugée comme en matière de référé », là où l'ancien texte ne faisait référence à cette notion procédurale qu'à propos de la seule saisine du juge (ancien article 1457). Les rédacteurs du décret ont ainsi souhaité insister sur la rapidité dans laquelle devait se dérouler la procédure devant le juge d'appui. Ils ont également fait œuvre d'uniformisation, dès lors que les textes qui font mention de la procédure en la forme des référés utilisent une telle formule. L'avantage d'une telle règle est que le juge d'appui rendra des décisions ayant autorité de la chose jugée au fond et qui n'auront pas de caractère provisoire.

d) Comme par le passé, le troisième alinéa de l'article 1460 prévoit que les ordonnances prises par le juge d'appui ne sont pas susceptibles d'appel, sauf lorsqu'il est décidé qu'il n'y a pas lieu à désignation d'arbitre dès lors que la convention d'arbitrage « est manifestement nulle ou manifestement inapplicable ». Concernant cette dernière formulation, on remarquera l'insistance des rédacteurs sur l'adverbe « manifestement » et l'ajout de l'hypothèse de l'inapplicabilité de la convention d'arbitrage, consolidant ainsi la jurisprudence développée sur le fondement de l'ancien article 1457⁸⁸.

Ainsi et sous réserve de l'exception précédemment rappelée, les décisions rendues par le juge d'appui acquièrent une force irrévocable dès leur prononcé, puisqu'elles ont autorité de la chose jugée au fond et qu'elles ne peuvent faire l'objet d'un quelconque recours. Sur cette question, deux observations s'imposent.

(1) Comme l'a très justement remarqué M. Pierre Chevalier dans son intervention lors du colloque sur le nouveau droit français de l'arbitrage⁸⁹, il n'a pas été dans la volonté des rédacteurs du décret de prévoir de disposition spécifique relative à l'appel-nullité, ceci pour « ne pas rigidifier une procédure prétorienne dont plusieurs auteurs ont salué la malléabilité ». « Voie de repêchage, l'appel continuera [donc] de sanctionner les situations réelles de débordements lorsque sont en cause la mise en place et la poursuite du processus arbitral souhaité par les parties ».

(2) Par ailleurs, certains se sont posé la question de savoir si nonobstant un tel caractère irrévocable de la décision du juge statuant sur une demande de récusation, il ne serait pas possible de contester à nouveau l'impartialité du juge arbitral par la voie d'un recours en annulation à l'encontre de la sentence arbitrale. À notre avis, une telle hypothèse n'est pas envisageable dès lors que l'ordonnance du juge d'appui est irrévocable et que, de ce fait, elle s'impose au juge de l'annulation en raison de l'autorité de la chose jugée qui lui est attachée. En revanche, rien n'empêcherait les parties de solliciter l'annulation de la sentence pour des faits relatifs à l'attitude procédurale déloyale du juge intervenus postérieurement à l'ordonnance du juge d'appui.

e) La réforme a supprimé la disposition prévoyant que l'appel à l'encontre des ordonnances du juge de la mise en état serait formé, instruit et jugé comme en matière de contredit de compétence. Les rédacteurs du décret ont en

effet estimé que le régime procédural spécial du contredit, au demeurant vieilli et relativement peu connu des praticiens, n'avait pas vocation à s'appliquer en l'espèce. Dès lors, c'est le régime de droit commun de l'appel qui s'appliquera désormais. La suppression de l'application des règles relatives au contredit devrait naturellement s'étendre aux recours en appel-nullité formés à l'encontre des ordonnances du juge d'appui, modifiant ainsi la jurisprudence antérieure dans ce domaine⁹⁰.

2. Règles relatives à la constitution du Tribunal arbitral

33. Le corollaire de l'admission par la réforme des « clauses blanches » en matière de convention d'arbitrage, autorisées par le nouvel article 1444, est que les rédacteurs du décret ont été conduits à prévoir des dispositions nouvelles, supplétives de volonté, ayant vocation à s'appliquer dans l'hypothèse où les parties n'auraient pas déterminé le ou les arbitres ou les modalités de leur désignation. L'existence de telles dispositions est de nature à favoriser la constitution du Tribunal arbitral, dont le régime juridique a été amélioré à l'occasion de la réforme.

a) Règles supplétives en matière de constitution du Tribunal arbitral

34. Les articles 1451 à 1454 fournissent aux parties qui rencontrent des difficultés de constitution du tribunal arbitral les moyens de régler ces difficultés.

Ces quatre articles ont vocation à suppléer la carence des parties qui n'auraient pas pu spécifier les modalités de désignation du ou des arbitres et à permettre de régler ces difficultés. D'apparence modeste, ils suffisent à résoudre l'ensemble des hypothèses qui peuvent se présenter à propos de la constitution du Tribunal arbitral. En effet, si le législateur a admis l'existence des « clauses blanches », c'est parce qu'il était assuré que les parties trouveraient une autorité, qu'il s'agisse de la personne chargée d'organiser l'arbitrage ou du juge d'appui, pour trancher les difficultés auxquelles sont confrontées les parties. On remarquera enfin que, dans un but didactique, les rédacteurs du décret ont regroupé l'ensemble de ces articles alors qu'auparavant ils étaient dispersés dans le décret (anciens articles 1444, 1454 et 1455).

Ces textes appellent les observations suivantes :

(1) La première concerne l'importance reconnue à la personne chargée d'organiser l'arbitrage (qui avait déjà acquis un statut à part entière en matière de désignation des arbitres sous l'empire de l'ancien article 1455). La personne chargée d'organiser l'arbitrage se voit, en effet, reconnaître un statut aussi important que celui du juge d'appui en matière de désignation des arbitres. Le juge d'appui n'a qu'un rôle subsidiaire, puisqu'il n'intervient que lorsque les parties n'ont pas désigné de personne chargée d'organiser l'arbitrage. À ce titre, il convient de relever que, jusqu'à un stade très avancé des travaux de rédaction, le projet de l'article 1454 qui, on le verra, est « l'article balai » des difficultés de constitution du Tribunal arbitral, donnait le pouvoir à la personne chargée d'organiser l'arbitrage de « trancher » la difficulté. Ce n'est finalement qu'après qu'il ait été fait observer que seul le juge avait le pouvoir de trancher un litige que la formulation a été révisée, en donnant à la personne chargée d'organiser l'arbitrage la mission de « régler » la difficulté, le terme « trancher » étant réservé au juge.

(2) La deuxième est que, si le juge d'appui a un rôle subsidiaire par rapport à l'institution d'arbitrage, ou plus généralement à la personne chargée d'organiser la procédure, il demeure que sa présence constitue une garantie constante pour les parties dans l'hypothèse où le centre d'arbitrage ne réussirait pas à régler la difficulté qui lui est soumise ou n'accomplirait pas les diligences pour ce faire. C'est pour cette raison qu'a été introduite dans le texte la distinction « réglée » (centre d'arbitrage) / « tranchée » (juge d'appui), ceci pour montrer qu'à défaut de règlement de la difficulté par le centre d'arbitrage, le juge d'appui aurait le dernier mot, de façon à ce que les parties ne soient pas confrontées à une situation de déni de justice⁹¹.

(3) La troisième remarque porte sur le fait que la Chancellerie a souhaité enfermer la désignation des arbitres dans certains délais pour que la constitution du tribunal intervienne rapidement et ne soit pas soumise à d'éternelles discussions entre les parties. Les préoccupations de la Chancellerie ont rejoint sur ce point celle du CFA, la Chancellerie ayant même été plus radicale sur cette question en ajoutant des délais là où le projet du CFA n'en prévoyait pas. En effet, pour la Chancellerie, les règles devraient être claires : chaque partie a un mois pour choisir un arbitre à partir du moment où il lui a été demandé de le faire. Si l'une d'elles ne le fait pas, un tiers au litige (la personne chargée de l'arbitrage et, à défaut, le juge d'appui) s'en chargera.

35. C'est au regard de ces trois observations préliminaires que l'on apportera les précisions suivantes sur les articles 1451 à 1454.

L'article 1451 (qui reprend pour partie la formulation de l'ancien article 1453) n'a vocation à s'appliquer que dans l'hypothèse où la convention d'arbitrage prévoit la désignation d'arbitres en nombre pair. Dans ce cas, il est prévu que le tribunal est complété dans le délai d'un mois par les arbitres et, à défaut, par le juge d'appui. On peut se demander pourquoi, dans une telle hypothèse, il n'ait pas été prévu la faculté pour la personne chargée d'organiser l'arbitrage de désigner un troisième arbitre comme dans l'article 1452, 2^o. Il a été jugé que dans une telle hypothèse, un peu « pathologique » dans la mesure où la convention d'arbitrage prévoit une désignation d'arbitres au nombre de deux, il valait mieux que le juge d'appui intervînt directement.

L'article 1452 se rapproche par son esprit de l'ancien article 1455, à cette différence qu'il prévoit la faculté pour le juge d'appui d'intervenir à défaut pour la personne chargée d'organiser l'arbitrage de désigner l'arbitre ou les arbitres. Cet article a vocation à s'appliquer dans les hypothèses où l'arbitrage concerne deux parties et qu'il existe une difficulté pour désigner soit l'arbitre unique, soit le troisième arbitre, du fait d'un désaccord entre les deux arbitres préalablement désignés par les parties.

L'article 1453 a vocation à s'appliquer lorsque le différend oppose plus de deux parties et que celles-ci ne s'accordent pas sur les modalités de constitution du Tribunal arbitral.

L'article 1454 enfin, conçu par ses rédacteurs comme « l'article balai », couvre l'ensemble des hypothèses non couvertes par les articles précédents. Cet article est fondamental. Il permettra par exemple de déterminer le nombre d'arbitres composant le Tribunal arbitral, ceci dans l'hypothèse où les parties ne l'auraient pas prévu dans la convention d'arbitrage. Concernant cette question, il convient de relever qu'aucune disposition du texte ne prévoit le nombre d'arbitres composant le Tribunal arbitral dans l'hypothèse où la convention d'arbitrage ne l'aurait pas prévu. Cette absence de précision ne résulte pas d'un oubli des rédacteurs du texte, mais de leur volonté de laisser une marge d'appréciation tant à la personne chargée d'organiser l'arbitrage que, subsidiairement, au juge d'appui, dans la détermination de ce nombre, en fonction des particularités de l'affaire en cause et de l'enjeu du litige notamment.

b) Règles relatives à la date de la constitution du Tribunal arbitral

36. L'article 1456 fait coïncider la date de la constitution du Tribunal arbitral et la date à laquelle le tribunal est saisi du litige. Il était acquis pour la Chancellerie que la date de constitution du Tribunal arbitral devait présenter un certain degré de souplesse dès lors que, dans nombre de cas, le Tribunal arbitral peut être constitué (acceptation de leur mission par l'ensemble des arbitres) sans que pour autant il ne soit réellement saisi du litige. Une telle situation se présente souvent lorsque tous les arbitres ont accepté la mission qui leur a été proposée, sans être pour autant en possession des dossiers des parties, ce qui les empêche de connaître du litige. C'est la raison pour laquelle une version avait été envisagée selon laquelle « le Tribunal arbitral [est] constitué lorsque l'ensemble des arbitres [acceptent] leur mission ; à cette date, il [est] réputé saisi du litige », chacun s'entendant sur le fait que le mot « réputé » constituait une présomption simple de saisine qui pourrait être utilisée pour retarder la date butoir du délai de fin d'arbitrage. D'autres ont fait valoir, à juste titre, que le mot « réputé » était insuffisant pour caractériser une présomption simple de saisine du Tribunal arbitral.

La solution adoptée pour résoudre la difficulté a allié la souplesse nécessaire à l'arbitrage aux impératifs de sécurité juridique : la date de constitution et de saisine du Tribunal arbitral, à partir duquel commence à courir le délai d'arbitrage de six mois prévu à l'article 1463, est celle à laquelle le ou les arbitres composant le Tribunal arbitral ont accepté leur mission. L'article 1461 prévoit toutefois la possibilité de déroger à cette règle. Ainsi, conventionnellement (et donc également par référence à un règlement d'arbitrage ainsi que le souligne le rapport au Premier ministre) les parties pourront fixer la date de constitution du Tribunal arbitral à une date autre que celle à laquelle les arbitres ont accepté la mission qui leur a été confiée. Cela pourra être, comme l'évoque le rapport au Premier ministre, la date à laquelle les dossiers des parties auront été transmis aux arbitres.

3. Le statut de l'arbitre

37. Comme l'a bien montré le Professeur Thomas Clay⁹², l'accomplissement de sa mission par l'arbitre suppose que celui-ci soit indépendant et impartial, faute de quoi il ne peut exister de tiers et donc de juge. Dès lors, « l'indépendance et l'impartialité du juge ne sont pas de simples garanties de bonne justice, elles sont l'essence même de la fonction de juge »⁹³.

Si le décret du 14 mai 1980 a eu le mérite de fixer avec précision le rôle du juge étatique à l'égard de l'instance arbitrale, il ne semble pas que l'attention des rédacteurs du texte se soit particulièrement portée sur le statut de l'arbitre. Aucune étude spécifique n'avait été consacrée à ce sujet à l'époque, à l'exception d'une analyse de l'arbitre

institutionnel⁹⁴.

Les dispositions du décret résultant de la réforme de 1980 étaient de nature à laisser le lecteur insatisfait, les quatre articles traitant du statut de l'arbitre, en l'espèce les anciens articles 1451, 1452 (alinéa 2), 1462 et 1463, étant séparés les uns des autres par dix articles et ne traitant parfois qu'indirectement du sujet.

En outre, ces articles ne se référaient pas à la notion d'indépendance de l'arbitre, mais aux causes de récusation ou à la récusation de l'arbitre, ce qui était de nature, d'une part, à moins mettre en évidence le caractère absolu de l'impératif d'indépendance de l'arbitre⁹⁵ et, d'autre part, à laisser planer un doute sur le contenu de cette notion en droit de l'arbitrage. En effet, les articles faisant référence à la notion de « récusation » ne renvoyaient pas aux dispositions de l'article 341 du Code de procédure civile relatif à la récusation du juge. Au demeurant, le renvoi à la notion de récusation par les anciens textes apparaissait inadapté au contexte de l'arbitrage dans lequel l'arbitre est certes un juge, mais, à la différence du juge étatique, un juge contractuel. De ce fait, transposées au domaine du droit de l'arbitrage, les causes de récusation prévues par l'article 341 du Code de procédure civile pour le seul juge étatique apparaissaient tantôt trop restreintes, tantôt trop larges⁹⁶.

Dans un tel contexte, la jurisprudence n'était pas fixée sur ce sujet : si la Cour de cassation avait adopté une interprétation très stricte de la notion de récusation en se référant aux causes limitativement énumérées par l'article 341 du Code de procédure civile⁹⁷, la Cour d'appel de Paris avait tendance à avoir une approche plus souple des causes de récusation des arbitres⁹⁸, rappelant à ce sujet que « l'indépendance et l'impartialité de l'arbitre sont de l'essence de sa fonction juridictionnelle, exclusive par nature de tout lien de dépendance à l'égard notamment des parties, et de tout préjugé »⁹⁹ ou que ces qualités « sont de l'essence même de la fonction arbitrale »¹⁰⁰.

Enfin, le second alinéa de l'article 1452 prévoyait qu'au moment de l'acceptation par l'arbitre de sa mission, ce dernier était obligé d'informer les parties des causes de récusation qu'il supposait en sa personne. En ce cas, l'arbitre ne pouvait accepter sa mission qu'avec l'accord des parties. En pratique, cet article était de nature à susciter des difficultés dès lors qu'il donnait aux parties un droit discrétionnaire pour ne pas accepter l'arbitre, parfois pour des raisons sans rapport avec le problème spécifique de l'indépendance de l'arbitre. Une telle situation pouvait inciter certains arbitres à ne pas révéler, au moment de leur désignation, des faits qu'ils estimaient être sans conséquence sur leur indépendance.

38. L'apport majeur de la proposition du CFA résidait dans le fait qu'elle donnait un véritable statut à l'arbitre en requérant de ce dernier qu'il soit indépendant et impartial (article 1456 de la proposition du CFA). En outre, la proposition rassemblait dans un seul et même chapitre des dispositions qui, jusque-là, étaient plus dispersées. Enfin, elle avait pour avantage de renforcer la situation de l'arbitre au stade de la formation du tribunal arbitral. Alors qu'auparavant l'arbitre qui révélait une cause de récusation devait, pour poursuivre sa mission, obtenir l'agrément de l'ensemble des parties, il était prévu que, dans une telle hypothèse, l'arbitre pourrait remplir sa mission sauf, naturellement, en cas d'avis unanime contraire des parties. À défaut d'unanimité, il appartiendrait à la partie contestant l'impartialité ou l'indépendance de l'arbitre de saisir le juge d'appui de cette question (article 1456, al. 2 de la proposition du CFA).

39. L'ensemble de ces propositions ont été reprises dans le décret portant réforme de l'arbitrage, à l'exclusion des dispositions relatives aux effets de la démission, de la récusation ou de la révocation de l'arbitre sur le cours de l'instance, lesquels, pour des raisons logiques, ont été traités dans le Chapitre III relatif à l'instance arbitrale. Par ailleurs et à la différence du projet du CFA, le décret met à la charge de l'arbitre, comme du reste à celle des parties¹⁰¹, l'obligation d'agir « avec célérité et loyauté dans la conduite de la procédure ».

40. L'article 1450 reprend les dispositions de l'ancien article 1451, prévoyant que « la mission d'arbitrage ne peut être exécutée que par une personne physique jouissant du plein exercice de ses droits ». Comme par le passé, une personne morale ne dispose quant à elle que du pouvoir d'organiser l'arbitrage.

41. Le second alinéa de l'article 1456 peut être considéré comme étant l'article fondamental relatif au statut de l'arbitre. Il dispose qu'« il appartient à l'arbitre, avant d'accepter sa mission, de révéler toutes circonstances susceptibles d'affecter son indépendance ou son impartialité. Il lui est également fait obligation de révéler sans délai toute circonstance de même nature qui pourrait naître après l'acceptation de sa mission ». Ce texte reprend mot pour mot la formulation proposée par le CFA (article 1456 de la proposition du CFA). Il implique une obligation très large pesant sur la personne de l'arbitre, puisque le texte ne laisse pas à l'arbitre le choix de déterminer ce qui est de nature ou non à affecter son indépendance ou son impartialité. Il lui appartient en effet de déclarer l'ensemble des circonstances qui pourraient être de nature à entraîner une suspicion sur son indépendance. En ce sens, le texte

résultant de la réforme est plus strict que l'ancien second alinéa de l'article 1452, lequel prévoyait que « l'arbitre qui suppose en sa personne une cause de récusation doit en informer les parties ». C'est d'ailleurs en ce sens que la Cour de cassation a interprété cette disposition dans un récent arrêt, dans lequel elle a indiqué avec vigueur que « le caractère systématique de la désignation d'une personne donnée par les sociétés d'un même groupe, sa fréquence et sa régularité sur une longue période, dans des contrats comparables, ont créé les conditions d'un courant d'affaires entre cette personne et les sociétés du groupe parties à la procédure de sorte que l'arbitre était tenu de révéler l'intégralité de cette situation à l'autre partie à l'effet de la mettre en mesure d'exercer son droit de récusation »¹⁰².

42. Par ailleurs, si l'obligation de déclaration de l'arbitre relative aux circonstances de nature à affecter son indépendance et son impartialité sont plus strictes que par le passé, cet accroissement des obligations de l'arbitre s'est accompagné par un moindre pouvoir des parties sur l'arbitre au moment de l'acceptation de sa mission. En effet, on l'a indiqué, sous l'empire de l'ancien texte, l'arbitre qui avait exposé aux parties des causes potentielles de récusation pesant sur sa personne ne pouvait accepter sa mission qu'avec l'accord des parties. Désormais, en vertu du troisième alinéa de l'article 1456, l'arbitre pourra accepter sa mission sans qu'une partie puisse l'en empêcher, à charge éventuellement pour la partie non satisfaite de saisir de cette difficulté, dans le délai d'un mois suivant la révélation ou la découverte du fait litigieux, la personne chargée d'organiser l'arbitrage ou, à défaut, le juge d'appui.

Concernant cet alinéa, on relèvera, en premier lieu, que cette procédure a également vocation à s'appliquer lorsque, au cours de l'instance arbitrale et après acceptation de sa mission, l'arbitre révèle une circonstance susceptible d'affecter son indépendance. Il en est de même lorsqu'une partie découvre par elle-même, au cours de l'instance arbitrale, un élément faisant douter de l'indépendance ou de l'impartialité de l'arbitre (ancienne procédure de récusation prévue par l'ancien article 1463) ; en deuxième lieu, que la personne chargée d'organiser l'arbitrage joue un rôle très important dans une telle situation puisque c'est à elle de régler les difficultés relatives à la récusation¹⁰³ ; enfin, en troisième lieu, que cette procédure est strictement délimitée dans le temps : la partie qui conteste l'indépendance ou l'impartialité de l'arbitre devra le faire dans le mois suivant la révélation ou la découverte de la circonstance. Ce délai très strict a été voulu pour qu'une partie de mauvaise foi ne soit pas tentée de laisser planer un doute le plus longtemps possible sur une éventuelle récusation, ce qui pourrait être de nature à placer l'arbitre dans une situation inconfortable et gêner la sérénité du débat arbitral.

43. L'article 1457 reprend en son alinéa premier les dispositions de l'ancien article 1462 (alinéa 1) et rappelle l'obligation qu'a l'arbitre qui a accepté sa mission de la conduire à son terme. Toutefois, ce principe reçoit exception (comme le faisait auparavant l'ancien article 1463) si l'arbitre « justifie d'un empêchement ou d'une cause d'abstention ou de démission ». Afin d'éviter que les incidents de la procédure arbitrale ne la paralysent, et à la différence de ce que prévoyait le projet du CFA (article 1459), le décret prévoit que la contestation relative à la réalité du motif invoqué par l'arbitre devra être soumise, selon le cas, soit à la personne chargée de l'arbitrage, soit au juge d'appui, dans le mois qui suit l'empêchement, l'abstention ou la démission. Dans l'hypothèse où la personne chargée d'organiser l'arbitrage ou le juge d'appui estimerait que l'empêchement, l'abstention ou la démission de l'arbitre ne sont pas justifiés, l'arbitre qui persisterait dans son attitude serait susceptible d'être condamné à des dommages et intérêts. L'arbitre est en effet tenu d'une obligation de faire dont l'inexécution ne peut se résoudre qu'en une condamnation à des dommages-intérêts.

44. L'article 1458, relatif à la récusation de l'arbitre, n'apporte aucune modification par rapport au second alinéa de l'article 1462 ancien, en ce qu'il prévoit que la révocation de l'arbitre ne peut intervenir que du consentement unanime des parties. Toutefois, il convient de relever qu'à la différence de son prédécesseur, cet article prévoit que faute d'unanimité la difficulté est tranchée par la personne chargée d'organiser l'arbitrage ou, à défaut, par le juge d'appui.

45. Enfin, et cette dernière observation est capitale, l'article 1464 al. 3 oblige les arbitres, comme du reste les parties, à conduire la procédure avec célérité et loyauté. Cette disposition est de nature à parachever le statut que les rédacteurs ont voulu donner à l'arbitre. Non seulement l'arbitre, comme tout juge, doit se montrer impartial et indépendant à l'égard des parties, il doit également se montrer efficace dans la conduite de la procédure. L'ajout de cette disposition a été voulu par les rédacteurs du décret pour inciter les arbitres à faire usage de l'ensemble des pouvoirs que le décret leur confère à l'égard des parties, de façon à ce que la sentence arbitrale soit rendue dans un délai raisonnable. Certains ont vu dans l'insertion de cette disposition une invitation faite à des parties insatisfaites d'introduire une action en responsabilité à l'encontre des arbitres. En réalité, le décret ne fait que spécifier l'obligation de moyens qui pèse déjà sur les arbitres dans la conduite de la procédure, étant précisé qu'il a été jugé nécessaire de rappeler que l'accroissement des pouvoirs du juge arbitral ne pouvait se concevoir sans une indication selon laquelle ce même juge doit faire la meilleure utilisation possible de ces pouvoirs.

C. L'instance arbitrale

46. Ainsi que l'a relevé le Professeur Roger Perrot lors de la promulgation du décret du 14 mai 1980¹⁰⁴, la réforme du droit de l'arbitrage interne de 1980 avait opéré une « petite révolution » en ce qu'elle donnait, à la différence du Code de procédure civile de 1806, pouvoir aux parties de régler la procédure arbitrale sans suivre nécessairement les « règles établies pour les tribunaux ».

Pour autant, il est possible de dire, avec le recul, que cette « révolution » était moins fondamentale qu'elle ne semblait l'être dès lors que les rédacteurs du décret avaient pris soin, par le biais de renvois aux dispositions du Code de procédure civile, d'arrimer la procédure arbitrale aux principes directeurs du procès, ceci par l'intermédiaire du second alinéa de l'ancien article 1460.

Ainsi, le procès arbitral, grâce à ces divers renvois, était-il soumis à l'ensemble des principes essentiels et fondamentaux du droit de la procédure civile tels que théorisés par Motulsky, à savoir le principe dispositif (renvoi aux articles 4 à 9) et le principe de la contradiction (articles 14 à 17). À ces deux principes s'ajoutaient d'autres renvois aux principes directeurs du procès, certes utiles pour le bon déroulement de la procédure arbitrale, mais moins fondamentaux, comme l'obligation pour les parties d'apporter leur concours aux mesures d'instruction (article 11, alinéa 1), la possibilité pour le juge d'inviter les parties à lui fournir des explications de droit qu'il estime nécessaire à la solution du litige (article 13), les modalités d'exercice du droit de la défense par les parties et la faculté pour l'arbitre de concilier (articles 18 à 21)¹⁰⁵. Ces renvois aux dispositions générales du Code de procédure civile n'étaient au demeurant pas les seuls. Il en était ainsi, par exemple, pour les dispositions relatives à l'interruption d'instance (ancien article 1465) ou les incidents de vérification d'écriture (ancien article 1467).

À ces articles s'en ajoutaient d'autres ayant vocation à s'appliquer uniquement en matière d'arbitrage, tel que l'article 1466 relatif à l'effet positif du principe de compétence-compétence, ou le troisième alinéa de l'article 1460 relatif au pouvoir d'injonction de l'arbitre en matière de production de preuves détenues par les parties, ou encore l'article 1469, relatif à la clôture des débats, étant précisé que certains de ces articles avaient des airs de « déjà vu » puisqu'ils constituaient la reprise d'articles du Code de procédure civile, adaptés au contexte particulier de l'arbitrage.

Pour résumer son propos, le Professeur Roger Perrot comparait l'arbitrage à une « déesse aux allures entreprenantes » qui devait faire l'objet de la part du législateur de toutes les attentions afin de ne pas « compromettre la pureté de ses formes ». À cette fin, il indiquait que le législateur l'avait doté non seulement de vêtements de confection, c'est-à-dire les articles renvoyant aux dispositions du Code de procédure civile, mais également de vêtements sur mesure, c'est-à-dire d'articles spécifiquement applicables à l'arbitrage.

47. Trente ans après, il est possible d'indiquer que le législateur a ajusté les vêtements de confection et fait plus de place à la haute couture pour que cette déesse demeure insensible aux outrages du temps, ceci afin de renforcer l'autorité du Tribunal arbitral dans son plein et entier pouvoir de « *juridictio* ».

À ce titre, il conviendra de relever que les rédacteurs du décret ont consacré la reconnaissance du « tribunal arbitral » en tant qu'entité spécifique. Ainsi, à la différence du décret de 1980 (par exemple les anciens articles 1460, 1466, 1467 et 1468), le décret du 13 janvier 2011 ne fait plus référence à la notion d'« arbitre » mais à celle de « Tribunal arbitral », ce qui constitue un signe que l'arbitrage est désormais considéré moins comme une justice incarnée par des juges non professionnels que comme une institution, certes non permanente, mais ayant une existence à part entière.

48. C'est sous le bénéfice de ces observations que seront successivement étudiées l'affirmation de la spécificité du droit de la procédure civile et la confirmation des pouvoirs du tribunal arbitral en matière de mesures provisoires et conservatoires.

1. Affirmation de la spécificité de l'arbitrage dans le domaine de la procédure civile

49. Contrairement à ce que souhaitait le CFA, qui suggérait que le renvoi aux articles se rapportant aux principes directeurs du procès s'opère par un renvoi d'ensemble à ces principes, accompagné d'exceptions, les rédacteurs du décret n'ont pas modifié la rédaction de l'ancien article 1460, qui a été reprise dans l'article 1464. Toutefois, il conviendra de relever que, dans cet article, ont été ajoutés dans la liste des renvois aux articles se rapportant aux principes directeurs du procès les articles 12 (alinéas 2 et 3) ainsi que les articles 23 et 23-1. Ici, c'est surtout l'ajout des deuxième et troisième alinéas de l'article 12 qui retiendra l'attention, dès lors qu'il concerne le pouvoir de qualification des faits par l'arbitre. Le renvoi à cet article arrime ainsi encore plus le procès arbitral aux principes directeurs du procès civil. Le renvoi à l'article 23 permettra officiellement au tribunal arbitral de ne pas recourir à un

interprète lorsqu'il connaît la langue dans laquelle s'expriment les parties (ce qui était déjà la pratique arbitrale). L'ajout de l'article 23-1 relatif à l'interprétariat en langue des signes n'est mentionné ici que pour mémoire, les rédacteurs du décret étant conscients qu'une telle hypothèse ne se rencontrera que très rarement en pratique.

50. L'article 1464 ne se contente plus de renvoyer à des articles se rapportant aux principes directeurs du procès. Il rappelle également des principes qui constituent l'épine dorsale de la procédure arbitrale, à savoir, d'une part, les principes de célérité et de loyauté, lesquels s'imposent aux parties et aux arbitres dans la conduite de la procédure, et, d'autre part, le principe de confidentialité. Sur ce point, il a paru essentiel pour le législateur de rappeler l'existence du principe de confidentialité, qui revêt une importance certaine en matière d'arbitrage interne, et celui de célérité. Le rappel du principe de loyauté, qui s'impose tant aux juges arbitraux qu'aux parties, a pour objet de souligner que le procès arbitral s'inscrit sur le socle des principes intangibles du droit processuel au premier rang desquels figure le principe de loyauté.

51. Comme suggéré par le CFA, l'affirmation du principe de loyauté s'accompagne de la consécration d'un nouveau principe, celui de l'*estoppel* ou de cohérence (article 1466), qui avait du reste déjà été consacré par la jurisprudence en matière d'arbitrage ¹⁰⁶. On observera que les rédacteurs du décret ont pris soin d'ajouter que la partie devait s'être abstenue d'invoquer en temps utile l'irrégularité en cause. Cet ajout a été voulu par la Chancellerie pour donner une certaine souplesse à l'application du principe, par exemple dans l'hypothèse où une partie n'aurait pas pu opposer immédiatement à l'autre partie une exception procédurale parce que le règlement d'arbitrage ne le permettait pas.

52. Enfin, les rédacteurs du décret ont modifié la rédaction de l'ancien article 1466 consacrant l'aspect positif du principe de compétence-compétence afin de le rendre plus clair et d'affirmer sans aucune ambiguïté que l'arbitre est seul compétent pour statuer sur son pouvoir juridictionnel. On remarquera que les rédacteurs ont pris soin de faire usage de la notion de « pouvoir juridictionnel » et non de « compétence », la notion de pouvoir juridictionnel, qui remplace celle d'investiture, impliquant que l'arbitre est seul compétent pour apprécier non seulement s'il est bien compétent pour connaître du litige, dans les limites déterminées par la convention d'arbitrage, mais également pour se prononcer sur la conformité de sa désignation par rapport aux conditions fixées par les parties ¹⁰⁷.

53. Les rédacteurs du décret ont également confectionné des vêtements sur mesure pour l'arbitrage en ce qui concerne le régime de la suspension et de l'interruption du délai d'arbitrage. Le décret du 14 mai 1980 ne consacrait que deux articles à ce sujet. Le premier, l'article 1464, prévoyait que l'arbitrage prenait fin notamment en cas de décès, d'empêchement, d'abstention ou de récusation de l'arbitre. Le second, l'article 1465, soumettait l'interruption de l'instance en renvoyant aux articles 369 à 376, lesquels régissent le droit commun de l'interruption de l'instance.

Le CFA ne proposait qu'une disposition en la matière. Ainsi, l'instance serait suspendue lorsque le Tribunal arbitral ordonnerait un sursis à statuer, dans l'hypothèse de la survenance d'un décès, d'un empêchement, d'une abstention ou de la récusation de l'arbitre, dans celle du décès d'une partie et en cas d'ouverture d'une procédure collective. Aucune disposition n'était proposée en matière d'interruption de l'instance.

Cette proposition n'a pas été accueillie favorablement par la Chancellerie. Il était indéniable que le fait de prévoir que l'instance serait suspendue (et non plus qu'elle prendrait fin, comme sous l'empire de l'ancien article 1464) en raison de la révocation, du décès, de l'empêchement, de l'abstention ou de la récusation de l'arbitre serait de nature à éviter aux parties d'avoir à reconstituer dans de tels cas un Tribunal arbitral. Or, la reconstitution d'un tribunal arbitral dans cette hypothèse n'apparaissait pas nécessaire dès lors que les arbitres déjà désignés pouvaient être en mesure d'informer l'arbitre remplaçant de l'ensemble des éléments du dossier, ce qui constituerait pour les parties à la fois une économie de temps et d'argent.

Pour autant, la proposition du CFA présentait l'inconvénient de faire rentrer dans le régime de la suspension de l'instance arbitrale des causes qui, en droit commun, ressortissent du régime de l'interruption de l'instance, tel que l'effet d'un jugement qui prononce le règlement judiciaire ou la liquidation des biens (article 369) ou le décès d'une partie (article 370). De surcroît, la proposition du CFA prévoyait très peu de dispositions relatives au régime juridique de la suspension de l'instance, ce qui pouvait être une source de difficulté dans la pratique arbitrale.

Au vu de ces considérations, les rédacteurs du décret ont fait le choix de ne pas bouleverser la matière. C'est pour cette raison que l'article 1471 renvoie à l'ensemble des causes d'interruption de l'instance prévues par les articles 369 et 370, ainsi qu'aux articles 371 et 372 lesquels déterminent, d'une part, les conditions dans lesquelles l'interruption d'instance opère et, d'autre part, les effets de l'interruption d'instance sur les actes accomplis et les jugements (terme dans lequel on englobera les sentences arbitrales) obtenus après l'interruption d'instance.

54. Deux innovations cependant ont été apportées par rapport à l'ancien décret.

a) Les articles 1472 et 1473 prévoient un régime de suspension de l'instance, qui peut intervenir soit sur décision du tribunal de surseoir à statuer (article 1472, dont la rédaction s'inspire des articles 378 et 379), soit pour cause « de décès, d'empêchement, d'abstention, de démission, de récusation ou de révocation d'un arbitre ». Dans ce cas, la suspension de l'instance se poursuit « jusqu'à l'acceptation de sa mission par l'arbitre désigné en remplacement » (article 1473).

b) Dans le souci de rendre la procédure arbitrale autonome par rapport au droit procédural de droit commun et dans la mesure où ce droit faisait référence à des notions n'existant pas dans le droit arbitral (citation, radiation, référence au ministère public...), les auteurs du décret ont prévu aux articles 1474 et 1475 des dispositions relatives aux effets de la suspension d'instance ayant spécifiquement vocation à s'appliquer à la matière arbitrale. Ces articles reprennent des formulations empruntées par les articles au régime de droit commun de l'interruption et de la suspension d'instance (articles 373, 376 et 379). Ils rappellent que l'interruption et la suspension d'instance ne dessaisissent pas le Tribunal arbitral, lequel pourra solliciter les parties pour justifier des diligences accomplies en vue de mettre un terme aux causes d'interruption ou de suspension de l'instance et sanctionner ce défaut de diligence en mettant fin à l'instance. Par ailleurs, si le premier alinéa de l'article 1475 est classique dans sa facture, par le fait qu'il rappelle le principe selon lequel une fois que les causes de l'interruption ou de la suspension de l'instance cessent, l'instance reprend son cours au moment où elle a été interrompue ou suspendue, le second (non prévu par la proposition du CFA) est très novateur en ce qu'il tient compte de la particularité de la matière arbitrale. En effet, quand bien même la suspension ou l'interruption d'instance a pour effet d'interrompre ou de suspendre le délai d'arbitrage, il se peut qu'au moment de la reprise d'instance, les arbitres ne disposent plus du temps nécessaire pour mener à bien l'arbitrage au regard du délai de six mois prévu par l'article 1463. Une telle hypothèse se réalisera notamment à la suite du décès d'un arbitre : l'arbitre désigné en remplacement devra prendre connaissance de l'ensemble du dossier, ce qui nécessitera du temps et pourra être incompatible avec le délai d'arbitrage dont la durée est relativement serrée. Afin de parer à de telles difficultés, le second alinéa de l'article 1475 prévoit donc qu'au moment de la reprise de l'instance, les arbitres pourront décider de proroger le délai d'instance de six mois supplémentaires.

2. Pouvoirs renforcés du Tribunal arbitral en matière de mesures d'instruction et de mesures provisoires et conservatoires

55. Afin de permettre au Tribunal arbitral d'exercer dans toute sa plénitude sa « *juridictio* », le décret de 1980 avait donné au Tribunal arbitral le pouvoir d'ordonner d'office toutes les mesures d'instruction légalement admissibles (renvoi à l'article 10 par l'article 1460 (alinéa 2)), l'avait autorisé à enjoindre une partie de produire un élément de preuve qu'elle détient (article 1460 (alinéa 3)) ainsi qu'à entendre les tiers sans prestation de serment, en raison de son absence d'*imperium* (article 1461 (alinéa 3)).

À propos des mesures d'instruction, la proposition du CFA (faite à l'article 1465 de son projet) revêtait un double objectif : d'une part, améliorer la production des éléments de preuves détenus par des parties ou des tiers en permettant au juge d'appui d'ordonner la production de tels éléments ; d'autre part, permettre au Tribunal arbitral ou à une partie autorisée par lui, de saisir le juge d'appui afin d'ordonner la comparution d'un témoin sous les sanctions prévues par l'article 207.

56. Pour la Chancellerie, ces propositions posaient deux types de difficultés.

En premier lieu, la disposition prévoyant que ce serait le juge d'appui qui ordonnerait la communication d'une pièce détenue par un tiers était de nature à poser difficulté dès lors qu'elle constituait une exception procédurale de faveur pour l'arbitrage au détriment de la justice étatique : pourquoi le tiers qui, par définition, n'est pas concerné par la convention d'arbitrage aurait-il été soumis à la compétence du juge d'appui, alors qu'en droit commun le droit procédural est très protecteur à l'égard de ce tiers (cf. article 141 CPC) ?

En second lieu, la proposition tendant à donner compétence au juge d'appui d'ordonner, sous les sanctions de l'article 207, la comparution d'un témoin, n'emportait pas l'adhésion de la Chancellerie pour des raisons tant théoriques que pratiques. S'agissant des raisons théoriques, il était observé que l'article 207 avait pour unique objet de défendre l'*imperium* du juge étatique et n'avait donc pas vocation à s'appliquer à la matière arbitrale. S'agissant des raisons pratiques, il était observé que le montant maximum de l'amende civile prévue par l'article 207 s'élève à 3 000 euros, ce qui est souvent dérisoire par rapport aux enjeux des litiges portés devant les Tribunaux arbitraux.

Tenant compte de ces éléments, le décret distingue selon que la production de preuves concerne une partie ou un

tiers à la procédure :

– Si la production de preuves concerne une partie à la procédure, l'article 1467 (alinéa 3) dispose que le tribunal arbitral peut lui ordonner de la produire, au besoin à peine d'astreinte. Ainsi, contrairement à ce que proposait le CFA, l'intervention du juge étatique n'est pas prévue dans ce domaine, intervention qui, au demeurant, n'apporterait aucune plus-value réelle ;

– Si la production de preuves concerne un tiers, l'article 1469 institue une procédure *ad hoc*, protectrice du droit des tiers : en vertu de cet article, dont la rédaction du premier alinéa est inspirée de l'article 138 du Code de procédure civile, la demande de communication de preuves sera adressée au président du tribunal de grande instance territorialement compétent conformément aux articles 42 à 48. La décision rendue ne sera pas exécutoire par provision et pourra faire l'objet d'un appel dans un délai de quinze jours suivant la signification de la décision. Dernière remarque à propos de cet article : il est essentiel d'observer que le président du tribunal de grande instance est saisi par une partie « sur invitation du Tribunal arbitral ». Ainsi, le tribunal étatique n'intervient là encore qu'au soutien de l'arbitrage, la mesure ne pouvant être ordonnée que si le Tribunal arbitral y consent.

Cet article 1469 résume à lui seul tout l'esprit de la réforme. Sans conférer à l'arbitrage des privilèges dont ne bénéficierait pas la justice étatique, il s'est agi de tenir compte de la spécificité de l'arbitrage et de l'adapter aux schémas procéduraux de droit commun.

57. Le décret de 1980 ayant conféré à l'arbitre un pouvoir juridictionnel de plein exercice, le Tribunal arbitral s'est vu reconnaître la faculté d'enjoindre à l'une des parties de produire un élément de preuve (ancien article 1460, al. 3). La jurisprudence a également reconnu au Tribunal arbitral le pouvoir d'ordonner des mesures provisoires ou conservatoires, assorties le cas échéant d'astreintes ou d'injonctions, au motif que cette possibilité constituait le prolongement nécessaire à la fonction de juger des arbitres et ne s'analysait pas, de ce fait, en un dépassement de leur mission ¹⁰⁸ .

La jurisprudence a considéré qu'une fois le Tribunal arbitral constitué, l'intervention du juge étatique n'était plus justifiée, le Tribunal arbitral ayant vocation à exercer de manière exclusive son plein pouvoir juridictionnel ¹⁰⁹ . Une telle décision était motivée par le fait que la possibilité de saisine du juge étatique, une fois le Tribunal arbitral constitué, pourrait être de nature à permettre aux parties de contourner la convention d'arbitrage et, indirectement, d'interférer sur le processus décisionnel du Tribunal arbitral, ce qui n'était pas souhaitable au regard du principe de l'autonomie de l'ordre procédural arbitral ¹¹⁰ .

Cette jurisprudence a été très débattue et regrettée par certains, notamment en ce qu'elle ne permettrait plus d'une part, au juge des référés d'ordonner des mesures conservatoires, domaine dans lequel le « juge étatique intervient plus comme auxiliaire du tribunal que comme son concurrent » et d'autre part, au président du tribunal de grande instance d'ordonner des mesures sur requête, domaine dans lequel il est pourtant seul à pouvoir déroger au principe de la contradiction ¹¹¹ .

Toutefois, ce principe jurisprudentiel recevait exception lorsque la matière relève de la compétence exclusive du juge étatique comme par exemple en matière de saisie conservatoire ¹¹² et dès lors que cette intervention « n'implique pas un examen du fond, qui est réservé aux arbitres » ¹¹³ .

Tenant compte de ces éléments, le projet du CFA prévoyait en son article 1466 que « [l]e Tribunal arbitral peut ordonner, dans les conditions qu'il détermine, toute mesure conservatoire ou provisoire qu'il juge opportune. Dans ce cas, le concours des autorités judiciaires pourra, si nécessaire, être sollicité par le Tribunal arbitral ou par une partie ».

58. Cette formulation n'a pas été retenue par les rédacteurs du décret au motif que le « concours » des autorités judiciaires qui pourrait être sollicité par le Tribunal arbitral ou par une partie était une notion dont il était très difficile de définir les contours : s'agissait-il du juge des référés ou des requêtes ? du juge de l'exequatur ? du juge de l'exécution ? Il était difficile de déterminer comment, en pratique, une telle disposition serait mise en œuvre.

Aussi, les rédacteurs ont-ils opté pour une ligne de partage claire, déterminée par l'article 1468 : une fois le tribunal constitué, ce sera à lui d'ordonner, au besoin sous astreinte, toute mesure conservatoire ou provisoire qu'il juge opportune, étant précisé que la juridiction de l'État (c'est-à-dire le juge de l'exécution) sera seule compétente pour ordonner des saisies conservatoires et sûretés judiciaires.

Les rédacteurs du décret ont longuement réfléchi sur la détermination de la frontière des compétences en matière de mesures provisoires et conservatoires entre juge judiciaire et Tribunal arbitral, une fois ce dernier mis en place. S'ils

ont été sensibles aux critiques formulées à l'encontre de la jurisprudence selon laquelle l'intervention du juge ne se justifie plus après la mise en place du Tribunal arbitral, ils n'en ont pas moins préféré la solution qui paraissait la plus facile à mettre en œuvre et qui n'était pas de nature à remettre en cause l'autorité, l'autonomie et le pouvoir juridictionnel du Tribunal arbitral.

À ce titre, la faculté reconnue au tribunal arbitral d'ordonner des astreintes en matière de mesures provisoires et conservatoires est de nature à asseoir l'autorité de ses décisions et à leur donner un caractère réellement contraignant.

D. La sentence arbitrale

59. Comme pour ce qui concerne le chapitre consacré à l'instance arbitrale, les dispositions relatives à la sentence arbitrale ont un air de « déjà vu » tant ces dispositions se rapprochent de celles du Code de procédure civile, que ce soit à propos du droit applicable au litige (article 12 al. 1 pour le droit commun, exception faite de la référence à la notion d'amiable composition), du caractère secret des délibérations (article 448 pour le droit commun), des mentions relatives à la sentence (article 454 pour le droit commun), de l'obligation de motivation de la sentence (article 455 pour le droit commun) et, enfin et surtout, de l'autorité de chose jugée attachée à la sentence arbitrale prévue aux articles 1484 et 1485.

Les rédacteurs de la réforme ont maintenu le cousinage très marqué existant entre la sentence arbitrale et le jugement de droit commun. Contrairement au souhait du CFA, ils n'ont pas retenu la proposition tendant à ce qu'en matière d'arbitrage interne, il soit possible pour le président du Tribunal arbitral de statuer seul, à défaut de majorité. En effet, il a été jugé qu'une telle disposition contreviendrait au principe de collégialité sans qu'aucune raison ne le justifie en matière interne. Toujours soucieux de maintenir la sentence arbitrale dans un cousinage très proche de la décision rendue par la justice étatique, les rédacteurs ont prévu au second alinéa de l'article 1483, comme c'est le cas en droit commun avec le second alinéa de l'article 458, la possibilité d'éviter la nullité de la sentence arbitrale s'il est possible de la sauver en prouvant « par les pièces de la procédure ou par tout autre moyen que les prescriptions légales ont, en fait, été observées ».

Toutefois, les rédacteurs de la réforme ont tenu compte de la spécificité de la sentence arbitrale de deux manières :

60. En premier lieu, en tenant compte du fait que la sentence arbitrale est une décision de justice privée qui, dès lors, ne nécessitait pas de faire l'objet du même système de notification que les décisions rendues par la justice étatique. C'est dans cet esprit que le troisième alinéa de l'article 1484 prévoit que la sentence arbitrale « peut être notifiée par voie de signification à moins que les parties en conviennent autrement ». En d'autres termes, les parties peuvent aménager comme bon leur semble les modalités de notification de la sentence.

61. En second lieu, en tenant compte du fait que l'efficacité de la justice arbitrale est conditionnée à la rapidité avec laquelle la sentence acquiert un caractère définitif. C'est en fonction de ces considérations qu'il a été décidé par les rédacteurs de la réforme d'écourter à trois mois le délai pour solliciter auprès du tribunal arbitral des rectifications d'erreur matérielle ou des réparations d'omission de statuer, le tribunal arbitral disposant quant à lui d'un délai de trois mois pour rendre sa décision (alors qu'en droit commun, ces délais sont beaucoup plus longs, ceci, par application des articles 462 et 463 du Code de procédure civile). Ainsi, sur un plan pratique, les parties, une fois la sentence arbitrale rendue, devront être très vigilantes dans leur lecture de la décision, à défaut de quoi, la sentence arbitrale ne pourra plus faire l'objet de modifications ultérieures.

E. Les voies de recours ouvertes à l'encontre de la sentence

62. En matière d'arbitrage, les voies de recours sont nécessairement différentes de celles qui s'appliquent devant les tribunaux étatiques dans la mesure où les arbitres, à la différence des juges étatiques, ne disposent pas de l'*imperium*.

De ce fait, les sentences arbitrales doivent, pour faire l'objet d'une exécution forcée, être assorties d'un exequatur émanant du juge étatique par lequel ce dernier, après avoir exercé un contrôle minimum sur la sentence, lui confère force exécutoire.

Par conséquent, à la différence des décisions émanant de la justice étatique, les sentences arbitrales peuvent faire l'objet de voies de recours à un double titre, à savoir, en premier lieu, recours contre la décision de la justice arbitrale par la voie du recours à l'encontre de la sentence arbitrale elle-même et, en second lieu, recours contre la décision émanant de la justice étatique, à savoir recours contre l'ordonnance d'exequatur.

63. La réforme du 14 mai 1980 avait, en matière de voies de recours, été saluée pour avoir mis un terme à l'extrême confusion résultant de l'ancien Code de procédure civile de 1806.

Ce résultat avait notamment été atteint grâce au premier alinéa de l'article 1488, lequel, par une formule lapidaire, disposait que « l'ordonnance qui accorde l'exequatur n'est susceptible d'aucun recours ». Ainsi, dans l'hypothèse où une partie contestait l'exequatur, cette dernière était contrainte d'agir directement à l'encontre de la sentence arbitrale, soit par la voie de l'appel, soit par la voie du recours en annulation (article 1488, al. 2).

Toutefois, dès sa promulgation, le décret avait fait l'objet de critiques unanimes sur le fait qu'il avait institué l'appel comme étant la voie de recours principale à l'encontre de la sentence arbitrale et le recours en annulation comme étant l'exception. En effet et à juste raison, les commentateurs faisaient état du fait « [qu']il y a incompatibilité entre l'esprit de l'arbitrage et le principe du double degré de juridiction. Si les parties, en recourant à l'arbitrage, entendent soustraire leur différend aux tribunaux étatiques, ce n'est pas pour que ces derniers en connaissent au second degré par le jeu de l'appel-réformation »¹¹⁴. Plus philosophe sur cette question, le Président Jean Robert écrivait « renvoyons donc ceci, mélancoliquement peut-être, à la prochaine réforme »¹¹⁵.

64. Sur ce sujet, la proposition du CFA était animée par un double objectif. Il s'agissait tout d'abord de réduire le formalisme en matière de délivrance de l'exequatur, en permettant notamment que cet exequatur soit apposé sur une copie de la sentence et en réduisant les motifs de refus de délivrance de l'exequatur (articles 1475 et 1476 de la proposition du CFA). Il s'agissait ensuite, en modifiant les voies de recours, d'accroître indirectement l'efficacité des sentences. À cette fin et notamment, la proposition inversait le principe de l'appel à l'encontre de la sentence arbitrale (article 1477 de la proposition du CFA), prévoyait que le recours en annulation ne serait pas suspensif (article 1481 de la proposition du CFA) et avançait la date à laquelle la sentence arbitrale serait intégrée dans l'ordre juridique, ceci en faisant partir le délai du recours en annulation non plus de la sentence revêtue de l'exequatur (ancien article 1486, al. 2) mais de la notification elle-même.

65. Les rédacteurs du décret ont retenu la plupart des modifications proposées par le CFA, tout en refusant certaines et en insérant d'autres qui n'avaient pas été proposées par le CFA. C'est ainsi que seront successivement examinées les modifications apportées par le décret (1^o) et les constantes (2^o).

1. Les modifications apportées par le décret

66. S'agissant de la délivrance de l'exequatur, la proposition du CFA ayant pour objet de permettre que l'exequatur soit apposé sur des copies de la sentence arbitrale a fait l'objet d'une certaine hésitation.

En effet, en ce qui concerne les jugements, les « grosses » des jugements peuvent être délivrées dès lors qu'elles sont authentifiées par les greffiers comme étant des copies de jugements dont les originaux sont conservés au greffe du tribunal. La situation est toute autre en matière de sentence arbitrale dès lors que cette sentence ne fait l'objet d'aucun mode d'authentification spécifique autre que celui de la signature des arbitres.

Ainsi, admettre que l'exequatur puisse être apposé sur des copies de sentences supposait qu'il soit possible de s'assurer de l'authenticité de la sentence, ce qui, pour les raisons déjà exposées, est très difficile à réaliser.

Pour autant, admettre que l'exequatur puisse être apposé sur une copie de la sentence présentait l'avantage de permettre aux greffes de ne pas conserver les originaux de sentences arbitrales (ce qui était susceptible d'entraîner la responsabilité de l'État en cas de perte de la sentence) et d'améliorer la circulation des sentences arbitrales.

Ces considérations, mais également le fait que contrôler l'authenticité d'une sentence ne diffère guère selon qu'il s'agit de l'original ou d'une copie de cette sentence, ont conduit les rédacteurs du décret à accepter que l'exequatur puisse être apposé sur une copie de la sentence arbitrale.

Ainsi, le quatrième alinéa de l'article 1487 prévoit que « l'exequatur est apposé sur l'original ou si celui-ci n'est pas produit, sur la copie de la sentence arbitrale [réunissant les conditions requises à son authenticité] ».

Il appartiendra au juge de l'exequatur de s'assurer que la copie de la sentence arbitrale réunit les conditions requises à son authenticité. En pratique, la tâche du juge de l'exequatur ne différera guère selon qu'il est en possession de l'original ou de la copie de la sentence, sa tâche consistant seulement à vérifier que la sentence (ou sa copie) présente toutes les apparences d'une sentence arbitrale rendue par un Tribunal arbitral.

67. Par ailleurs, le décret prévoit (ce qui est nouveau) que « l'exequatur ne peut être accordé si la sentence est manifestement contraire à l'ordre public » (article 1488). Sur cette rédaction, on relèvera qu'à la différence du CFA

(article 1476, al. 2 de la proposition du CFA), les rédacteurs du décret n'ont pas voulu que le refus de l'exequatur soit limité au motif de contrariété à l'ordre public. Ils ont voulu qu'il puisse être également opposé dans d'autres cas abandonnés à la souveraine appréciation du juge, par exemple, et comme cela a déjà été jugé, dans l'hypothèse où la prétendue sentence n'en serait pas une¹¹⁶ ou serait incompatible avec une autre décision irrévocable portant sur le même objet entre les mêmes parties¹¹⁷. On remarquera que les rédacteurs ont pris soin d'indiquer que l'exequatur ne pouvait être refusé qu'en cas de contrariété « manifeste » à l'ordre public, cela dès lors que l'exequatur est délivré à l'issue d'une procédure non contradictoire, ce qui implique que, par définition, un tel refus ne puisse être opposé que dans l'hypothèse où la contrariété en cause « saute aux yeux » du juge chargé du contrôle. Sur cette question, il convient de relever que les rédacteurs du décret se sont gardés de faire usage de l'adjectif « manifeste » dans les cas d'ouverture du recours en annulation. En effet, dans une telle hypothèse, la décision du juge intervient après que les parties ont pu débattre de manière contradictoire des motifs de l'annulation de la sentence. Pour cette raison, il n'y a pas lieu que le contrôle du juge se limite au caractère « flagrant, effectif et concret » de la violation alléguée, comme l'a pourtant décidé, en matière d'arbitrage international, la Cour de cassation dans un arrêt très controversé¹¹⁸.

68. S'agissant des recours, la principale innovation apportée par le décret et son article 1489 est que le recours en annulation devient désormais le recours de droit commun à l'encontre de la sentence arbitrale. Le nouveau texte inverse le principe selon lequel l'appel est la voie de recours de droit commun en matière d'arbitrage. Désormais, le principe est que seul le recours en annulation est admis, sauf pour les parties à avoir expressément stipulé le contraire. Cette modification constitue l'un des progrès majeurs apportés par la réforme en matière d'arbitrage interne.

Toujours concernant l'appel, les rédacteurs du décret n'ont pas jugé utile, à la différence de la proposition du CFA, de renvoyer aux articles 542 et suivants du Code de procédure civile. Ils ont en effet considéré que ces articles étaient difficilement transposables aux sentences arbitrales, dès lors qu'ils faisaient référence à des notions ou à des situations qui n'existent pas en matière d'arbitrage et que de surcroît, un droit commun de l'appel s'était déjà développé en cette matière, ce qui rendait inutile, voire inapproprié le renvoi à ces articles généraux.

69. S'agissant du recours en annulation, la réforme modifie, à l'article 1492, la formulation des motifs d'annulation de la sentence sans pour autant les modifier dans leur substance.

Ainsi, l'ancien 1^o de l'article 1484 (« le tribunal a statué sans convention d'arbitrage ou sur une convention nulle ou expirée ») est remplacé par « le tribunal arbitral s'est déclaré à tort compétent ou incompétent », disposition qui doit se lire en complément du 3^o de l'article « le Tribunal arbitral a statué sans se conformer à la mission qui lui avait été confiée », dès lors que les deux propositions englobent la notion de « pouvoir juridictionnel du Tribunal arbitral », déjà abordée plus haut. Le 2^o de l'article 1492 fait référence à la notion d'irrégularité de constitution du Tribunal arbitral, laquelle englobe non seulement les anciennes notions de composition du Tribunal arbitral et de désignation. Enfin, le 6^o énumère l'ensemble des cas de nullité auxquels renvoyait naguère l'ancien 5^o de l'article 1484.

70. S'agissant des dispositions communes à l'appel et au recours en annulation, la principale modification introduite par le décret, à la suggestion du CFA, réside dans le fait que le délai pour exercer l'appel ou le recours en annulation à l'encontre de la sentence est écourté. En effet, l'ancien second alinéa de l'article 1486 prévoyait que les recours à l'encontre de la sentence arbitrale cessaient d'être recevables s'ils n'avaient pas été exercés dans le mois suivant la notification de la sentence revêtue de l'exequatur. Désormais, en vertu du nouvel article 1494, ces recours ne sont plus recevables s'ils n'ont pas été exercés dans le délai d'un mois à compter de la notification de la sentence. En d'autres termes, celui qui voudra faire exécuter la sentence et à cette fin, mettre le plus rapidement possible un terme aux voies de recours à l'encontre de la sentence, n'aura plus besoin d'attendre l'intervention du juge de l'exequatur. De l'autre côté, le débiteur du jugement devra, pour ne pas perdre tout bénéfice au droit à recours, effectuer une démarche positive préventive sans attendre la décision du juge de l'exequatur là où auparavant il pouvait se contenter d'attendre.

71. S'agissant enfin des voies de recours extraordinaires, on relèvera que contrairement à l'ancien article 1491, le recours en révision à l'encontre de la sentence arbitrale, traité dans le nouvel article 1502, subit deux modifications importantes. En premier lieu, il convient de relever qu'à la différence de son prédécesseur, qui renvoyait à l'ensemble du régime de droit commun du recours en révision, le nouvel article 1502 ne renvoie pas aux dispositions de l'article 593 du Code de procédure civile. Cette exclusion a été voulue pour éviter toute référence à la notion de force de chose jugée de la sentence arbitrale, c'est-à-dire, en adoptant un raisonnement analogique et en vertu de l'article 500, la situation dans laquelle la sentence arbitrale ne pourrait plus faire l'objet d'aucun recours suspensif d'exécution. En d'autres termes, les rédacteurs du décret ont estimé que si le recours à la notion de force de chose

jugée est justifié pour les décisions rendues par la justice étatique, dès lors que la voie de l'appel est la voie de recours de droit commun concernant ces décisions, elle l'est beaucoup moins pour les sentences arbitrales. En effet, la plus grande majorité de ces sentences ne peuvent faire l'objet que d'un recours en annulation, ce qui *de facto* limite considérablement le pouvoir de contrôle des juges étatiques sur les sentences arbitrales et ne leur permet pas d'examiner des griefs qui le seraient dans l'hypothèse de l'appel. Dès lors, il est apparu utile de prévoir qu'un recours en révision puisse être intenté à l'encontre de la sentence arbitrale alors même qu'une voie ordinaire de recours pouvait être exercée à l'encontre de la sentence arbitrale¹¹⁹. Enfin et la remarque est de taille, le nouvel article 1502 prévoit que, désormais, le recours en révision est porté devant le tribunal arbitral (et non plus devant la Cour d'appel qui eût été compétente pour connaître des autres recours contre la sentence, comme le prévoyait l'ancien article 1491). Cette modification a été introduite dans la réforme par la Chancellerie dès lors qu'elle a considéré que le recours en révision était une voie de rétractation et que, dans ces conditions, il était normal que ce soit le tribunal qui a rendu la décision (et non les juges d'appel) qui connaissent d'un tel recours. Outre le fait que cette modification est conforme aux principes de la procédure civile, elle traduit de la part du Gouvernement un véritable respect à l'égard de la volonté des parties qui recourent à cette forme de justice privée.

2. Les constantes

72. Contrairement à ce que souhaitait le CFA, il n'a pas été fait droit à la demande tendant à ce que l'exercice du recours en annulation ne soit pas suspensif d'exécution en matière interne. Pour les raisons déjà indiquées, la Chancellerie n'a pas voulu que le régime procédural des sentences arbitrales diffère sans raison objective de celui des jugements. En effet, tout comme les jugements, les sentences arbitrales peuvent faire l'objet d'une exécution provisoire. Dès lors que les arbitres disposent, comme les juges étatiques, d'une très grande latitude concernant le régime d'exécution de leurs décisions, il n'a pas paru utile de prévoir une exécution provisoire de plein droit des sentences arbitrales.

C'est d'ailleurs dans cet esprit et en adaptant la rédaction empruntée par les articles 524 et 525 du Code de procédure civile que les rédacteurs du décret ont prévu à l'article 1497 que, lorsqu'un recours en annulation ou en appel est exercé, le premier président ou le conseiller de la mise en état peut, selon le cas, soit ordonner, soit arrêter l'exécution provisoire de tout ou partie de la sentence. Afin de permettre l'exécution rapide de la sentence, le second alinéa de l'article 1498 permet, selon le cas, soit au premier président, soit au conseiller de la mise en état de conférer l'exequatur à la sentence arbitrale, et ce avant même que la chambre n'examine l'appel ou le recours en annulation.

73. L'autre constante tient au fait que le nouveau texte, comme son prédécesseur, n'ouvre aucun recours spécifique à l'encontre de l'ordonnance qui accorde l'exequatur (article 1499). Dans ce cas, il appartiendra à la partie qui conteste le bien-fondé de la délivrance de l'exequatur de former, selon le cas et si elle est recevable pour le faire, un appel ou un recours en annulation à l'encontre de la sentence arbitrale.

En revanche, comme par le passé (ancien article 1489), il sera toujours possible, en vertu désormais de l'article 1500, de former un recours à l'encontre de l'ordonnance qui refuse l'exequatur de la sentence. Les rédacteurs du décret ont quelque peu modifié la seconde phrase de l'ancien article 1489, sans pour autant en affecter l'esprit. Il est en effet prévu qu'à l'occasion du recours à l'encontre de l'ordonnance qui refuse l'exequatur, la partie qui ne souhaite pas que la sentence soit exequaturée, puisse, si elle est toujours recevable à le faire, exercer un appel ou un recours en annulation à l'encontre de la sentence. Toutefois, et la remarque est importante, dans l'hypothèse où une partie ne serait plus recevable à former un appel ou un recours en annulation à l'encontre de la sentence arbitrale, ou ne forme pas une telle demande, elle pourrait, selon nous, toujours solliciter la confirmation du refus de délivrer l'ordonnance d'exequatur sur l'un des motifs du recours en annulation. Les motifs de refus de délivrance de l'exequatur ne sont en effet pas limitativement énumérés par l'article 1488 et la jurisprudence a toujours considéré qu'un refus d'exequatur pouvait être opposé pour d'autres motifs que celui de la contrariété à l'ordre public, par exemple la méconnaissance manifeste des stipulations de la clause compromissoire par les arbitres¹²⁰, ou encore dans l'hypothèse où la sentence est incompatible avec une décision française irrévocable portant sur le même objet entre les mêmes parties¹²¹.

II. Le nouveau droit français de l'arbitrage international

74. La ligne de partage entre l'arbitrage interne et l'arbitrage international n'a pas été modifiée par le décret du 13 janvier 2011. Comme le faisait l'article 1492 ancien, le nouvel article 1504 définit l'arbitrage international comme celui qui « met en cause les intérêts du commerce international ». Le caractère passablement tautologique de ce texte («

est international ce qui est international») sur lequel avaient pu ironiser les premiers commentateurs du décret de 1981¹²² aurait pu inciter les rédacteurs du texte de 2011 à revenir sur la question. La reconnaissance de fait que cette définition s'accompagne aujourd'hui de trente années d'une jurisprudence abondante qui a donné à la formule un sens précis les a conduits à ne pas toucher à une notion devenue l'un des piliers essentiels du droit français de l'arbitrage international. Le maintien de la définition doit donc être compris comme reflétant la volonté de reconduire purement et simplement cette jurisprudence. Le projet du CFA s'était du reste également prononcé en ce sens, et ce, pour les mêmes raisons. On pourra donc, après le 1^{er} mai 2011 comme avant, se référer aux décisions antérieures à 2011 qui fixent le sens de la « mise en cause des intérêts du commerce international ». Comme le relève la Cour de cassation dans l'arrêt *Inserm* du 26 janvier 2011, cette disposition invite à procéder à une appréciation purement économique de la situation, « indépendamment de la qualité ou de la nationalité des parties, de la loi applicable au fond ou à l'arbitrage, ou encore du siège du tribunal arbitral »¹²³. Ainsi par exemple, a pu être considéré comme international un litige opposant deux sociétés de droit français, établies en France et qui ont passé entre elles des accords en vue de la réalisation à l'étranger d'un ensemble industriel alors qu'une définition formelle de l'internationalité de l'arbitrage aurait pu laisser penser le contraire¹²⁴.

75. Plus difficile à appréhender pour le praticien étranger de l'arbitrage, même sensibilisé au droit français de l'arbitrage, est la question du champ d'application de ce droit en matière internationale. Comme par le passé¹²⁵, le seul fait de conduire un arbitrage international en France n'entraîne pas automatiquement l'application de tout le régime du droit français de l'arbitrage international prévu par le décret.

Comme toutes celles qui régissent la matière arbitrale, les règles contenues dans le décret ont en réalité deux catégories de destinataires. Certaines s'adressent au juge français, d'autres au tribunal arbitral et aux parties dans la conduite de la procédure. L'application des premières ne soulève aucune difficulté. Les règles de compétence du juge français pour prendre des mesures provisoires sont celles du droit commun, le décret relatif à l'arbitrage ne faisant que soustraire à cette compétence les matières que l'on souhaite réserver à la compétence arbitrale parce qu'elles empièteraient, si tel n'était pas le cas, sur la compétence des arbitres pour connaître du fond du litige. La compétence internationale du juge d'appui français est pour sa part fixée par l'article 1505¹²⁶. Celle des juridictions françaises pour connaître des recours en annulation ou des recours qui concernent les sentences dont l'exequatur est sollicité en France¹²⁷ est également très naturelle, le juge français étant appelé à contrôler les sentences susceptibles de produire un effet dans l'ordre juridique français, quel que soit le lieu où elles ont été rendues.

Le champ d'application des règles qui s'adressent aux arbitres et aux parties dans la conduite de la procédure est plus délicat. Une perspective extrême consisterait à estimer que ces règles relèvent davantage du règlement d'arbitrage que de la loi et qu'elles n'ont pas de place dans une loi nationale en matière d'arbitrage, les parties d'un commun accord et, à défaut d'accord, les arbitres, étant à même de trancher toutes les difficultés pouvant surgir à propos de la conduite de la procédure. Dans cette perspective, ces règles devraient être non seulement supplétives, mais ne pas figurer du tout dans une loi nationale. C'est cette conception qui explique la concision du décret de 1981 en matière d'arbitrage international. Le décret de 2011 s'est voulu un peu plus explicite tout en demeurant très libéral. C'est la raison pour laquelle, contrairement à ce qui avait été proposé par certains au cours des débats qui s'étaient déroulés au sein du CFA lors de l'élaboration de son avant-projet¹²⁸, tant le projet du CFA que le texte qui est devenu le décret de 2011 ont choisi de ne pas affirmer que le droit français de l'arbitrage s'appliquait automatiquement, même à titre supplétif, aux arbitrages qui se déroulent en France. C'est dire que, contrairement à ce que l'on croit parfois, comme dans le régime ancien¹²⁹, le seul fait qu'un arbitrage ait son siège en France n'impose pas l'application, même à titre supplétif, des dispositions du droit français qui ne s'adressent pas au juge. Il faut pour cela que les parties aient choisi l'application du droit français, ce qu'elles peuvent faire dans leur convention d'arbitrage ou ultérieurement, dans l'acte de mission par exemple, ou que, dans le silence des parties, le tribunal arbitral ait choisi de se référer au régime du droit français. Un Tribunal arbitral siégeant en France peut se contenter de déclarer qu'il tranchera les questions au fur et à mesure qu'elles seront soulevées ou choisir la loi de procédure qui lui paraît la plus appropriée. Lorsque les parties ont choisi un règlement d'arbitrage, institutionnel ou non, le tribunal peut se contenter de renvoyer à l'application du règlement et de préciser que les autres questions susceptibles de se poser seront tranchées par le tribunal de manière *ad hoc* après avoir entendu les parties. En d'autres termes, sauf accord des parties ou décision du Tribunal arbitral, qui n'a rien de nécessaire, les dispositions du droit français ne constituent qu'une offre, adressée aux parties et subsidiairement aux arbitres, de choisir un régime d'arbitrage international, lui-même extrêmement peu contraignant. La seule limite apportée à ce raisonnement tient aux dispositions dont l'absence de respect entraînerait l'annulation de la sentence rendue en France, ou son refus d'exequatur si elle a été rendue à l'étranger. Ces dispositions sont extrêmement peu nombreuses et figurent à l'article 1520. Il s'agit essentiellement, en ce qui concerne la conduite de la procédure, de l'exigence de respect du contradictoire, qui inclut le principe de l'égalité des parties et de l'ordre public procédural qui se résume lui-même au

respect de la contradiction et de l'égalité des parties. C'est dire que, tant par son domaine d'application que par son contenu, tout en étant un peu plus explicite que son prédécesseur, le décret de 2011 demeure dans la ligne libérale qui a été celle du droit français de l'arbitrage depuis 1981.

76. Sur le plan formel, le décret de 2011 présente le droit français de l'arbitrage international comme composé de règles spécifiquement applicables à l'arbitrage international (articles 1504 et s.) et de règles de droit interne qui se trouvent également applicables à l'arbitrage international du fait du renvoi opéré par l'article 1506. Dans le souci de faciliter la tâche du lecteur – notamment du lecteur étranger – souhaitant s'informer sur la teneur des règles applicables au seul arbitrage international, le CFA avait proposé que les dispositions du droit interne applicables en matière internationale soient recopiées dans la partie relative à l'arbitrage international. La Chancellerie n'a pas souhaité adopter cette formule qui aurait entraîné de nombreuses répétitions et a préféré procéder par renvoi, ce qui est plus conforme au style législatif français. C'est au Conseil d'État que l'on doit le fait que le renvoi soit opéré, de manière positive, aux dispositions applicables en matière internationale et non, de manière négative, à celles qui ne s'appliquent pas en matière internationale. C'est là une amélioration sensible et il suffit de procéder à la reproduction de ces textes entre les paragraphes correspondant aux mêmes sujets pour obtenir un texte consolidé proche de ce que souhaitait le CFA. C'est ce que les auteurs du présent commentaire ont fait et ce document peut être consulté *infra*, p. 527 au présent article ¹³⁰.

77. L'extrême libéralisme du décret de 2011 à l'égard de l'arbitrage international se traduit non seulement par le fait que les dispositions qu'il contient et qui ne s'adressent pas au juge ne constituent qu'une offre adressée aux parties et subsidiairement aux arbitres de les rendre applicables, mais encore par le fait qu'il précise de manière générale à l'article 1506 que ces dispositions ont un caractère supplétif. Il est donc possible aux parties d'écarter celles d'entre elles qui leur paraîtraient inopportunes, directement ou en prévoyant un régime différent sur tel ou tel point, même si elles ont, de manière générale, accepté l'application du droit français à l'arbitrage en question.

L'exercice consistant à tenter d'identifier – au sein de l'ensemble composé par les dispositions spécifiques à l'arbitrage international (art. 1504 et s.) et celles de l'arbitrage interne qui s'appliquent également à l'arbitrage international par renvoi de l'article 1506 – les dispositions qui ne sont pas susceptibles d'être écartées par la volonté des parties est très éclairant. Il permet en effet de constater que ces dispositions sont très peu nombreuses. Il s'agit tout d'abord de celles qui relèvent de l'organisation des voies de recours et, plus généralement, des règles de compétence des juridictions. Elles concernent au premier chef les conditions de l'accueil d'une sentence internationale dans l'ordre juridique français, et ce, que la sentence soit rendue en France ou à l'étranger. Le contrôle extrêmement limité prévu à ce stade du processus arbitral par le droit français est d'ordre public puisqu'il s'agit des conditions auxquelles le droit français accepte de donner à l'acte privé qu'est la sentence une force équivalente à celle d'une décision exécutoire du droit français. Le fait que les auteurs du décret de 2011 aient choisi de permettre aux parties de renoncer à tout recours en annulation à l'encontre de la sentence rendue en France en matière internationale, pour limiter ce contrôle à un contrôle de l'exequatur, ne modifie pas le fait que lorsque ce contrôle n'est pas écarté, la liste des cas d'annulation ne peut être allongée ou restreinte par la volonté des parties. La seule option ouverte aux parties est de convenir d'écarter purement et simplement tout recours en annulation, ce qui revient à ne permettre le contrôle que si l'exequatur de la sentence est demandé en France ¹³¹. C'est la raison pour laquelle seuls les premiers mots de l'article 1520 (« le recours en annulation n'est ouvert que si ») et l'article 1522 qui permet l'exclusion ne nous paraissent pas être d'ordre public, à la différence des cas d'ouverture du contrôle spécifiés à l'article 1520.

De la même manière, le fait que les parties puissent, en matière internationale, écarter la compétence du juge français pour prendre des mesures provisoires ¹³², ne signifie pas qu'elles puissent, dans le cas contraire, modifier l'étendue de la compétence de telle ou telle juridiction ou la répartition des compétences entre tribunal de première instance et tribunal de commerce par exemple ¹³³. De même encore, la compétence du juge d'appui n'est, en matière internationale, que subsidiaire. Si en effet une institution d'arbitrage est compétente, c'est elle qui devra trancher les difficultés de mise en place du tribunal arbitral ou les incidents de récusation d'arbitres. En revanche, si le juge d'appui français est appelé à intervenir, les modalités de saisine, la procédure suivie devant le juge d'appui et l'effet de sa décision, prévus par l'article 1460, sont d'ordre public en ce qu'ils relèvent de l'organisation judiciaire. La même distinction s'applique aux cas dans lesquels les juridictions françaises reçoivent compétence pour assister le tribunal arbitral dans l'obtention de preuves détenues par un tiers. La possibilité même de recourir au juge est subordonnée à l'invitation du Tribunal arbitral et ne peut *a fortiori* être considérée comme d'ordre public. En revanche, lorsque les parties peuvent se prévaloir de cette possibilité, avec l'autorisation du Tribunal arbitral, elles ne peuvent en affecter le régime prévu aux alinéas 2 et suivants de l'article 1469. De même encore, les parties peuvent aménager le régime de la notification de la sentence et prévoir qu'elle s'effectue autrement que par signification (art.

1522, al. 3, 2^e phrase), mais ne peuvent modifier des délais d'appel qui participent de l'organisation des voies de recours (art. 1522, al. 3, 1^{re} phrase). De même enfin, les cas de compétence du juge d'appui prévus à l'article 1505 sont tous sous la dépendance de la volonté des parties sauf celui qui vise l'hypothèse du risque de déni de justice qui peut être considéré comme d'ordre public, même en matière internationale¹³⁴. Les auteurs du présent article ont reproduit en caractère gras dans le texte consolidé qui figure *infra*, p. 527¹³⁵ les dispositions du décret applicables à l'arbitrage international qui ont un caractère d'ordre public et un examen cursif de celles-ci permet de se rendre compte qu'elles ont un caractère extrêmement limité. C'est là, s'il en était besoin, une nouvelle preuve du libéralisme dont a fait preuve le droit français à l'égard de l'arbitrage international.

78. C'est sous le bénéfice de ces observations que l'on examinera tour à tour, comme en matière interne, les dispositions concernant l'arbitrage international relatives à la convention d'arbitrage (A), à la mise en place du tribunal arbitral (B), à l'instance arbitrale (C) et aux recours ouverts à l'encontre de la sentence (D).

A. La convention d'arbitrage

79. À propos de la convention d'arbitrage, le décret de 2011 appelle quelques éclaircissements sur les définitions qui la concernent (1^o), sur sa forme (2^o), sur le régime qui s'y trouve associé (3^o) et sur les dispositions accessoires susceptibles de figurer utilement dans une convention d'arbitrage (4^o).

1. Définitions relatives à la convention d'arbitrage

80. L'article 1506 prend soin de ne pas transposer en matière internationale les dispositions de l'article 1442 qui énoncent que la convention d'arbitrage peut prendre « la forme d'une clause compromissoire ou d'un compromis » avant de donner une définition de chacune de ces formes possibles de convention d'arbitrage¹³⁶. Le choix peut surprendre. Il ne signifie assurément pas qu'il n'existe pas, en matière internationale, de clause compromissoire par laquelle les parties à un contrat s'engagent à faire régler par voie d'arbitrage leurs différends futurs relatifs à ce contrat, ou de compromis par lequel les parties à un litige né conviennent de faire régler celui-ci par voie d'arbitrage.

Ces définitions classiques conservent toute leur pertinence en matière internationale. En revanche, elles ne recouvrent pas la totalité des situations dans lesquelles le consentement à l'arbitrage peut être donné. C'est en songeant au domaine de la protection des investissements internationaux, dans lequel l'arbitrage a pris une place importante, que les rédacteurs du décret se sont abstenus de renvoyer, pour l'arbitrage international, aux définitions classiques de l'article 1442. Dans cette matière, le consentement de l'État et celui de l'investisseur peuvent certes résulter d'une convention d'arbitrage classique, généralement une clause compromissoire, mais ils peuvent également se trouver dissociés¹³⁷. Le consentement de l'État peut en effet résulter d'une loi ou d'un traité, bilatéral ou multilatéral, de protection des investissements dans lequel l'État s'engage à voir résoudre par voie d'arbitrage les différends portant sur l'application de la protection de fond résultant du traité. Dans une telle hypothèse, le consentement de l'État figure dans l'instrument de protection des investissements concerné ; celui de l'investisseur résulte de l'acceptation, une fois le litige né, de l'offre de recourir à l'arbitrage figurant dans cet instrument. On ne peut donc parler, dans ce type de situations, ni de « clause compromissoire », ni de « compromis » d'arbitrage et le premier alinéa de l'article 1442 aurait donc été abusivement restrictif. Il fallait donc, pour couvrir cette situation, éviter de renvoyer formellement, en matière internationale, aux définitions classiques de l'article 1442.

2. La forme de la convention d'arbitrage

81. L'article 1507 nouveau dispose que « la convention d'arbitrage n'est soumise à aucune condition de forme ». Le contraste est flagrant avec les dispositions correspondantes du droit interne selon lesquelles « la convention d'arbitrage est écrite à peine de nullité »¹³⁸, même si cela n'exclut pas les conventions d'arbitrage résultant d'une simple référence à un document autre que celui qui contient le consentement¹³⁹. Cette solution est celle que préconisait le CFA et qui résultait déjà de la jurisprudence¹⁴⁰.

Cette manifestation de libéralisme accru à l'égard de l'arbitrage international ne signifie pas, comme une vision caricaturale pourrait le laisser penser, que le droit français s'est découvert une passion pour les conventions d'arbitrage qui résulteraient d'un échange de consentement purement oral donné entre deux entités étrangères l'une à l'autre et sans relations préalables, dans des circonstances de fait qui font de l'exemple une hypothèse d'école. La convention orale dont l'existence devrait en toute hypothèse être rapportée *ad probationem* demeurera très exceptionnelle. En revanche, ce qui l'est beaucoup moins, dans les droits qui exigent un écrit, est le degré de

complexité supplémentaire introduit par cette exigence dans nombre d'hypothèses dans lesquelles on s'interroge sur l'identité de la personne liée par la convention d'arbitrage ou sur la portée d'une clause compromissoire contenue dans un contrat mais non dans un autre. Il suffit pour s'en convaincre de songer au cas où l'on cherche à déterminer si la société mère qui a négocié le contrat et l'a exécuté est liée par une convention signée par la filiale, ou au cas dans lequel le débat porte sur une succession de contrats passés entre les mêmes parties dont un seul contient une convention d'arbitrage. Existe-t-il un écrit émanant, même par référence, de la société mère ? Existe-t-il un écrit concernant l'exécution du contrat pris en application du contrat précédent ¹⁴¹ ? La solution du droit français de l'arbitrage international est très simple : ce n'est pas de cette manière que la question doit être posée ; la seule question pertinente est celle de savoir qui a consenti à être lié par la convention d'arbitrage et quelles matières les parties ont voulu voir régler par voie d'arbitrage. En d'autres termes, seul le consentement compte. Tout le reste, y compris la forme qu'aura pu prendre l'expression de la volonté, ne sera pris en compte qu'en tant qu'élément de fait susceptible de concourir à la preuve de l'existence ou de l'absence de consentement de recourir à l'arbitrage d'une personne donnée sur un sujet donné. Aucune pollution du débat sur l'existence et l'étendue du consentement ne pourra résulter de l'exigence de forme, écartée purement et simplement en matière internationale par le droit français de l'arbitrage.

3. Le régime associé à la convention d'arbitrage

82. Les effets de la convention d'arbitrage, ou plus généralement les effets que le droit objectif de l'arbitrage associe à la constatation de l'existence *prima facie* d'une convention d'arbitrage ¹⁴², ne sont pas bouleversés par l'existence du nouveau décret. Celui-ci ne fait, sur ces conditions, que consolider, directement ou par le renvoi fait par le rapport au Premier ministre à la jurisprudence ¹⁴³, les solutions fermement ancrées dans la jurisprudence française. On se contentera donc d'en rappeler la teneur.

a) L'autonomie de la clause compromissoire

83. En matière internationale, le principe de l'autonomie de la convention d'arbitrage dont la fonction est d'isoler celle-ci des vicissitudes susceptibles d'affecter la convention de fond a été admis par l'arrêt *Gosset* du 7 mai 1963 ¹⁴⁴. Sa portée est très large, comme on a pu le constater ¹⁴⁵, et le principe n'a jamais été remis en cause depuis. Il constitue donc une constante du droit français de l'arbitrage depuis 1963 tandis que d'autres droits l'ont admis plus tardivement ¹⁴⁶ ou se cherchent encore sur ce sujet ¹⁴⁷. Cependant, très curieusement, jusqu'en 2011, le principe n'avait pas été incorporé dans un texte. C'est désormais chose faite à l'article 1447, applicable en matière internationale du fait du renvoi de l'article 1506 1^o ¹⁴⁸.

b) Le principe de compétence-compétence

84. Ainsi qu'on a pu l'observer en matière d'arbitrage interne ¹⁴⁹, le droit français consacre pleinement le principe de compétence-compétence, et ce, tant dans son effet positif, qui permet à l'arbitre de poursuivre sa mission lorsque sa compétence est contestée, que dans son effet négatif, qui impose aux juridictions qui auraient pu être compétentes en l'absence de convention d'arbitrage de donner une priorité au Tribunal arbitral dès lors qu'il existe *prima facie* une convention d'arbitrage ou qu'une procédure arbitrale est en cours ¹⁵⁰. Le principe de confiance à l'arbitrage veut que les arbitres ne soient pas suspectés *a priori* de ne pas pouvoir trancher de manière juste les questions touchant à leur compétence, un contrôle étant en toute hypothèse exercé ultérieurement par le juge étatique chargé de se prononcer sur la demande d'annulation ou d'exécution de la sentence. Cette consécration résultait déjà du décret de 1981 (articles 1466 et 1458 anciens). Elle était reprise par le projet du CFA (articles 1449 et 1447 du projet). Elle est aujourd'hui écrite aux articles 1448 et 1465 étendus à l'arbitrage international par l'article 1506, 1^o et 3^o.

c) L'impossibilité pour un État ou une émanation d'un État de se prévaloir de son propre droit pour échapper à l'application d'une convention d'arbitrage librement consentie

85. L'impossibilité pour un État ou une émanation d'un État de se prévaloir de son propre droit pour échapper à l'application d'une convention d'arbitrage librement consentie résulte d'une jurisprudence constante ¹⁵¹. Le décret ne pouvait reprendre cette règle, comme l'a fait le droit suisse de l'arbitrage ¹⁵², sans empiéter sur le domaine de la loi.

L'intention de la reconduire n'en est pas moins claire. Elle résulte des termes du rapport au Premier ministre qui indique ne pas vouloir revenir sur le principe «acquis en jurisprudence» selon lequel «l'État ou l'une de ses émanations ne peut invoquer son propre droit afin de s'opposer à l'application d'une convention à laquelle il a consentie»¹⁵³.

4. Dispositions accessoires susceptibles de figurer utilement dans une convention d'arbitrage

86. Sans que ces dispositions puissent être comprises comme étant de l'essence de l'arbitrage, la convention d'arbitrage peut utilement comporter – et comporte fréquemment en pratique – certaines dispositions accessoires mais qui, selon les circonstances, peuvent avoir une certaine importance aux yeux des parties. Il s'agit des dispositions relatives aux caractéristiques que doivent présenter les arbitres, au délai d'arbitrage et à la confidentialité de la procédure arbitrale.

a) Les caractéristiques que doivent présenter les arbitres

87. Il arrive fréquemment qu'en matière internationale les parties précisent que l'intégralité des arbitres ou le président du tribunal arbitral doit présenter certaines caractéristiques en termes de formation, de compétence technique, d'aptitudes linguistiques ou de nationalité. De telles stipulations étaient valables sous l'empire du décret de 1981. Elles le demeurent dans le régime du décret de 2011¹⁵⁴.

b) Le délai d'arbitrage

88. En matière interne, le délai d'arbitrage est fixé à une période de six mois¹⁵⁵. Cette prescription est assortie d'un régime détaillé des causes d'interruption et de suspension de l'instance arbitrale¹⁵⁶. En matière internationale, l'instance arbitrale n'est enfermée dans aucun délai, les auteurs de décret ayant préféré, comme par le passé, laisser aux parties le soin de décider, directement ou par référence à un règlement d'arbitrage, si la procédure arbitrale devait être enfermée dans un délai déterminé¹⁵⁷.

Aussi les parties peuvent-elles inclure dans leur convention d'arbitrage une disposition selon laquelle la sentence doit être rendue dans un certain délai. On observera à cette occasion qu'il est souvent préférable de fixer expressément le point de départ de ce délai et de le faire courir à partir de la constitution du tribunal arbitral plutôt qu'à partir de la demande d'arbitrage, les parties ayant tendance à minimiser le temps que peut prendre la mise en place du tribunal arbitral. Dans une telle hypothèse, la disposition de l'article 1463 al. 2 selon laquelle «le délai [...] conventionnel peut être prorogé par accord des parties ou, à défaut, par le juge d'appui» demeure susceptible de jouer un rôle, ce texte étant rendu applicable en matière internationale par l'article 1506 3^o.

c) La confidentialité de la procédure arbitrale

89. Le fait que, pour des raisons sur lesquelles on aura l'occasion de revenir¹⁵⁸, le décret de 2011 ait choisi de poser, en matière internationale, un principe de neutralité à l'égard de la confidentialité de la procédure arbitrale, pourra conduire les parties à stipuler expressément que la procédure arbitrale susceptible de les opposer demeurera confidentielle. De telles clauses sont – à juste titre – fréquentes dans les matières qui, par nature, appellent un traitement confidentiel. Ainsi, par exemple, un contrat portant cession d'une licence de savoir-faire, un contrat de vente de gaz à long terme dont les clauses de prix sont particulièrement sensibles ou un contrat de coopération industrielle dans une matière dans laquelle la concurrence est vive, comporteront fréquemment des clauses imprimant un caractère confidentiel à la procédure arbitrale et aux informations qui seront échangées au cours de l'arbitrage. Les parties seront bien avisées de déterminer avec précision l'étendue de la confidentialité et sa sanction, en stipulant par exemple que les arbitres pourront faire respecter la confidentialité de l'arbitrage en la sanctionnant en nature, le cas échéant à peine d'astreinte. Le droit français de l'arbitrage reconnaît certes de manière générale le pouvoir de l'arbitre de prononcer des astreintes¹⁵⁹ mais l'existence d'une clause spécifique le rappelant à propos d'une obligation déterminée des parties est de nature à aider à surmonter la réserve dont les arbitres font généralement preuve à ce sujet.

B. La constitution du Tribunal arbitral

90. On examinera successivement l'autorité compétente pour trancher les questions relatives à la constitution du

Tribunal arbitral (1^o) et les qualités que doivent présenter les arbitres en matière internationale (2^o).

1. Autorité chargée de régler les incidents relatifs à la constitution du Tribunal arbitral

91. La détermination de l'autorité chargée de régler les incidents relatifs à la constitution du Tribunal arbitral et de se prononcer sur les causes de récusation et sur tous les événements justifiant le remplacement d'un arbitre en cours de procédure, est plus importante encore en matière internationale qu'en matière interne. Aussi convient-il de rappeler, même si cela se vérifie également en matière interne, que le juge d'appui n'a vocation à intervenir que si les parties n'ont pas choisi elles-mêmes une « autorité chargée d'organiser l'arbitrage ». Cela signifie en pratique qu'en matière d'arbitrage international, c'est l'institution d'arbitrage elle-même, lorsqu'elle existe, qui se prononcera sur les incidents de constitution de Tribunal arbitral, y compris lorsqu'une partie objecte à la nomination d'un arbitre ou le refuse. En matière d'arbitrage *ad hoc*, lorsqu'une autorité de désignation des arbitres a été choisie conventionnellement, c'est elle qui assure cette fonction. Dans toutes ces hypothèses, le juge français n'a pas vocation à intervenir pour contrôler le bien-fondé des décisions rendues par l'autorité choisie par les parties pour se prononcer sur ces questions. Ainsi, par exemple, si l'on se trouve en présence d'un arbitrage CCI se déroulant en France, le juge d'appui français n'interviendra pas pour vérifier si la décision de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI de maintenir un arbitre ou au contraire d'accepter une demande de récusation est fondée ou non. Il en va différemment dans d'autres droits. Ainsi, par exemple, si l'arbitrage se déroule aux Pays-Bas, le juge néerlandais pourra se prononcer aussitôt sur le bien-fondé d'une demande de récusation d'un arbitre même si l'autorité chargée d'organiser la procédure, la Cour d'arbitrage de la CCI par exemple, vient de se prononcer elle-même sur le sujet. En droit français, le juge n'intervient pas à ce stade de la procédure, sans préjudice du contrôle de l'indépendance et de l'impartialité de l'arbitre qui sera effectué par le juge de l'annulation ou de l'exequatur au moment où une sentence arbitrale lui sera présentée. En d'autres termes, le juge d'appui n'a qu'une vocation subsidiaire à intervenir. En matière internationale, cela permet à la partie qui veut voir l'arbitrage se dérouler en France sans souhaiter l'intervention des juridictions françaises ¹⁶⁰ – que ce soit pour des questions de langue ou de confiance dans des juridictions qui ne leur sont pas familières – de s'assurer que l'ensemble des questions relatives à la mise en place et plus généralement à la constitution du Tribunal arbitral seront réglées sans interférence possible de la part des juridictions françaises avant le contrôle exercé au titre du contentieux de l'annulation ou du refus d'exécution de la sentence ¹⁶¹.

92. Faute pour les parties d'avoir désigné une « autorité chargée d'organiser l'arbitrage », c'est le juge d'appui qui se prononcera sur toutes les difficultés susceptibles de s'élever à propos de la constitution du Tribunal arbitral. Encore convient-il de déterminer les cas dans lesquels le juge d'appui français peut être saisi dans des situations à caractère international. La matière est désormais régie par l'article 1505. Ce texte dispose qu'« en matière d'arbitrage international, le juge d'appui de la procédure arbitrale est, sauf clause contraire, le président du tribunal de grande instance de Paris lorsque : (1^o) l'arbitrage se déroule en France ou (2^o) les parties sont convenues de soumettre l'arbitrage à la loi de procédure française ou (3^o) les parties ont expressément donné compétence aux juridictions étatiques françaises pour connaître des différends relatifs à la procédure arbitrale ou (4^o) l'une des parties est exposée à un risque de déni de justice ».

93. Les trois premiers cas de compétence internationale du juge français ne soulèvent pas de difficulté particulière. Tant l'existence du siège de l'arbitrage en France que la volonté des parties de soumettre l'arbitrage à la loi de procédure française ou de donner expressément compétence au juge français pour connaître des différends relatifs à la procédure arbitrale sont des critères de rattachement classiques. Tout au plus observera-t-on que l'article 1505 1^o évite soigneusement l'expression de « siège de l'arbitrage » et préfère évoquer le fait que « l'arbitrage se déroule France ». Cela ne signifie pas cependant que la simple tenue d'audiences en France pour des raisons de commodité dans une situation dans laquelle les parties ont fixé le siège de l'arbitrage dans un autre pays donnerait compétence au juge d'appui français. C'est bien l'arbitrage qui doit se dérouler en France et non les audiences au sens, par exemple, du pouvoir conféré par nombre de règlements d'arbitrage aux arbitres de choisir, sans déplacer le siège, le lieu où se tiendront les audiences ¹⁶².

94. Le quatrième chef de compétence du juge d'appui présente une originalité beaucoup plus marquée. Le juge d'appui français est en effet susceptible d'intervenir lorsque « l'une des parties est exposée à un risque de déni de justice ». Le décret de 2011 a ainsi consacré la jurisprudence rendue par le Cour de cassation dans l'affaire *NIOC* qui a permis l'intervention du juge d'appui français pour remédier à l'impossibilité dans laquelle se trouvait la société NIOC de soumettre ses prétentions à un Tribunal arbitral compte tenu du refus de l'État d'Israël de désigner un arbitre ¹⁶³. On observera cependant que le critère retenu étend encore la compétence mais qu'il n'exige pas de

rattachement, même « tenu », avec la France dans les cas de « risque de déni de justice », comme l'avait fait la jurisprudence qui voyait, de manière fort opportune, dans le siège de la CCI en France un rattachement, « tenu », avec l'ordre juridique français. C'est donc bien une véritable compétence universelle que consacre l'article 1505 4^o, dont la rédaction résulte du projet de la Chancellerie et non de celui du CFA. Le droit français affirme ainsi de manière particulièrement solennelle son attachement à l'arbitrage. Il ne saurait tolérer qu'une partie ayant accepté de recourir à l'arbitrage s'abrite derrière l'impossibilité de mettre en place le Tribunal arbitral en raison de circonstances politiques, juridiques ou physiques prévalant au siège ou dans le pays dont la loi a été choisie pour régir l'arbitrage pour échapper à son engagement. Le déni de justice s'apprécie en effet au regard de la possibilité de faire régler les incidents de constitution du tribunal arbitral, non de celle de faire juger devant une juridiction étatique quelconque le fond du litige. Sa mise en jeu de la règle suppose rapportée la preuve qu'il n'existe aucune autorité convenue ou aucun juge dont la compétence serait plus naturelle que celle du juge français pour régler les difficultés de constitution du Tribunal arbitral. La règle ne devrait donc jouer que très rarement, dans des circonstances de guerre civile, de boycott sur le fondement de la nationalité, dans l'État où a été fixé le siège de l'arbitrage par exemple, empêchant la partie désireuse de recourir à l'arbitrage d'accéder au juge normalement compétent pour jouer un tel rôle. Même si ce texte n'est appelé à trouver que de très rares applications, il est emblématique de la vision française de l'arbitrage international. Celle-ci reconnaît que, dans le commerce international, si les parties sont convenues de recourir à l'arbitrage, cette volonté doit être préservée car c'est bien souvent, en pratique, la seule forme de justice neutre à laquelle les parties appartenant à des systèmes différents peuvent avoir accès.

2. Qualités devant être présentées par les arbitres

95. En matière internationale, les qualités devant être présentées par les arbitres sont considérablement allégées par rapport à celles qui sont requises en matière interne.

96. Ainsi, la règle de l'article 1450 selon laquelle l'arbitre ne peut qu'être une personne physique ou celle de l'article 1451 selon laquelle le Tribunal arbitral est nécessairement composé d'arbitres en nombre impair, ne trouvent pas application en matière internationale. Dans des situations internationales, les parties sont libres de faire jouer le rôle d'arbitre à un centre d'arbitrage ou de vouloir un Tribunal arbitral en nombre pair. Le fait que de tels choix, dont on imagine aisément les inconvénients, ne soient pas nécessairement opportuns ne signifie pas qu'ils doivent être prohibés de manière autoritaire en matière d'arbitrage international.

97. En revanche, les conditions d'indépendance et d'impartialité des arbitres font partie des exigences de l'ordre public procédural dont la violation est sanctionnée par l'annulation ou le refus d'exécution de la sentence au titre de l'article 1520 2^o (composition irrégulière du tribunal) et 5^o (méconnaissance de l'ordre public international procédural). La solution n'est du reste que la reconduite pure et simple de l'état du droit positif en la matière¹⁶⁴. Il n'est dès lors pas nécessaire de s'y appesantir.

C. L'instance arbitrale

98. Le décret de 2011 confirme le fait qu'au cours de l'instance arbitrale, le rôle du juge étatique s'efface complètement, son soutien à la procédure arbitrale ne pouvant s'effectuer que dans des circonstances limitées et à l'invitation du Tribunal arbitral lui-même (1^o), confirme un certain nombre de principes acquis en jurisprudence sur la conduite de la procédure (2^o) et reconduit purement et simplement les solutions antérieures sur la question du droit applicable au fond du litige (3^o). La solution retenue sur la question de la confidentialité de l'arbitrage mérite pour sa part quelques éclaircissements, le décret ayant introduit à ce sujet un principe de neutralité spécifique à la matière internationale (4^o).

1. L'effacement du juge étatique ou sa subordination au Tribunal arbitral au cours de l'instance arbitrale

99. Au cours de l'instance arbitrale, la position du droit français est très claire. Quelle que soit la gravité des allégations des parties sur les dysfonctionnements, réels ou supposés, du déroulement de la procédure arbitrale, le juge étatique n'a aucune vocation à intervenir. C'est au Tribunal arbitral qu'il appartient de se prononcer sur sa compétence, sur les incidents susceptibles de concerner son pouvoir de juger, comme le rappelle l'article 1465, étendu à la matière internationale par l'article 1506 3^o, sur les incidents relatifs au déroulement de la procédure et sur le fond du litige, même dans les situations dans lesquelles les réponses du Tribunal arbitral aux prétentions des parties conduisent les parties à contester le pouvoir de juger de l'arbitre. Une telle position est souvent tactique et le principe de concentration du contrôle étatique sur le résultat de l'activité des arbitres qu'est la sentence arbitrale est

parfaitement établi en droit français ¹⁶⁵. Le décret de 2011 s'inscrit résolument dans cette tradition.

100. Cette attitude réservée du juge français qui s'interdit toute immixtion dans le déroulement de la procédure arbitrale n'exclut pas que le juge puisse, dans des situations dans lesquelles les pouvoirs de l'arbitre sont, par définition, limités prêter assistance au Tribunal arbitral. L'hypothèse est celle dans laquelle des documents de preuve détenus par des tiers sont susceptibles d'éclairer les questions litigieuses devant le Tribunal arbitral.

L'article 1469, étendu à la matière internationale par l'article 1506 ^{3°}, permet au juge de prêter main-forte au Tribunal arbitral pour obtenir la production d'un acte ou d'une pièce détenue par un tiers à l'arbitrage qui s'avérerait utile à la solution du litige arbitral. Le régime de cette faculté, confiée au juge de droit commun et non au juge d'appui, est étroitement encadré. En particulier, la démarche ne peut se faire que « sur invitation du Tribunal arbitral », ce qui signifie que la partie qui souhaite s'en prévaloir doit d'abord solliciter une autorisation du Tribunal arbitral avant de pouvoir saisir le juge. Une fois saisi, le juge pourra naturellement, après avoir entendu le tiers concerné dans un débat contradictoire, apprécier l'opportunité de la mesure et le fait qu'elle n'affecte pas de manière injustifiée les droits du tiers concerné. Le texte trouve son origine dans le projet du CFA ¹⁶⁶. Le texte suggéré par le CFA était cependant beaucoup plus large et s'étendait aux éléments de preuve détenus par les parties. Si « l'aide des autorités judiciaires [paraissait] nécessaire à l'administration de la preuve », le texte donnait aux parties la faculté de saisir le juge – que le CFA suggérait être le juge d'appui – pour lui demander « d'ordonner la production d'éléments de preuve détenus par une partie ou par des tiers » et, avec l'autorisation ou à l'initiative du Tribunal arbitral, d'« ordonner la comparution d'un témoin devant le Tribunal arbitral ». La Chancellerie a estimé que la faculté de saisir le juge – qu'elle a préféré être le juge de droit commun – devait être, d'une part, clairement subordonnée à l'autorisation du Tribunal arbitral, ce que le projet du CFA ne faisait pas pour les documents, et, d'autre part, limitée aux actes et documents détenus par des tiers. Il s'agissait de marquer sans ambiguïté la suprématie de la décision des arbitres dans l'appréciation de l'opportunité de solliciter la production de tout élément de preuve et de souligner qu'à l'égard des parties elles-mêmes, le Tribunal arbitral ne souffre d'aucune *capitis diminutio* qui l'obligerait à solliciter le soutien du juge. Le Tribunal arbitral peut en effet ordonner la production d'une pièce détenue par une partie sous peine d'astreinte ¹⁶⁷. Il peut surtout tirer toute conséquence sur le fond du refus d'une partie de produire une pièce que le tribunal a ordonné ¹⁶⁸. C'est la raison pour laquelle la Chancellerie a estimé, à juste titre, que le Tribunal arbitral n'avait nul besoin du juge étatique dans une telle situation. Il n'en va différemment qu'à l'égard des tiers, l'autorité du Tribunal arbitral étant naturellement limitée par l'effet relatif qui s'attache à la source contractuelle de ses pouvoirs.

La condition explicite d'« invitation » par le Tribunal arbitral permet d'affirmer que ce texte ne constitue pas une exception, même apparente, au principe de non-immixtion par le juge dans le travail de l'arbitre au cours de la procédure arbitrale.

Rien n'empêcherait du reste les parties elles-mêmes d'exclure conventionnellement cette faculté si elles l'estimaient inopportune.

2. La confirmation de principes de procédure acquis en jurisprudence

101. En matière internationale, le premier principe que confirme le décret de 2011 est celui de l'entière liberté laissée aux parties, et subsidiairement aux arbitres, dans la conduite de la procédure. Ce principe est énoncé à l'article 1509, spécifiquement applicable à la matière internationale, et selon lequel « [l]a convention d'arbitrage peut, directement ou par référence à un règlement d'arbitrage ou à des règles de procédure, régler la procédure à suivre dans l'instance arbitrale. Dans le silence de la convention d'arbitrage, le Tribunal arbitral règle la procédure autant qu'il est besoin, soit directement, soit par référence à un règlement d'arbitrage ou à des règles de procédure ». Comme par le passé, à défaut de volonté commune des parties, les arbitres peuvent choisir le droit applicable à la procédure ou s'abstenir de tout choix pour ne trancher les difficultés de procédure qu'au fur et à mesure de leur survenance, après avoir naturellement entendu les parties. Ils peuvent choisir un droit étatique donné, un règlement d'arbitrage, se référer à des codifications privées telles que les principes de l'*International Bar Association* ¹⁶⁹ en matière de preuve, en les déclarant applicables ou en se contentant d'y voir une source d'inspiration. Le choix de l'expression « règles de procédure » et non de « droit » à l'article 1509 est destiné à laisser toute flexibilité au tribunal arbitral à ce sujet.

102. La liberté des arbitres en la matière ne trouve de limite, là encore, que dans les exigences d'ordre public procédural dont l'essentiel est rappelé à l'article 1510, texte propre à l'arbitrage international, selon lequel « [q]uelle que soit la procédure choisie, le Tribunal arbitral garantit l'égalité des parties et respecte le principe de la contradiction » ¹⁷⁰.

103. L'article 1506 3^o étend par ailleurs à l'arbitrage international la prescription de l'alinéa 3 de l'article 1464 selon laquelle « les parties et les arbitres agissent avec célérité et loyauté dans la conduite de la procédure ». La règle plus spécifique de loyauté procédurale de l'article 1466 selon laquelle « [l]a 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 » est également étendue à l'arbitrage international. Il en va de même encore des règles qui confirment les pouvoirs du tribunal arbitral d'ordonner des mesures d'instruction (art. 1467 al. 1) ou d'entendre des témoins, sans prestation de serment (art. 1467 al. 2), d'ordonner, le cas échéant à peine d'astreinte, toute mesure conservatoire ou provisoire qu'il estime opportun (art. 1468), ou de trancher tout incident de vérification d'écriture ou de faux (art. 1470). La faculté reconnue au tribunal arbitral de surseoir à statuer, s'il l'estime opportun, est également confirmée par renvoi à l'article 1472 ¹⁷¹. Toutes ces prescriptions du droit français de l'arbitrage international peuvent être choisies par les parties qui souhaitent voir la loi française gouverner l'arbitrage ou par les arbitres au titre du « droit » ou des « règles de procédure » applicables à l'arbitrage ¹⁷².

3. La reconduite des dispositions concernant le droit applicable au fond du litige

104. Pas plus que le CFA, dont le projet (art. 1506) consistait à reconduire les formules du décret de 1981, les rédacteurs du décret de 2011 n'ont souhaité modifier en quoi que ce soit les solutions relatives à la détermination du droit applicable au fond du litige par les arbitres. Aussi, l'article 1511 nouveau dispose-t-il, comme le faisait déjà l'ancien article 1496, que « [l]e tribunal tranche le litige conformément aux règles de droit que les parties ont choisies ou, à défaut, conformément à celles qu'il estime appropriées ».

L'article 1512 précise, comme le faisaient l'article 1497 ancien et l'article 1507 du projet du CFA, que « [l]e Tribunal arbitral statue en amiable composition si les parties lui ont confié cette mission ».

Tout au plus observa-t-on que le décret de 2011 préfère utiliser l'expression de « Tribunal arbitral » de préférence à celle d'« arbitre », ce qui est plus conforme à sa conception de l'arbitre comme « juge international » ¹⁷³.

105. La liberté des parties, et subsidiairement des arbitres, est complète. Elle leur permet de choisir, au titre du droit applicable au fond du litige, non seulement le droit d'un État déterminé mais aussi, s'ils le souhaitent, des « règles de droit » ayant une source autre que le droit d'un seul État pris isolément, comme par exemple les Principes UNIDROIT ou les Principes de droit européen des contrats ¹⁷⁴.

Encore convient-il de préciser que, pas plus que précédemment ¹⁷⁵, la référence faite aux « usages du commerce » à l'article 1511 alinéa 2 nouveau n'autorise pas les arbitres de s'écarter du choix du droit opéré par des parties au motif qu'ils devraient appliquer « dans tous les cas » les usages du commerce. Ces usages visent en effet les pratiques habituelles des parties dans un secteur d'activité donné et nullement les principes généraux de droit ou toute autre forme de règle transnationale. Ce n'est que lorsque les parties l'ont voulu ou lorsque, dans le silence des parties, les arbitres préfèrent opérer un tel choix, par exemple en raison de l'extrême dispersion des rattachements entre des droits retenant des solutions de fond opposées, que les arbitres pourront trancher le litige en application de telles règles ¹⁷⁶.

4. L'introduction d'un principe de neutralité, en matière internationale, sur la question de la confidentialité de l'arbitrage

106. En matière d'arbitrage interne, l'article 1464 dispose, en son alinéa 4, que « sous réserve des obligations légales et à moins que les parties n'en disposent autrement, la procédure arbitrale est soumise au principe de confidentialité ». En revanche, les rédacteurs du décret ont choisi de ne pas transposer, à l'article 1506 3^o, ce texte en matière internationale. Ce choix de politique législative repose sur deux considérations. La première tient au fait qu'il existe désormais de nombreux arbitrages sur le fondement de traités ou de lois de protection des investissements ¹⁷⁷ et que dans cette matière, la confidentialité n'est pas nécessairement opportune. Il existe à ce sujet une forte aspiration à la transparence, que les travaux entrepris par la CNUDCI dans ce domaine suffisent à illustrer ¹⁷⁸. Dans ce contexte, il aurait été particulièrement malvenu que la fixation d'un siège en France puisse laisser penser qu'il entraîne automatiquement l'application d'une présomption de confidentialité inopportune. En réalité, les tribunaux arbitraux eux-mêmes sont souvent chargés de déterminer le lieu où se déroulera l'arbitrage introduit par une partie sur le fondement d'un traité. Ceux d'entre eux qui sont sensibles aux considérations de transparence auraient ainsi pris soin d'éviter la France pour la conduite de ce type d'arbitrage.

La seconde considération qui a commandé ce choix est que, même en matière commerciale, la confidentialité ne

s'impose pas toujours et, surtout, n'est pas toujours susceptible d'être sanctionnée de manière adéquate par le tribunal arbitral. Il appartiendra donc aux parties qui souhaitent voir leur arbitrage soumis à un principe de confidentialité de le stipuler expressément et, dans le cas où cela leur paraîtrait important, d'assortir de sanctions la violation de la confidentialité¹⁷⁹. Il y a lieu de préciser que la solution retenue par le législateur français s'analyse en un principe de neutralité à l'égard de la confidentialité en matière internationale, non en un principe de transparence nécessaire. Aussi, en l'absence même de toute stipulation en ce sens émanant des parties, demeure-t-il loisible à l'une d'elles de saisir le tribunal arbitral d'une demande tendant à la constatation que la matière litigieuse appelle le traitement de l'affaire dans le respect d'une certaine confidentialité. C'est la nature de la relation de fond ou les circonstances de l'espèce qui sont susceptibles de justifier un tel traitement et non le simple fait que l'on se trouve en présence d'un arbitrage¹⁸⁰. En d'autres termes, en matière internationale, la confidentialité n'est pas de l'essence de l'arbitrage; elle peut en être, lorsque les circonstances l'exigent ou que les parties l'ont voulu, un attribut secondaire.

D. Les recours ouverts à l'encontre de la sentence

107. L'une des avancées majeures réalisée par le décret de 2011 en matière internationale est incontestablement le renforcement de l'efficacité de la sentence (1^o). Le décret présente également l'avantage de clarifier l'architecture des recours (2^o), de permettre – c'est la seconde innovation majeure – la renonciation à tout recours en annulation (3^o), tout en maintenant la jurisprudence selon laquelle une sentence annulée dans l'État dans laquelle elle est rendue peut être reconnue en France si elle satisfait aux exigences du contrôle de droit commun exercé sur les sentences par les juridictions françaises (4^o).

1. Renforcement de l'efficacité des sentences rendues en matière internationale

108. La volonté du décret de 2011 de renforcer l'efficacité de la sentence en matière d'arbitrage international, et ce, que la sentence soit rendue en France ou à l'étranger, se traduit de deux manières qui auront, l'une et l'autre, une très grande incidence pratique.

a) La consécration du caractère exécutoire de la sentence arbitrale internationale

109. Dans le régime de 1981, la sentence rendue en France, tant en matière interne qu'internationale, n'avait pas de caractère exécutoire tant qu'elle pouvait faire l'objet d'un recours en annulation; le recours en annulation lui-même avait un effet suspensif. De même, l'appel de l'ordonnance d'exequatur d'une sentence rendue à l'étranger avait un effet suspensif¹⁸¹. Les arbitres pouvaient certes inverser le principe en déclarant leur sentence exécutoire par provision mais cette pratique, qui supposait une parfaite connaissance du droit français de l'arbitrage, était loin d'être répandue. De ce fait, nombre de recours ont pu être formés dans la perspective de retarder l'exécution de la sentence jusqu'à ce qu'ils aient pu être jugés par la cour d'appel compétente. L'inversion de la règle, qui n'était plus admise dans les droits les plus favorables à l'arbitrage¹⁸², a constitué l'une des motivations importantes de la réforme¹⁸³. Aussi n'est-il pas surprenant qu'en matière internationale, mais en matière internationale seulement¹⁸⁴, le décret de 2011 a consacré le caractère exécutoire du principe des sentences arbitrales. C'est à la partie qui souhaite obtenir la suspension de l'exécution de la sentence de saisir le premier président de la cour d'appel statuant en référé ou, dès qu'il est saisi, le conseiller de la mise en état, d'une demande tendant à suspendre ou à aménager l'exécution de la sentence. L'article 1526 nouveau, qui pose la règle, en fixe également les critères. Le juge compétent pourra suspendre ou aménager l'exécution de la sentence « si cette exécution est susceptible de léser gravement les droits de l'une des parties ». Ce sera le cas notamment si la partie qui recherche l'exécution de la sentence paraît insolvable et si, en conséquence, il apparaît qu'une éventuelle annulation – ou refus d'exécution – de la sentence ne risque d'avoir aucun effet pratique. Le seul fait qu'il s'agisse d'une partie de nationalité étrangère ou domiciliée à l'étranger ne suffira naturellement pas à satisfaire ce critère, sauf à vider la réforme de toute substance, et il appartiendra au juge compétent d'apprécier l'ensemble des circonstances de la cause pour justifier sa décision.

b) La possibilité ouverte aux parties de convenir que la sentence soit notifiée par d'autres voies qu'une signification

110. Dans le régime antérieur, le recours en annulation devait être exercé dans le délai d'un mois à compter de la signification de la sentence déclarée exécutoire. La partie victorieuse devait donc obtenir l'exequatur de la sentence,

ce qui supposait qu'elle soit traduite en français, si elle n'avait pas été rendue dans cette langue, et qui prenait quelques semaines. La sentence exécutoire devait ensuite faire l'objet d'une signification par exploit d'huissier. Le délai de recours d'un mois courait à compter de cette signification (ancien article 1505). De même, l'appel de l'ordonnance d'exequatur ou de la décision de refus d'exequatur d'une sentence rendue à l'étranger était recevable jusqu'à expiration du délai d'un mois à compter de la signification de la décision du juge (article 1506 ancien). Le décret de 2011 maintient le délai d'un mois dans ces deux hypothèses. En revanche – et c'est là une innovation majeure – il fixe le point de départ de ce délai de demande d'annulation d'une sentence rendue en France tant en matière interne¹⁸⁵ qu'internationale, à la « notification » de la sentence et prévoit que « la notification est faite par voie de signification à moins que les parties en conviennent autrement » (article 1519, al. 2 et 3). C'est dire que, lorsque les parties auront prévu dans leur convention d'arbitrage ou dans un document de procédure subséquent, par exemple dans l'acte de mission, ou dans tout document reflétant leur accord, que la sentence leur sera notifiée par lettre recommandée ou par courrier électronique adressé à leur conseil par exemple, c'est la réalisation de cet acte qui fera courir le délai de recours. La règle est très favorable à l'efficacité des sentences mais la plus grande vigilance des parties et des conseils à ce sujet sera de mise.

S'agissant des sentences rendues à l'étranger, l'appel de l'ordonnance d'exequatur doit avoir été formé dans le mois de la notification de la sentence revêtue de l'exequatur. Là encore, aux termes de l'article 1522, al. 3, 2^e phrase, cette notification « est faite par voie de signification à moins que les parties en conviennent autrement ». Le même effet d'accélération des recours est susceptible de résulter de la convention des parties à ce sujet et, là encore, la vigilance s'impose pour les praticiens de l'arbitrage.

2. La clarification de l'architecture des recours

111. L'architecture globale des voies de recours ouvertes par le droit français de l'arbitrage international a été améliorée tant par la distinction plus nette des régimes applicables aux sentences rendues en France et aux sentences rendues à l'étranger (a) que par l'explicitation de l'existence de recours susceptibles d'être portés devant le tribunal arbitral lui-même ou un tribunal arbitral reconstitué (b).

a) La distinction des procédures applicables aux sentences rendues en France et aux sentences rendues à l'étranger

112. Parce qu'il leur réservait un contrôle de fond identique, ce qui est toujours le cas avec le décret de 2011, le décret de 1981 ne distinguait pas très clairement les procédures applicables aux sentences rendues en France et celles qui concernaient les sentences rendues à l'étranger. Cette distinction est aujourd'hui plus nette avec des règles propres à chaque situation (section 1 et section 2 du chapitre IV) et des règles communes (section 3 du même chapitre). La sentence rendue en France peut faire l'objet d'un recours en annulation devant la Cour d'appel dans le ressort de laquelle elle a été rendue et l'article 1518 précise qu'il s'agit là de la seule voie de recours ouverte à son encontre, ce qui n'est exact que si on ignore l'hypothèse des recours susceptibles d'être formés devant le tribunal arbitral lui-même¹⁸⁶. Le régime procédural du recours en annulation est régi par les articles 1518 à 1524 et par les dispositions communes des articles 1526 et 1527. La sentence rendue hors de France n'est, comme la sentence rendue en France, susceptible d'exécution forcée que si elle a fait l'objet d'une décision d'exequatur émanant du Tribunal de grande instance de Paris devant lequel sont centralisées toutes les demandes d'exequatur concernant les sentences rendues à l'étranger (article 1516). La décision qui accorde l'exequatur, à l'issue d'un examen qui demeure limité au contrôle de leur existence et de leur absence de contrariété à l'ordre public (article 1514), est susceptible d'appel dans le délai d'un mois de la notification de la sentence revêtue de l'exequatur (article 1525)¹⁸⁷.

113. Il est toutefois essentiel d'observer que si les procédures permettant d'attaquer en annulation ou de s'opposer à l'exécution en France d'une sentence sont distinctes, l'étendue du contrôle effectué par le juge français demeure, comme par le passé, identique dans tous les cas. Que ce soit pour se prononcer sur une demande d'annulation (art. 1520) ou sur l'appel d'une ordonnance d'exequatur (art. 1525 al. 1), la cour d'appel compétente ne peut refuser d'accueillir la sentence dans l'ordre juridique français que dans les cinq cas limitativement énoncés à l'article 1520. Le texte est l'héritier de l'ancien article 1502. Les cinq chefs d'annulation ou de refus d'exequatur qu'il vise ne sont qu'une reprise des griefs précédents dont la rédaction a été quelque peu améliorée.

La formulation du premier (« l'arbitre s'est déclaré à tort compétent ou incompétent ») est aujourd'hui inspirée de l'article 190(2)(b) de la LDIP suisse. Elle couvre ce que l'ancien article 1502 visait partiellement au premier grief (« l'arbitre a statué sans convention d'arbitrage ou sur convention nulle ou expirée ») et partiellement au troisième (« dépassement de la mission »). Le cas d'incompétence non sanctionné par l'arbitre tombait sous le premier chef mais

il fallait aller chercher dans la violation de la mission sanctionnée par le 3^e chef de l'article 1502 ancien l'erreur inverse de l'arbitre consistant à se déclarer incompétent alors qu'il aurait dû juger le contraire. La formule nouvelle vise de manière plus logique les deux types d'erreurs susceptibles d'être commises par l'arbitre dans l'appréciation de sa compétence.

Le 2^e grief a remplacé le terme « composé » dans l'expression ancienne « le tribunal arbitral a été irrégulièrement composé » (article 1502 2^o ancien) par le terme « constitué » (« le Tribunal arbitral a été irrégulièrement constitué ») (article 1520 2^o nouveau). La modification est destinée à souligner que les exigences d'indépendance et d'impartialité des arbitres ne doivent pas être satisfaites seulement au moment de la mise en place du Tribunal arbitral mais tout au long de l'accomplissement de leur mission, ce qui avait déjà été compris par la jurisprudence ¹⁸⁸.

La formulation des troisième (respect de la mission), quatrième (respect du principe de la contradiction) et cinquième griefs (contrariété à l'ordre public international) est demeurée inchangée. Tout au plus pourra-t-on observer sur ce dernier point que les précisions sur le caractère « flagrant, effectif et concret » que la jurisprudence ¹⁸⁹ a ajouté au texte de l'article 1502 5^o devenu l'article 1520 5^o n'ont été ni intégrées dans le texte, ni visées par le rapport au Premier ministre. On peut se demander s'il n'y a pas là la manifestation d'une certaine réserve à l'égard d'une jurisprudence susceptible d'être perçue comme excessive ¹⁹⁰. Il est en effet possible – et opportun – de placer très haut la barre de la violation de l'ordre public international. En revanche, la suggestion qu'une violation peut exister tout en demeurant non sanctionnée parce qu'elle n'est pas suffisamment manifeste aux yeux d'un juge qui fait ainsi l'aveu de sa propre impuissance est de nature à porter atteinte au crédit de l'arbitrage. On peut espérer que la jurisprudence française aura la sagesse de revenir à des formules plus mesurées sur ce point qui se prête volontiers à la caricature.

b) L'énonciation des recours autres que le recours en annulation ou en refus d'exécution

114. En matière interne comme en matière internationale, une sentence peut faire l'objet, devant le Tribunal arbitral lui-même, d'un recours en interprétation de la sentence, en réparation d'erreurs ou d'omissions matérielles ou d'un recours tendant à voir le tribunal arbitral statuer sur un chef de demande qu'il aurait omis de traiter, ce qui évite d'avoir à attaquer la sentence pour violation de la mission de l'arbitre. Ces dispositions, qui figurent à l'article 1485, sont applicables en matière internationale en vertu de l'article 1506 4^o ¹⁹¹. On observera toutefois une différence de régime importante entre l'arbitrage interne et l'arbitrage international. Si le Tribunal arbitral ne peut être à nouveau réuni pour se prononcer sur de telles demandes et si les parties ne peuvent s'accorder pour le reconstituer, cette tâche sera accomplie en matière interne par « la juridiction qui eût été compétente à défaut d'arbitrage » (article 1485, al. 3). Cette faculté n'est en revanche jamais admise en matière internationale où la considération de neutralité paraît essentielle et la solution consistant à recourir à une juridiction étatique pour accomplir une tâche normalement dévolue aux arbitres peu satisfaisante. C'est la raison pour laquelle l'article 1506 4^o ne transpose que les deux premiers alinéas de l'article 1485 en matière internationale. En matière internationale, la seule solution ouverte à la partie qui souhaite obtenir une telle interprétation, rectification de la sentence ou sentence complémentaire est de faire nommer un nouveau Tribunal arbitral selon les modalités qui ont présidé à la mise en place de celui qui ne peut être reconstitué, sans préjudice naturellement, en cas d'omission de statuer sur une demande, de l'action en annulation de la sentence pour violation par le Tribunal arbitral de sa mission.

115. En matière interne comme en matière internationale, un recours en révision, en cas de fraude définie par référence aux cas qui permettent la révision des jugements ¹⁹², peut être porté devant le Tribunal arbitral lui-même (article 1502 al. 1 et 2 transposé par l'article 1506 5^o). En revanche, là encore, la faculté de porter la question devant un juge étatique, qui se trouve être ici « la cour d'appel qui eût été compétente pour connaître des autres recours contre la sentence » si le Tribunal arbitral « ne peut à nouveau être réuni » (article 1502, al. 3), n'existe qu'en matière d'arbitrage interne. Pour les raisons précédemment exposées ¹⁹³, il a été jugé inapproprié, en matière internationale, qu'un juge étatique puisse intervenir sur des questions couvertes par une convention d'arbitrage, même en cas d'allégation de fraude et d'impossibilité de réunir à nouveau le même tribunal arbitral. La seule faculté ouverte à la partie qui s'estime avoir été victime d'une fraude est, dans cette situation, de solliciter la mise en place d'un nouveau Tribunal arbitral suivant les mêmes procédures que celles utilisées pour celle du Tribunal arbitral initial.

3. La possibilité pour les parties de renoncer à tout recours en annulation contre les sentences arbitrales rendues en France

116. La possibilité offerte aux parties à un arbitrage qui se déroule en France en matière internationale de renoncer à tout recours en annulation à l'encontre de la sentence constitue l'une des innovations majeures de la réforme. Elle résulte de l'article 1522, rédigé dans les termes suivants : « Par convention spéciale, les parties peuvent à tout moment renoncer expressément au recours en annulation ». Un alinéa précise aussitôt que « [d]ans ce cas, elles peuvent toujours faire appel de l'ordonnance d'exequatur pour l'un des motifs prévus à l'article 1520 » et un troisième que « [l]'appel est formé dans le délai d'un mois à compter de la notification de la sentence revêtue de l'exequatur [...] ».

Le principe de la renonciation possible au recours en annulation susceptible d'être formé devant les juridictions du lieu où l'arbitrage s'est déroulé a déjà été accepté dans des droits belge et suisse, qui ont été à l'origine de cette disposition ¹⁹⁴, mais également dans les droits tunisien ¹⁹⁵, suédois ¹⁹⁶, péruvien ¹⁹⁷ et panaméen ¹⁹⁸. Il reflète l'idée que le siège de l'arbitrage est généralement choisi pour des raisons de commodité et de neutralité vis-à-vis des parties et que l'ordre juridique du siège n'a d'intérêt propre à contrôler la sentence que si la sentence a vocation à être exécutée dans cet État ¹⁹⁹. Le projet du CFA contenait une telle faculté ²⁰⁰.

117. La formule adoptée par le décret de 2011 va plus loin que celles retenues par le législateur suisse, belge ou suédois, qui sont toutes construites sur le même modèle, en ce qu'elle permet une telle renonciation même s'il existe dans la cause une partie ayant son domicile, sa résidence habituelle ou un établissement en France. Cela signifie, en pratique, qu'une partie étrangère et une partie française peuvent convenir, si elles le souhaitent, que l'arbitrage susceptible de les opposer se déroulera en France mais sera intégralement isolé de toute possibilité d'intervention des juridictions françaises jusqu'au moment où la partie victorieuse souhaitera obtenir l'exequatur de la sentence ²⁰¹. Si la partie victorieuse est la partie française, elle devra, selon toute vraisemblance, solliciter l'exequatur de la sentence dans l'État d'origine de son adversaire. S'il s'agit de la partie étrangère, elle devra vraisemblablement solliciter l'exequatur en France. La renonciation au recours peut être un moyen de placer les parties sur un strict pied d'égalité, par rapport à l'avantage, réel ou supposé, qu'une partie peut avoir à faire contrôler la sentence par les juridictions de l'État dont elle a la nationalité.

118. À d'autres égards, le droit français est plus rigoureux que les autres droits qui ont prévu cette faculté de renoncer au recours en annulation. Ces droits permettent une renonciation dirigée spécifiquement à l'encontre de tel ou tel chef d'annulation ²⁰². Le droit français a choisi de ne pas permettre une telle adaptation conventionnelle des chefs de contrôle.

Le principe du contrôle peut être exclu mais ce contrôle participe, lorsque l'action est recevable, de l'organisation des voies de recours et, partant, possède un caractère d'ordre public. En d'autres termes, le nouveau droit français de l'arbitrage n'accepte pas plus que le précédent le recours en annulation « à la carte ».

119. Les modalités de la renonciation sont prévues par le décret : celle-ci doit résulter d'une « convention spéciale ». Cette précision signifie que, contrairement à ce que certains des premiers commentateurs de la réforme ont pu craindre ²⁰³, une renonciation résultant d'une formule générale du type de celle que l'on trouve dans divers règlements d'arbitrage (les parties s'engagent à « exécuter promptement la sentence » et « renoncent à tout recours » ouvert à l'encontre de la sentence) ²⁰⁴ n'emporte pas renonciation au recours en annulation. Il en irait de même d'une stipulation aussi générale figurant dans la clause compromissoire ou dans le compromis d'arbitrage. Aussi la clause suggérée par la CNUDCI en annexe de son règlement de 2010 (« Les parties renoncent par la présente à leur droit à toute forme de recours contre une sentence devant une juridiction étatique ou une autre autorité compétente, pour autant qu'elles puissent valablement y renoncer en vertu de la loi applicable ») ne vaudrait pas renonciation au recours en annulation en application de l'article 1522.

Une telle renonciation ne peut résulter que d'une « convention spéciale », c'est-à-dire d'une manifestation de volonté spécifiquement dirigée à l'encontre du recours en annulation. En revanche, le texte n'exige aucune forme sacramentelle. Il faut et il suffit que la volonté des parties soit spécifique. On peut s'interroger sur la question de savoir si la renonciation à ce recours serait effective si elle était prévue dans un règlement d'arbitrage auquel les parties ont renvoyé dans leur convention d'arbitrage. En effet, s'il est certain qu'un règlement d'arbitrage est une convention (ce qu'a d'ailleurs rappelé le rapport au Premier ministre), il demeure que cette convention est un contrat d'adhésion, ce qui conduit à s'interroger sur le caractère spécial de l'accord. Toute difficulté serait écartée si le règlement d'arbitrage prévoyait dans une annexe une telle renonciation, dans l'hypothèse où celle-ci serait signée par les parties, ce qui serait de nature à lever tout doute sur leur volonté de renoncer au recours en annulation.

120. L'effet de la renonciation résulte de l'article 1522 alinéa 1, avec la précision apportée par les alinéas 2 et 3. Est écartée toute possibilité d'annuler la sentence. Cependant, si une partie souhaite en obtenir l'exequatur en France, la

renonciation n'implique pas que la partie qui s'oppose à l'exécution se soit interdit d'opposer à la sentence les griefs de l'article 1520. En d'autres termes, la renonciation du recours en annulation n'a pas d'effet dans le contexte du contentieux de l'exécution de la sentence.

En revanche, la partie qui aura sollicité elle-même l'exequatur se verra probablement opposer, comme par le passé, une absence d'intérêt pour agir dans le contentieux de l'exécution. On ne peut en effet, sans se contredire, solliciter l'exequatur devant les tribunaux français puis, l'ayant obtenu, attaquer la sentence sur le fondement de l'article 1525.

4. Maintien de la jurisprudence sur la possibilité de reconnaître en France, aux conditions du droit commun, les sentences annulées au siège

121. La jurisprudence française a admis, de manière constante depuis 1984²⁰⁵, qu'une sentence annulée au siège peut être reconnue en France si elle satisfait aux exigences du droit commun français de l'arbitrage. Cette solution se justifie par le fait que la Convention de New York ne fixe qu'un standard minimum de reconnaissance (article VII) et que la « sentence internationale, 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 », ainsi qu'a pu l'affirmer l'arrêt *Putrabali* de la Cour de cassation du 29 juin 2007²⁰⁶.

Le décret n'a pas entendu remettre en cause cette ligne jurisprudentielle, ainsi que le précise sans ambiguïté le rapport au Premier ministre qui l'accompagne. La consécration de ce principe dans le texte du décret n'a pas été possible, la matière relevant de la loi. Le rapport observe, en revanche, qu'« il n'est pas question de revenir sur [le principe] acquis en jurisprudence [...selon lequel] une sentence internationale n'étant rattachée à aucun ordre juridique étatique, sa régularité doit être examinée au regard des règles applicables dans le pays où sa reconnaissance et son exécution sont demandées (Civ. 1^{re}, 29 juin 2007) »²⁰⁷.

En réalité, le décret de 2011 est tout entier fondé sur la vision de l'arbitrage qui reconnaît à ce mode de règlement des différends la consistance d'un véritable ordre juridique²⁰⁸ et à l'arbitre le statut d'un juge international, selon la formule même qu'utilise la Cour de cassation française dans son arrêt *Putrabali*.



1 * Bien que Pierre de Lapasse ait été le principal rédacteur du décret pour le Ministère de la Justice, les opinions exprimées dans le présent article n'engagent que leurs auteurs.

2 1. V. également les premiers commentaires d'E. Gaillard et P. de Lapasse, « Le nouveau droit français de l'arbitrage interne et international », D., 2011, p. 175 ; T. Clay (dir.), *Le nouveau droit français de l'arbitrage, actes du colloque du 28 février 2011*, Lextenso éditions, 2011 ; J. Béguin, J. Ortscheidt et C. Seraglini, « Un second souffle pour l'arbitrage. Arbitrage interne – À propos du décret du 13 janvier 2011 », JCP G, n° 11-12, 15 mars 2011, p. 545 ; J. Béguin, J. Ortscheidt et C. Seraglini, « Un second souffle pour l'arbitrage. Arbitrage international – À propos du décret du 13 janvier 2011 », JCP G, n° 16, 15 avr. 2011, p. 765 ; E. Kleiman et J. Spinelli, « La réforme du droit de l'arbitrage, sous le double signe de la lisibilité et de l'efficacité. À propos du décret du 13 janvier 2011 », Gaz. Pal., 26-27 janv. 2011, p. 9 ; T. Clay, « Liberté, égalité, efficacité, la devise du nouveau droit de l'arbitrage. Commentaire article par article », JDI, 2011, n° 3 ; C. Jarrosson et J. Pellerin, « Le droit français de l'arbitrage après le décret du 13 janvier 2011 », Rev. arb., 2011, p. 5 ; P. Mayer, « The new French law on international arbitration », Cours de l'Académie de l'arbitrage, session de juillet 2011.

3 2. V. en particulier l'ensemble des États ayant adopté la loi-type de la CNUDCI de 1985. Sur une appréciation critique de son caractère hybride, mêlant des dispositions qui relèvent de la loi et d'autres qui auraient davantage leur place dans une convention ou dans un règlement d'arbitrage, v. Ph. Fouchard, « La loi-type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international », JDI, 1987, p. 861, spéc. n° 42. V. encore l'*Arbitration Act* anglais de 1996 qui compte 110 articles ou, dans une veine plus proche de l'esprit du droit français, le chapitre 12 de la LDIP Suisse qui compte 19 articles relatifs à l'arbitrage international contre 16 dans l'ancien droit français de l'arbitrage international.

4 3. Sous l'influence du droit français de l'arbitrage dans le monde, v. Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *On International Commercial Arbitration*, Kluwer, 1999, n°s 131 et s.

5 4. TGI Paris, 12 juill. 1989, La Belle Créole, Rev. arb., 1990, p. 176, 1^{re} espèce, note Ph. Kahn.

6 5. Civ. 1^{re}, 1^{er} févr. 2005, État d'Israël c/ Sté NIOC, Bull. civ. I, n° 53 ; Rev. arb., 2005, p. 693, note H. Muir-Watt ; D., 2005, p. 2727, note S. Hotte, et p. 3054, obs. T. Clay ; JCP G, 2005, I, 134, note J. Béguin ; Rev. crit. DIP, 2006,

p. 140, note T. Clay ; JCP G, 2005, II, 10101, note G. Kessler ; RTD com., 2005. 266, obs. E. Loquin ; Gaz. Pal., 27-28 mai 2005, p. 37, note F.-X. Train.

7 6. Paris, 7 déc. 1994, V 2000 c/ Renault, Rev. arb., 1996, p. 245, note C. Jarrosson. V. aussi Paris, 14 nov. 1991, Consorts Legrand c/ European Country Hotels Ltd., Rev. arb., 1994, p. 545, 2^e espèce, obs. Ph. Fouchard.

8 7. Civ. 1^{re}, 7 janv. 1992, Sociétés BKMI et Siemens c/ société Dutco, Rev. arb., 1992, p. 40, note P. Bellet ; JDI, 1992, p. 707, 2^e espèce, concl. Flipo, note Ch. Jarrosson ; RTD com., 1992, p. 796, obs. J.-Cl. Dubarry et E. Loquin.

9 8. Civ. 1^{re}, 6 juill. 2005, Golshani c/ Gouvernement de la République Islamique d'Iran, Rev. arb., 2005, p. 994, note Ph. Pinsolle.

10 9. Civ. 1^{re}, 20 déc. 1993, Municipalité de Khoms El Mergeb c/ Dutco, JDI, 1994, p. 432, note E. Gaillard, et p. 690, note E. Loquin ; Rev. crit. DIP, 1994, p. 663, note P. Mayer ; Rev. arb., 1994, p. 116, note H. Gaudemet-Tallon.

11 10. La gestation du décret est décrite en grand détail par Louis Degos, « L'histoire du nouveau décret, dix ans de gestation », in T. Clay (dir.), *Le nouveau droit français de l'arbitrage, actes du colloque du 28 février 2011*, Lextenso éditions, 2011.

12 11. La commission d'étude était composée de J.-G. Betto, M. de Boissésion, T. Clay, L. Degos, Y. Derains, Ph. Fouchard (†), E. Gaillard, L. Jaeger, C. Jarrosson, P. Leboulanger, E. Loquin, C. Malinvaud, P. Mayer, B. Moreau, J. Pellerin et Ph. Pinsolle.

13 12. Rev. arb., 2006, p. 491 avec le commentaire de J.-L. Delvolvé.

14 13. Pour une présentation consolidée des dispositions internes et internationales du décret du 13 janvier 2011, v. E. Gaillard et P. de Lapasse, « Le nouveau droit français de l'arbitrage interne et international », préc. note 1 et *infra*, p. 90.

15 14. Sur l'importance de ce rôle, v. spéc. J.-P. Ancel, « L'arbitrage international en France (Principes et système) », in *L'arbitrage*, Arch. phil. droit, t. 52, Dalloz, 2009, p. 197.

16 15. Civ. 1^{re}, 2 mai 1966, Trésor public c/ Galakis, D., 1966, p. 575, note J. Robert ; JCP G, 1966, II, 14798, note P. Ligneau ; JDI, 1966, p. 648, note P. Level ; Rev. crit. DIP, 1967, p. 553, note B. Goldman.

17 16. Civ. 1^{re}, 29 juin 2007, PT Putrabali Adyamulia c/ Rena Holding, Rev. arb., 2007, p. 507, rapport J.-P. Ancel, note E. Gaillard ; JDI, 2007, p. 1236, note T. Clay ; LPA, 25 sept. 2007, n° 192, p. 20, note M. de Boissésion ; RJDA, 2007, p. 883, note J.-P. Ancel ; D., 2007, p. 1969, note X. Delpech ; Les Cahiers de l'arbitrage, Rec. IV, Pedone p. 110, note Ph. Pinsolle ; Rev. crit. DIP, 2008, p. 109, note S. Bollée ; RTD com., 2007, p. 682, obs. E. Loquin.

18 17. Ch. Jarrosson, « L'apport de l'arbitrage international à l'arbitrage interne », in *L'internationalité dans les institutions et le droit. Convergences et défis. Études offertes à Alain Plantey*, Pedone, 1995, p. 231, spéc. p. 235 ; Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, 1996, p. 3, n° 1, qui relèvent que « par un effet en retour, le libéralisme de l'arbitrage international tend à entraîner un assouplissement progressif du droit de l'arbitrage interne ».

19 18. Par une analyse critique de cette dualité de régime, v. par ex. P. Mayer, « Faut-il distinguer arbitrage interne et arbitrage international ? », Rev. arb., 2005, p. 361. Sur la question, v. également J. Pellerin, « Monisme ou dualisme de l'arbitrage, le point de vue français », Les Cahiers de l'arbitrage, Rec. IV, Pedone 2006, p. 133, qui conclut au bien-fondé du régime dualiste.

20 19. V. par ex. le régime permettant de faire apposer l'exequatur sur la copie de la sentence « réunissant les conditions nécessaires à son authenticité » et non plus nécessairement sur l'original de la sentence (art. 1487 et 1488), ce qui existait déjà en matière internationale (v. ancien art. 1499).

21 20. Sur les raisons de ce choix, v. *infra*, n° 80.

22 21. Comp. art. 1443 et 1507.

23 22. Art. 1451.

24 23. Art. 1450 non repris en matière internationale par l'art. 1506.

25 24. Comp. art. 1459 et 1505.

26 25. Art. 1492 6^o.

27 26. Art. 1513. Comp. avec art. 1480 et 1492 6^o.

28 27. Art. 1464 dont l'art. 1506 3^o ne reprend pas l'alinéa 4 en matière internationale. Sur les raisons de ce choix, v. *infra*, n^o 106.

29 28. Art. 1463.

30 29. Art. 1502 dont l'alinéa 3 n'est pas applicable en matière internationale (art. 1506 5^o).

31 30. Art. 1485 dont l'alinéa 3 n'est pas applicable en matière internationale (art. 1506 4^o).

32 31. Art. 1496 et 1526. De ce fait, le renvoi fait par l'art. 1506 4^o à l'art. 1484 al. 2 qui permet à l'arbitre d'assortir la sentence de l'exécution provisoire n'a aucune portée pratique, l'exécution provisoire étant de droit en matière internationale.

33 32. L'art. 1493 qui permet à la Cour d'appel de statuer sur le fond en matière interne n'a pas d'équivalent en matière internationale.

34 33. Art. 1522.

35 34. Sur cette notion, v. E. Gaillard, « Souveraineté et autonomie : réflexions sur les représentations de l'arbitrage international », JDI, 2007, p. 1163 et, du même auteur, E. Gaillard, « The Representations of International Arbitration », *Journal of International Dispute Settlement*, 2010, vol. 1, n^o 2, p. 271.

36 35. Sur les trois représentations de l'arbitrage, v. E. Gaillard, *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, Martinus Nijhoff Publishers, 2008. Sur la notion d'ordre juridique arbitral, v. également J.-B. Racine, « Réflexions sur l'autonomie de l'arbitrage commercial international », *Rev. arb.*, 2005, p. 305.

37 36. D. Hascher, « The Review of Arbitral Awards by Domestic Courts-France », in E. Gaillard (dir.), *The Review of International Arbitral Awards, IAI Series on International Arbitration*, n^o 6, *Juris*, 2010, p. 97, qui évoque l'adoption par la jurisprudence française de « la représentation qui suppose l'existence d'un ordre juridique arbitral » ; J.-P. Ancel, observations au Comité français de droit international privé du 11 mars 2011, à paraître et, du même auteur, avant propos, Le décret du 13 janvier 2011. Le nouveau droit français de l'arbitrage, Paris, the Home of International Arbitration, p. 9. V. encore P. de Lapasse, « Neutralité du droit et régulations », *Journal of Regulation*, 2011, à paraître ; P. Chevalier, « Le nouveau juge d'appui », in T. Clay (dir.), *Le nouveau droit français de l'arbitrage, actes du colloque du 28 février 2011*, Lextenso, 2011.

38 37. Civ. 1^{re}, 29 juin 2007, PT Putrabali Adyamulia c/ Rena Holding : « Mais attendu que la sentence internationale, 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 [...] », *Rev. arb.*, 2007, p. 507, rapport J.-P. Ancel, note E. Gaillard ; JDI, 2007, p. 1236, note T. Clay ; LPA, 25 sept. 2007, n^o 192, p. 20, note M. de Boissésou ; RJDA, 2007, p. 883, note J.-P. Ancel ; D., 2007, p. 1969, obs. X. Delpech ; Les Cahiers de l'arbitrage, Rec. IV, Pedone p. 110, note Ph. Pinsolle ; *Rev. crit. DIP*, 2008, p. 109, note S. Bollée ; *RTD com.*, 2007, p. 682, obs. E. Loquin ; v. également, Paris, 14 janvier 1997, *Rev. arb.*, 1997, p. 395, note Ph. Fouchard ; JDI, 1998, p. 750, note E. Gaillard ; Paris, 10 juin 2004, *Rev. arb.*, 2006, p. 154.

39 38. Rapport au Premier ministre relatif au décret n^o 2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage, *JORF* n^o 0011 du 14 janvier 2011, p. 773.

40 39. V. art. 1467 al 3 et, pour un commentaire, v. *infra*, n^o 100 et E. Gaillard, « Les principes fondamentaux du nouvel arbitrage », in T. Clay (dir.), *Le nouveau droit français de l'arbitrage, actes du colloque du 28 février 2011*, Lextenso éditions, 2011.

41 40. V. art. 1522 et *infra*, n^{os} 116 ets.

42 41. V. spéc. A. Kassir, *La réforme de l'arbitrage international – Réflexions sur le texte proposé par le Comité*

français de l'arbitrage, L'Harmattan, 2008, spéc. p.8, et, déjà, du même auteur, *L'autonomie de l'arbitrage commercial international. Le droit français en question*, L'Harmattan, 2005.

43 42. V. art. 1444.

44 43. V. anciens art. 1443 al. 2 et 1448 al. 2.

45 44. V. *supra*, note 2.

46 45. P. Lalive, J.-F. Poudret et C. Reymond, *Le droit de l'arbitrage interne et international en Suisse*, Payot, 1989, p. 376 ; J.-F. Poudret, S. Besson, *Comparative law of international arbitration*, Sweet & Maxwell, 2007, n° 597.

47 46. Civ. 1^{re}, 6. déc. 2005, Bull. civ. I, n° 462 ; D., 2006, p. 274, note P.-Y. Gautier, et p. 3031, obs. T. Clay ; RTD civ., 2006, p. 144, obs. P. Théry ; RTD com., 2006, p. 299, obs. E. Loquin ; Civ. 1^{re}, 22 sept. 2010, n° 08-21.313, CFCMNE c/ Banque Delubac et Cie, D., 2010, p. 2235, obs. X. Delpech.

48 47. V. les art. 1451-1458, 1460-1461, 1463 et 1505.

49 48. Sur la question, v. *infra*, n° 55 et n° 100.

50 49. Art. 1505 4°. V. *infra*, n° 94.

51 50. V. *supra*, n° 2.

52 51. Art. 1482 ancien.

53 52. Art. 1522 al. 1. V. *infra*, n°s 116 et s.

54 53. Art. 1522 al. 2.

55 54. V. l'ancien art. 1486 al. 2 en matière interne et l'art. 1505 en matière internationale.

56 55. V. art. 1494 al. 2 en matière interne et art. 1519 al. 2 en matière internationale.

57 56. Sur la question, v. *infra*, n°s 60, 70 et 110.

58 57. Art. 1526.

59 58. Ancien art. 1499 repris par l'art. 1515.

60 59. Art. 1487. À comparer avec l'ancien art. 1477.

61 60. Sur cette question, v. G. Cornu, « Le décret du 14 mai 1980, Présentation de la réforme », *Rev. arb.*, 1980, p. 583, spéc. n° 10 et s. ; Ph. Jestaz et P. Godé, « Le décret n° 80-354 du 14 mai 1980 », *RTD com.*, 1980, p. 833. Cette solution, qui a toujours été reçue en matière internationale, a été consacrée, en droit interne, par la loi du 31 décembre 1925. Le décret de 1980 a consolidé la règle.

62 61. Civ. 1^{re}, 7 mai 1963, *Ets. Raymond Gosset c/ Carapelli*, *JCP G*, 1963, II, 13, p. 405, note B. Goldman ; *JDI*, 1964, p. 82, note J.-D. Bredin ; *Rev. crit. DIP*, 1963, p. 615, note H. Motulsky ; D., 1963, p. 545, note J. Robert.

63 62. Civ. 2^e, 4 avr. 2002, Bull. civ. II, n° 68 et *Com.*, 9 avr. 2002, Bull. civ. IV, n° 69.

64 63. Sur cette question, v. J.-B. Seube, « Contrats et obligations – indivisibilité », *Juris-Classeur Civil*, article 1217 à 1225, cote 04,210, spéc. n° 151-154.

65 64. *Com.*, 5 mars 1991, *RTD com.*, 1992, p. 591, obs. J.-Cl. Dubarry et E. Loquin ; *Rev. arb.*, 1992, p. 66, obs. L. Aynès et p. 153, obs. D. Cohen.

66 65. Civ. 1^{re}, 25 juin 1991, *Rev. arb.*, 1991, p. 453, obs. P. Mayer.

67 66. Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *On International Commercial Arbitration*, préc. note 2, n° 518 et s.

68 67. P. Bellet et E. Mezger, « L'arbitrage international dans le nouveau code de procédure civile », *Rev. crit. DIP*, 1981, p. 611.

69 68. Sur cette question, v. E. Loquin, « Arbitrage. Compétence arbitrale. Étendue », *Juris-Classeur Procédure civile*, fasc. 1032, n^{os} 13 et s.

70 69. Paris, 11 janv. 1990, *JurisData* n^o 1992-020365, *Rev. arb.*, 1992, p. 99, note D. Cohen ; Civ. 1^{re}, 27 mars 2007, Alcatel, *JurisData* n^o 2007-038210, *JCP G*, 2007, II, 10118 ; *Rev. arb.*, 2007, p. 247 ; D., 2007, p. 2077, note S. Bollée ; *RTD com.*, 2007, p. 677, obs. E. Loquin.

71 70. Civ. 1^{re}, 8 nov. 1993, *JDI*, 1994, p. 690, note E. Loquin ; *Rev. arb.*, 1994, p. 108, note C. Kessedjian ; Civ. 2^e, 21 janv. 1999, *Bull. civ. II*, n^o 16 ; *RTD com.*, 1999, p. 847, obs. E. Loquin ; *Rev. arb.*, 2003, p. 1341, obs. C. Legros.

72 71. V. *supra*, n^o 11.

73 72. Pour un exemple d'inexistence du contrat principal, v. Civ. 1^{re}, 25 oct. 2005, *Bull. civ. I*, n^o 378.

74 73. Civ. 2^e, 4 avr. 2002, et *Com.*, 9 avr. 2002, préc. note 61.

75 74. V. plus récemment, Civ. 1^{re}, 6 oct. 2010, *SCEA Plante Moulet*, n^o 09-68.731.

76 75. Sur la question relative au pouvoir des juridictions étatiques d'ordonner des mesures provisoires ou conservatoires malgré l'existence d'une clause compromissoire, voir la très intéressante analyse de C. Chainais, *La protection juridictionnelle provisoire dans le procès civil en droit français et italien*, Dalloz, 2007, spéc. n^o 179 et s. ; v. également, E. Loquin, « Arbitrage. Compétence arbitrale. Conflit entre la compétence arbitrale et la compétence judiciaire », *Juris-Classeur Procédure civile*, fasc. 1034, n^o 8 et s.

77 76. J.-L. Delvolvé, « L'intervention du juge dans le décret du 14 mai 1980 relatif à l'arbitrage », *Rev. arb.*, 1980, p. 607, spéc. p. 615 et 616.

78 77. Civ. 1^{re}, 6 déc. 2005, *JCP E*, 2005, 344, obs. G. Chabot.

79 78. Civ. 1^{re}, 11 oct. 1995, *RTD com.*, 1996, p. 664, obs. E. Loquin.

80 79. Civ. 2^e, 2 avr. 1997, *Rev. arb.*, 1998, p. 673, note L. Degos ; Civ. 1^{re}, 29 juin 1999, D., 1999, p. 649, note I. Najjar ; *RTD com.*, 2001, p. 56, obs. E. Loquin.

81 80. *Com.*, 10 mars 1998, *Rev. arb.*, 1999, p. 57, note A. Hory.

82 81. En ce sens, C. Chainais, *La protection juridictionnelle provisoire dans le procès civil en droit français et italien*, préc. note 74, n^o 184.

83 82. E. Loquin, « Arbitrage. Compétence arbitrale. Conflit entre la compétence arbitrale et la compétence judiciaire », préc. note 74, n^o 15.

84 83. J.-L. Delvolvé, « L'intervention du juge dans le décret du 14 mai 1980 relatif à l'arbitrage », préc. note 75, spéc. p. 616 et s.

85 84. G. Cornu, « Le décret du 14 mai 1980 relatif à l'arbitrage, présentation de la réforme », *Rev. arb.*, 1980, p. 583, spéc. p. 594 et s.

86 85. Civ. 1^{re}, 6 déc. 2005, *Bull. civ. I*, n^o 462. Sur les aspects de droit comparé, v. *supra*, note 45.

87 86. J. Pellerin, « L'arbitrage et le nouveau code de procédure civile », in J. Foyer et C. Puigelier (dir.), *Le nouveau code de procédure civile (1975-2005)*, Economica, 2006, p. 385 et s.

88 87. Art. L. 211-10 et s. du Code de l'organisation judiciaire.

89 88. Civ. 1^{re}, 16 oct. 2001, *Bull. civ. I*, n^o 254.

90 89. P. Chevalier, « Le nouveau juge d'appui », préc. note 35.

91 90. Pour un exemple d'application du régime du contredit à la voie de l'appel nullité, Civ. 1^{re}, 22 sept. 2010, *Bull. civ. I*, n^o 275.

92 91. En ce sens, P. Chevalier, « Le nouveau juge d'appui », préc. note 35.

93 92. T. Clay, *L'arbitre*, Dalloz, 2001. Sur les règles relatives à l'indépendance de l'arbitre, on se reportera plus particulièrement aux n^{os} 314 ets.

94 93. H. Kantorowicz, cité par T. Clay, préc. note 91, n^o 318.

95 94. P. Paclot, « L'arbitrage institutionnel », *Rev. arb.*, 1980, p. 607, spéc. p. 671 ets.

96 95. Sur les difficultés relatives à l'application de la notion de récusation en droit de l'arbitrage, v. T. Clay, *L'arbitre*, préc. note 91, n^{os} 427 ets.

97 96. T. Clay, *L'arbitre*, préc. note 91, n^o 437.

98 97. Civ. 2^e, 14 nov. 1990, *Bull. civ. II*, n^o 230; *Rev. arb.*, 1991, p. 75, note C. Jarrosson.

99 98. Paris, 2 avr. 2003, *Rev. arb.*, 2003, p. 1231, note E. Gaillard.

100 99. Paris, 28 nov. 2002, *Rev. arb.*, 2003, p. 445, note C. Belloc.

101 100. *Id.*

102 101. V. *infra*, n^{os} 45 et 103.

103 102. Civ. 1^{re}, 20 oct. 2010, n^o 09-68.997.

104 103. Sur le rôle conféré à la personne chargée de l'arbitrage, v. également *supra*, n^o 34.

105 104. R. Perrot, « L'application à l'arbitrage des règles du Nouveau Code de procédure civile », *Rev. arb.*, 1980, p. 643.

106 105. Sur l'arbitrage et le Code de procédure civile, voir. J. Pellerin, « L'arbitrage et le nouveau code de procédure civile », préc. note 85, p. 385 et s.

107 106. Civ. 1^{re}, 6 juil. 2005, *Golshani c/ Gouvernement de la République Islamique d'Iran*, *Bull. civ. I*, n^o 302; D., 2006, p. 1424, note E. Agostini; D., 2006, p. 3050, obs. T. Clay; *Les Cahiers de l'arbitrage*, Rec. IV, Pedone p. 30, note F.-X. Train; *JCP E*, 2005, p. 1988, obs. J. Ortscheidt; *JDI*, 2006, p. 608, note M. Béhar-Touchais; *Rev. arb.*, 2005, p. 993, note Ph. Pinsolle; *Rev. crit. DIP*, 2006, p. 602, note H. Muir-Watt; *RTD com.*, 2006, p. 309, obs. E. Loquin; Civ. 1^{re}, 6 mai 2009, *Mandataires judiciaires associés c/ Société International Company for Commercial Exchanges Income*, *Bull. civ. I*, n^o 86; D., 2009, p. 1422, obs. Delpech; *RTD com.*, 2009, p. 546, note E. Loquin; *JCP G*, 15 févr. 2010, n^o 7, p. 178, obs. J. Ortscheidt; *JCP G*, 7 déc. 2009, n^o 50, p. 534, note G. Bolard; *LPA*, 2009, p. 17, note D. Mouralis.

108 107. Sur cette question, v. spéc. T. Clay, *L'arbitre*, préc. note 91, n^{os} 114 ets. et spéc. n^o 175.

109 108. Paris, 7 oct. 2004, *JCP G*, 2005, II, 10071, note J.-M. Jacquet; *JDI*, 2005, p. 341, note A. Mourre et P. Pedone; *Rev. arb.*, 2005, p. 737, note E. Jeuland.

110 109. Civ. 1^{re}, 6 déc. 2005, *JCP E*, 2005, p. 344 note G. Chabot; *RTD com.*, 2006, p. 297, obs. E. Loquin.

111 110. C. Chainais, *La protection juridictionnelle provisoire dans le procès civil en droit français et italien*, préc. note 74, n^{os} 534 et s.

112 111. E. Loquin, « Arbitrage. Compétence arbitrale. Conflit entre la compétence arbitrale et la compétence judiciaire », préc. note 74, spéc. n^o 14 et 26.

113 112. Civ. 2^e, 8 juin 1995, *Rev. arb.*, 1996, p. 125, obs. J. Pellerin.

114 113. Civ. 1^{re}, 20 mars 1989, *République islamique d'Iran c/ Framatome*, *Rev. arb.*, 1989, p. 653, note Ph. Fouchard; *JDI*, 1990, p. 1004, note Ph. Ouakrat.

115 114. Y. Loussouarn, « Les voies de recours dans le décret du 14 mai 1980 relatif à l'arbitrage », *Rev. arb.*, 1980, p. 671.

116 115. J. Robert, « Bilan d'une réforme », *Rev. arb.*, 1980, p. 705.

117 116. Civ. 2^e, 17 juin 1971, Bull. civ. II, n^o 222.

118 117. Civ. 1^{re}, 10 juin 1997, Rev. arb., 1997, p. 376, note Ph. Fouchard.

119 118. Civ. 1^{re}, 4 juin 2008, Bull. civ. I, n^o 162. Sur la question, v. *infra*, n^o 113.

120 119. Sur les difficultés relatives aux recours en révisions contre les sentences arbitrales sous l'empire de l'ancien article 1491, v. T. Clay, « Le fabuleux régime du recours en révision contre les sentences arbitrales », in *Justices et droit du procès. Du légalisme procédural à l'humanisme processuel. Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard*, Dalloz, 2010, p. 651.

121 120. Paris, 11 juill. 1978, Rev. arb., 1978, p. 538, note J. Viatte.

122 121. Civ. 1^{re}, 10 juin 1997, OTV c/Hilmarton, D., 1997, IR, p. 163; JDI, 1998, p. 1033, note E. Gaillard; Rev. arb., 1997, p. 376, note Ph. Fouchard.

123 122. P. Bellet et E. Mezger, « L'arbitrage international dans le nouveau code de procédure civile », préc. note 66, p. 615.

124 123. Civ. 1^{re}, 26 janvier 2011, Institut national de la santé et de la recherche médicale (Inserm) c/Fondation Letten F. Saugstad, n^o 09-10.198; Civ. 1^{re}, 21 mai 1997, Renault c/V 2000, Rev. arb., 1997, p. 537, note E. Gaillard; Rev. crit. DIP, 1998, p. 87, note V. Heuzé; Paris, 5 avr., 1990, Rev. arb., 1992, p. 110, note H. Synvet; Paris, 29 mars 2001, Rev. arb., 2001, p. 543, note D. Bureau.

125 124. V. par ex. Civ. 1^{re}, 8 mars 1988, Thinet c/Labrely, Bull. civ. I, n^o 65; D., 1989, Jur., p. 577, note J. Robert; Rev. arb., 1989, p. 473, note P. Ancel; Paris, 26 janv. 1990, Bocard c/S.A.R.L. Stapem, Rev. arb., 1991, p. 125, 2^e espèce, obs. J.-H. Moitry et C. Vergne; RTD com., 1991, p. 575, obs. J.-C. Dubarry et E. Loquin; Paris, 24 avr. 1992, Sermi c/Hennion, Rev. arb., 1992, p. 598, note C. Jarrosson.

126 125. Ph. Fouchard, « L'arbitrage international en France après le décret du 12 mai 1981 », JDI, 1982, p. 374, spéc. n^o 26: « La loi du pays où se déroule l'arbitrage n'est donc pas prise en considération par le droit français; ou – plus exactement – celui-ci ne lui connaît pas une vocation spéciale pour régler la procédure. » V. plus généralement sur la question, Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *On International Commercial Arbitration*, préc. note 2, n^{os} 1199 et s.

127 126. V. *infra*, n^o 92.

128 127. V. les articles 1514 et s.

129 128. Sur l'évolution de la discussion à ce sujet, v. L. Degos, « L'histoire du nouveau décret, dix ans de gestation », préc. note 9.

130 129. V. l'ancien article 1495 qui ne rendait applicable en matière internationale certaines dispositions du droit interne de l'arbitrage que lorsque « l'arbitrage est soumis à la loi française ». V. *supra*, note 122.

131 130. V. également D., 2011, p. 189. L'histoire ne retiendra sans doute pas que l'un des renvois opérés par l'article 1506 est en réalité inutile. Il s'agit de celui qui déclare applicable en matière internationale la faculté pour les arbitres de rendre leur sentence exécutoire par provision (art. 1484, al. 2, applicable sur renvoi de l'art. 1506 4^o). En réalité, une telle déclaration des arbitres, si elle intervient, ne modifiera en rien la situation juridique de la sentence puisque, dans le régime issu du nouveau décret, le recours en annulation n'a pas d'effet suspensif en matière internationale. La sentence est exécutoire de plein droit, en matière internationale, dans tous les cas. Le renvoi à l'article 1484, al. 2, est donc surabondant et aurait pu être évité.

132 131. V. *infra*, n^o 120.

133 132. Civ. 1^{re}, 18 nov. 1986, Atlantic Triton c/République populaire révolutionnaire de Guinée, JDI, 1987, p. 125, note E. Gaillard; Rev. crit. DIP, 1987, p. 760, note B. Audit; Rev. arb., 1987, p. 315, note G. Flécheux.

134 133. C'est la raison pour laquelle, à notre sens, l'article 1449, al. 2, qui concerne la compétence et les modalités de la saisine des tribunaux est d'ordre public, même en matière internationale, à la différence de l'aliéna 1, qui vise le principe du recours aux juridictions françaises pour obtenir des mesures provisoires ou conservatoires.

[135](#) 134. V. *infra*, n° 94.

[136](#) 135. V. également D., 2011, p. 189 et s.

[137](#) 136. V. *supra*, n° 14.

[138](#) 137. Sur cette situation, v. E. Gaillard, « L'arbitrage sur le fondement des traités de protection des investissements », *Rev. arb.*, 2003, p. 853.

[139](#) 138. V. *supra*, n° 16.

[140](#) 139. Art. 1443.

[141](#) 140. Paris, 19 févr. 1988, Société Firme Peter Biegi c/ société Britannia, *Rev. arb.*, 1990, p. 657, avec le commentaire de B. Oppetit, p. 551 ; Paris, 8 juin 1995, SARL Centro Stoccaggio Grani c/ SA Granit, *Rev. arb.*, 1997, p. 89, obs. Y. Derains.

[142](#) 141. En matière interne, l'acceptation de la clause compromissoire par référence (art. 1443) et la mention spécifique de la possible pluralité de contrats à l'article 1442 devraient permettre de couvrir cette situation. V. *supra*, n° 15.

[143](#) 142. Sur la question, v. *infra*, n° 84.

[144](#) 143. V. *supra*, note 37.

[145](#) 144. Civ. 1^{re}, 7 mai 1963, Ets. Raymond Gosset c/ Carapelli, préc. note 60.

[146](#) 145. *Supra*, n° 21.

[147](#) 146. V. en droit anglais, les débats qui ont conduit, à grand peine, à l'admission du principe par la *Court of Appeal* puis par la *House of Lords* du Royaume-Uni (aujourd'hui *Supreme Court*) après son refus d'application par la *High Court* motif pris de la gravité des allégations formulées pour tenter d'obtenir l'annulation de la convention de fond : v. High Court (Commercial Court), Fiona Trust and Holding Corporation and Others c/ Yuri Privalov and Others, décision du 20 octobre 2006, [2006] EWHC 2583 (Comm) ; Court of Appeal, décision du 24 janvier 2007, [2007] EWCA Civ 20 ; House of Lords, décision du 17 octobre 2007, Fiona Trust & Holding Corporation & 20 Others c/ Yuri Privalov & 17 Others sub nom Premium Nafta Products Ltd (20th Defendant) & Others c/ Shipping Co Ltd (14th Claimant) & others, [2007] UKHL 40.

[148](#) 147. Sur l'état du droit américain en la matière, v. G. Bermann, « Gateway issues in international arbitration in the United States », Présentation au Comité français du droit international privé, 11 mars 2011. *Adde* Cours de l'Académie de l'arbitrage, session de juillet 2011.

[149](#) 148. Sur le choix des termes utilisés, v. *supra*, n° 21.

[150](#) 149. V. *supra*, n° 10 et 23.

[151](#) 150. Sur la question, v. E. Gaillard et Y. Banifatemi, « Negative effect of competence-competence : the rule of priority in favour of the arbitrators », in E. Gaillard et D. Di Pietro (dir.), *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards – The New York Convention in Practice*, Cameron May, 2008, p. 257.

[152](#) 151. V. spéc. Paris, 17 déc. 1991, Gatoil c/ National Iranian Oil Co., *Rev. arb.*, 1993, p. 281, note. H. Synvet.

[153](#) 152. L'article 177(2) de la LDIP dispose : « Si une partie à la convention d'arbitrage est un État, une entreprise dominée ou une organisation contrôlée par lui, cette partie ne peut invoquer son propre droit pour contester l'arbitrabilité d'un litige ou sa capacité d'être partie à un arbitrage. »

[154](#) 153. V. Rapport, commentaire du Titre III.

[155](#) 154. Comp. en droit anglais, les hésitations sur la validité des clauses relatives à la nationalité ou la religion des arbitres résultant de l'arrêt de la *Court of Appeal* du 22 juin 2010 (Jivraj c/ Hashwani (Rev 2) [2010] EWCA Civ 712 [22 June 2010]) qui invalide ces clauses et sur laquelle la *Supreme Court* du Royaume Uni a été appelée à se prononcer.

156 155. Art. 1463.

157 156. Art. 1471 et s. V. *supra*, n° 53.

158 157. L'absence de délai de droit commun explique que les dispositions relatives à l'interruption et à la suspension de l'instance (art. 1471 et 1473 à 1477) ne soient pas transposées en matière internationale. En revanche, même en matière internationale, le tribunal peut apprécier s'il y a lieu de surseoir à statuer et, suivant les circonstances, révoquer le sursis ou abréger le délai (art. 1472 rendu applicable en matière internationale par l'art. 1506 3°).

159 158. *Infra*, n° 106.

160 159. V. l'art. 1468 rendu applicable en matière internationale par l'art. 1506 3°.

161 160. V. *supra*, n° 75.

162 161. Sur la possibilité de limiter ce contrôle aux cas dans lesquels l'exequatur de la sentence est sollicité en France, v. *infra*, n° 113.

163 162. V. par ex. l'art. 14(2) du règlement d'arbitrage de la CCI ou l'art. 16.2 du règlement de la LCIA.

164 163. Civ. 1^{re}, 1^{er} févr. 2005, État d'Israël c/ Sté NIOC, préc. note 5.

165 164. Sur l'ensemble de la question, v. par ex. T. Clay, « L'indépendance et l'impartialité de l'arbitre et les règles du procès équitable », in J. Van Compernelle (dir.), *L'impartialité du juge et de l'arbitre*, Bruylant, 2006, p. 199 ; V.V. Veeder, « L'indépendance et l'impartialité de l'arbitre dans l'arbitrage international », in L. Cadiet (dir.), Th. Clay et E. Jeuland (coll.), *Médiation et arbitrage. Alternative Dispute Resolution. Justice alternative ou alternative à la justice ? Perspectives comparatives*, Litec, Pratique professionnelle Procédure, 2005, p. 219.

166 165. V. par ex. Paris, 4 mai 1988, Chambre arbitrale de Paris c/ République de Guinée, Rev. arb., 1988, p. 657, 2^e espèce, note Ph. Fouchard, et sur l'ensemble de la question, Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *On International Commercial Arbitration*, préc. note 2, n°s 661 et s.

167 166. V. l'art. 1465 du projet du CFA.

168 167. Art. 1467 al. 3.

169 168. Attitude que la procédure de *common law* connaît sous le nom d'« *adverse inference* » et qui se développe, parfois encore trop timidement, dans la procédure arbitrale.

170 169. V. en dernier lieu, la version de 2010 des *IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration*, et pour un commentaire, R. Kreindler, « The 2010 Revision to the IBA Rules on the Taking of Evidence in International Commercial Arbitration: A Study in Both Consistency and Progress », *International Arbitration Law Review*, 2010, vol. 3, n° 5.

171 170. La formulation est empruntée à l'article 182 de la LDIP suisse qui dispose : « Quelle que soit la procédure choisie, le Tribunal arbitral doit garantir l'égalité entre les parties et leur droit d'être entendues en procédure contradictoire. »

172 171. Sur ces règles, v. *supra*, n° 53.

173 172. Sur les conditions d'application du droit français de l'arbitrage international à des arbitrages se déroulant en France, v. *supra*, n° 75.

174 173. V. *supra*, n° 6.

175 174. Sur la question, v. par ex. E. Cashin Ritaine et E. Lein (dir.), *The UNIDROIT Principles 2004. Their Impact on Contractual Practice, Jurisprudence and Codification. Reports of the ISCD Colloquium (8/9 June 2006)*, Schulthess, 2007 ; S. Vogenauer et J. Kleinheisterkamp, *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (2004)*, OUP, 2009 ; B. Fauvarque-Cosson, « Les Principes UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international : nouvelles perspectives, nouveaux enjeux », in *Le Code de commerce 1807-2007*, Dalloz, 2007 n° 737.

176 175. V. par ex., E. Gaillard, « La distinction des principes généraux du droit et des usages du commerce international », in *Études offertes à Pierre Bellet*, Litec, 1991, p. 203.

177 176. Sur la question, v. E. Gaillard, « General Principles of Law in International Commercial Arbitration – Challenging the Myths », in *World Mediation and Arbitration Review*, 2011, n° 2.

178 177. V. *supra*, note 137.

179 178. V. travaux du « Groupe de travail II sur l'arbitrage et la conciliation » de la CNUDCI, 54^e session (7-11 février 2011) ; v. également Rapport du Groupe de travail II sur l'arbitrage et la conciliation de la CNUDCI, 53^e session (4-8 octobre 2010). Sur la position de la Commission européenne à ce sujet, v. Communication de la Commission européenne, 7 juillet 2010, COM(2010)343 final : « l'UE devrait veiller à ce que le règlement des différends entre les investisseurs et l'État soit mené en toute transparence [y compris pour les demandes d'arbitrage, les observations, les audiences publiques, les observations désintéressées (« amicus curiae ») et la publication des sentences]. ».

180 179. V. *supra*, n° 89.

181 180. V. en sens contraire l'opinion exprimée par Ch. Jarrosson et J. Pellerin, art. préc., note 1, spéc. n° 86 p. 60, pour qui le silence du droit français en matière internationale permettrait le maintien du principe ancien selon lequel la confidentialité serait de l'essence de l'arbitrage. Cette interprétation est en réalité condamnée par le contraste entre le droit interne et le droit international de l'arbitrage. Si telle avait été la volonté des auteurs du décret de 2011, ils auraient étendu la règle de l'article 1464 al. 4 en matière internationale. Le choix de ne pas le faire n'est pas fortuit. C'est donc bien un principe de neutralité, non de confidentialité implicite qu'ils ont entendu consacrer.

182 181. Art. 1506 ancien.

183 182. V. par ex. l'art. 190(1) de la LDIP suisse.

184 183. De ce fait, la possibilité pour les arbitres, maintenue en matière internationale par l'article 1484 al. 2 sur renvoi de l'article 1506 4^o, d'assortir la sentence de l'exécution provisoire en matière internationale n'a plus aucune portée pratique. V. *supra*, note 129.

185 184. La règle demeure inchangée en matière d'arbitrage interne. Sur la question, v. *supra*, n° 62.

186 185. Art. 1494 al. 2.

187 186. V. *infra*, n° 114.

188 187. Sur la possibilité d'aménagement conventionnel de la notification, v. *supra*, n° 110.

189 188. V. par ex. Paris, 9 avr. 1992, *Annahold BV c/ L'Oréal*, *Rev. arb.*, 1996, p. 483, avec le commentaire de Ph. Fouchard, p. 325.

190 189. Paris, 18 nov. 2004, *Thalès Air Defence c/ Euromissile et al.*, *JDI*, 2005, p. 357, note A. Mourre ; *JCP*, 2005, II, 10038, note G. Chabot ; Paris, 23 mars 2006, *SNF c/ Cytec*, *Rev. arb.*, 2007, p. 97, 3^e espèce, obs. S. Bollée ; *D.*, 2006, p. 3033, obs. T. Clay ; *RTD com.*, 2005, p. 263, obs. E. Loquin.

191 190. V. par ex. l'évocation de cette jurisprudence par le Commissaire du Gouvernement, M. Mattias Guyomar, dans l'affaire INSERM (Tribunal des conflits, 17 mai 2010, *INSERM c/ Fondation Letten F. Sausgstad*, *Rev. arb.*, 2010, p. 275), au soutien de l'idée que les juridictions de l'ordre judiciaire ne seraient pas les mieux placées pour faire respecter les exigences de l'ordre public en matière administrative. On peut également déplorer l'image peu flatteuse que cette formule peut donner de l'arbitrage international dans les milieux qui militent pour une compétence accrue des instances européennes dans ce domaine.

192 191. Sur le champ d'application du droit français de l'arbitrage, v. *supra*, n° 75.

193 192. Art. 595 CPC.

194 193. V. *supra*, n° 114.

195 194. Dans un premier temps, le droit belge a exclu tout recours lorsque l'arbitrage n'avait aucun rattachement avec l'ordre juridique belge autre que le siège (loi du 27 mars 1985) puis, s'est rangé, après l'adoption de la LDIP, à

la formule suisse (loi du 19 mai 1998). L'article 192 de la LDIP suisse dispose : « 1. Si les deux parties n'ont ni domicile, ni résidence habituelle, ni établissement en Suisse, elles peuvent, par une déclaration expresse dans la convention d'arbitrage ou un accord écrit ultérieur, exclure, tout recours contre les sentences du tribunal arbitral ; elles peuvent aussi n'exclure le recours que pour l'un ou l'autre des motifs énumérés à l'article 190, 2^e alinéa. 2. Lorsque les parties ont exclu tout recours contre les sentences et que celles-ci doivent être exécutées en Suisse, la Convention de New York du 10 juin 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères s'applique par analogie ».

196 195. V. l'art. 78(6) du Code de l'Arbitrage tunisien du 26 avril 1993.

197 196. V. l'art. du *Swedish Arbitration Act* du 1^{er} avril 1999.

198 197. V. l'art. 126 de la *Ley General de Arbitraje* du 3 janvier 1996.

199 198. V. l'art. 36 de la *Decreto Ley No. 5* du 8 juillet 1999 ayant établi le régime général panaméen de l'arbitrage, de la conciliation et de la médiation.

200 199. Sur l'idée qu'il pourrait être en définitive préférable de laisser le contrôle étatique des sentences s'exercer au seul lieu d'exécution, v. Ph. Fouchard, « Suggestions pour accroître l'efficacité internationale des sentences arbitrales », *Rev. arb.*, 1998, p. 653.

201 200. Même si le texte publié en 2006 ne le reflète pas à la suite d'une erreur matérielle. Sur la question, v. L. Degos, « L'histoire du nouveau décret, dix ans de gestation », préc. note 10.

202 201. Sur la possibilité d'exclure l'intervention du juge d'appui en sélectionnant une autorité chargée d'organiser l'arbitrage (v. *supra*, n^o 91) et sur la possibilité d'exclure les demandes de mesures provisoires et conservatoires et les demandes tendant à l'obtention de documents susceptibles d'être détenus par des tiers (v. Civ. 1^{re}, 18 nov. 1986, *Atlantic Triton c/ République populaire révolutionnaire de Guinée et supra*, n^o 100).

203 202. V. par ex. l'art. 192 (1) LDIP suisse : les parties peuvent aussi n'exclure le recours que pour l'un ou l'autre des motifs énumérés à l'article 190, 2^e alinéa.

204 203. V. par ex. J. Ortscheidt et C. Seraglini, « La nouvelle articulation des recours en arbitrage international », in T. Clay (dir.), *Le nouveau droit français de l'arbitrage, actes du colloque du 28 février 2011*, Lextenso, 2011.

205 204. V. par ex. l'art. 28(6) du règlement d'arbitrage de la CCI ou article 26.9 du règlement d'arbitrage de la LCIA.

206 205. Civ. 1^{re}, 9 octobre 1984, *Pabalk Ticaret Limited Sirketi c/ Norsolor SA*, *Rev. arb.*, 1985, p. 431, note B. Goldman ; JDI, 1985, p. 679, note Ph. Kahn ; D., 1985, p. 101, note J. Robert.

207 206. Civ. 1^{re}, 29 juin 2007, *Société PT Putrabali Adyamulia c/ Société Rena Holding et Société Mnogutia Est Épices* (qui maintient l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 31 mars 2005, *Rev. arb.*, 2006, p. 665, note E. Gaillard, D., 2006, Panorama 3035, obs. T. Clay), *Rev. arb.*, 2007, p. 507, rapport J.-P. Ancel, note E. Gaillard ; JDI, 2007, p. 1236, note T. Clay ; LPA, 2007, n^o 192, p. 20, note M. de Boisséson ; J.-P. Ancel, « L'arbitrage comme juridiction internationale autonome », *Revue de droit des affaires*, 2007, p. 883. V. encore, Ph. Pinsolle, « The Status of Vacated Awards in France: the Cour de cassation Decision in Putrabali », *Arbitration International*, 2008, p. 277 et, du même auteur, « L'ordre juridique arbitral et la qualification de la sentence arbitrale de décision de justice internationale. À propos de l'arrêt *Putrabali* du 29 juin 2007 », *Les Cahiers de l'Arbitrage*, vol. IV, Pedone, 2008, p. 110.

208 207. V. Rapport, introduction du commentaire du Titre II.

209 208. V. *supra*, n^o 6 et les réf.