



Les perspectives françaises sur le contrôle de la sentence internationale ou étrangère

Dominique Hascher*

In this article, the author focuses on the judicial review of “international” arbitral awards. He emphasizes the peculiarities of French law, which are essentially grounded on the conception of an autonomous arbitral legal order (Putrabali). The first part of the article deals with the mandatory requirements of arbitral awards (reasons, scope of arbitral jurisdiction, etc.), while the second describes the desirable limits of judicial review. Judicial activism, where really necessary, is encouraged. Notable examples include the revision of an award tainted by fraud, and the rules concerning the extension of the arbitration agreement. Judicial self-restraint is also of paramount importance. However, this self-restraint has been neglected in cases dealing with the arbitrators’ duty to disclose relevant circumstances, in matters related to their impartiality and independence.

The author concludes by identifying some important points that French courts should tackle in the future, that is, the admissibility of challenges against decisions rendered by arbitral institutions, and their role in the proceedings concerning challenges against arbitral awards.

Dans cet article l’auteur se penche sur le contrôle de la sentence « internationale », afin de souligner les particularités du droit français de l’arbitrage, qui s’appuient notamment sur une conception de l’arbitrage international en tant qu’ordre juridique autonome (arrêt Putrabali). Dans la première partie, l’auteur décrit les balises que la sentence internationale doit respecter (la motivation, le respect de la mission de l’arbitre, etc.). Dans la deuxième, il souligne l’étendue souhaitable du contrôle judiciaire de la sentence. L’activisme judiciaire (limité aux situations où il est réellement nécessaire) serait alors le bienvenu. La révision de la sentence en cas de fraude et les règles matérielles sur l’extension de la convention d’arbitrage n’en seraient que quelques exemples. La retenue judiciaire serait également très importante, indication parfois oubliée, comme par exemple dans le cas du devoir de révélation de l’arbitre en matière d’impartialité et indépendance.

L’auteur conclut en indiquant de nouveaux points qui mériteraient d’attirer l’attention de la jurisprudence française, notamment l’admissibilité du recours contre les décisions des institutions d’arbitrage, et leur rôle potentiel dans les recours contre les sentences.

* Conseiller à la Cour de cassation de France. Le présent article est tiré du texte de la Conférence commémorative John E. C. Brierley, donnée le 29 septembre 2014 à la faculté de droit de l’Université McGill.

I. INTRODUCTION

J'aurais peut-être été tenté de faire usage du singulier dans le titre, mais, parlant à titre personnel, il convient que, par prudence, je laisse apparaître la diversité qui peut se faire jour. Le pluriel permet aussi de segmenter mes propos au regard de différents sujets.

Je vous propose d'abord de voir comment la singularité du droit français de l'arbitrage exerce une profonde influence sur les perspectives du contrôle des sentences, en vous invitant par la suite à me suivre pour découvrir quelques perspectives sur la démarche de l'interprète du contrôle.

Selon le droit français de l'arbitrage, l'exécution des sentences rendues en matière d'arbitrage international¹ comme celle des sentences rendues à l'étranger est soumise à un régime unique, celui de l'article 1520 du *Code de procédure civile* [CPC]². Ces deux catégories de sentences sont ainsi soumises à une conception du contrôle qui leur est commune. Les deux modes de contrôle, annulation et exequatur, ont le même effet : l'exécution de la sentence, que le rejet du recours en annulation confère automatiquement³.

II. L'INFLUENCE DE L'ORIGINALITÉ DES SOLUTIONS DU DROIT FRANÇAIS DE L'ARBITRAGE SUR LES PERSPECTIVES DU CONTRÔLE

A. Le démarquage de la Convention de New York

Si les perspectives sont françaises, c'est qu'elles se démarquent d'une manière ou d'une autre des perspectives admises ailleurs, qui, à retenir les plus internationalistes d'entre elles, résultent principalement de la Convention de New York de 1958⁴ et de la Loi-type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international⁵.

Commençons donc par les particularités françaises du contrôle qui résultent de l'application exclusive de l'article VII de la Convention de New York⁶, lequel nous ouvre le chemin du droit national pour le contrôle des sentences, localisé, s'agissant du droit français, dans les dispositions

1 Art 1504 CPC: Est international l'arbitrage qui met en cause des intérêts du commerce international.

2 Art 1525, al 4 CPC: La cour d'appel ne peut refuser la reconnaissance ou l'exequatur de la sentence arbitrale que dans les cas prévus à l'article 1520; Art 1520 CPC: Le recours en annulation n'est ouvert que si :

1° Le tribunal arbitral s'est déclaré à tort compétent ou incompétent ou

2° Le tribunal arbitral a été irrégulièrement constitué ou

3° Le tribunal arbitral a statué sans se conformer à la mission qui lui avait été confiée ou

4° Le principe de la contradiction n'a pas été respecté ou

5° La reconnaissance ou l'exécution de la sentence est contraire à l'ordre public international.

3 Art 1527, al 2 CPC.

4 *Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères*, 10 juin 1958, 330 RTNU 3 (entrée en vigueur : 7 juin 1959, ratifiée par la France 26 juin 1959) [*Convention de New York*].

5 *Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international*, Doc. N.U. A/40/17 (1985), ann. I, (amendée en 2006), [*Loi type*].

6 *Convention de New York, ibid*, art 7(1): Les dispositions de la présente Convention ne portent pas atteinte à la validité des accords multilatéraux ou bilatéraux conclus par les États contractants en matière de reconnaissance et d'exécution des sentences arbitrales et ne privent aucune partie intéressée du droit qu'elle pourrait avoir de se prévaloir d'une sentence arbitrale de la manière et dans la mesure admise par la législation ou les traités du pays où la sentence est invoquée.

de l'article 1520 CPC où sont limitativement énumérées les cinq conditions que doivent remplir les sentences pour leur validité : compétence de l'arbitre, régularité de la constitution du tribunal arbitral, respect de la mission, respect du principe de la contradiction, non-contrariété de l'exécution (ou de la reconnaissance) à l'ordre public international.

Sans attendre la grande réforme du droit de l'arbitrage de 1980-1981⁷, la Cour de cassation avait jugé que, même sous l'empire de l'ancien code de procédure civile,

[d]'après [l'article VII de la Convention de New York], les dispositions de la Convention ne privent aucune partie intéressée du droit qu'elle pourrait avoir de se prévaloir d'une sentence arbitrale de la manière et dans la mesure admise par la législation ou les traités du pays où la sentence est invoquée ; qu'il en résulte que le juge ne peut refuser l'exequatur lorsque son droit national l'autorise⁸.

La partie la plus saillante de cette originalité française est, sans nul doute, la faculté de reconnaître en France une sentence qui a été annulée dans son pays d'origine, ce qui désigne, le plus généralement, l'État du siège du tribunal arbitral, ou, selon l'alternative prévue par la Convention de New York (article V(1)(e)), l'État d'après la loi duquel la sentence a été rendue. Vous avez reconnu l'arrêt *Putrabali*⁹ qui a théorisé sur la jurisprudence antérieure à la réforme de 1980-1981, *Pabalk c. Norsolor* et sa descendance, qui viennent d'être évoqués à propos de l'article VII de la Convention de New York¹⁰. La Cour de cassation exprime dans l'arrêt *Putrabali* la forte croyance selon laquelle « 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 ». La jurisprudence *Putrabali* légitime une décision de la cour d'appel de Paris qui avait fait triompher le principe de la reconnaissance et de l'exécution d'une sentence sans s'arrêter à son annulation dans le pays du siège (Dubai), nonobstant l'existence d'un traité bilatéral d'entraide et, ce qui est plus remarquable, l'absence de mise en jeu de la Convention de New York à laquelle Dubai n'avait pas encore, à l'époque, adhéré¹¹. La jurisprudence *Putrabali* est plus qu'une simple comparaison du décompte des cas d'ouverture du contrôle des sentences entre la Convention de New York et le droit français où l'annulation de la sentence n'est pas une cause de refus d'exécution. Nous

7 Pierre Bellet, Ernst Mezger, « L'arbitrage international dans le nouveau code de procédure civile » (1981) 70 Rev crit dr int 611.

8 Cass civ 1ère, 9 octobre 1984, (1985) Rev arb 431 (annotation Berthold Goldman) [*Pabalk Ticaret*]; *Pabalk Ticaret*, (1985) JDI 112, 679 (annotation Philippe Kahn); *Pabalk Ticaret*, (1985) D I 101 (annotation Jean Robert).

9 Cass civ 1ère, 29 juin 2007, (2007) Rev arb 507 (annotation Emmanuel Gaillard) [*Putrabali*]; *Putrabali* (2007) JDI 134, 1236 (annotation Thomas Clay); *Putrabali* (2007) RTDCom 682 (annotation Eric Loquin); *Putrabali* (2007) PA n°192 à la p 20 (annotation Michel de Boissésou); *Putrabali* (2007) D II 1969 (annotation Xavier Delpech); *Putrabali* (2008) D I 180 (annotation Thomas Clay); (2007) JCP IV 2606-2607, (2008) Rev crit dr int privé 109 (annotation Sylvain Bollée ; (2007) JCP I 216 n°7-8 (annotation Christophe Seraglini); (2007) RJDA à la p 883 (annotation Jean-Pierre Ancel).

10 Jean-François Poudret, « Quelle solution pour en finir avec l'affaire Hilmarton? Réponse à Philippe Fouchard » (1998) Rev arb 7.

11 CA Paris, 29 septembre 2005, (2006) Rev arb 695 (annotation Horatia Muir-Watt); (2006) Rev crit dr int privé 387 (annotation Alexandra Szekely); (2005) D II 3050 (annotation Thomas Clay); Thomas Clay, « Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges » (2006) D. Pan. 3036; (2006) JCP I 148, n°7 (annotation Christophe Seraglini).

sommes en présence d'un principe fondamental du droit français de l'arbitrage sur le caractère universel de la sentence¹². Ce principe doit être situé au même rang que les règles matérielles sur l'autonomie juridique de la convention d'arbitrage, lesquelles sont également légitimées par la reconnaissance d'un ordre juridique arbitral.¹³

Y aura-t-il jamais des limites à la jurisprudence *Putrabali*? Assurément, dès lors qu'existent des recours contre la sentence dans le système d'arbitrage selon lequel la sentence a été rendue. Telle est l'hypothèse d'un recours ou d'un réexamen interne de la sentence, comme un arbitrage à deux degrés. Le réexamen de l'affaire anéantit la décision du premier tribunal arbitral qui ne peut donc recevoir l'exequatur¹⁴. L'appel général de la sentence devant le juge étatique¹⁵ devrait aussi être une cause de refus d'exécution de la sentence non exécutoire à son siège. Tel est encore le cas de la Convention de Washington du 18 mars 1965 (CIRDI) ou du Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique (OHADA) du 17 octobre 1993 qui organisent les voies de recours dans le cadre conventionnel, à l'exclusion de toute intervention des juridictions nationales dans l'examen de la validité des sentences.

N'aurait-on pas pu considérer que cela était également le cas dans l'affaire *Putrabali* où les parties s'étaient soumises à un règlement d'arbitrage qui admettait l'appel prévu par l'article 69 de l'*Arbitration Act* de 1996 pour les questions de droit anglais¹⁶? La clause d'arbitrage des règles de l'IGPA (« *International General Produce Association* »), en faveur desquelles les parties avaient contracté, n'excluait pas cet appel, comme l'article 69 permet pourtant de le faire¹⁷. Dès lors, donner exécution à la sentence, dont le juge anglais avait ordonné la modification, ferait peu de cas de la volonté des parties. Tel n'est cependant pas le sens de l'arrêt de la Cour de cassation qui assimile un tel appel à l'annulation de droit commun à propos de laquelle il est difficile de dire que les parties auraient incorporé par avance dans leur accord la décision d'annulation du juge dont elles ont, directement ou indirectement, choisi le siège comme lieu d'arbitrage. En effet, dans ce cas, le rattachement de la nullité de la sentence à la volonté des parties est un peu lointain et incertain.

12 Le désaccord du juge de l'annulation avec le droit appliqué au fond par l'arbitre (lex mercatoria dans l'affaire Norsolor, droit civil plutôt qu'administratif dans l'affaire Chromalloy,) avec les bonnes moeurs (affaire Hilmarton) ou avec la manière de conduire la procédure (formule de la prestation de serment (affaire Bechtel)) ne remet pas en cause une possibilité d'exécution.

13 Cass civ 1ère, 5 janvier 1999, (1999) Rev arb 260 (annotation Philippe Fouchard); (1999) RTDCom à la p 380 (annotation Eric Loquin); (1999) Rev crit dr int privé 546 (annotation Dominique Bureau). La volonté des parties reste également le fondement unique de la validité des clauses d'arbitrage qui ne sont pas soumises à une loi nationale à cet égard (Cass civ 1ère, 20 décembre 1993, (1994) JDI 121, 431 (annotation Emmanuel Gaillard); (1994) Rev arb 116 (annotation Hélène Gaudemet-Tallon); (1994) Rev crit dr int privé 663 (annotation Pierre Mayer).

14 Cass civ 1ère, 5 mars 2014, (2014) JCP 1451 (annotation Jean Ortscheidt).

15 Par ex art 1489 CPC.

16 *Arbitration Act 1996* (R-U), c 23, art 69(1); (1997) Rev arb à la p 126 (traduction française): « Sauf convention contraire des parties, l'une des parties à la procédure arbitrale peut (moyennant notification au tribunal arbitral et aux autres parties) saisir le juge d'un appel sur une question de droit ayant fait l'objet d'une sentence rendue par les arbitres ».

17 Richard W. Hulbert, « When the Theory Doesn't Fit the Facts, A Further Comment on *Putrabali* » (2009) 25:2 Arb Intl 157.

Le basculement général de la Convention de New York pour toutes les actions entreprises par ce traité a été réalisé par la jurisprudence *American Bureau of Shipping* pour légitimer la priorité accordée à l'arbitre pour statuer sur sa compétence.¹⁸ En énonçant « que l'arrêt retient d'abord, à bon droit, que la Convention de New York, ratifiée par les États-Unis et la France, réserve l'application d'un droit interne plus favorable pour la reconnaissance de la validité de la convention d'arbitrage »¹⁹, la Cour de cassation, au lieu de créer une discussion article par article, souligne que c'est l'ensemble de la Convention qui réserve cette application du droit commun plus favorable²⁰. Enfin, la Cour de cassation a jugé que les cas en droit français pour disputer la sentence étaient, en dehors de l'annulation de la sentence dans l'État d'origine, substantiellement les mêmes que ceux de l'article V de la Convention de New York, si bien que l'équivalence des résultats met fin à tout intérêt d'appliquer le texte conventionnel devant les tribunaux français²¹.

Il n'est pas dans mon propos d'exposer les règles matérielles qui structurent le droit français de l'arbitrage international. Il me paraît en revanche important de souligner le rôle que les conceptions doctrinales sur l'autonomie de l'arbitrage ont pu jouer pour guider l'action judiciaire dans l'exécution des sentences.

B. L'influence de la conception d'un ordre juridique arbitral sur le contrôle des sentences

L'existence d'un ordre juridique arbitral, dont l'arbitre est le juge de droit commun²², est extrêmement prégnante dans toute la jurisprudence française. Ce thème a guidé la jurisprudence, dont la doctrine a souvent été la corédaresse²³. Or, une telle conception de l'arbitrage n'est pas sans répercussions sur l'application et l'interprétation des cas d'ouverture pour le contrôle des sentences. On vient de le voir à propos de l'absence de prise en considération du sort de la sentence au siège de l'arbitrage, mais si cette conséquence est la plus visible pour l'observateur étranger, tous les cas du contrôle sont en réalité affectés. En effet, si la sentence est une décision de justice internationale, son insertion dans l'ordre juridique français donne lieu à une vision du contrôle qui gomme les aspérités nationales, dans le respect de l'autorité de chose jugée d'une décision dont l'existence n'est pas conditionnée par l'approbation d'un ordre juridique national. Le contrôle est à l'articulation entre l'ordre juridique arbitral et l'ordre juridique étatique. Les perspectives internationalistes de ce contrôle seront d'autant marquées que les conceptions du

18 Cass civ 1ère, 7 juin 2006, (2006) Rev arb 945 (annotation Emmanuel Gaillard); (2006) JDI 133, 1384 (annotation Alexis Mourre); (2006) JCP I 187 n°7 (annotation Christophe Seraglini).

19 *Ibid.*

20 Emmanuel Gaillard, « Réflexions sur le domaine du principe compétence-compétence et sur l'articulation des articles II et VII de la Convention de New York » (2003) Rev arb 1286.

21 Cass civ 1ère, 24 mars 1998, (1999) Rev arb 255 (annotation Philippe Fouchard); François-Xavier Train, « Reconnaissance et exécution de sentences arbitrales étrangères: le droit français au prisme de la Convention de New-York » (2014) RIDC 249.

22 Emmanuel Gaillard, « L'ordre juridique arbitral: réalité, utilité et spécificité » (2010) 5:4 RD McGill 891 [*L'ordre juridique arbitral*].

23 Dominique Hascher, « L'influence de la doctrine sur la jurisprudence française en matière d'arbitrage » (2005) Rev arb 391. Voir aussi Guy Canivet, « La Cour de cassation et la doctrine » dans *Mélanges Aubert*, Paris, Dalloz 373.

droit de l'arbitrage du for s'inspireront de solutions puisées dans l'ordre juridique arbitral.

Il ne s'agit pas ici de passer en revue les différents cas d'ouverture, mais, dans le contexte du sujet, de mettre en valeur ce qui paraît inspiré par cette vision de l'arbitrage international en tant qu'expression de la justice internationale.

Le respect de la mission de l'arbitre, qui aurait pu être le motif de contrôle le plus extensible, a donné lieu à une jurisprudence très stricte qui ne sanctionne que les dépassements de pouvoir sans jamais laisser place à des intrusions dans le raisonnement de l'arbitre pour le censurer. La motivation est l'une des (rares) exigences auxquelles notre droit soumet la sentence²⁴. Le contenu de la motivation échappe au contrôle de la mission, a jugé la Cour de cassation²⁵. La contradiction de motifs, qui est l'un des aspects de l'absence de motifs puisqu'ils s'annulent réciproquement, est un grief irrecevable. L'emploi de motifs inintelligibles, dubitatifs ou hypothétiques, qui est une autre manifestation du défaut de motifs, est aussi exclu du contrôle, car il s'agit encore d'un vice qui affecte le contenu de la motivation. L'insuffisance des motifs, leur absence de rapport logique sont, pour les mêmes raisons, des griefs irrecevables. Les motifs peuvent encore manquer parce qu'il n'a pas été répondu à des conclusions. Il peut s'agir par exemple d'un chef de demande, auquel cas le remède à l'*infra petita* n'est pas l'invalidité de la sentence pour non-respect de la mission²⁶, mais la requête en omission de statuer au tribunal arbitral²⁷. Bien que l'absence de tout formalisme dans la rédaction de la sentence n'oblige pas de localiser le dispositif dans une section individualisée de la sentence²⁸, la contradiction entre deux chefs du dispositif doit donner lieu à une requête en interprétation²⁹. Dans ces hypothèses, la possibilité pour l'arbitre de réparer la sentence sans remettre en cause la chose jugée rend sans objet le contrôle judiciaire.

Le seul contrôle admis au titre du bon accomplissement de la mission est celui de l'existence matérielle de la motivation. Il s'agit d'une constatation matérielle et non d'une critique intellectuelle du raisonnement de l'arbitre. Ceci explique encore l'irrecevabilité du grief fondé sur la dénaturation d'un document du procès, qu'il s'agisse du contrat, d'un élément de preuve (témoignage, rapport d'expertise...) ou des écritures des parties. La dénaturation se rattache à la contradiction de motifs par l'écart entre le sens d'un acte clair et l'interprétation donnée à celui-ci par le juge, ou au défaut de motifs en cas de dénaturation par omission lorsqu'il a été fait abstraction d'une clause ou partie du document. La dénaturation, qui n'est pas sans lien avec l'erreur de fait et l'erreur de droit³⁰, n'est donc pas un grief recevable en raison des liens avec le fond du litige qui échappe au juge³¹.

24 Art 1482 et 1506(4) CPC.

25 Cass civ 1ère, 14 juin 2000, (2001) Rev arb 729 (annotation Hervé Lécuyer).

26 CA Paris, 4 mars 2004, (2005) Rev arb 143 (annotation François-Xavier Train).

27 Art 1485 al 2 CPC.

28 Charles Jarosson, « L'autorité de la chose jugée des sentences arbitrales » (2007) Revue Procédures 27.

29 *Ibid.*

30 Jacques Boré, « Un centenaire : le contrôle par la Cour de cassation de la dénaturation des actes » (1972) RTDCiv 249.

31 Cass civ 2^e, 29 avril 1980, (1980) Bull civ II n°88; Cass civ 2^e, 17 novembre 1976, (1976) Bull civ II n°306 ; (1977) D 577 (annotation Jacques Boré); Cass civ 1ère, 11 décembre 1979, (1980) JCP IV 78. Voir aussi Ibrahim Fadlallah, « Nouveau recul de la révision au fond: motivation et fraude dans le contrôle des sentences arbitrales internationales » (2002) Gaz Pal 148.

Le contrôle de la motivation est un contrôle disciplinaire qui se comprend dans un système hiérarchisé. Or, quand on passe du juge à l'arbitre, on change de système. La motivation des sentences répond à un besoin particulier d'explications de la part de l'arbitre pour convaincre les parties du bien-fondé de la solution apportée à leur litige afin qu'elles se plient volontairement à la sentence. Le contrôle des motifs qui fondent la conviction de l'arbitre est un contrôle du fond. Il n'y a d'ailleurs pas de contrôle de motivation qui ne fasse resurgir le fond de l'affaire. Il est bien difficile d'expliquer qu'un motif est insuffisant sans recommencer à exposer l'affaire. Le contrôle de la motivation affecte la position de la justice arbitrale en tant que système juridictionnel autonome. C'est donc une vision inachevée du contrôle des sentences que de discuter des vices de la motivation.

Il reste le contrôle de la motivation au regard de l'ordre public international ou du principe du contradictoire. C'est seulement en ce sens que, pour la Cour de cassation, la motivation est soumise à un contrôle³². La présence de motifs, qui est l'une des garanties d'un procès équitable, prévient le risque d'arbitraire. Il y a des motifs incompatibles avec l'exigence d'impartialité. Il y a encore des motifs qui révèlent une violation du contradictoire, quand l'arbitre a omis d'inviter les parties à s'expliquer sur un point³³, même si l'arbitre n'a certes pas l'obligation de soumettre aux parties son raisonnement lorsqu'il s'exerce sur des éléments de fait ou de droit qui ont été soumis à la discussion contradictoire³⁴.

Les vices de la motivation ne concernent jamais l'appréciation de la règle de droit, car une telle critique met en cause une mauvaise ou une fausse application de la règle de droit. Or, la pertinence du raisonnement juridique est exclue³⁵. Pour la Cour de cassation, il n'y pas de contrôle de la détermination, comme de la mise en œuvre de la règle de droit par l'arbitre³⁶. Ce non-contrôle est le corollaire de la liberté laissée à l'arbitre de trancher le litige conformément aux règles de droit qu'il estime appropriées si les parties n'y ont pas pourvu³⁷. En libérant l'arbitre de la recherche préalable d'une règle de conflit, le droit français, en comparaison de la Loi-type de la CNUDCI³⁸, reconnaît une autonomie non seulement dans la désignation et l'application du droit applicable, mais aussi à l'égard des droits étatiques, puisque les règles de droit peuvent être de source non étatique³⁹. En ce sens aussi, l'arbitre n'est pas un organe de l'ordre juridique du siège, mais un organe de l'ordre juridique arbitral⁴⁰. La liberté ainsi reconnue à l'arbitre explique l'irrecevabilité de toute critique pour erreur de droit ou sa mauvaise application. S'interroger si

32 *Supra* note 25.

33 Cass civ 1ère, 29 juin 2011, (2011) Rev arb 678 (annotation Cécile Chainais).

34 Cass civ 1ère, 14 mars 2006, (2006) Rev arb 653 (annotation Georges Bolard).

35 Cass civ 1ère, 28 février 1995, (1995) Rev arb 597 (annotation Dominique Bureau).

36 Cass civ 1ère, 22 octobre 1991, (1992) Rev arb 457 (annotation Paul Lagarde); (1992) JDI 119, 177 (annotation Berthold Goldman); (1992) Rev crit dr int privé 113 (annotation Bruno Oppetit); (1992) RTDcom à la p 171 (annotation Jean-Claude Dubarry et Eric Loquin).

37 Art 1511 CPC.

38 *Loi type, ibid*, art 28(2).

39 Jean-Baptiste Racine, « Réflexions sur l'autonomie de l'arbitrage commercial international » (2005) Rev arb 305.

40 Gaillard, *L'ordre juridique arbitral*, *supra* note 22.

l'arbitre a correctement mis en œuvre les règles qu'il devait appliquer relève de l'erreur de droit qui n'est pas contrôlée au titre du respect de la mission. Il est vrai que peu de juges étatiques sont tentés de faire une œuvre doctrinale dans le domaine du droit applicable au fond qu'ils ne connaissent généralement pas. De ce côté, il n'y a pas d'enjeu.

Les remarques qui précèdent sur le droit applicable au fond concernent également la procédure pour laquelle la détermination, l'interprétation et l'application des règles ne peuvent pas plus, dans un contexte identique de liberté découlant de l'autonomie de l'arbitrage international attesté par l'article 1509 du CPC⁴¹, donner lieu à contrôle au titre de la mission, sauf sous l'angle de l'ordre public procédural⁴².

L'application des règles de procédure, le mal jugé, l'erreur de droit ne sont pas des excès de pouvoir qui peuvent être sanctionnés au titre du non-respect de la mission. Une telle liberté dans l'application du droit substantiel et procédural suppose que, sans exclure l'application d'une loi de police appartenant à un autre ordre juridique que celui choisi par les parties, l'arbitre ait respecté sa mission.

Le contrôle de la mission se concentre en définitive sur la question de l'excès de pouvoir de l'arbitre de statuer en droit ou en amiable composition. L'amiable composition est un pouvoir supplémentaire donné à l'arbitre par les parties, celui de statuer en équité. À partir des années 2000, la Cour de cassation, s'appuyant sur le devoir de l'arbitre amiable compositeur de se prononcer en équité, a exigé des explications sur la conformité de la règle de droit à l'équité⁴³. Il n'est pas dans mon propos de revenir sur la polémique créée par cette jurisprudence⁴⁴, simplement de souligner que, du point de vue qui nous occupe, il ne s'agit pas de contrôler le sens de l'équité de l'arbitre, comment il a fait usage de ses pouvoirs, mais uniquement s'il a fait usage de ses pouvoirs. Au total, le contrôle de la mission porte non pas sur comment l'arbitre a statué mais sur quoi il a statué⁴⁵.

Si la méconnaissance de l'objet du litige par un juge n'est pas un excès de pouvoir⁴⁶, la question ne se pose pas dans les mêmes termes pour l'arbitre. Pour la Cour de cassation, la mission de l'arbitre est définie par la convention d'arbitrage et délimitée principalement par l'objet du litige, tel qu'il est déterminé par les prétentions des parties⁴⁷. Si ce sur quoi l'arbitre a statué entre dans le champ de la clause d'arbitrage, il n'y a pas de problème de compétence, mais si, ce faisant, l'arbitre statue sur ce qui n'a pas été demandé, il y a méconnaissance de sa mission parce qu'il

41 Dans le silence de la convention d'arbitrage, le tribunal arbitral règle la procédure autant qu'il est besoin, par référence à un règlement d'arbitrage ou à des règles de procédure, donc sans faire de référence obligatoire à une loi étatique.

42 Art 1510 CPC, qui impose de respecter l'égalité des parties et le principe de la contradiction.

43 Cass civ 2^e, 15 février 2001, (2002) JCP II 10038 (annotation Gérard Chabot); (2001) Rev arb 135 (annotation Eric Loquin); (2001) Revue Procédures 78 (annotation Robert Perrot); (2001 mai) Dr et pat 122 (annotation J. Mestre); (2001) D 2780 (annotation Nicholas Rontchevsky).

44 Jacques Béguin, « L'étonnante liberté de l'arbitre amiable compositeur » dans *Mélanges Georges Wiederker*, Paris, Dalloz, 2009, 1.

45 Fadlallah, *supra* note 21 à la p 148. V. toutefois : « Sociétés Sofidif et autres c. O.I.A.E.T.I. et autre, Cour de Cassation (1^{ère} Ch. Civ.) 8 mars 1988, » (1989) 3 Rev Arb 481 (Kluwer).

46 Cass com, 19 juin 2012 n°11-18705.

47 Jean-Jacques Arnaldez, « Note - Cour de Cassation (1^{ère} Ch. civ.) 6 Mars 1996 » (1997) 1 Rev Arb 70 (Kluwer).

n'est pas resté dans les limites des attributions fixées par les parties⁴⁸. L'arbitre qui statue sur des choses non demandées méconnaît à la fois les termes du litige et l'étendue de son pouvoir de juger.

III. PERSPECTIVES POUR L'INTERPRÈTE DU CONTRÔLE

A. Activisme et retenue judiciaire

L'originalité de nos conceptions sur l'arbitrage par rapport à celles qui sont généralement tenues en application de la Convention de New York ou de la Loi-type de la CNUDCI nous conduit à un relatif isolement⁴⁹. La jurisprudence française sur l'annulation des sentences peut notamment encourir le reproche de rompre l'harmonie internationale à laquelle la Convention de New York s'efforce de parvenir, notamment avec la possibilité de surseoir à statuer à l'exécution de l'article VI tant que le juge de l'annulation ne s'est pas prononcé⁵⁰. Cela a pour conséquence, selon moi, de nous mettre au défi de vérifier sans relâche la cohérence, le bien-fondé et l'opportunité des solutions que nous apportons. Il y a nécessité de rechercher des solutions innovantes qui sont adaptées aux problèmes à résoudre. Assurer le développement d'un droit de l'arbitrage efficace demande aussi de se pencher sur les expériences du droit comparé⁵¹.

L'effet d'exemplarité d'un arrêt de la Cour de cassation ne peut tenir lieu de réflexion pour les difficultés futures. Le recopiage de formules brèves, qui sont d'autant plus difficiles à comprendre⁵², ne permet pas de poursuivre une œuvre jurisprudentielle constructive. Comme avec une machine à photocopier, il arrive un moment où la copie de la copie n'offre plus qu'un lointain rapport avec l'original. Chaque sentence donne bien sûr lieu à un contrôle individuel. Chaque procès possède ses particularités. Pour autant, dans le domaine du contrôle des sentences, le jugement de chaque cas prend place dans un ensemble plus vaste, ce qui doit conduire à promouvoir une cohérence dans le contrôle des sentences.

Au-delà du cas individuel qui se présente, le contrôle sert à réguler l'arbitrage, à restaurer son fonctionnement harmonieux, d'une manière acceptable par le juge. Si l'insertion de la sentence dans l'ordre juridique national est l'objectif du contrôle judiciaire, il ne s'agit pas tant de sanctionner que de promouvoir une solution jugée bonne pour le développement du droit de l'arbitrage, voire de la pratique de l'arbitrage si celle-ci doit être modifiée. Il convient de

48 Comme l'a remarqué un auteur, les questions relatives au principe et à l'étendue du pouvoir de juger de l'arbitre absorbent celles de sa compétence : Marie-Laure Niboyet, « Note – Cour de cassation (1ère Chambre civile) 9 octobre 1990 Prince M. Bin Seoud Bin Abdul Aziz et autre v. Banque Rivaud et autres » (1991) 2 Rev arb 305. Voy. aussi l'art 1465 CPC, qui énonce que le tribunal arbitral est seul compétent pour statuer sur les questions relatives à son pouvoir juridictionnel.

49 Jean-François Poudret, « L'originalité du droit français de l'arbitrage au regard du droit comparé » (2003) 3 Bull civ 589.

50 Alan S. Rau, « Understanding (and Misunderstanding) Primary Jurisdiction » (2010) 21 Am Rev Intl Arb 47.

51 Guy Canivet, « *The Use of Comparative Law Before the French Private Law Courts* » dans Guy Canivet, Mads Adenaes et Duncan Fairgrieve, dir, *Comparative Law Before the Courts*, Londres, Royaume Unis, The British Institute of International and Comparative Law 181 à la p 181; Basil Markesinis, *Comparative Law in the Courtroom and Classroom*, Oxford, Royaume Unis, Hart Publishing, 2003; Ibrahim Fadlallah, « Arbitration Facing Conflicts of Culture, (2009) 25:3 Arb Intl 303.

52 Cass civ 1ère, (1999) D Jur n° 96-21.430 (ex : « Vu le principe de validité de la clause d'arbitrage international... »).

n'intervenir qu'avec discernement et parcimonie, et de proscrire tout contrôle tatillon. Il ne faut pas perdre de vue que la structure des articles sur l'arbitrage du Code de procédure civile reflète les solutions jurisprudentielles. Dans un domaine comme l'arbitrage, qui est le fruit de la pratique, de la négociation internationale et de démarches pragmatiques⁵³, le juge doit à son tour faire œuvre de pragmatisme.

L'activisme judiciaire est le bienvenu⁵⁴. En voici trois illustrations. *Primo*, la révision de la sentence qui remet en cause son autorité de chose jugée en cas de fraude a été admise par la Cour de cassation devant l'arbitre, mais sans intervention des juridictions étatiques⁵⁵. Les textes sur l'arbitrage international n'avaient pas prévu à l'origine une telle voie de recours extraordinaire qui aurait donné aux juridictions publiques la possibilité de juger du fond de l'affaire, mais il n'était pas possible non plus de faire abstraction d'une telle voie de rétractation sans méconnaître gravement les exigences d'une justice effective⁵⁶. *Secundo*, le souci de conférer une meilleure efficacité aux voies de recours est, quant à lui, à l'origine de la règle d'*estoppel* que la Cour de cassation dégage dans sa jurisprudence *Golshani*⁵⁷, bien que son maniement ait été depuis compliqué par la théorie de la renonciation⁵⁸. *Tertio*, le pragmatisme de l'intervention judiciaire se reflète dans l'élaboration par la Cour de cassation des règles matérielles, ainsi celles sur l'extension de la convention d'arbitrage en prenant parti sur le fond pour justifier la compétence arbitrale⁵⁹, passant outre, dans la recherche de cet objectif, à la priorité en faveur de l'arbitre pour déterminer

53 Alain Plantey, « Introduction à l'arbitrage international » (1990) 1:1 Cour international d'arbitrage de la CCI.

54 Guy Canivet, « Activisme judiciaire et prudence interprétative » (2006) *La création du droit par les juges, Archives de philosophie du droit*, 9 à la p 16.

55 Cass civ 1ère, 25 mai 1992, (1993) Rev arb 91; Bruno Oppetit « De la rétraction d'une sentence arbitrale en cas de fraude » (1992) 4 Rev Crit DIP 699; (1992) 119 JDI 974 (annotation Eric Loquin).

56 Art 1506 et 1502 (1, 2).

57 Philippe Pinsolle, « Cour de cassation (1ère Ch. Civ.), 6 juillet 2005 » (2005) 4 Rev Arb 993 (Kluwer); Eric Agostini, « Rendons à César » (2006) 21 D 1424; Thomas Clay, « Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges » (2005) 44 D 3050 (D); Eric Loquin, « La consécration de l'estoppel par le droit français de l'arbitrage » (2006) 2 RTDCom 309 (D); (2005) JCP E 1684 n°47 (annotation Jérôme Ortscheidt); (2006) Gaz. Pal. 513 n° 56 (annotation de François-Xavier Train), Horatia M. Watt, « Une application de la règle de l'estoppel » (2006) 3 Rev crit dr int privé 602 (DP); Martine Behar-Touchais, « Arbitrage International » (2006) 2 JDI 10 (QL).

58 Daniel Cohen, « Note - 6 mai 2009, Cour de Cassation (1ère Ch. Civile) » (2010) 2 Rev arb 302 (Kluwer); Georges Bolard « La première chambre civile, entre estoppel superflu et suspension des poursuites individuelles » (2009) 50 JCP 534; (2009) Procédures, comm. n° 236 (annotation Blandine Rolland), Xavier Delpech, « Arbitrage, estoppel et faillite internationale » (2009) 21 D 1422 (D); (2009) JCP 462 n°47 (annotation Jacques Béguin); Éric Loquin, « Les obligations du tribunal arbitral en cas d'ouverture d'une procédure collective : un arrêt « pédagogique » de la Cour de cassation » (2009) 3 RTDCom 546 (D); Jacques Béguin « Arbitrage et procédure collective » (2009) 20 JCP 255.

59 Daniel Cohen, « Chaîne de contrats et transmission de la clause d'arbitrage : Note - Cour de cassation (1ère Ch civ) 6 février 2001 » (2001) 4 Rev Arb 765 (Kluwer); Cécile Legros, « Arbitrage international: dans une chaîne homogène de contrats translatifs, la clause compromissoire se transmet avec l'action contractuelle » (2001) JCP éd G 1390; Daniel Mainguy et Jean-Baptiste Seube, « Conditions de transmission de la clause compromissoire dans une chaîne de contrats internationaux ; Note sous Cour de cassation, 1 ère Chambre civile, 6 février 2001, Peavy Company contre Organisme Général des Fourrages et autres » (2001) JCP éd E 1238; Fabienne Jault-Seseke, « Transmission d'une clause compromissoire dans une chaîne de contrats et pouvoir du juge auquel la clause est opposée » (2001) 3 Rev Crit DIP 522 (D); Philippe Delebecque, « La circulation de la clause d'arbitrage : toujours plus fluide » (2001) 14 D 1135; (2001) Rép Defren 708, n° 42 (annotation Rémy Libchaber); (2001) Contrats 10 n° 82 (annotation note Laurent Leveneur); (2003) JCP 70 n°10 (annotation Christophe Seraglini); Éric Loquin, « Clause compromissoire-chaîne de contrats translatifs de propriété » (2001) 2 RTDCom 413 (D).

sa compétence⁶⁰.

Le contrôle des sentences est tout sauf un passage de la douane. La sentence n'est pas une valise que l'on ouvre pour la fouiller avant de la laisser pénétrer dans son ordre juridique. Dans un arrêt récent, la Cour de cassation a rappelé que le juge du contrôle de la sentence est juge de la sentence pour admettre ou refuser son insertion dans l'ordre juridique français et non juge de l'affaire pour laquelle les parties ont conclu la clause d'arbitrage⁶¹. L'examen de la sentence n'est pas la poursuite de l'instruction de l'affaire. Sauf à reprendre le procès, la pertinence des éléments de preuve n'est pas contrôlée. Les arbitres apprécient donc souverainement les éléments de preuve soumis à leur appréciation. Il n'y a pas plus de contrôle sur la qualification du contrat, même si l'application d'une loi de police découle de la qualification qui n'a pas été retenue par l'arbitre⁶². Une jurisprudence constante affirme que le contrôle du juge, exclusif de tout pouvoir de révision au fond de la décision arbitrale, doit porter, non sur l'appréciation que les arbitres ont faite des droits des parties au regard des dispositions d'ordre public invoquées, mais sur la solution donnée au litige. Le refus d'exécution n'est encouru que dans la mesure où la solution, qui résulte des motifs de la sentence et pas uniquement de son dispositif, heurte l'ordre public.

La seule vérification à opérer est l'examen de l'éventuelle contrariété à l'ordre public de la sentence qui a été prise par l'arbitre. À cette fin, le juge prend les faits et la qualification de la sentence telle que l'arbitre l'a rendue, sans la changer, ce qu'il ferait s'il l'examinait au regard d'une autre qualification que celle qui a été retenue par l'arbitre ou s'il donnait aux éléments de preuve discutés devant l'arbitre une signification autre que celle qui leur a été attribuée. Il ne peut donc y avoir au titre de l'exception d'ordre public de contrôle des faits ou de la règle de droit ou bien de la qualification, ou encore de la dénaturation. La contrariété, enfin, doit être établie avec l'ordre public international, dont le domaine est plus étroit que l'ordre public interne. La contrariété ne doit pas être formelle, c'est pourquoi la jurisprudence évoque un jeu modéré de l'ordre public international, en parlant d'appréciation moins rigoureuse que l'ordre public interne, ou encore, d'effet atténué⁶³.

Dans la mesure de ce qui précède sur l'économie du contrôle, il est important de proscrire les interventions désordonnées. La retenue judiciaire est tout aussi importante. Le juge doit s'inquiéter des effets pratiques de ses décisions. Les conflits d'intérêts dans l'arbitrage offrent un exemple particulièrement parlant de ce qui doit être contrôlé avec tact et fermeté. L'indépendance et l'impartialité dans la jurisprudence française n'ont pas toujours été traitées de manière très claire au cours de ces dernières années. La formule selon laquelle l'indépendance de l'arbitre est de l'essence de sa fonction juridictionnelle, en ce sens, qu'il accède dès sa désignation au

60 Ibrahim Fadlallah, « Priorité à l'arbitrage: Entre quelles parties ? Étude de jurisprudence » 2 Gaz Pal (2004) 65
61 « Société M. Schneider Schaltgerätebau und Elektroinstallationen v. société CPL Industries Limited, Cass civ, 12 février 2014 » (2014) 2014:1 Rev Arb 231 (Kluwer).

62 Laurence Idot, « Note - Cour de cassation (2e Chambre civile) 20 février 1991 - Société SICA Veradour v. Etablissements Larroche » (1991) 3 Rev arb 447 (Kluwer) (« Le contrôle...doit porter non sur la qualification que les arbitres ont donnée de la convention liant les parties, même s'il est prétendu que celle-ci est régie par des dispositions d'ordre public, mais sur la solution donnée au litige, l'annulation n'étant encourue que dans la mesure où cette solution heurte l'ordre public »).

63 Laurence Idot, « Note - Cour de cassation (1^{ère} Chambre civile) 19 novembre 1991 » (1992) 1 Rev arb 76 (Kluwer).

statut de juge, exclusif par nature de tout lien de dépendance à l'égard des parties, qui se trouve dans maints arrêts⁶⁴, est éducative pour les juges en montrant que l'arbitre remplit une mission juridictionnelle, bien qu'il ne soit pas investi de ses pouvoirs par l'État. Elle est en revanche de peu de secours pour traiter les problèmes de l'arbitrage, à tel point qu'un arrêt, sous les auspices de cette formule, n'a pas trouvé irrégulière la composition d'un tribunal arbitral où siégeait un co-arbitre qui était en même temps le conseil pour l'arbitrage de la partie qui l'avait désigné et dont la collaboratrice plaidait le dossier. L'explication plus réaliste à cette étonnante contradiction est la suivante : cette partie sollicitait l'annulation de la sentence en raison de la situation de son arbitre, qu'elle connaissait pour l'avoir créée et dont elle ne pouvait se plaindre. Elle obtient néanmoins l'annulation, car le co-arbitre nommé par son adversaire était dans une situation identique, mais n'ayant pas été informée, elle était demeurée dans l'ignorance de ces liens⁶⁵. Voici qui mêle obligation de révélation et renonciation à l'indépendance.

L'absorption de l'indépendance dans le devoir de révélation de l'arbitre est une idée malheureuse que l'on trouve dans la jurisprudence depuis le début de la décennie. Ont ainsi été considérées peccamineuses les situations où un arbitre a eu des rapports professionnels avec un cabinet de conseils assurant la représentation à l'arbitrage de la partie qui les avaient désignés ou avec cette dernière⁶⁶. L'indépendance et l'impartialité de l'arbitre, avait jugé la Cour de cassation, s'apprécient en relevant toute circonstance de nature à affecter le jugement de celui-ci et à provoquer dans l'esprit des parties un doute raisonnable sur ces qualités⁶⁷. Elle réaffirme en 2012 ce raisonnement⁶⁸. L'information n'est qu'un moyen de vérifier l'indépendance de l'arbitre. Celui-ci doit donner aux parties une information objective pour leur permettre une appréciation *in concreto*, en se mettant à leur place, ainsi que le souligne l'expression « dans l'esprit des parties ». Il ne s'agit pas d'un exercice subjectif. Tout cela n'a de sens que si l'on s'adresse à des parties raisonnables qui font une appréciation raisonnable de ce que l'arbitre a pu raisonnablement révéler. Ce dialogue avec une partie imaginaire rend l'exercice objectif⁶⁹.

Au-delà de l'indignation que soulève aux yeux des juges la situation de tel ou tel arbitre, que l'on peut comprendre, ce qui fait problème est le caractère impraticable pour les arbitres du chemin qu'il leur faudrait emprunter, comment et quoi révéler de leur vie, pas uniquement professionnelle, laquelle pour les plus expérimentés d'entre eux peut être déjà longue et les avoir menés à croiser les uns ou les autres à différents titres. « L'analyse démontre que les lignes dégagées

64 Jean-Pierre Ancel, « L'arbitre juge » (2012) 4 Rev arb 717 (Kluwer).

65 « Société 3R v. société Phénix Richelieu, Cour d'appel de Paris (1Ch. C), 20 November 1997 » (1999) 2 Rev arb 329 (Kluwer).

66 « 9 Septembre 2010, Cour d'appel de Paris (Pôle 1 – Ch. 1) » (2011) 3 Rev arb 686 (Kluwer); « 10 Mars 2011, Cour d'appel de Paris (Pôle 1 – Ch. 1) » (2011) 3 Rev arb 732 (Kluwer); « 10 Mars 2011, Cour d'appel de Paris (Pôle 1 – Ch. 1) » (2011) 3 Rev arb 737 (Kluwer).

67⁶⁷ Patrick Courbe, « L'indépendance et l'impartialité de l'arbitre » (1999) 35 D 497 (D); Éric Loquin, « La désignation d'un arbitre dans un arbitrage antérieur par l'une des parties ne porte pas atteinte à son indépendance » (1999) 4 RTDCom 850 (D); « Etat du Qatar v. société Creighton Ltd, Cour de Cassation (1Ch. civile), 16 mars 1999 » (1999) 2 Rev arb 308 (Kluwer).

68 Charles Jarrosson, « A propos de l'obligation de révélation : une leçon de méthode de la Cour de cassation, note sous Cass. civ. 1ère, 10 octobre 2012 » (2013) 1 Rev arb 130 (Kluwer).

69 Cette explication devrait aussi éclairer la jurisprudence selon laquelle l'obligation d'information doit s'apprécier au regard à la fois de la notoriété de la situation critiquée et de son incidence sur le jugement de l'arbitre.

ne sont pas toujours très claires, provoquant une relative insécurité juridique, » dénonce un auteur averti, qui regrette que dans la jurisprudence actuelle, les pistes sont brouillées et qu'aucune ligne directrice ne se dégage véritablement⁷⁰. Encore une fois, il n'est pas interdit de sanctionner, mais ce qui compte est l'enseignement qu'en retireront les professionnels de l'arbitrage. Le juge doit faire preuve de prudence judiciaire pour permettre aux arbitres et aux autres destinataires de ses décisions de trouver des solutions pratiques.

B. Les relations avec les autres acteurs de l'arbitrage

La conception du rôle et de la mission des institutions d'arbitrage influe sur l'étendue du contrôle des sentences. Une jurisprudence, qui s'était développée dans les années suivant la mise en place du droit moderne de l'arbitrage dans les années 1980 à l'initiative des juges les plus remarquables que comptaient le système judiciaire français de l'époque, a jeté les bases d'une politique de non-intervention dans les opérations du centre d'arbitrage. La jurisprudence de la République de Guinée reste emblématique de cette période⁷¹. L'existence et le contenu des liens contractuels de l'institution avec les parties sont dégagés à cette occasion. La jurisprudence distingue les attributions administratives dévolues à l'institution d'arbitrage des tâches juridictionnelles du tribunal arbitral. Pour cette raison, la jurisprudence déclare irrecevables les recours réservés aux sentences lorsqu'ils sont exercés contre les décisions des institutions d'arbitrage⁷². Irrecevables également, les actions en responsabilité intentées en cours d'arbitrage contre les décisions de l'institution pour la constitution du tribunal arbitral⁷³. La seule critique possible est au stade du contrôle de la sentence, les effets de la décision de l'institution d'arbitrage étant jugés à cette occasion, mais pas la décision elle-même. En effet, la décision de l'institution est regardée comme un simple acte de police de l'instance arbitrale auquel est conférée une autorité de chose décidée. Les exigences toujours plus pressantes des textes sur les droits de l'Homme créent la nécessité de s'interroger sur la manière dont il faut considérer les proclamations des institutions d'arbitrage sur l'absence de recours contre leurs décisions. L'ouverture de contentieux sur ces questions sans attendre l'exécution de la sentence, comme cela est envisagé dans la Loi-type de la CNUDCI⁷⁴, devrait être explorée, et ce d'autant plus qu'une jurisprudence récente traite les recours contre la sentence pour manque d'indépendance de l'arbitre comme s'il s'agissait d'une procédure de récusation devant l'organisme d'arbitrage⁷⁵. La manière dont les juridictions règlent leurs rapports avec les institutions d'arbitrage conditionne grandement l'avenir de l'arbitrage en France. La CCI, à travers le nombre d'affaires soumises à un tribunal arbitral siégeant en France, a largement contribué à la formation du droit français de l'arbitrage.

70 Daniel Cohen, « Indépendance des arbitres et conflits d'intérêts » (2011) 3 Rev arb 611 à la p 637.

71 Philippe Fouchard, « TGI Paris, 30 octobre 1986 et 28 janvier 1987 » (1987) 2 Rev arb 371; Philippe Fouchard, « Note - Cour d'appel de Paris (1ère Chambre A) 18 novembre 1987; Cour d'appel de Paris (1ère Chambre A) 4 mai 1988; Tribunal de grande instance de Paris 23 juin 1988 » (1988) 4 Rev arb 657 (Kluwer).

72 Ernst Mezger, « Note - Cour d'appel de Paris (1ère Ch. suppl.) 15 janvier 1985 » (1986) 1 Rev arb 87 (Kluwer).

73 CA Paris, 15 mai 1985, (1985) Rev arb 141.

74 *Loi type*, ibid, art 13.

75 Cass civ 1ère, 25 juin 2014, (2014), D n° 11-26.529.

L'arbitrage est une prestation juridictionnelle qui fait l'objet d'un marché⁷⁶ sur lequel interviennent arbitres, conseils, institutions d'arbitrage et... juges. L'exécution de la sentence est, chronologiquement, la dernière prestation qu'offre une place d'arbitrage. La concurrence entre systèmes juridiques s'exerce fortement dans le droit de l'arbitrage⁷⁷. La possibilité de conclure des clauses attributives de juridiction pour les recours en annulation avait été admise par la jurisprudence⁷⁸, reconnaissant que les systèmes judiciaires peuvent être mis en concurrence à ce niveau. Comme d'autres droits⁷⁹, le français offre depuis la réforme de 2011 la faculté aux parties de renoncer au recours en annulation⁸⁰. Il n'y a donc ni nationalisme, ni impérialisme dans le refus d'accorder au siège de l'arbitrage une quelconque prééminence.

Les juridictions sont activées par des parties, le plus souvent étrangères. Le rattachement avec la compétence française est la localisation de l'arbitrage en France. Bien que financée par l'État, l'action judiciaire est complémentaire de l'offre des cabinets de conseils, des arbitres et des institutions d'arbitrage de la place. Pour Paris, le chiffre d'affaires annuel généré par les activités d'arbitrage a été évalué pour les seuls avocats à la somme de 200 millions d'euros⁸¹. La visibilité et la prévisibilité du droit de l'arbitrage, la viabilité des solutions, est un enjeu commun. La qualité de la justice étatique s'intègre donc dans le tissu local de l'arbitrage. En ce sens, il devient possible d'évoquer une communauté de l'arbitrage lorsque tous ces acteurs ont conscience de leur solidarité.

Reconnaissons que la situation des juges est aussi ambivalente. Solidaires des autres acteurs, mais en même temps chargés d'assurer la sécurité du marché de l'arbitrage, les juridictions exercent un rôle sur l'extension ou la contraction de ce marché selon la confiance qu'elles accordent aux professionnels de l'arbitrage pour assurer les conditions d'une justice satisfaisante. Le développement de l'arbitrabilité s'est ainsi bâti sur l'assurance donnée aux juridictions de la compétence et de l'intégrité des acteurs du monde de l'arbitrage. Le contrôle des sentences n'est donc pas établi une fois pour toutes. Il doit démontrer une certaine flexibilité pour s'adapter aux nécessités du monde de l'arbitrage qui se renouvellent selon les époques et être mené avec un esprit internationaliste.

76 Philippe Fouchard, « Où va l'arbitrage international? » (1989) 34 RD McGill 435; Bruno Oppetit, *Théorie de l'arbitrage*, 1^{er} éd, Paris, Presses universitaires de France, 1998; Jean-Baptiste Racine, « La marchandisation du règlement des différends : le cas de l'arbitrage » dans Éric Loquin et Annie Martin, dir, *Droit et marchandisation*, Lexis Nexis, 2010, 321.

77 Horatia M Watt, « Économie de la Justice et Arbitrage International (Réflexions sur la Gouvernance Privée dans la Globalisation) » (2008) 3 Rev arb 389 (Kluwer).

78 Tristan Azzi, « Note - Cour d'Appel de Paris (1^{ère} Ch. C), 17 juin 2004 » (2006) 1 Rev arb 167 (Kluwer); (2005) 132 JDI 1165 (annotation Éric Loquin); Gérard Chabot, « Irrecevabilité d'un recours judiciaire en annulation contre une décision ICANN non-constitutive d'une sentence arbitrale » 42 JCP II 10156; Thomas Clay, « Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges » 2006 D 3036.

79 Jean-François Poudret et Sébastien Besson, *Droit comparé de l'arbitrage international*, Zurich, Schulthess Verlag, 2002 au n° 838.

80 Art 1522 CPC.

81 France, Ministère de L'Économie des Finances et des Industries et Ministère de La Justice, *Rapport sur certains facteurs de renforcement de la compétitivité juridique de la place de Paris*, à la p 5 (mars 2011).

Intervenant dans un domaine, celui de l'arbitrage, où le législateur est absent, la situation du juge français est très différente de celle de toutes les autres affaires où la loi démocratiquement votée est en cause. Le droit français de l'arbitrage est un droit délibéré et non un droit légiféré, ce qui n'enlève rien à la nécessité de fonder la légitimité du pouvoir créateur de la jurisprudence par le dialogue avec les autres acteurs du monde de l'arbitrage. Les décisions sont soumises à la critique et à la discussion et ne s'imposent finalement que si elles passent cet examen. La possibilité d'un *amicus curiae*, exercé par exemple par une institution d'arbitrage qui présenterait des observations à l'occasion d'un pourvoi, représenterait une opportunité de légitimer la jurisprudence en mettant la juridiction mieux en situation d'apprécier les enjeux. En définitive, ce sont les acteurs du monde de l'arbitrage qui approuveront ou sanctionneront les politiques jurisprudentielles⁸² en choisissant ou en changeant le siège de l'arbitrage en France.

82 Guy Canivet et Nicolas Molfessis, « La politique jurisprudentielle » (2007) dans *Mélanges en l'honneur de Jacques Boré* 79 (D).