



UNIVERSITÉ PARIS II  
PANTHÉON-ASSAS

**BANQUE DES MÉMOIRES**

**Master de Droit européen comparé  
Dirigé par Monsieur le Professeur Louis Vogel  
2016**

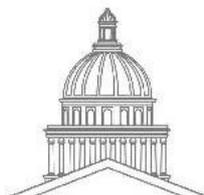
***L'arbitrage commercial international face à  
l'ordre juridique étatique : étude comparée  
des droits français, américain et suisse.***

**Constance Ollat**

**Sous la direction de Monsieur le Professeur Bertrand Ancel**

**Université Paris II Panthéon-Assas  
Institut de droit comparé**

**Master 2 Recherche « Droit européen comparé »**  
Sous la direction de Monsieur le Professeur Louis VOGEL



UNIVERSITÉ PARIS II  
PANTHÉON-ASSAS

**L'ARBITRAGE COMMERCIAL INTERNATIONAL  
FACE À L'ORDRE JURIDIQUE ÉTATIQUE  
ÉTUDE COMPARÉE DES DROITS FRANÇAIS, AMÉRICAIN ET SUISSE**

**Constance OLLAT**

**Mémoire rédigé sous la direction de Monsieur le Professeur Bertrand ANCEL**

**Séjour de recherche effectué à Harvard Law School**



**HARVARD  
LAW SCHOOL**

## RÉSUMÉ DU MÉMOIRE

L'arbitrage commercial international, système de justice privée, est devenu une institution essentielle dans une économie globalisée. Son succès s'explique par l'émergence de politiques étatiques favorables envers ce qui est perçu comme la pierre angulaire d'une gouvernance internationale pacifique. Au-delà de ces considérations diplomatiques parfois utopistes, il existe un réel enjeu économique à l'élaboration d'une réglementation moderne de l'arbitrage : la mondialisation a pour corolaire une mise en concurrence des systèmes juridiques qui tentent de rendre leur droit des affaires plus attractif.

Il n'en a pourtant pas toujours été ainsi. Une certaine défiance s'est longtemps manifestée envers un droit de l'arbitrage qui prétendait s'affranchir de la norme commune, par hostilité aux législations nationales, et qui de ce fait pouvait être perçu comme une remise en cause du monopole étatique de la justice. Ces dernières décennies ont cependant été marquées par une nouvelle phase de soutien à l'arbitrage, de judiciarisation de cette institution et de collaboration accrue entre le juge national et l'arbitre. Dans un dernier mouvement – très controversé en doctrine – l'arbitrage s'émanciperait du contrôle étatique pour accéder au rang d'ordre juridique autonome et transnational.

Les législations nationales prévoient des modalités d'assistance parfois très différentes et admettent à divers degrés l'interférence des juridictions étatiques, reflet en cela du niveau de confiance accordée au processus arbitral. L'attitude des ordres juridiques nationaux envers l'arbitrage dépend essentiellement de la nature légale qui lui est reconnue. Ce mémoire se concentrera sur la comparaison des droits américain, suisse et français, au cœur des trois places majeures de l'arbitrage que sont New-York, Genève et Paris : derrière une uniformité de façade subsistent des divergences importantes – conséquences de cultures juridiques parfois très éloignées. Alors que le droit américain prône une conception contractuelle de l'arbitrage, le droit suisse, unanimement considéré comme « arbitration-friendly », s'inscrit au contraire dans une tendance à la judiciarisation de cette institution. Le droit français se distingue pour sa part par l'adoption de solutions particulièrement libérales, mais isolées sur le terrain du droit comparé.

Plusieurs points mériteront discussion : si l'intervention du juge est nécessaire pour permettre à cette procédure de prospérer, celle-ci peut être source de tensions dans la recherche de simplicité et de célérité de l'arbitrage. Comment chacune de ces trois législations nationales tente-elle de parvenir à un équilibre respectant son autonomie et son efficacité ? Comment une unification progressive des solutions juridiques peut-elle se concevoir dans un contexte de compétition très vive de modèles de justice, très marqués par des conceptions dogmatiques ? Nous tenterons ainsi de cerner les principales tendances dans l'évolution des relations entre droits de l'arbitrage et ordres juridiques nationaux.

*Remerciements*

*À Monsieur le Professeur Bertrand Ancel, qui a accepté la direction de ce mémoire de recherche,*

*À Monsieur le Professeur Louis Vogel et à l'ensemble des professeurs de l'Institut du droit comparé, pour leurs enseignements,*

*À mes parents et à mes amis, pour leurs encouragements.*

# SOMMAIRE

## INTRODUCTION

*I. L'évolution de la perception de l'arbitrage commercial international*

*II. Le débat sur la nature juridique de l'arbitrage*

*III. D'importants enjeux*

## PREMIÈRE PARTIE : LE SOUTIEN DU JUGE ÉTATIQUE À L'ARBITRAGE COMMERCIAL INTERNATIONAL

### Chapitre 1 – L'intervention du juge étatique à l'arbitrage pour suppléer la carence des parties

*I. La controverse autour d'un principe général de collaboration entre le juge étatique et l'arbitre*

A. Le droit français et le droit suisse : l'institutionnalisation du soutien du juge étatique à l'arbitrage

1. Une collaboration renforcée : le passage du rôle d'assistant à celui d'associé
2. La création du juge d'appui

B. Le droit américain : le choix d'une collaboration limitée

C. L'importance de préserver l'efficacité du soutien du juge étatique

*II. Un soutien subsidiaire : l'intervention du juge pour la constitution du tribunal arbitral*

A. La nomination des arbitres par le juge étatique : uniformité apparente en droit comparé

B. La récusation des arbitres par le juge étatique : la position isolée du droit français en droit comparé

### Chapitre 2 – L'intervention du juge étatique à l'arbitrage en remède au défaut d'imperium du tribunal arbitral

*I. L'intervention du juge étatique pour le prononcé de mesures probatoires*

A. L'assistance nécessaire du juge étatique en matière probatoire

B. Une collaboration en pleine mutation : un possible « cheval de Troie » de l'arbitrage

## **II. Le recours au juge étatique pour le prononcé de mesures provisoires et conservatoires**

A. La compétence des arbitres pour le prononcé de mesures provisoires et conservatoires

B. L'intervention du juge étatique : une coopération nécessaire pourtant discutée en droit comparé

1. L'intervention du juge pour mettre en œuvre une mesure provisoire ordonnée par l'arbitre
2. La compétence concurrente du juge étatique pour le prononcé de mesures provisoires

# **SECONDE PARTIE : LE CONTRÔLE EXERCÉ PAR LE JUGE ÉTATIQUE SUR L'ARBITRAGE COMMERCIAL INTERNATIONAL**

## **Chapitre 1 – Le contrôle exercé par le juge étatique sur la convention d'arbitrage**

### **I. La validité de la convention d'arbitrage**

A. Le principe de compétence-compétence : la renonciation à un contrôle a priori de l'autorité du tribunal arbitral

1. La reconnaissance universelle de l'effet positif du principe compétence-compétence
2. Une acceptation encore limitée de l'effet négatif du principe compétence-compétence
3. Le cas particulier des « antisuit injunctions »

B. Le contrôle superficiel de la validité de l'accord des parties

1. La capacité de compromettre
2. L'existence du consentement à l'arbitrage
3. La forme et la preuve de la convention d'arbitrage

### **II. Le contrôle atténué de l'arbitrabilité du litige**

A. L'évolution de la notion d'arbitrabilité

1. Une définition évasive
2. L'arbitrabilité : un concept autrefois empreint d'ordre public

B. L'émergence d'une présomption d'arbitrabilité

## **Chapitre 2 – Le contrôle exercé par le juge étatique sur la sentence arbitrale**

### **I. Le contrôle exercé à l'occasion d'un recours contre la sentence arbitrale**

A. L'admission d'un recours contre la sentence : le difficile équilibre entre finalité et équité

B. La limitation des fondements de révision d'une sentence

1. Le recours fondé sur l'incompétence de la juridiction arbitrale
2. Le recours fondé sur une violation procédurale
3. Le recours fondé sur le fond de la sentence

C. La validité de l'accord des parties modifiant l'étendue du recours judiciaire

***II. Le contrôle exercé sur la sentence à l'occasion de sa mise en œuvre***

A. La procédure de reconnaissance ou d'exéquatur d'une sentence arbitrale : un contrôle minimal

B. L'exécution d'une sentence étrangère annulée dans son pays d'origine

## **CONCLUSION**

## **BIBLIOGRAPHIE**

## INTRODUCTION

Montesquieu soulignait au XVIII<sup>ème</sup> siècle que « *le commerce guérit des préjugés destructeurs, et c'est presque une règle générale que partout où il y a des mœurs douces, il y a du commerce ; et que partout où il y a du commerce, il y a des mœurs douces [...]. L'effet naturel du commerce est de porter à la paix* »<sup>1</sup>. Le développement du commerce international a rendu accessible à un nombre croissant d'entreprises et d'États la dimension internationale des stratégies juridiques et a nécessité l'émergence d'un mode efficace de règlement des conflits. Les commerçants, « *pleinement conscients des limites des politiciens et des diplomates, et du fait que le monde du commerce doit prendre son destin en main, penser pour lui-même les questions du moment* »<sup>2</sup>, se sont alors tournés vers l'arbitrage commercial international, institution profondément enracinée dans le temps et dans les cultures juridiques à travers le monde. Si des techniques arbitrales peuvent être relevées dès la fin du III<sup>ème</sup> millénaire avant J.-C. au sein de sociétés assyriennes<sup>3</sup>, il est traditionnel de dater l'arbitrage à l'Antiquité grecque, dont la pratique avait été théorisée par Aristote<sup>4</sup>.

L'arbitrage commercial international est aujourd'hui devenu une institution incontournable des marchés mondialisés. Le professeur Charles Jarrosson relève que l'arbitrage n'a pas de définition légale : il le caractérise alors comme « *l'institution par laquelle un tiers règle le différend qui oppose deux ou plusieurs parties, en exerçant la mission juridictionnelle qui lui a été confiée par celles-ci* »<sup>5</sup>. Souvent présenté d'une manière manichéenne comme un mode de règlement des différends efficace, confidentiel et peu coûteux face à une justice étatique dont la neutralité et la rapidité sont décriées, l'arbitrage est désormais considéré comme le mode normal de règlement des litiges du commerce international<sup>6</sup>.

Le succès de cette institution juridique est essentiellement dû au développement de politiques étatiques favorables envers ce qui est perçu comme la « *clé de voûte d'une future gouvernance internationale à la fois pacifique, civilisée et porteuse de prospérité pour les nations* »<sup>7</sup>. Au-delà de ces considérations diplomatiques parfois utopistes, il existe un réel enjeu économique quant à l'élaboration d'une réglementation moderne en matière arbitrale : la mondialisation, qui se traduit

---

1 MONTESQUIEU, De l'esprit des lois, 1748, IV, XX, 1 et 2

2 FRASER, des Chambres de commerce britanniques, au congrès international de 1912 (Boston), *in* Fifth International Congress (1913)

3 Th. CLAY, « Arbitre », dans Dictionnaire de la justice (dir. Loïc Cadiet), PUF, 2004, p. 59

4 ARISTOTE, Rhétorique I, 13, 1374 b 10-22, p. 133-134, texte traduit par M. Dufour, Les Belles Lettres, 2003

5 Ch. JARROSSON, « La Notion d'arbitrage », LGDJ 1987, n° 785

6 V. BOLARD, « Le rôle de la magistrature dans le développement de l'arbitrage », Le journal des tribunaux Luxembourg, n°38, 5 avril 2015, Larcier

7 Cl. LEMERCIER et J. SGARD Rapport « arbitrage privé international et globalisation(s) », Mars 2015, p9 : <http://www.gip-recherche-justice.fr/wp-content/uploads/2015/05/Rapport-LemercierSgard-final.pdf>

par l'abaissement des frontières et une circulation accrue des biens et des capitaux, implique une concurrence entre les systèmes juridiques pour rendre leur droit des affaires plus attractif. En effet, « *investir est déjà en soi un risque, même s'il est calculé ; s'il faut doubler ce risque premier inéluctable de celui d'un système juridique fluctuant, ondoyant et insaisissable, il n'y a pas beaucoup d'espoir à susciter l'attrait des investisseurs* »<sup>8</sup>. Les statistiques de la Cour internationale d'arbitrage de 2012 démontrent en ce sens qu'un arbitrage international dépasse amplement les affaires portées devant des cours nationales en terme d'enjeux financiers<sup>9</sup>. De la même manière, le rapport de Michel Prada<sup>10</sup> de mars 2011 sur le renforcement de la compétitivité juridique de la place de Paris souligne le poids important de l'arbitrage dans l'activité économique parisienne, « *source d'un écosystème à préserver* ».

Cette faveur envers l'arbitrage international, système de justice décentralisé, n'a cependant pas été immédiate. Trois temps sont notables quant à la perception de l'arbitrage par l'ordre juridique national : il convient de relever une réticence initiale envers ce qui est conçu comme une menace au monopole étatique de la justice, avant que ne se développe une époque de soutien à l'arbitrage. Cette deuxième période est marquée par un mouvement de « *judiciarisation* » de l'arbitrage et une collaboration accrue entre le juge national et l'arbitre. Un troisième temps, encore controversé en doctrine, aurait pour effet d'affranchir l'arbitrage de tout lien avec les États : l'arbitrage serait alors rattaché à un ordre juridique autonome et transnational<sup>11</sup>.

## **I. L'évolution de la perception de l'arbitrage commercial international**

Les relations entre les juridictions étatiques et l'arbitrage ont souvent été houleuses. Le professeur Thomas Clay relève que « *les rapports entre arbitre et juge étatique ont offert parmi les aspects les plus mystérieux, sinon magiques, du droit de l'arbitrage* »<sup>12</sup> : quoi de plus étonnant que de demander assistance au juge étatique, volontairement écarté par les parties, lorsque les arbitres ne peuvent s'auto-suffire pendant l'instance ?

Dans un article publié en 2005 dans la Revue de l'arbitrage, intitulé « *Arbitrage et pouvoir politique en France du XVII<sup>e</sup> au XX<sup>e</sup> siècle* »<sup>13</sup>, le professeur Carine Jallamin démontre que

---

8 A. POLO « *L'OHADA : histoire, objectifs, structures* », L'OHADA et les perspectives de l'arbitrage en Afrique Bruylant 2000, p.9, cité par J. Cassius, « *Etude comparée de la réglementation de l'arbitrage international dans l'OHADA et en Suisse* », Université de Genève, 2007

9 « *ICC Statistical Report 2012* », ICC International Court of Arbitration Bulletin, Vol. 24, n°1 (2013), p.13

10 [http://www.textes.justice.gouv.fr/art\\_pix/1\\_Rapport\\_prada\\_20110413.pdf](http://www.textes.justice.gouv.fr/art_pix/1_Rapport_prada_20110413.pdf)

11 E. GAILLARD, « *Legal theory of International arbitration* », Martinus Nijhoff Publishers, Leiden Boston 2010

12 Th. CLAY, « *L'appui du juge à l'arbitrage* », Les cahiers de l'Arbitrage, 2011, n°2, L.G.D.J, p. 331

13 C. JALLAMIN, « *Arbitrage et pouvoir politique en France du XVII<sup>e</sup> au XX<sup>e</sup> siècle* », *Rev. arb.*, 2005, p. 3

l'arbitrage apparaît comme un enjeu de pouvoir entre l'organe du gouvernement et les juges : plus le pouvoir étatique se méfie de sa justice, plus il tend à favoriser l'arbitrage. Il convient en ce sens de noter l'émergence d'un arbitrage forcé dès 1790, vive réaction à la justice arbitraire des Parlements pendant l'Ancien Régime. Les rédacteurs des codes napoléoniens accorderont en revanche toute leur confiance à la justice nationale, prohibant alors l'utilisation de la clause compromissoire.

La méfiance envers cette justice privée a longtemps prévalu au XIX<sup>ème</sup> siècle, fondée sur l'idée que les parties ne disposeraient d'aucune garantie juridictionnelle. Raymond-Théodore Troplong, président de la Cour de cassation en 1852, déclare à ce sujet que « *l'arbitrage est une manière de juger si défectueuse, si dépourvue de garantie : un tribunal qui se croit le droit d'être plus équitable que les lois les plus équitables du monde me paraît ne pouvoir s'adapter qu'à un petit nombre de questions de fait et à des intérêts médiocres* »<sup>14</sup>. La même circonspection peut être rencontrée aux États-Unis : Joseph Story, magistrat et homme politique américain, souligne que les arbitres ne sont généralement pas assez familiers des principes de droit pour régler des litiges complexes, et ne délivrent que des sentences « *rusticum judicium* ». Il s'interroge alors sur l'opportunité de recourir à l'arbitrage lorsqu'on ne peut être certain que les droits des parties seront efficacement protégés<sup>15</sup>.

Si cette situation de concurrence entre la justice étatique et la justice arbitrale s'est fortement atténuée pour laisser place à une véritable coopération – en réponse aux attentes des acteurs du commerce international –, il convient de remarquer la résurgence d'une défiance dans l'opinion publique envers ce mode de justice privé. L'arbitrage entretient l'illusion de se soustraire à la norme commune pour devenir un moyen de favoriser les sociétés multinationales des pays industrialisés<sup>16</sup>. Ce sentiment a été particulièrement mis en exergue par les négociations de l'accord de libre-échange entre la Commission européenne et les États Unis, lorsque le public a découvert une disposition prévoyant le recours à l'arbitrage d'investissement, mécanisme permettant à une entreprise de porter un litige l'opposant à un État devant une juridiction privée<sup>17</sup>. Justice Stephen G. Breyer, après avoir constaté cette nouvelle hostilité envers l'arbitrage, estime qu'elle découle d'une méfiance généralisée envers le droit des affaires internationales<sup>18</sup>.

---

14 R.T. TROPLONG, « Du contrat de la société civile et commerciale », Paris 1843, T. II, n°520

15 J. STORY, dans l'arrêt *Tobey v County of Bristol et al.*, 33 Fed. Cas. 1313 1321-23, CCD Mass 1845, cité par G. BORN, « International commercial arbitration in the United States », Kluwer 1994. « *Arbitrator are not ordinarily well enough acquainted with the principles of law or equity, to administer either effectually in complicated case ; and hence it has often said, that the judgement of arbitrator is but rusticum judicium. Ought then a court of equity to compel a resort to such a tribunal by which however honest and intelligent, it can in no case be clear that real legal or equitable rights of the parties can be fully ascertained or perfectly protected ?* »

16 M. SORNARAJAH, « The settlement of Foreign Investment Disputes », Kluwer Law International, 2000, p.110

17 [http://www.lemonde.fr/economie/article/2015/01/13/europe-la-peur-des-tribunaux-d-arbitrage\\_4555293\\_3234.html](http://www.lemonde.fr/economie/article/2015/01/13/europe-la-peur-des-tribunaux-d-arbitrage_4555293_3234.html)

18 Justice S. G. BREYER, « Le droit américain », contribution à « The review of international arbitral awards », E.

Ces trois dernières décennies ont marqué le début d'une véritable collaboration entre l'arbitre et le juge national, désormais appréhendés comme des associés dans un système de justice international<sup>19</sup>. L'arbitrage commercial international n'est plus perçu comme échappant à l'emprise de toute réglementation, puisque son existence dépend nécessairement d'une reconnaissance étatique. Le professeur Bruno Oppetit souligne en ce sens que « *l'arbitrage ne se situe pas dans une zone de non-droit ; ce n'est pas une institution en suspension dans un espace indéterminé, dématérialisé et déjudiciarisé qui échapperait à toute hétéronomie et qui ne serait gouvernée que par ses propres contingences : l'arbitrage est bien soumis à des règles d'organisation et de fonctionnement* »<sup>20</sup>.

D'emblée, il est nécessaire de constater que l'interposition du juge étatique peut revêtir plusieurs fonctions : outre le « contrôle » exercé par le juge du recours et de l'exequatur, veillant au respect des intérêts publics de l'ordre juridique national, l'intervention peut être limitée à un « soutien » de la procédure arbitrale. L'arbitrage oscille en effet entre autonomie et intégration : une rupture totale avec le juge étatique demeurera chimérique tant que l'arbitre sera privé d'imperium, considéré par le professeur Philippe Fouchard comme le talon d'Achille de l'arbitrage<sup>21</sup>. L'imperium correspond au pouvoir de commander : l'arbitre ne peut alors ni rendre sa sentence exécutoire ni contraindre les parties<sup>22</sup>. L'efficacité de cette justice privée repose donc sur l'intervention d'un relai, remédiant aux situations pathologiques de l'arbitrage, qu'il s'agisse d'un blocage dans la constitution du tribunal arbitral, ou de difficultés au cours de l'instance pour le prononcé de mesures provisoires ou probatoires. Ce rôle d'auxiliaire de la justice arbitrale est qualifié d'antithétique par le professeur Thomas Clay, qui souligne le caractère contradictoire de cet appui, consistant à demander au juge de participer à la spoliation de sa propre compétence : « *Face à cet acte contre-nature, les rapports entre l'arbitrage et le juge étatique sont susceptibles d'emprunter plusieurs voies : égaux ou rivaux, amis ou ennemis, complémentaires ou concurrents, l'arbitre et le juge étatique ne sont pas perçus de la même manière selon les différents systèmes* »<sup>23</sup>. Du fait de cette ambivalence, nous verrons que les législations nationales prévoient des modalités d'assistances judiciaires parfois très différentes et admettent à divers degrés l'interférence des juridictions étatiques, témoignant de la confiance

---

Gaillard, IAI series n°6, Ed. E. Gaillard 2010, p.111

19 H.M. HOLTZMANN, « L'arbitrage et les tribunaux : des associés dans un système de justice internationale » : Rev. Arb. 1978

20 B. OPPETIT, « Théorie de l'arbitrage », PUF 1998, p.83

21 S. BOSTANJI, F. HORCHANI, S. MANCIAUX, « Le juge et l'arbitre », Editions A. Pedone, 2014, p.131

22 Ch. JARROSSON, « Réflexions sur l'imperium », Études offertes à P. Bellet, Litec 1991, p. 245, cité par Ch. SERAGLINI et J. ORTSCHIEDT, « Droit de l'arbitrage interne et international », Montchrétien – Lextenso éditions 2013, p. 327

23 Th. CLAY, « L'appui du juge à l'arbitrage », Les cahiers de l'Arbitrage, 2011, n°2, L.G.D.J, p. 331

accordée ou non au processus arbitral. De nombreux États ont alors entrepris de réformer leur législation en matière d'arbitrage international afin d'être plus attractifs : phénomène qualifié de « *competitive era* »<sup>24</sup>, cela démontre une nette tendance internationaliste en faveur de l'arbitrage commercial.

Les professeurs Jean-François Poudret et Sébastien Besson se déclarent « *convaincus que le succès et l'efficacité de l'arbitrage postulent [de règles et garanties impératives étatiques] propres à en assurer la prévisibilité et la sécurité* »<sup>25</sup>. Cette opinion, très partagée en doctrine, ne fait cependant plus l'unanimité : certains auteurs soutiennent en effet que l'arbitrage international constitue en réalité un ordre juridique autonome, largement détaché des ordres juridiques nationaux : le professeur Emmanuel Gaillard suggère ainsi l'existence d'un « ordre juridique arbitral »<sup>26</sup>, fondé sur des principes généraux faisant l'objet d'un réel assentiment au sein de la communauté internationale, tels que la liberté accordée aux parties de choisir les arbitres, le droit applicable ou encore le principe de compétence-compétence. Le professeur Frédéric Bachand, confirmant cette analyse, estime que « *l'efficacité de l'arbitrage international dépend de son internationalisation, qui implique notamment l'affranchissement de l'instance arbitrale face aux particularismes juridiques locaux* »<sup>27</sup>. La disparité intrinsèque des droits nationaux de l'arbitrage, matière à la croisée de différentes cultures juridiques<sup>28</sup>, constituerait alors un frein à l'émergence d'un mécanisme de règlement des conflits véritablement universel.

Cette conception novatrice de l'arbitrage demeure cependant théorique en l'absence d'une juridiction internationale pouvant se substituer à l'assistance et au contrôle actuellement prêtés par les juridictions étatiques. Celle-ci n'existe aujourd'hui qu'au niveau régional, comme cela a par exemple été imaginé dans le cadre du système très original de l'arbitrage OHADA. Ce dernier dispose en effet de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (CCJA), créée par le Traité de Port Louis le 17 octobre 1993 : au-delà du rôle de la Cour dans l'organisation et dans la supervision de l'arbitrage, elle peut directement prendre une décision d'exéquatur pour l'exécution forcée d'une sentence arbitrale rendue dans un État membre de l'OHADA.

---

24 J. C. FERNANDES ROZAS « Le rôle des juridictions étatiques devant l'arbitrage commercial international », Recueil de Cours n°290, the Hague Academy of International Law, p. 49

25 J.-F. POUDRET et S. BESSON, « Droit comparé de l'arbitrage international », LGDJ, Schulthess, 2002, p. VI

26 E. GAILLARD, Article « L'ordre juridique arbitral : réalité, utilité et spécificité », Revue de droit de McGill, 2010, p. 891 ; voir également E. GAILLARD, « Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international », Editions Martinus Nijhoff, 2008

27 F. BACHAND, « les rapports entre juridictions nationales et tribunaux arbitraux internationaux », 3ème Congrès de l'AHJUCAF, « Internationalisation du droit, internationalisation de la justice », 21-13 juin 2010, Cour Suprême du Canada Ottawa, p. 59

28 O. CAPRASSE, « la procédure arbitrale internationale ou le droit comparé en pratique », RDIDC, 2008, pp. 349 to 365

Il est par ailleurs essentiel de souligner le rôle croissant joué par les institutions arbitrales, qui tendent à restreindre le champ de l'intervention étatique : l'organisation de l'arbitrage est alors confiée par les parties à une institution permanente disposant d'un règlement d'arbitrage. Il serait néanmoins inexact de croire qu'un arbitrage institutionnel est par nature plus efficace qu'un arbitrage ad hoc : en marge des institutions établies disposant d'un règlement reconnu et performant, telles que la CCI, le CIRDI, ou la Chambre de commerce de Stockholm, il existe diverses institutions de qualité plus discutables. La CIETAC (China International Economic and Trade Arbitration Commission) rencontre par exemple quelques critiques, malgré l'adoption d'un règlement le 11 janvier 2005 inspiré des lois-types d'arbitrage élaborées à l'étranger : sont notamment reprochés l'inapplication du principe « compétence-compétence » (le tribunal arbitral ne pourra statuer sur sa propre compétence : c'est la CIETAC qui dispose de ce pouvoir), ou l'existence d'une procédure de rejet de la demande d'exécution de la sentence (une partie demande à ce que la sentence arbitrale, en principe définitive, ne soit pas exécutée), manœuvre permettant alors de contourner l'efficacité de l'arbitrage. Ces critiques sont d'autant plus importantes que l'arbitrage ad hoc reste prohibé en Chine<sup>29</sup>.

## **II. Le débat sur la nature juridique de l'arbitrage**

Parfois qualifiée de « tempête dans un verre d'eau »<sup>30</sup>, la question de la nature légale de l'arbitrage a fait l'objet d'un débat académique majeur. Certains auteurs ont soutenu que l'attitude des ordres juridiques nationaux envers la procédure arbitrale et la mise en œuvre de la sentence dépend essentiellement du caractère légal de l'arbitrage<sup>31</sup>. Aucune des quatre principales théories existantes n'a reçu de reconnaissance universelle : nous verrons cependant que la proximité des systèmes étatiques avec l'une d'entre-elles permettra d'expliquer un certain nombre de divergences dans les solutions retenues quant au soutien du juge étatique à l'arbitrage.

La première théorie découle de la nature juridictionnelle de l'arbitrage international : les parties ne peuvent soumettre leur litige à l'arbitrage que dans les limites acceptées par la loi du siège. La mission de l'arbitre est alors qualifiée de « *fonction publique* »<sup>32</sup>. Le professeur Julian D. M. Lew établit un parallèle entre le juge et l'arbitre en soulignant que « *l'arbitre, comme le juge, tire son*

---

29 Y. DOLAIS, « Droit Chinois », Cours du M2 Droit européen comparé, 2016

30 CARBONNEAU, « Arbitration », p. 624, cité par Julian D. M. LEW, Loukas A. MISTELIS, Stefan M. KROLL « Comparative International Commercial Arbitration », Édition Kluwer Law International 2003, p. 71.

31 WILNER, « Determining the law governing performance in international commercial arbitration: a comparative study », 19 Rutgers L. Rev 646 (1965) 650-652

32 Ch. CARABIBER, « l'évolution de l'arbitrage commercial international », RCADI 148 (1960), p.148-150

*pouvoir du droit local ; cela explique leur étroite ressemblance. La seule différence entre le juge et l'arbitre est que le premier est nommé et tire son autorité directement du souverain, tandis que si le second tire son autorité du souverain, sa nomination relève des parties* »<sup>33</sup>. La deuxième théorie insiste sur le caractère contractuel de l'arbitrage international : dans cette hypothèse, l'arbitrage naît uniquement de l'accord de volonté des parties de créer un système de justice privée et suppose, au contraire de la première conception, l'absence d'intervention de l'État.

Ces deux premières conceptions sont battues en brèche par la troisième représentation de la nature légale de l'arbitrage, théorisée par le professeur Georges Sauser-Hall<sup>34</sup> : la plupart des systèmes s'accordent pour considérer que l'arbitrage commercial international a une nature « hybride ». Ce mode de règlement des conflits dépend tant d'éléments contractuels qu'institutionnels. Il a en effet été argué que la nature consensuelle de l'arbitrage prend fin lorsque la procédure arbitrale débute : les parties n'ont plus qu'une autonomie limitée face au pouvoir du tribunal arbitral. Par ailleurs, si chaque arbitrage a nécessairement une origine contractuelle, les lois nationales sont indispensables pour déterminer la valeur du compromis. La conséquence de cette théorie est la forte reconnaissance du rôle du siège arbitral, notion qui sera ultérieurement développée dans cette introduction.

La quatrième théorie prône la nature autonome de l'arbitrage commercial international, sur laquelle se fonde le professeur Emmanuel Gaillard pour établir l'existence d'un ordre juridique arbitral, comme il a été vu précédemment. Selon ce postulat, les lois nationales ont du mal à s'adapter aux exigences de flexibilité et de souplesse des utilisateurs de l'arbitrage : ce sont alors les besoins des commerçants, plutôt que les intérêts nationaux, qui sont les catalyseurs du changement de la pratique arbitrale. Le professeur Julian D. M. Lew estime que « *cette théorie, qui prévaut aujourd'hui, va inévitablement dominer l'arbitrage dans les années à venir* »<sup>35</sup>.

L'équilibre entre la théorie contractuelle et la théorie juridictionnelle de l'arbitrage varie selon les systèmes juridiques, et cette tension se trouve au coeur de chaque solution retenue par les lois arbitrales. Ce mémoire se concentrera essentiellement sur la comparaison du droit américain, du

---

33 J. LEW, « Applicable Law in International Commercial Arbitration », Edition Oceana-Sijthoff, 1978, §66 : « *It follows that the arbitrator, like the judge, draws his power and authority from the local law ; hence the arbitrator is considered to closely resemble a judge. The only difference between judge and arbitrator is that the former derives his nomination and authority directly from the sovereign, whilst the latter derives his authority from the sovereign but his nomination is a matter for the parties* »

34 G. SAUSER-HALL, « Rapport pour l'institut de droit international », 1952 (44-1 Ann. IDI 469)

35 Julian D. M. LEW, Loukas A. MISTELIS, Stefan M. KROLL, « Comparative International Commercial Arbitration », Édition Kluwer Law International 2003, p. 82 : « *This theory which prevails today will inevitably dominate arbitration in the years to come* ».

droit suisse et du droit français : derrière une uniformité de façade subsistent des divergences importantes.

Ces trois droits se distinguent en effet particulièrement les uns des autres quant à la représentation adoptée de la nature légale de l'arbitrage commercial international : Édouard Dolléans, secrétaire général de la CCI à sa création, relève en ce sens que « *le point de vue américain attache une grande importance à la conciliation, tandis que le point de vue européen veut organiser l'arbitrage sur une base juridique : en Europe, les mentalités sont différentes, plus juridiques* »<sup>36</sup>. Le professeur Alan Scott Rau souligne qu'aux Etats-Unis, le modèle contractuel est de loin dominant : le processus de règlement privé des litiges doit être compris à travers le prisme du contrat plutôt que par un processus juridictionnel<sup>37</sup>. Le droit français s'inscrit au contraire davantage dans une tendance à la judiciarisation de l'arbitrage<sup>38</sup> : cela se caractérise notamment par la création du « juge d'appui », institution de soutien de l'arbitrage par le juge étatique. Nous verrons également que le droit français se distingue des autres droits par l'adoption de solutions « a-nationales » particulièrement libérales, le conduisant à des positions isolées sur le terrain du droit comparé<sup>39</sup>. Enfin, le droit suisse, unanimement considéré comme « arbitration-friendly »<sup>40</sup> retient une position intermédiaire. La Suisse est favorisée depuis des décennies pour la conduite d'arbitrage international grâce à sa réputation de neutralité : la modernité de sa législation a de surcroît inspiré de nombreux droits étrangers – c'est par exemple le cas du règlement d'arbitrage hongkongais<sup>41</sup>.

Ces disparités, que nous étudierons plus précisément tout au long de ce mémoire, peuvent d'emblée être illustrées par la notion de siège arbitral, pierre angulaire de la coopération entre le juge étatique et le juge arbitral. Cet élément, permettant la localisation de l'arbitrage commercial international, est aujourd'hui unanimement reconnu en doctrine comme en pratique. Il n'en demeure pas moins qu'il fait l'objet de variations selon les systèmes juridiques.

---

36 E. DOLLEANS, Archives CCI, Cour d'arbitrage, 24 mai 1921, « *the American point of view, which attaches great importance to reconciliation, and also the European point of view more particularly concerned with organising arbitration on a legal basis ; in Europe the mentality was different, a little more legal* », cité par Cl. LEMERCIER et J. SGARD, Rapport « Arbitrage privé international et globalisation(s) », mars 2015 : <http://www.gip-recherche-justice.fr/wp-content/uploads/2015/05/Rapport-LemerancierSgard-final.pdf>

37 A. S. RAU, « The Culture of American Arbitration and the Lessons of ADR », Texas International Law Journal, 2005, p.449s, <http://www.tilj.org/content/journal/40/num3/Rau449.pdf> : « *In the United States, as one might expect, the contractual model is by far the dominant one: As I have argued elsewhere, arbitration, « as part of a process of private government and self-determination, . . . should be understood through the lenses of contract rather than of adjudication.* »

38 B. OPPETIT, « Philosophie de l'arbitrage commercial international », Journal de droit international, 1993, p.818.

39 B. ANCEL, « L'arbitrage commercial international au pays des lumières » : <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2776/10.pdf>

40 M. WIEBECKE « The International Arbitration Review », Second Edition, Editor James H. Carter, Law Business Research LTD, 2011, P .443

41 <http://www.hkiac.org/arbitration/rules-practice-notes/administered-arbitration-rules>

Défini comme « *le lien juridique qui relie les parties à l'arbitrage et l'arbitre d'une part, à un for judiciaire et à une loi étatique sur l'arbitrage d'autre part* »<sup>42</sup>, le siège arbitral est un critère simple procurant une grande prévisibilité juridique pour déterminer la compétence territoriale du juge étatique intervenant à l'arbitrage. La localisation du siège arbitral ne doit pas être mésestimée : elle est fondamentale pour déterminer le cadre légal des procédures arbitrales, et peut avoir des profondes conséquences juridiques et pratiques. Lord Justice Lloyd, juge à la Cour d'Appel anglaise, observait ainsi « *qu'en arbitrage commercial international, le choix du siège arbitral est toujours d'importance capitale* »<sup>43</sup>. La loi du siège aura pour vocation de régir tant les difficultés « internes » à la procédure (i.e. les règles de preuves, les mesures provisoires, les délais) que les difficultés « externes » à la procédure, relatives à la compétence des arbitres, la constitution du tribunal arbitral, le recours et l'annulation des sentences.

Le principe, conformément à l'article 20(1) de la loi-modèle sur l'arbitrage commercial international de la CNUDCI<sup>44</sup>, est que les parties sont libres de décider du lieu de l'arbitrage. Cette idée est reprise avec simplicité par l'article 176 de la Loi fédérale sur le droit international privé suisse (LDIP), qui dispose que « *les parties en cause ou l'institution d'arbitrage désignée par elles ou, à défaut, les arbitres, déterminent le siège du tribunal arbitral* ». D'une façon critiquable, cette autonomie des parties dans le choix du siège arbitral semble contrariée par le Federal Arbitration Act (FAA) en droit américain : le professeur Gary B. Born relève en effet que le FAA (§4, §206 et §303) semble permettre aux cours nationales de situer l'arbitrage aux États-Unis alors même que les parties s'étaient accordées sur une méthode alternative de détermination du siège arbitral<sup>45</sup>. Il qualifie alors cette approche de déconcertante et lourdement autoritaire<sup>46</sup>. Pour sa part, le droit français, faisant montre d'un libéralisme exacerbé, présente une particularité majeure : outre le critère du siège, le juge français sera compétent lorsque « *les parties sont convenues de soumettre l'arbitrage de la loi de procédure française* »<sup>47</sup>. Ce rattachement concurrent permet la compétence des tribunaux français même si le siège de l'arbitrage a été fixé dans un État tiers. Cet article est dénoncé pour créer un sérieux risque de conflit de juridiction et de favoriser les manœuvres

---

42 P. LALIVE, J.F. POUDRET, C. REYMOND « Droit de l'arbitrage interne et international en Suisse », Lausanne, Editions Payot, 1989, p.295

43 G. BORN, « International arbitration : law and practice », Wolters Kluwer, 2012, p.105 « *In international commercial arbitration, the place or seat of arbitration is always of paramount importance* », Star Shipping AS v. China National Foreign Trade Trans. Corp. 1993, 2. Lloyd's Rep. 445 (English Court of Appeal)

44 « *Les parties sont libres de décider du lieu de l'arbitrage. Faute d'une telle décision, ce lieu est fixé par le tribunal arbitral, compte tenu des circonstances de l'affaire, y compris les convenances des parties.* »

45 Tolaram Fibers Inc, v Deutsche Eng's Der Voest-Alpine Industrieanlagenbau GmbH, 1991, US Dist. LEXIS 3565 (M.D.N.C, 1991)

46 G. BORN, « International arbitration : law and practice », Wolters Kluwer, 2012, p.117

47 Article 1505 alinéa 2 du Code de procédure civile français

dilatoires. Consacrant en outre la jurisprudence *Nioc v. État d'Israël*<sup>48</sup>, l'article 1505 alinéa 4 du Code de procédure civile (CPC) admet une extension de la compétence du juge français en présence d'un déni de justice, même en l'absence de lien avec l'ordre juridictionnel français. Cette solution déconnecte la constitution du tribunal arbitral du lieu du siège et « *achève la nationalité de l'arbitrage international, qui devient véritablement transnational, c'est à dire autonome* »<sup>49</sup>. Décision très controversée, il a été rappelé en doctrine que « *la France n'a pas reçu vocation de se porter au secours des plaideurs du monde entier en mal d'arbitre* »<sup>50</sup>.

Le siège arbitral tend aujourd'hui à devenir une fiction, sans rattachement matériel véritable avec le territoire où s'effectuent les opérations arbitrales<sup>51</sup>. Les parties qui choisissent le lieu de localisation de l'arbitrage ont notoirement tendance à rechercher un État dont le droit positif leur garantit sécurité et prévisibilité. L'enjeu d'attractivité du siège se retrouve ainsi au coeur de chaque réforme législative : Didier Kling, Vice-Président de la CCI, déclare en ce sens que « *certes un bon droit ne suffit pas à lui seul à faire une économie prospère, mais il y participe inéluctablement. Dès lors, la question est de savoir si notre dispositif juridique est à la hauteur des enjeux* »<sup>52</sup>. Les statistiques<sup>53</sup> de la Chambre de commerce internationale démontrent que 70 % des arbitrages CCI entre 1997 et 2010 se sont déroulés en Europe (majoritairement en Suisse, en France, et enfin au Royaume-Uni), contre 14,4 % aux Etats-Unis. En outre, les commentateurs de ces statistiques notent qu'il est possible d'anticiper que les nouveaux sièges arbitraux (Singapour et Hong Kong) vont continuer à gagner en importance ces prochaines années, grâce à la reconnaissance croissante de leur neutralité et de leur expertise commerciale.

### **III. D'importants enjeux**

Plusieurs points mériteront discussion : la nature composite de l'arbitrage, à la fois contractuelle et juridictionnelle, implique l'entremise du juge étatique pour prospérer. Cette intervention du juge national n'est cependant jamais neutre et peut être source de tension dans recherche de célérité et de simplicité de l'arbitrage. Les législations américaines, françaises et suisses trouvent-elles un

---

48 Arrêt de la 1<sup>ère</sup> chambre civile de la Cour de cassation du 1<sup>er</sup> février 2005, n°01-13.742 et 02-15.237

49 Th. CLAY, Article « Un déni de justice peut justifier la compétence internationale du juge français », *Rev. crit. DIP* 2006, p. 140

50 B. ANCEL, « L'arbitrage commercial international au pays des lumières » : <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2776/10.pdf>

51 G. KAUFMANN-KOHLER, « *Le lieu de l'arbitrage à l'aune de la mondialisation. Réflexions à propos de deux formes récentes d'arbitrage* », *Rev. arb.*, 1998, p. 534

52 CCI Paris Ile-De-France, « *Droit des affaires : enjeux d'attractivité internationale et de souveraineté* », mai 2015 : <http://cci-paris-idf.fr/sites/default/files/etudes/pdf/documents/droit-des-affaires-etude-1506.pdf>

53 C. DRAHOZAL & R. NAIMARK, « *Toward a science of International Arbitration : Collected Empirical Research* », 85 – 87, 355 – 60, cité par G. B. BORN, « *International arbitration : Law and Practice* », Editions Wolters Kluwer, 2012 p. 120

équilibre garantissant l'autonomie et l'efficacité de l'arbitrage ? L'arbitrage commercial international serait en effet inéluctablement dénaturé si une procédure devant les tribunaux étatiques devait succéder à la procédure arbitrale : le professeur Bruno Oppetit remarque en ce sens que « *l'arbitrage semble frappé d'une irrésistible dérive vers la justice étatique, au point de donner naissance, dans certains types d'arbitrage, à une sorte de justice mixte, à double niveau, faite d'un va-et-vient continu entre les enceintes arbitrales et les palais de justice. Cette déviation pourrait, à terme, si elle n'était pas enrayerée, compromettre [...] l'utilité et la vocation même de l'arbitrage* »<sup>54</sup>. Si l'interventionnisme excessif de l'État est néfaste à l'arbitrage, quelles sont les conséquences de la tendance opposée, consistant à en faire une institution véritablement autonome et « a-nationale », en dehors de tout rattachement à un for ? Le degré d'ingérence du juge étatique à l'arbitrage sera alors un indicateur de la confiance accordée à ce mode de résolution privé des différends. L'arbitrage commercial international reçoit-il une acceptation universelle ou fait-il l'objet d'une controverse grandissante quant à sa légitimité ? Le professeur Gary B. Born note en effet que le début du XXI<sup>e</sup> siècle marque la résurgence d'une opposition idéologique à l'arbitrage international<sup>55</sup>. Enfin, une unification progressive des solutions juridiques peut-elle se concevoir dans un contexte de compétition très vive de modèles de justice, très marqués par des conceptions dogmatiques ?

Nous tenterons ainsi de cerner les principales tendances dans l'évolution des relations entre droits de l'arbitrage et ordres juridiques nationaux : nous envisagerons tout d'abord le soutien croissant apporté par le juge étatique à l'arbitrage commercial international (Première Partie), avant de nous intéresser à l'affaiblissement du contrôle qu'il exerce sur la procédure arbitrale (Seconde Partie).

---

54 B. OPPETIT, « Théorie de l'arbitrage », PUF 1998, p. 31

55 G. BORN, « International arbitration : Law and Practice », Wolters Kluwer, 2012, p. 26

**PREMIÈRE PARTIE :**  
**LE SOUTIEN DU JUGE ÉTATIQUE À L'ARBITRAGE**  
**COMMERCIAL INTERNATIONAL**

La collaboration du juge étatique à l'arbitrage commercial international intervient principalement en deux occasions : dans un premier cas, la carence des parties lors de la constitution du tribunal arbitral peut exiger la prompte action du juge national (chapitre 1). La seconde immixtion du juge étatique résulte du défaut d'imperium des arbitres : son assistance est alors nécessaire pour le prononcé de certaines mesures probatoires ou de mesures conservatoires et provisoires (chapitre 2). La collaboration entre l'institution étatique et l'institution arbitrale, parfois érigée en principe général, fait en réalité l'objet d'importantes nuances selon la conception de l'arbitrage adoptée par les législations nationales.

**CHAPITRE 1 – L'INTERVENTION DU JUGE ÉTATIQUE POUR SUPPLÉER À LA  
CARENCE DES PARTIES**

Le postulat selon lequel une coopération accrue entre le juge national et l'arbitre est nécessaire pour l'efficacité de la procédure arbitrale est controversé. Si le droit français et le droit suisse prônent l'institutionnalisation du soutien étatique (notamment par la création du juge d'appui), le droit américain défend au contraire une position abstentionniste, caractérisée par une intervention minimaliste du juge national dans l'arbitrage (I). Il résulte de ces divergences idéologiques d'intéressantes conséquences pratiques, notamment quant aux solutions retenues pour la nomination et la récusation des arbitres (II).

**I. La controverse autour d'un principe général de collaboration entre le juge étatique et l'arbitre**

**A. Le droit français et le droit suisse : l'institutionnalisation du soutien du juge étatique à l'arbitrage**

**1. Une collaboration renforcée : le passage du rôle d'assistant à celui d'associé**

Le professeur Berthold Goldman relève que « *la complémentarité de l'action des juges et des arbitres est considérée comme un acquis dans les rôles qui leur sont dévolus pour atteindre un objectif commun, l'efficacité de l'arbitrage commercial international* »<sup>56</sup>. Cette observation suggère

---

56 B. GOLDMAN, « L'action complémentaire des juges et des arbitres en vue d'assurer l'efficacité de l'arbitrage

l'existence d'un principe général de collaboration entre le juge étatique et l'arbitre pour la constitution du tribunal arbitral – qu'il s'agisse de mettre en œuvre un arbitrage paralysé par une querelle des parties sur la nomination des arbitres ou d'incidents liés à la récusation de ceux-ci. Il importe en conséquence de rechercher le fondement sur lequel le juge national prête son assistance.

Le principe *ubi partes sunt concordés nihil abjudicem* (« lorsque les parties s'accordent, le juge n'est pas nécessaire ») souligne le rôle majeur de l'autonomie de la volonté des parties en arbitrage commercial international. L'élection de ce système de justice décentralisée découle de la mise à l'écart délibérée par les parties des juridictions étatiques. La collaboration du juge étatique ne devrait en conséquence pas leur être imposée, mais simplement demeurer accessible : cette subsidiarité du rôle du juge est ainsi présentée par l'article 5 de la loi-type de la CNUDCI, qui dispose que « *pour toutes les questions régies par la présente Loi, les tribunaux ne peuvent intervenir que dans les cas où celle-ci le prévoit* ».

Le caractère auxiliaire du soutien semble pourtant réfuté par les lois arbitrales prévoyant des « *autorisations génériques, qui mettent en jeu le délicat équilibre entre fonction judiciaire et fonction arbitrale* »<sup>57</sup>. L'article 1454 du Code de procédure civile<sup>58</sup> organise en ce sens l'intervention du juge français pour toute difficulté lors de la constitution du tribunal arbitral, tandis que l'article 185 de la LDIP Suisse dispose plus généralement que « *si l'aide de l'autorité judiciaire est nécessaire dans d'autres cas, on requerra le concours du juge du siège du tribunal arbitral* ». Il apparaît que ces textes placent les tribunaux dans une situation semblable à celle d'une institution permanente d'arbitrage<sup>59</sup> : ce recours fréquent au juge étatique rend l'arbitrage tributaire de celui-ci, ce que déplore le professeur Bruno Oppetit en relevant que « *la justice arbitrale a longtemps lutté pour être reconnue comme une justice à part entière et bénéficier d'une pleine autonomie* »<sup>60</sup>. Cette collaboration renforcée en Europe soulève une interrogation légitime : « *d'assistant, le juge deviendrait-il alors censeur ?* »<sup>61</sup>.

## 2. La création du juge d'appui

---

commercial international », *Rapport général pour le sixantième anniversaire de la cour d'arbitrage de la CCI*, Paris, 1984, p. 271

57 J. C. FERNANDES ROZAS « Le rôle des juridictions étatiques devant l'arbitrage commercial international », *Recueil de Cours* n°290, the Hague Academy of International Law, p.130

58 « *Tout autre différend lié à la constitution du tribunal arbitral est réglé, faute d'accord des parties, par la personne chargée d'organiser l'arbitrage ou, à défaut, tranché par le juge d'appui* »

59 J.L. DELVOLVÉ, « Le nouveau droit français de l'arbitrage », (Dir. Th. Clay), Lextenso éditions, 2011, p. 163

60 B. OPPETIT, « Théorie de l'arbitrage », PUF 1998, p. 31

61 Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris, Litec, 1996, pp. 502 ss., cité par J. C. FERNANDES ROZAS « Le rôle des juridictions étatiques devant l'arbitrage commercial international », *Recueil de Cours* n°290, the Hague Academy of International Law, p.130

Terminologie empruntée à la pratique du droit suisse de l'arbitrage<sup>62</sup>, la notion de juge d'appui est aujourd'hui consacrée par le décret du 13 janvier 2011 portant réforme du droit français de l'arbitrage. Considéré par le professeur Philippe Fouchard comme le bon samaritain de l'arbitrage<sup>63</sup>, le juge d'appui a vocation à intervenir « *pour sauver l'arbitrage de morts accidentelles* »<sup>64</sup>. L'élaboration d'un régime juridique spécialement dédié à l'assistance du juge national à l'arbitrage est saluée en doctrine et en pratique comme une innovation majeure permettant une efficacité accrue de la procédure arbitrale. Il résulte de cette réforme, fidèle à l'exemple de la législation suisse, que le juge d'appui intervient pour statuer sur les demandes relatives aux difficultés de constitution du Tribunal arbitral (articles 1451 à 1454 du CPC français, et article 197 de la LDIP suisse), de récusation, d'empêchement ou d'abstention de l'arbitre (article 1456 CPC, et article 180 de la LDIP) et de prorogation de délai de l'instance arbitrale (article 1463 du CPC).

Si la majorité des législations investissent une juridiction de droit commun pour statuer sur ces questions (l'article 356 du Code de procédure civile Suisse prévoit en ce sens la compétence « *du tribunal supérieur de la juridiction civile ordinaire du canton où se trouve le siège de l'arbitrage* »), le droit français fait le choix d'un juge véritablement spécialisé, sensibilisé à la technicité de la matière arbitrale internationale : l'article 1505 du CPC dispose en effet que le juge d'appui de la procédure arbitrale sera le président du tribunal de grande instance de Paris.

Le professeur Thomas Clay estime que les relations entre l'arbitre et le juge judiciaire sont particulièrement harmonieuses, dans la mesure où « *le juge étatique français n'a porté sur l'arbitre ni le regard condescendant que l'on observe parfois sur un être inférieur, ni le regard concupiscent porté sur celui dont on convoite le titre ou la fonction, mais simplement le regard fraternel de celui qui est son égal, et que l'on sait montés dans une embarcation identique* »<sup>65</sup>. Cette perception idyllique d'une collaboration renforcée entre le juge et l'arbitre n'est cependant pas toujours partagée en droit comparé. D'emblée, il sera possible de noter l'antinomie des deux modèles possibles d'organisation régissant l'assistance du juge national : les législations adopteront alors soit la position interventionniste illustrée par le droit français et par le droit suisse, soit, à l'inverse, une position abstentionniste. Cette dernière est privilégiée par le droit américain.

---

62 E. GAILLARD et P. DE LAPASSE, « Commentaire analytique du décret du 13 février 2011 portant réforme du droit français de l'arbitrage », Cahier de l'arbitrage, 20 novembre 2011, 0401 n°2, p.263

63 Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, « Traité de l'arbitrage commercial international », Editions Litec, 1996, n°838

64 J. L. DEVOLVÉ, « L'intervention du juge dans le décret du 14 mai 1980 relatif à l'arbitrage », Rev. Arb. 1980 p. 616 et suivantes.

65 Th. CLAY, « L'appui du juge à l'arbitrage », Les cahiers de l'arbitrage, 2011, n°2, L.G.D.J. P. 331

## B. Le droit américain : le choix d'une collaboration limitée

Outre-Atlantique, le choix retenu est de limiter la collaboration préalable entre l'arbitre et le juge étatique : L'article 5<sup>66</sup> du Federal arbitration act (FAA) cantonne par conséquent l'intervention du juge étatique à la nomination des arbitres en cas d'inaction des parties. En revanche, un tribunal de première instance new-yorkais<sup>67</sup> relève que toutes allégations sur la régularité de la constitution du tribunal arbitral créeraient une interférence et un retard inacceptable dans l'arbitrage. Ces allégations seront seulement vérifiées par le juge national à l'occasion d'un recours contre la sentence finale rendue par les arbitres.

Contrairement à ce qui est parfois soutenu en doctrine, le professeur Fernandes Rozas rappelle que cette décision de limiter la coopération entre le juge étatique et le juge arbitral ne doit pas être interprétée comme l'expression d'une défiance à l'égard de ce mode alternatif de règlement des conflits<sup>68</sup> : ce clivage n'est que la conséquence d'une conception différente du droit de l'arbitrage, parfois mécomprise du droit français. Cet abîme théorique entre les deux cultures est mis en évidence par André Kaspi, historien français et spécialiste des États-Unis : « *entre les Français et les Américains les points communs ne manquent pas. C'est ce qui les unit et les sépare. Voilà deux nations qui ont, l'une comme l'autre, vocation à incarner les grandes aspirations de l'humanité (...) Deux nations qui, pourtant, à l'aube du troisième millénaire, ne pèsent pas du même poids. L'Amérique s'étonne que la France puisse exprimer les mêmes intentions qu'elle. La France cesse d'être le phare de l'humanité et croit que les Etats-Unis lui ont volé ce rôle* »<sup>69</sup>.

L'opposition entre ces deux traditions juridiques est d'autant plus prégnante à l'heure de la mondialisation qu'elle se traduit par une guerre d'influence au niveau international pour imposer

---

66 « *If in the agreement provision be made for a method of naming or appointing an arbitrator or arbitrators or an umpire, such method shall be followed; but if no method be provided therein, or if a method be provided and any party thereto shall fail to avail himself of such method, or if for any other reason there shall be a lapse in the naming of an arbitrator or arbitrators or umpire, or in filling a vacancy, then upon the application of either party to the controversy the court shall designate and appoint an arbitrator or arbitrators or umpire, as the case may require, who shall act under the said agreement with the same force and effect as if he or they had been specifically named therein; and unless otherwise provided in the agreement the arbitration shall be by a single arbitrator.* »

67 Hunt v. Mobil Oil Corp., 583 F. Supp. 1092 (S.D.N.Y. 1984) : « *Judicial rulings by those courts with respect to alleged conflicts of interest, excessive and unauthorized fee charges, and the AAA's alleged breach of duty would amount to unwarranted interference with this Court's order directing that the arbitration proceed. [...] The various claims with respect to exorbitant fees and the like may also be determined in an attack upon the final award.* »

68 J. C. FERNANDES ROZAS « Le rôle des juridictions étatiques devant l'arbitrage commercial international », Recueil de Cours n°290, the Hague Academy of International Law, p.48

69 A. KASPI, *Mal connus, mal compris, mal aimés, les Etats-Unis d'aujourd'hui*, Paris, Perrin, 1999, p. 315, cité par E. JOUANNET, « Les visions française et américaine du droit international : cultures juridiques et droit international », article publié en anglais par M. ROGOFF « French and American Perspectives on International Law : Legal Cultures and International Law », in le *Maine Law Review*, vol 58, n°2, pp. 291-336

leur propre modèle de justice. Il importe donc d'expliquer l'origine de ces représentations du droit. Tout d'abord – cela a été évoqué en introduction –, le droit américain s'inscrit dans un mouvement de « contractualisation » : l'arbitrage doit être analysé sous le prisme du contrat plutôt que sous l'angle d'un processus juridictionnel, comme c'est le cas en droit français et en droit suisse. Alors que les traditions juridiques française et suisse procèdent d'une abstraction et d'une conceptualisation du droit, qui se reflètent tout particulièrement par l'organisation du droit en catégories juridiques et par l'élaboration de codes, la pensée juridique américaine est issue de l'école du Réalisme. Oliver W. Holmes, juge à la Cour Suprême des États-Unis, argumentait en 1905 dans l'arrêt *Lochner v. New York* que « *les théories générales n'apportent pas de solutions aux cas particuliers* »<sup>70</sup>. De fait, aux États-Unis, la norme juridique ne peut être comprise qu'au regard d'un ensemble de considérations concrètes à la fois politiques, économiques ou sociales : ce contexte devient un élément essentiel d'interprétation du comportement des parties. La professeur Emmanuelle Jouannet constate alors que si la vision française du droit est considérée comme « *rigide, irréaliste et réductionniste par les américains, les approches américaines peuvent être perçues en France comme idéologiques, moralisatrices ou tout simplement confuses* »<sup>71</sup>. Dès lors, plutôt qu'accepter les allégations préalables des parties sur la régularité de la constitution du tribunal arbitral, les juges américains préfèrent avec pragmatisme statuer sur ces questions à la fin de la procédure, uniquement si un recours est formé contre la sentence finale.

### C. L'importance de préserver l'efficacité du soutien du juge étatique

Malgré leurs divergences quant à l'étendue de l'assistance du juge étatique à la procédure arbitrale, les droits américain, français et suisse s'accordent sur l'importance de préserver l'efficacité et la célérité de l'arbitrage. Le recours au juge étatique pendant l'instance arbitrale ne doit pas devenir le prétexte de procédés dilatoires par les parties afin de retarder la solution du litige.

L'article 180 de la LDIP suisse dispose ainsi que « *le juge compétent du siège du tribunal arbitral statue définitivement* » lorsqu'il procède à la nomination d'un arbitre. De la même manière, l'article 1460 du CPC français prévoit que « *le juge d'appui statue par ordonnance non susceptible de recours* ». Il convient en réalité de relever que le régime juridique du recours va dépendre du sens de la décision du juge d'appui : l'article 1460 ajoute que « *cette ordonnance peut être frappée*

---

70 *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905), opinion dissidente de O. W. HOLMES : « *General propositions do not decide concrete cases* »

71 E. JOUANNET, « Les visions française et américaine du droit international : cultures juridiques et droit international » p.18, article publié en anglais par M. ROGOFF « French and American Perspectives on International Law : Legal Cultures and International Law », in le *Maine Law Review*, vol 58, n°2, pp. 291-336

d'appel lorsque le juge déclare n'y avoir lieu à désignation pour une des causes prévues à l'article 1455 ». La rareté d'une telle disposition en procédure civile, qui ouvre seulement un recours lorsque la décision du juge d'appui est négative à l'arbitrage, témoigne de la grande faveur accordée à ce mode alternatif de règlement des conflits. Une disposition similaire peut être relevée à la section 16 du Federal Arbitration Act américain, qui envisage un « interlocutory appeal » à l'encontre des décisions défavorables à l'arbitrage : le juge Wilfred Feinberg observe dans l'arrêt *Landy Michaels Realty Corp. v. Local* qu'il s'agit d'une règle pro-arbitrage, conçue pour empêcher les recours excessifs susceptibles d'entraver la rapidité de l'arbitrage<sup>72</sup>.

## **II. Un soutien subsidiaire : l'intervention du juge pour la constitution du tribunal arbitral**

### **A. La nomination des arbitres par le juge étatique : uniformité apparente en droit comparé**

Le recours à l'institution judiciaire pour la nomination des arbitres est nécessairement de nature subsidiaire : ce mode de justice privée repose par essence sur le postulat que les parties ont la faculté de désigner leurs propres arbitres. La reconnaissance de cette autonomie fait l'objet d'un large consensus en droit comparé. Il peut être noté que cette liberté d'élire les arbitres tend même à être admise en arbitrage commercial international chinois, pourtant souvent décrié – l'arbitrage ad hoc étant prohibé, les parties qui souhaitent localiser la procédure en Chine doivent respecter le règlement d'arbitrage de la CIETAC : l'une des principales innovations du Règlement du 11 janvier 2005 est en effet de permettre aux parties de choisir des arbitres en dehors de la liste officielle publiée par la CIETAC, sous réserve de confirmation par le président de cette institution<sup>73</sup>.

L'article 11 de la loi-modèle de la CNUDCI envisage ainsi l'intervention du juge d'appui en présence d'une carence des parties, après l'écoulement d'un certain délai : « *si une partie ne nomme pas un arbitre dans le délai de trente jours à compter de la réception d'une demande à cette fin émanant de l'autre partie [...], la nomination est effectuée, sur la demande d'une partie, par le tribunal* ». Ce délai permet d'une part de respecter la liberté des parties de choisir un arbitre et

---

72 *Landy Michaels Realty Corp. V Local*, 32B-32J Service employees International Union 2d Cir. 1992 « *It has been pointed out that § 16 is a pro-arbitration statute designed to prevent the appellate aspect of the litigation process from impeding the expeditious disposition of an arbitration. Its inherent acknowledgment is that arbitration is a form of dispute resolution designed to save the parties time, money, and effort by substituting for the litigation process the advantages of speed, simplicity, and economy associated with arbitration. Its theme is that judicial involvement in the process should be kept to the barest minimum to avoid undermining those goals.* »

73 Article 21 alinéa 2 du Règlement d'arbitrage de la CIETAC : « *Lorsque les parties conviennent de désigner les arbitres en dehors du panel d'arbitres de la CIETAC, les arbitres ainsi désignés ou nommés en vertu d'un accord conclu entre les parties peuvent agir en qualité de co-arbitres, arbitre-président ou arbitre unique après que cette désignation a été confirmée par le Président de la CIETAC conformément à la loi.* »

d'autre part de prévenir les manœuvres dilatoires tendant à retarder excessivement le début de l'instance arbitrale. Cette procédure de nomination des arbitres par le juge national est identique en droit français (article 1451 du CPC<sup>74</sup>), en droit suisse (article 179 de la LDIP<sup>75</sup>) et en droit américain (section 5 du FAA<sup>76</sup>). En pratique, le professeur Eric Loquin remarque que c'est uniquement dans l'hypothèse (peu fréquente) où la partie reste inactive face à l'injonction du juge de nommer un arbitre que celui-ci procédera à une désignation effective<sup>77</sup>.

Les juges d'appui français et suisse, ainsi que cela a été souligné précédemment, disposent à ce stade de la procédure arbitrale de compétences étendues par rapport au juge américain – cela procède d'une conception juridictionnelle de l'arbitrage. Dans le cadre de cette coopération renforcée, les praticiens se sont interrogés quant à l'opportunité de prévoir un contrôle préalable de la convention d'arbitrage lorsqu'une partie refuse de nommer un arbitre en arguant de la nullité de cet accord. Il est essentiel de rappeler que cette question relève normalement de l'office des arbitres en vertu de l'effet positif du principe compétence-compétence, qui permet aux arbitres dont la compétence est contestée de se prononcer sur le fondement de leur investiture. Au contraire de nombreuses législations arbitrales (les professeurs Jean-François Poudret et Sébastien Besson citent en ce sens le droit hollandais, dont l'article 1027(4) du WBR prévoit la nomination des arbitres par le tribunal sans prêter attention à la question de la validité de l'accord d'arbitrage)<sup>78</sup>, le droit français et le droit suisse admettent dans une certaine mesure ce contrôle, consacrant ainsi une création prétorienne de la jurisprudence<sup>79</sup>. L'article 1455 du CPC dispose en effet que « *si la convention d'arbitrage est manifestement nulle ou manifestement inapplicable, le juge d'appui déclare n'y avoir lieu à désignation* », tandis qu'à l'alinéa 3 de l'article 179 de la LDIP, il est prévu que « *lorsqu'un juge est appelé à nommer un arbitre, il donne suite à la demande de nomination qui lui est adressée, à moins qu'un examen sommaire ne démontre qu'il n'existe entre les parties aucune*

---

74 « Si les parties ne s'accordent pas sur la désignation d'un arbitre complémentaire, le tribunal arbitral est complété dans un délai d'un mois à compter de l'acceptation de leur désignation par les arbitres choisis ou, à défaut, par le juge d'appui mentionné à l'article 1459. »

75 « A défaut d'une telle convention, le juge du siège du tribunal arbitral peut être saisi; il applique par analogie les dispositions du CPC90 sur la nomination, la révocation ou le remplacement des arbitres. »

76 « If in the agreement provision be made for a method of naming or appointing an arbitrator or arbitrators or an umpire, such method shall be followed; but if no method be provided therein, or if a method be provided and any party thereto shall fail to avail himself of such method, or if for any other reason there shall be a lapse in the naming of an arbitrator or arbitrators or umpire, or in filling a vacancy, then upon the application of either party to the controversy the court shall designate and appoint an arbitrator or arbitrators or umpire, as the case may require, who shall act under the said agreement with the same force and effect as if he or they had been specifically named therein; and unless otherwise provided in the agreement the arbitration shall be by a single arbitrator. »

77 E. LOQUIN, « L'arbitrage du commerce international, Pratique des affaires », Joly éditions et Lextenso éditions, 2015, p. 28

78 Article 1027(4) du WBR : the court shall « appoint the arbitrators without regard to the question of the validity of the arbitration agreement ». : S. BESSON et J-F. POUURET, « Comparative Law of international arbitration », Second Edition, Translated by Stephen V. BERTI and Annette PONTI, Sweet & Maxwell 2007

79 Arrêt « Quarto Children », Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 16 octobre 2001 : Rev Arb 2002, p. 919, note D. Cohen

*convention d'arbitrage* ». Cette nullité manifeste doit nécessairement être interprétée très strictement pour ne pas empiéter sur l'office de l'arbitre : le professeur Philippe Fouchard insiste sur le fait qu'il doit s'agir « *d'une nullité évidente, incontestable, qu'aucune argumentation sérieuse n'est en mesure de mettre en doute* »<sup>80</sup>, rarissime en pratique.

## B. La récusation des arbitres par le juge étatique : la position isolée du droit français en droit comparé

La clé de voûte de l'arbitrage est la confiance que le tribunal doit inspirer aux parties. L'indépendance et l'impartialité de l'arbitre sont « *de l'essence même de la fonction arbitrale* »<sup>81</sup> : ces deux principes fondamentaux se retrouvent dans la majorité des législations nationales, qui prévoient en conséquence des mécanismes de récusation à l'encontre des arbitres qui ne garantissent pas ces exigences. Il convient d'emblée de souligner la difficile distinction entre les notions d'indépendance et d'impartialité : l'indépendance constitue une situation objective, de fait ou de droit, prohibant certaines relations entre l'une des parties et un arbitre (par exemple financières), tandis que l'impartialité est davantage subjective : cela évoque plutôt l'apparence d'une relation privilégiée entre une partie et un membre du tribunal arbitral. Cette distinction est de prime abord importante, puisqu'au contraire du droit français et du droit américain, le droit suisse paraît limiter la récusation au seul critère d'indépendance : l'article 180 alinéa 3 de la LDIP dispose en effet « *qu'un arbitre peut être récusé lorsque les circonstances permettent de douter légitimement de son indépendance* ». Les professeurs Jean-François Poudret et Sébastien Besson observent cependant que ce concept n'a pas disparu, dans la mesure où les cours continuent à exiger l'impartialité des arbitres sur un fondement constitutionnel<sup>82</sup>.

Le droit suisse (article 180 de la LDIP), le droit français (article 1456 du CPC<sup>83</sup>) et le droit américain (section 10(2) du FAA<sup>84</sup>) sont textuellement très proches de l'article 12 de la loi-modèle de la CNUDCI, qui dispose que « *lorsqu'une personne est pressentie en vue de sa nomination éventuelle en qualité d'arbitre, elle signale toutes circonstances de nature à soulever des doutes*

---

80 Citation du professeur Ph. FOUCARD par E. LOQUIN, « l'arbitrage du commerce international, pratique des affaires », Joly éditions et Lextenso éditions, 2015, p.27

81 Civ. 1re, 16 mars 1999, D. 1999. Jur. 497, note P. Courbe

82 S. BESSON et J-F. POUDRET, « Comparative Law of international arbitration », Second Edition, Translated by Stephen V. BERTI and Annette PONTI, Sweet & Maxwell 2007, p. 345 : ATF 118 II 359 c 3c)

83 Article 1456 CPC : « *Il appartient à l'arbitre, avant d'accepter sa mission, de révéler toute circonstance susceptible 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.* »

84 Section 10(2) FAA : *In any of the following cases the United States court in and for the district wherein the award was made may make an order vacating the award upon the application of any party to the arbitration where there was evident partiality or corruption in the arbitrators, or either of them*

*légitimes sur son impartialité ou sur son indépendance [...] un arbitre ne peut être récusé que s'il existe des circonstances de nature à soulever des doutes légitimes sur son impartialité ou son indépendance* ». Cette uniformité de façade des textes législatifs ne reflète pourtant pas la profonde divergence des systèmes juridiques en ce qui concerne les informations devant être révélées par l'arbitre. Le degré exigé d'indépendance et d'impartialité des arbitres varie considérablement selon le droit français d'une part, et le droit suisse et le droit américain d'autre part.

Le droit français fait montre d'une grande sévérité quant à la neutralité de l'arbitre : la Cour de cassation souligne en effet dans l'arrêt Consorts Ury c. S.A. des Galeries Lafayettees « *qu'une totale indépendance est essentielle pour exercer le pouvoir judiciaire, peu importe la source de ce pouvoir* »<sup>85</sup>. Le professeur Thomas Clay observe qu'une simple absence d'information ou une information incomplète risquerait de faire douter de l'indépendance de l'arbitre<sup>86</sup> : la jurisprudence française raisonne en terme de suspicion et prend en compte toutes circonstances pouvant « *provoquer dans l'esprit des parties un doute raisonnable quant à l'impartialité de [l'arbitre] et à son indépendance* »<sup>87</sup>. Il est d'emblée possible de constater que le régime d'application français sur les critères d'impartialité et d'indépendance est particulièrement imprévisible, puisque reposant sur la prévention d'une partie à l'encontre de l'arbitre. Le professeur Daniel Cohen, qui dénonce le caractère très incertain de la jurisprudence française, alerte sur la dérive des parties qui remettent de plus en plus en cause les sentences arbitrales sur le fondement de la récusation des arbitres<sup>88</sup>. Cette tendance, si elle n'est pas enrayée par le développement d'une jurisprudence encadrant plus précisément le devoir de révélation des arbitres, pourrait nuire à l'attractivité de Paris comme place d'arbitrage international. Cette obligation de transparence excessive a été relevée dans la saga « Tecnimont » : le 12 avril 2016, la Cour d'appel de Paris<sup>89</sup> a rendu un cinquième arrêt dans cette affaire, après deux recours en cassation, portant sur un différend survenu entre la société grecque AVAX et son sous-traitant italien TECNIMONT, à l'occasion de la construction d'une usine de propylène à Thessalonique. La constitution du tribunal arbitral était contestée au motif que le président du tribunal arbitral avait exercé des activités de conseil pour la société Tecnimont quelques mois avant l'acceptation de sa nomination et que le cabinet auquel appartenait l'arbitre avait en outre représenté une filiale de la société Tecnimont dans une autre procédure. Le dernier arrêt en date relativise heureusement les exigences de neutralité des arbitres en décidant que « ces

---

85 Civ. 2ème, Consorts Ury c. S.A. des Galeries Lafayettees, 13 avril 1972, Revue de l'arbitrage 1975, p.235, note de E. LOQUIN, N° de pourvoi : 70-12.774

86 Th. CLAY, « l'arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges », D., 22 décembre 2011, n°44, Panorama, p3023-3033, p.3028

87 Civ. 1ère, 10 octobre 2012, n°11-20.299

88 D. COHEN, « Indépendance des arbitres et conflits d'intérêt », Rev. Arb. 2011 n°3, p. 611, Kluwerarbitration

89 CA Paris, pôle 1, Chambre 1, arrêt du 12 avril 2016, n° 14/14884

liens n'étaient pas de nature à aggraver de manière significative les doutes sur l'indépendance et l'impartialité de l'arbitre qui pouvaient résulter des éléments à disposition d'AVAX avant sa requête en récusation ». Cette décision doit être saluée en ce qu'elle prend en considération la « professionnalisation » de l'arbitrage international ces dernières décennies : Christian Hausmann note que « cette professionnalisation engendre un cercle restreint d'arbitres et d'avocats actifs en arbitrage international : ils se connaissent, se « pratiquent », se fréquentent et forment ainsi un réseau de fait »<sup>90</sup>.

La position de la jurisprudence américaine est radicalement opposée : la neutralité de l'arbitre n'est pas érigée en principe cardinal du droit de l'arbitrage, puisqu'il a longtemps été admis que les arbitres directement nommés par les parties – au contraire du troisième arbitre nommé par les deux autres juges privés –, faisaient l'objet de critères plus souples quant à leur indépendance. L'idée était que cette formation « tripartite » du panel arbitral avait justement pour objet de permettre aux parties d'avoir un représentant « bienveillant » au sein du tribunal, qui s'assurerait que le point de vue de « sa » partie est bien compris<sup>91</sup>. Il est en ce sens possible de citer le juge new-yorkais Stanley Howells Fuld qui remarque que « le droit pour une partie de nommer son propre arbitre [...] ne présenterait que peu d'intérêt si ce choix devait être neutre. Ce droit n'a d'intérêt que si la partie peut nommer un arbitre qu'elle sait sympathique à sa cause »<sup>92</sup>. Cette approche semble abandonnée en 2004 par le Code d'éthique des arbitres du commerce international, élaboré conjointement par l'American Arbitration Association et l'American Bar Association, qui recommandent la neutralité de l'intégralité des membres du tribunal arbitral<sup>93</sup>. Le professeur Alan Scott Rau s'oppose à cette nouvelle disposition, jugeant qu'il est illusoire de croire qu'un arbitre pourra être parfaitement neutre envers la partie qui l'a élu malgré une conscience professionnelle exemplaire : une telle prévision ne serait que de nature à accroître le désenchantement des parties pendant l'instance arbitrale. Paraphrasant La Rochefoucauld, le professeur Alan Scott Rau observe alors « tout ceci n'est rien d'autre qu'un hommage que le vice rend à la vertu »<sup>94</sup>.

---

90 Ch. HAUSMANN, « L'indépendance de l'arbitre », article publié le 11 novembre 2011 dans « La Revue », newsletter du bureau parisien de Squire Patton Boggs.

91 A. S. RAU, « The culture of american arbitration and the lessons of ADR », Texas International Law Journal, 2005, p. 458 : <http://www.tilj.org/content/journal/40/num3/Rau449.pdf>

92 Astoria Med. Group v. Health Ins. Plan of Greater N.Y., 182 N.E.2d 85, 88 (N.Y. 1962) : « *The right to appoint one's own arbitrator, which is of the essence of tripartite arbitration and which was vindicated in the Lipschutz case, would be of little moment were it to comprehend solely the choice of a "neutral". It becomes a valued right, which parties will bargain for and litigate over, only if it involves a choice of one believed to be sympathetic to his position or favorably disposed to him* ».

93 B. H. SHEPPARD, « A new era of arbitrator Ethics for the US : the 2004 revision to the AAA/ABA Code of ethics for arbitrators in commercial disputes », Arb. Int. 2005/1, pp.91-97, cité par S. BESSON et J-F. POUDRET, « Comparative Law of international arbitration », Second Edition, Translated by Stephen V. BERTI and Annette PONTI, Sweet & Maxwell 2007, p. 345

94 A. S. RAU, « The culture of american arbitration and the lessons of ADR », Texas International Law Journal, 2005, p. 458 : <http://www.tilj.org/content/journal/40/num3/Rau449.pdf>

Il résulte de cette conception très différente de la neutralité de l'arbitre que la jurisprudence américaine fait preuve de beaucoup moins de sévérité que le droit français. Plutôt que de se référer au pressentiment des parties quant à l'indépendance et à l'impartialité des arbitres, le droit américain préfère établir une liste de critères : l'arrêt *Scandinavian Reinsurance Co. Ltd. V. St Paul F&M Ins Co*<sup>95</sup> relève par exemple quatre indices : l'intérêt personnel de l'arbitre (notamment financier), la relation immédiate entre l'arbitre et la partie qui l'a nommé, la nature de cette relation, et enfin la proximité temporelle entre cette connexion et le début de l'instance arbitrale. Cette approche permet ainsi de procéder de façon objective face à des notions intrinsèquement subjectives : l'indépendance et l'impartialité peuvent faire l'objet d'une multiplicité de perceptions dans le temps et dans l'espace, facteur d'insécurité juridique lorsqu'il s'agit d'évoluer au sein d'un système décentralisé de règlement des conflits, qui de surcroît ne dissimule plus sa vocation à devenir transnational.

Dans le même esprit que le droit américain, la jurisprudence suisse est décrite par le professeur Pierre Lalive comme « restrictiviste » s'agissant de l'admission du recours en récusation contre les arbitres<sup>96</sup>. L'arrêt du tribunal fédéral du 9 octobre 2012<sup>97</sup> en est une bonne illustration : plutôt que d'enjoindre aux arbitres de révéler tous les faits de nature à faire naître un doute sur son impartialité et son indépendance, le tribunal fédéral suisse exige que les parties investiguent en détail la situation de l'arbitre, et l'interrogent « *afin d'obtenir une réponse claire et nette* ». Le praticien de l'arbitrage Jean Marguerat critique cette décision en ce que « *la jurisprudence du tribunal fédéral tend à substituer le devoir de révélation de l'arbitre par la connaissance et par le devoir de curiosité des parties* »<sup>98</sup>. Il ajoute qu'un tel procédé est en pratique complexe pour les parties, eu égard à l'autorité de l'arbitre.

---

95 *Scandinavian Reinsurance Co. Ltd. v. St Paul F&M Ins. Co* 668 F.3d 60 (2nd Cir. 2012) : « *To determine if a party has established [evident] partiality, a court should assess four factors: "(1) the extent and character of the personal interest, pecuniary or otherwise, of the arbitrator in the proceedings; (2) the directness of the relationship between the arbitrator and the party he is alleged to favor; (3) the connection of that relationship to the arbitrator; and (4) the proximity in time between the relationship and the arbitration proceeding* »

96 J. MARGUERAT, « Indépendance et impartialité de l'arbitre : le devoir de révéler de l'arbitre éclipsé », Commentaire de l'arrêt du tribunal fédéral du 9 octobre 2012 (4A\_110/2012) : in : Jusletter 15 avril 2013, [http://www.froriep.com/upload/prj/publication/2013.04.15\\_JEM\\_Jusletter.ch.pdf](http://www.froriep.com/upload/prj/publication/2013.04.15_JEM_Jusletter.ch.pdf)

97 Arrêt du tribunal fédéral du 9 octobre 2012 (4A\_110/2012)

98 J. MARGUERAT, « Indépendance et impartialité de l'arbitre : le devoir de révéler de l'arbitre éclipsé », Commentaire de l'arrêt du tribunal fédéral du 9 octobre 2012 (4A\_110/2012) : in : Jusletter 15 avril 2013, [http://www.froriep.com/upload/prj/publication/2013.04.15\\_JEM\\_Jusletter.ch.pdf](http://www.froriep.com/upload/prj/publication/2013.04.15_JEM_Jusletter.ch.pdf)

## **CHAPITRE 2 – L'INTERVENTION DU JUGE ÉTATIQUE À L'ARBITRAGE EN REMÈDE AU DÉFAUT D'IMPERIUM DES ARBITRES**

L'autonomie de l'arbitrage, de plus en plus promue par les législations nationales, s'illustre par le renforcement des pouvoirs du tribunal arbitral. L'intervention du juge étatique pendant l'instance demeure cependant indispensable dans deux situations, en remède au défaut d'imperium des arbitres. Dans le premier cas, la collaboration du juge peut être requise pour le prononcé de mesures probatoires : la profonde opposition idéologique des systèmes nationaux en la matière semble cependant constituer un frein à l'établissement d'un mécanisme arbitral transnational et autonome (I). Dans le second cas, le juge étatique intervient pour assister les arbitres, lorsque ces derniers ordonnent des mesures provisoires et conservatoires. La tendance consistant à reconnaître une compétence concurrente au juge étatique pour le prononcé de telles mesures reste aujourd'hui controversée en droit comparé (II).

### **I. Le recours au juge étatique pour le prononcé de mesures probatoires**

#### **A. L'assistance nécessaire du juge étatique en matière probatoire**

Le principe « *actori incombis probatio* » est largement reçu en droit comparé : il appartient aux parties de produire les preuves soutenant leurs prétentions devant le tribunal arbitral. Cette obligation des parties n'exclut cependant pas un pouvoir d'initiative de l'arbitre : l'article 184 de la LDIP dispose que « *le tribunal arbitral procède lui-même à l'administration des preuves* ». De la même manière, il est prévu à l'article 1467 du CPC que « *le tribunal arbitral procède aux actes d'instruction nécessaires* ». Le législateur américain précise à la section 7 du FAA que ce pouvoir recouvre tant les demandes de production de documents que les citations à comparaître des témoins devant le tribunal arbitral<sup>99</sup>.

En réalité, cette compétence est fortement tempérée par le défaut d'imperium de l'arbitre, qualifié par le professeur Philippe Fouchard de « *talon d'Achille de l'arbitrage* »<sup>100</sup> : ce dernier n'étant pas une autorité publique, il ne peut pas faire respecter ses décisions sous la contrainte. D'autre part l'arbitre n'aura d'autorité que celle que les parties lui auront accordée dans le compromis : en raison

---

99 Section 7 « Witnesses before arbitrators; fees; compelling attendance » du Federal arbitration act : « *The arbitrators selected either as prescribed in this title or otherwise, or a majority of them, may summon in writing any person to attend before them or any of them as a witness and in a proper case to bring with him or them any book, record, document, or paper which may be deemed material as evidence in the case.* »

100 S. BOSTANJI, F. HORCHANI, S. MANCIAUX, « Le juge et l'arbitre », Editions A. Pedone, 2014, p.131

de sa nature contractuelle, le tribunal arbitral ne dispose d'aucun pouvoir à l'égard des tiers à la procédure – selon un principe cardinal du droit des contrats, l'effet relatif des conventions. La production forcée de preuve s'avérant indispensable face à des parties récalcitrantes, certaines législations ont consacré le pouvoir du tribunal arbitral d'enjoindre à l'une des parties de produire un document et d'assortir son injonction d'une astreinte. L'article 1467 alinéa 3 du CPC dispose par exemple que « *si une partie détient un élément de preuve, le tribunal arbitral peut lui enjoindre de le produire selon les modalités qu'il détermine et au besoin à peine d'astreinte* ». En pratique, le tribunal arbitral se heurte une nouvelle fois à son incapacité à contraindre les parties : cette astreinte est inefficace si ces dernières refusent de l'exécuter. La jurisprudence française autorise en revanche les arbitres à tirer toutes les conséquences de l'abstention d'une partie lorsqu'il connaîtra du fond du litige, sanction indubitablement persuasive pour les parties réfractaires à la production d'une preuve<sup>101</sup>. Cette solution trouve cependant ses limites lorsqu'il s'agit de l'audition d'un tiers à la procédure arbitrale.

L'assistance du juge étatique en matière probatoire s'avère par conséquent absolument indispensable pour le bon déroulement de l'arbitrage : elle est alors organisée par les législations nationales – qui sont en la matière de qualité assez inégales.

## B. Une collaboration en pleine mutation : un possible « cheval de Troie » de l'arbitrage

### 1. Le droit américain

La compétence des cours pour assister les arbitres en matière probatoire est prévue à la section 7 du FAA. Celle-ci dispose que « *si une partie [refuse de produire un document] ou si un tiers refuse ou néglige de témoigner devant le tribunal arbitral, ce dernier peut saisir le tribunal fédéral américain de première instance de son siège* »<sup>102</sup>. Les professeurs Jean-François Poudret et Sébastien Besson observent cependant que l'intervention des cours est soumise à des conditions particulièrement restrictives<sup>103</sup>.

---

101 Paris, 10 mars 1995, Rev Arb 1996, p. 143, Obs. Y. DERAIS

102 Section 7 du FAA : Witnesses before arbitrators; fees; compelling attendance : « *if any person or persons so summoned to testify shall refuse or neglect to obey said summons, upon petition the United States district court for the district in which such arbitrators, or a majority of them, are sitting may compel the attendance of such person or persons before said arbitrator or arbitrators, or punish said person or persons for contempt in the same manner provided by law for securing the attendance of witnesses or their punishment for neglect or refusal to attend in the courts of the United States.* »

103 S. BESSON et J-F. POUDRET, « Comparative Law of international arbitration », Second Edition, Translated by Stephen V. BERTI and Annette PONTI, Sweet & Maxwell 2007, p. 564

La principale faiblesse de cette collaboration résulte en effet du titre 28 de l'U.S. Code, §1782, relatif à la compétence du tribunal fédéral de première instance pour assister les tribunaux étrangers à recueillir des preuves. Le juge James H. Carter rappelle que trois conditions sont exigées par cette disposition pour autoriser une discovery : tout d'abord, la personne contre laquelle la discovery est recherchée doit résider dans le ressort du tribunal ; la discovery demandée doit uniquement être utilisée dans le cadre d'une procédure menée devant un tribunal étranger ; la demande de discovery peut être formée par le tribunal étranger lui-même, ou par une partie intéressée<sup>104</sup>.

La Cour suprême des États-Unis, dans l'arrêt de principe *Intel Corp. v. Advanced Micro Devices Inc*<sup>105</sup> de 2004 précise quatre facteurs permettant aux tribunaux fédéraux de première instance d'évaluer si les conditions de cet article sont remplies : la discovery recherchée par le tribunal étranger ne peut être obtenue par un autre moyen (l'assistance des cours américaines doit être indispensable), le pays étranger doit être « réceptif » et accepter l'assistance des cours américaines (il s'agit plus particulièrement d'apprécier la nature du litige et la sensibilité politique de l'affaire), la demande ne doit pas être une tentative de mettre en échec une procédure de production forcée de preuve à l'étranger, et enfin l'assignation devant les cours américaines ne doit pas contenir de requêtes intrusives et excessives. L'apport majeur de cette décision est de considérer que les tribunaux arbitraux possédant leur siège en dehors des États-Unis ne constituent pas « *des tribunaux étrangers ou internationaux au sens de l'article 1782* »<sup>106</sup>.

Les difficultés soulevées par une telle solution sont évidentes : il est fréquent que le tribunal arbitral puisse trouver pertinente la recherche de preuves situées à l'étranger, d'autant que le siège arbitral est souvent choisi par les parties pour la neutralité de l'État plutôt que pour des raisons tenant aux conditions d'administration de la preuve. Certaines cours fédérales ont alors tenté d'assouplir l'interprétation de l'article 1782 en jugeant que son application recouvre également les tribunaux « *quasi-judiciaires* »<sup>107</sup>, mais une importante partie des juridictions s'y oppose toujours<sup>108</sup>. Cette question a plus récemment connu une nouvelle actualité avec l'affaire *Chevron*<sup>109</sup> : la société Chevron, accusée d'être à l'origine de dommages environnementaux en Equateur estimés à plusieurs milliards de dollars, a déposé près de vingt-cinq requêtes de discovery à l'encontre de trente parties

---

104 J. H. CARTER et S. CHAKRABORTY, « US discovery in aid of foreign proceedings », *The International Arbitration Review*, Second Edition, Law Business Research LTD, 2011, p. 496

105 *Intel Corp. v. Advanced Micro Devices Inc*. 542 US 241, 2004

106 J. H. CARTER et S. CHAKRABORTY, « US discovery in aid of foreign proceedings », *The International Arbitration Review*, Second Edition, Law Business Research LTD, 2011, p. 496

107 *Post Intel* : US Court of Appeals Revises Opinion: Section 1782's Use in Arbitration, *Ambiguous Latham & Watkins International Arbitration Practice* February 3, 2014 | Number 1639

108 *El Paso Corp. V La Comision Ejecutiva Hidroelectrica Del Rio Lempa*, 341, Fed. Appx 31 (5th Cir. 2009)

109 *In Re Chevron Corp.* 633. F.3d 153, 159 (2011).

sur le fondement de l'article 1782 de l'USC. La fréquence de ces requêtes et leurs enjeux commerciaux pourraient conduire la Cour Suprême des Etats-Unis à clarifier le dicta de son arrêt *Intel*.

## 2. Le droit suisse

Le droit suisse reconnaît également une compétence générale à ses tribunaux étatiques pour assister les arbitres en matière probatoire. L'article 184 de la LDIP dispose que « *si l'aide des autorités judiciaires de l'État est nécessaire à l'administration de la preuve, le tribunal arbitral, ou les parties d'entente avec lui, peuvent requérir le concours du siège du tribunal arbitral ; ce juge applique son propre droit* ». Les juges nationaux pourront alors convoquer un témoin à comparaître devant le tribunal arbitral et ordonner la production de preuves détenues par une partie ou par un tiers à la procédure.

La lecture de cet article appelle deux remarques : le juge appliquera ses lois étatiques. En conséquence, la Cour pourra refuser une requête d'assistance visant des mesures probatoires inconnues ou inadmissibles en Suisse : une demande de discovery pourrait alors être rejetée. Cette procédure, très ancrée dans la tradition juridique anglo-américaine, est une phase pré-contentieuse d'investigation qui a vocation à rassembler tous les éléments de preuves permettant le bon déroulement du procès. Caractéristique d'un système accusatoire, il est imposé aux parties de produire tous les documents en lien avec le conflit, que ces éléments soient en leur faveur ou non. L'objectif de cette procédure est de délimiter l'objet du litige : dès lors, si la demande de discovery est large et imprécise, le risque de transmettre à l'adversaire des documents sensibles, voire confidentiels, augmente – la discovery devient alors une « fishing expedition ». La nature très intrusive de la discovery heurte frontalement la conception procédurale civiliste, qui accorde au juge un rôle central dans l'administration des preuves : les parties peuvent se limiter à apporter les preuves soutenant leurs prétentions.

La seconde remarque concerne les limites de compétence rencontrées par les tribunaux étatiques : de la même manière qu'en droit américain, le droit suisse n'admet l'assistance du juge national que lorsque le siège arbitral est situé dans le pays où l'intervention du juge étatique est requise. Ainsi, il ressort de ces deux observations que sont attachées de lourdes conséquences au choix du siège de l'arbitrage : outre l'assistance limitée dans l'espace du juge étatique, les différences culturelles entre les systèmes juridiques ne doivent pas être ignorées par les parties.

### 3. Le droit français

Avant la réforme du 13 janvier 2011, les textes français ne contenaient aucune clause expresse relative à la compétence des cours étatiques pour assister le tribunal arbitral en matière probatoire<sup>110</sup>. Si le juge avait admis sa compétence à intervenir en vue de la préservation des preuves, sa collaboration pour mettre en œuvre les ordres probatoires des arbitres était d'une nature plus incertaine. Les parties pouvaient seulement saisir les juridictions nationales sur le fondement de l'article 145 du CPC (article de droit commun en procédure civile) pour protéger les preuves avant le début d'une instance : celui-ci dispose que « *s'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige, les mesures d'instruction légalement admissibles peuvent être ordonnées à la demande de tout intéressé, sur requête ou en référé* ». La condition d'urgence n'est pas exigée pour la mise en œuvre de cette disposition. En revanche, le recours à l'article 145 n'est possible que tant que le tribunal arbitral n'est pas constitué. En l'absence d'un régime juridique spécifique en matière probatoire, la seule option des parties ou des arbitres était de saisir les juridictions étatiques afin d'obtenir une mesure provisoire<sup>111</sup> – la condition d'urgence devait alors nécessairement être respectée, comme nous le verrons par la suite en étudiant plus précisément les mesures provisoires et conservatoires en arbitrage.

La création d'un régime spécifique organisant l'assistance des juges étatiques en matière probatoire est l'un des apports majeurs du décret du 13 janvier 2011 portant réforme du droit français de l'arbitrage. Désormais, selon l'alinéa 1 de l'article 1469 du CPC « *si une partie à l'instance arbitrale entend faire état d'un acte authentique ou sous seing privé auquel elle n'a pas été partie ou d'une pièce détenue par un tiers, elle peut, sur invitation du tribunal arbitral, faire assigner ce tiers devant le président du tribunal de grande instance aux fins d'obtenir la délivrance d'une expédition ou la production de l'acte ou de la pièce* ». Le juge compétent ne sera donc pas le juge d'appui, mais le président du tribunal de grande instance compétent territorialement au regard du droit commun. Le professeur Charles Jarrosson regrette cependant les nombreuses imprécisions et difficultés d'application de ce texte, qui n'ont pas été anticipées<sup>112</sup>. Cet auteur s'interroge notamment sur le rôle de l'invitation du tribunal arbitral : l'arbitre n'est-il qu'un relais entre la requête de l'une des parties et

---

110 S. BESSON et J-F. POUDRET, « Comparative Law of international arbitration », Second Edition, Translated by Stephen V. BERTI and Annette PONTI, Sweet & Maxwell 2007, p. 564

111 Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, « International Commercial Arbitration », Edited by Emmanuel Gaillard and John Savages, Kluwer Law International, 1999, p. 725

112 Ch. JARROSSON, « Le juge et l'instance arbitrale : le juge, l'arbitre et la preuve en droit français », contribution à l'ouvrage « L'arbitre et le juge étatique, études de droit comparé à la mémoire de Giuseppe Tarzia », sous la direction d'A. SALETTI, J. VAN COMPERNOLLE et J.F. VAN DROOGHENBROECK, éditions Bruylant, 2014, p. 331

le juge étatique, ou doit-il préalablement exercer un contrôle d'opportunité de la saisine du juge ? Selon le degré de contrôle accordé à l'arbitre, ce dernier pourrait alors bloquer les requêtes dilatoires ou inutiles des parties. Pour sa part, le professeur Christophe Seraglini déplore que cette disposition se limite à la production forcée de preuve : comment contraindre à l'audition des tiers ?<sup>113</sup> Le droit comparé révèle en réalité une divergence d'opinion quant à l'intérêt d'auditionner des témoins<sup>114</sup> : les systèmes de Common Law considèrent les témoignages comme des éléments de preuve centraux, sans lesquels le juge ne peut vérifier la vérité des allégations des parties au procès. L'audition des témoins fait l'objet d'un régime juridique très complet en droit américain, prévoyant notamment la cross-examination, qui constitue un contre-interrogatoire parfois hostile d'un témoin afin d'éprouver la véracité de ses déclarations. Les systèmes de droit continentaux sont généralement plus prudents quant la sincérité du témoin et favorisent les preuves écrites. Cette opposition idéologique se retrouve en arbitrage commercial international illustrant une nouvelle fois de profondes différences culturelles. Le professeur Charles Jarrosson qualifie ces questions probatoires de « cheval de Troie »<sup>115</sup> de l'arbitrage : de nombreuses zones d'ombre subsistent pour le régime de l'assistance du juge étatique et les divergences nationales en la matière ne permettent pas l'établissement d'un consensus « transnational ». Cet auteur remarque que l'incertitude et les omissions de la jurisprudence française pourraient alors tendre à « américaniser » ces questions en arbitrage commercial international, ouvrant dès lors la voie à une forme de discovery.

## **II. Le recours au juge pour le prononcé de mesures provisoires et conservatoires**

### **A. La compétence des arbitres pour le prononcé de mesures provisoires et conservatoires**

De prime abord, la notion de mesure provisoire évoque l'un des aspects les plus pragmatiques de la procédure contentieuse : dans l'arrêt *Van Uden Maritime BV v Kommanditgesellschaft in Firma Deco-Line* du 17 novembre 1998, la Cour de Justice de l'Union Européenne considère « *que par mesures provisoires ou conservatoires, au sens de l'article 24 de la convention, il y a lieu d'entendre les mesures qui [...] sont destinées à maintenir une situation de fait ou de droit afin de sauvegarder des droits dont la reconnaissance est par ailleurs demandée au juge du fond* »<sup>116</sup>. Le

---

113 Ch. SERAGLINI et J. ORTSCHIEDT, « Droit de l'arbitrage interne et international », Montchrétien – Lextenso éditions 2013, p. 768

114 Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, « International Commercial Arbitration », Edited by Emmanuel Gaillard and John Savages, Kluwer Law International, 1999, p. 698

115 Ch. JARROSSON, « Le juge et l'instance arbitrale : le juge, l'arbitre et la preuve en droit français », contribution à l'ouvrage « L'arbitre et le juge étatique, études de droit comparé à la mémoire de Giuseppe Tarzia », sous la direction d'A. SALETTI, J. VAN COMPERNOLLE et J.F. VAN DROOGHENBROECK, éditions Bruylant, 2014, p. 338

116 *Van Uden Maritime BV v Kommanditgesellschaft in Firma Deco-Line*, C-391/95 (1998) E.C.R. I-7091, 7133 (ECJ)

professeur Giuseppe Chiovenda soulignait l'existence d'un risque à l'encontre de la partie qui utilise la voie procédurale pour régler un litige, en avertissant que « *la nécessité d'avoir recours au procès pour se faire rendre raison ne doit pas nuire à celui qui a raison* »<sup>117</sup>.

Il est difficile de délimiter la notion de mesure provisoire : cette expression est fréquemment utilisée pour désigner d'une façon générique les mesures provisoires de protection, les provisions, les mesures conservatoires, voire même les mesures permettant de préserver les preuves<sup>118</sup>. La mesure provisoire se définit comme une mesure urgente destinée à sauvegarder durant l'instance un intérêt compromis par le procès, tandis que la mesure conservatoire est « *une disposition par laquelle, dans l'attente d'une décision de justice définitive, un bien du débiteur est placé sous main de justice afin d'assurer l'efficacité des mesures d'exécution qui seront prises une fois les délais de recours passés ou les recours épuisés* »<sup>119</sup>.

Parfois perçu, à tort, comme une procédure accessoire, qui ne préjugerait pas de la solution au fond du litige, le référé peut au contraire constituer un enjeu essentiel de l'instance arbitrale : bénéficiaire d'une mesure, même provisoire, peut profondément changer le rapport de force entre les parties. Les législations nationales ont progressivement reconnu que les arbitres étaient les plus à même de juger du bien-fondé d'une demande de mesure provisoire (s'agit-il d'une requête fondée sur un intérêt légitime, ou d'une manœuvre dilatoire, tactique ou offensive?) et évaluer son impact sur le litige<sup>120</sup>. La réforme de la loi-modèle de la CNUDCI offre une illustration de cette évolution : l'article 17, dans sa version de 1985, disposait que « *sauf convention contraire des parties, le tribunal arbitral peut, à la demande d'une partie, ordonner à toute partie de prendre toute mesure provisoire ou conservatoire qu'il juge nécessaire en ce qui concerne l'objet du différend* ». Le professeur Gary B. Born note la présence de deux gardes-fous dans cet article<sup>121</sup> : l'arbitre est restreint dans sa compétence en ce que la mesure provisoire doit être « nécessaire » et directement en lien avec le litige. Le champ d'application de l'article 17 est largement étendu après la réforme de la loi-modèle en 2006 : « *sauf convention contraire des parties, le tribunal peut, à la demande d'une partie, ordonner des mesures provisoires* ».

---

117 G. CHIOVENDA « *Instituzioni di diritto processuale civile* », vol 1, n°34, p. 147, cité par C. CHENAIS, « les mesures provisoires dans le nouveau droit français de l'arbitrage », contribution à l'ouvrage « *L'arbitre et le juge étatique, études de droit comparé à la mémoire de Giuseppe Tarzia* », sous la direction d'A. SALETTI, J. VAN COMPERNOLLE, J.F. VAN DROOGHENBROECK, p. 281

118 Par exemple en droit français : CA Versailles, Rev. Arb. 1999, p. 57-62, cité par S. BESSON et J-F. POUDRET, « *Comparative Law of international arbitration* », Second Edition, Translated by Stephen V. BERTI and Annette PONTI, Sweet & Maxwell 2007, p. 519

119 <http://www.dictionnaire-juridique.com/definition/mesure-conservatoire.php>

120 J. D. M. LEW, L. A. MISTELIS, S. M. KROLL, « *Comparative International Commercial Arbitration* », Édition Kluwer Law International 2003, p. 585

121 G. BORN, « *International arbitration : law and practice* », Wolters Kluwer, 2012, p.204

Le même progrès peut être constaté dans la législation suisse qui prohibait toute compétence de l'arbitre en la matière à l'article 26 alinéa 1 du Concordat Cantonal de 1969 (« *les autorités judiciaires ordinaires sont seules compétentes pour ordonner des mesures provisionnelles* »). L'article 183 de la LDIP<sup>122</sup> reprend aujourd'hui expressément l'article 17 de la loi-modèle CNUDCI. En droit français, il a fallu attendre le décret du 13 janvier 2011 pour que soit consacré à l'article 1468 du CPC<sup>123</sup> la compétence de l'arbitre – même si l'opinion majoritaire considérait déjà que ce pouvoir était implicite. Enfin, malgré le silence du FAA en droit américain, la jurisprudence a également reconnu la compétence des arbitres pour le prononcé de mesures provisoires et conservatoires. Le juge Charles E. Wiggins déclare en ce sens dans l'arrêt *Pacific Reinsurance Management Corp. v Ohio Reinsurance* « *qu'une mesure provisoire en arbitrage est essentielle pour préserver des biens ou pour imposer l'exécution d'une obligation afin d'éviter une sentence finale dénuée de sens* »<sup>124</sup>.

Malgré l'autonomie du tribunal arbitral, l'intervention des juridictions étatiques s'avère indispensable dans deux situations : dans le premier cas, le défaut d'imperium de l'arbitre nécessite le concours du juge national pour la mise en œuvre de ses ordres procéduraux. Dans le second cas, il est reconnu au juge national un pouvoir concurrent pour le prononcé de mesures provisoires ; nonobstant une utilité tangible, cette compétence n'est pas unanimement admise en droit comparé.

## B. L'intervention du juge étatique : une coopération nécessaire pourtant discutée en droit comparé

### 1. L'intervention du juge pour mettre en œuvre une mesure provisoire ordonnée par l'arbitre

Une mesure provisoire n'est utile que si la partie qui en bénéficie peut la faire exécuter. Deux méthodes sont possibles : la partie peut soit obtenir une ordonnance du juge étatique homologuant cette décision, soit demander l'exéquatur de la décision du tribunal arbitral – qui sera alors qualifiée de sentence.

La loi arbitrale suisse retient la première solution en prévoyant le support de la cour étatique pour la

---

122 Article 183 LDIP : « *Sauf convention contraire, le tribunal arbitral peut ordonner des mesures provisionnelles ou des mesures conservatoires à la demande d'une partie* ».

123 Article 1468 alinéa 1 CPC : « *le tribunal peut ordonner aux parties, dans les conditions qu'il détermine et au besoin à peine d'astreinte, toute mesure conservatoire ou provisoire qu'il juge opportune* ».

124 *Pacific Reins. Mgt. Corp. v Ohio Reins* 935 F.2d 1019, 1022-23 (9th Circuit 1991) : « *Temporary equitable relief in arbitration may be essential to preserve assets or enforce performance which, if not preserved or enforced, may render a final award meaningless* »)

mise en œuvre des mesures provisionnelles<sup>125</sup> ordonnées par un tribunal arbitral. L'article 183 alinéa 2 de la LDIP dispose que « *si la partie concernée ne se soumet pas volontairement [aux mesures provisionnelles ou conservatoires], le tribunal arbitral peut requérir le concours du juge compétent* ». La saisine du juge étatique dépendra de l'arbitre et non pas des parties : un antagonisme entre les deux juridictions est ainsi évité. Le tribunal fédéral suisse s'est en revanche opposé à la seconde solution consistant à demander l'exéquatur de celles-ci, considérant que les mesures provisoires ordonnées par l'arbitre sur le fondement de l'article 183 de la LDIP ne peuvent être qualifiées de « sentences préliminaires »<sup>126</sup>. Cette solution a également pour conséquence d'exclure tout recours contre les ordres procéduraux des arbitres.

Les législations françaises et américaines ne se prononcent pas sur le support du juge étatique en la matière : les praticiens se sont alors interrogés sur la possibilité de demander l'exéquatur des mesures provisoires ou conservatoires ordonnées par l'arbitre. La question de savoir si le terme de « sentence arbitrale » couvre également les mesures provisoires est à l'origine d'un vaste débat théorique en droit comparé. La sentence arbitrale est traditionnellement définie comme « *la décision tranchant de manière définitive tout ou partie du litige soumis aux arbitres* »<sup>127</sup> : la finalité exigée de la décision paraît difficilement conciliable avec le prononcé d'une mesure provisoire. Les professeurs Jean-François Poudret et Sébastien Besson considèrent de surcroît que la Convention de New York de 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales n'est pas applicable aux mesures provisoires<sup>128</sup>. D'autres auteurs ont cependant soutenu le contraire, dans l'optique de préserver l'efficacité de ces mesures<sup>129</sup>.

Les juridictions américaines ont choisi d'interpréter largement la notion de sentence arbitrale : il est jugé dans l'arrêt *Sperry International Trade Inc v. Government of Israël*<sup>130</sup> que l'ordre donné par le tribunal arbitral constitue bien une sentence arbitrale, puisqu'elle tranche définitivement une question séparable du reste du litige. Cette tendance est confirmée par l'arrêt *Publicis Communication v. True North Communications Inc*<sup>131</sup> qui vise clairement la Convention de New-

---

125 Le terme de « mesures provisionnelles » en droit suisse est l'équivalent des mesures provisoires en droit français : elles se définissent en effet également comme les mesures prononcées par le juge au début de la procédure, pour régler les questions pratiques et urgentes posées par une situation de crise.

126 Tribunal fédéral suisse, 13 avril 2010, 4A 582/2009, cité par M. WIEBECKE, « The international arbitration Review », Second edition, Editor James H. Carter, Law Business Research LTD, 2011

127 Ch. SERAGLINI et J. ORTSCHIEDT, « Droit de l'arbitrage interne et international », Montchrétien – Lextenso éditions 2013, p. 776

128 S. BESSON et J-F. POUURET, « Comparative Law of international arbitration », Second Edition, Translated by Stephen V. BERTI and Annette PONTI, Sweet & Maxwell 2007, p. 546

129 Y. DERAIS, « Expertise technique et référé arbitral », *Rev Arb* 1982, p. 239-251

130 *Sperry International Trade Inc. V. Government of Israël*, U.S. Court of Appeals for the Second Circuit - 689 F.2d 301 (2d Cir. 1982), Argued April 29, 1982. Decided Sept. 3, 1982

131 *Publicis Communication v. True North Communications Inc*, 7th Circuit, 206 F3d 725 (7th circuit 2000)

York. En l'espèce, la Cour devait déterminer si l'ordre du tribunal arbitral de produire des documents fiscaux constituait bien une sentence arbitrale : par de très brefs motifs et sans définir la notion de sentence, la Cour a jugé que le terme d'ordre procédural n'exclut pas la qualification de sentence arbitrale.

Le droit français a évolué sur ce point : le professeur Jérôme Ortscheidt remarque que la jurisprudence qualifiait initialement les mesures provisoires et conservatoires d'ordonnance de procédure<sup>132</sup> qui ne pouvait en conséquence recevoir l'exequatur. Cette interprétation semble aujourd'hui battue en brèche par une lecture libérale<sup>133</sup> de l'article 1468 du CPC<sup>134</sup>. La Cour d'Appel de Paris<sup>135</sup> a en ce sens assoupli sa définition de la sentence arbitrale pour reconnaître que les mesures conservatoires peuvent être ordonnées par voie de sentence – et ainsi bénéficier d'une exécution forcée.

## 2. La compétence concurrente du juge étatique pour le prononcé de mesures provisoires

Dans certaines situations, les cours étatiques sont les seules à pouvoir agir efficacement afin de préserver une situation de fait ou de droit, que cela soit avant ou pendant l'instance arbitrale. Faute d'être une juridiction permanente, l'arbitre ne peut pas toujours ordonner une mesure provisoire ou conservatoire dans l'urgence – et encore moins lorsque le tribunal arbitral n'est pas encore formellement constitué. Le juge national s'est par conséquent vu reconnaître un pouvoir concurrent à celui de l'arbitre pour le prononcé de mesures provisoires dans la plupart des législations : pourtant, d'une façon contestable, ainsi qu'il sera développé ci-après, cette compétence a récemment été limitée en droit français.

Pendant un temps, les juridictions américaines se sont interrogées sur la validité du pouvoir du juge étatique pour le prononcé de mesures provisoires, en arguant que la conclusion d'un accord d'arbitrage avait pour effet de confier une compétence exclusive aux arbitres. Dans l'arrêt *McCreary & Tire & Rubber Co. v. CEAT S.p.A*<sup>136</sup> du 8 juillet 1974, les juges avaient considéré que l'article II §3 de la Convention de New York de 1958<sup>137</sup>, dans lequel est prévu le principe de compétence-

---

132 J. ORTSCHIEDT, « l'exécution provisoire des sentences arbitrales », *Rev. Arb.* 2004, p.9, spéc. N°15, p. 25

133 Ch. SERAGLINI et J. ORTSCHIEDT, « Droit de l'arbitrage interne et international », Montchrétien – Lextenso éditions 2013, p. 773

134 Article 1468 du CPC : *Le tribunal arbitral peut ordonner aux parties, dans les conditions qu'il détermine et au besoin à peine d'astreinte, toute mesure conservatoire ou provisoire qu'il juge opportune. Toutefois, la juridiction de l'Etat est seule compétente pour ordonner des saisies conservatoires et sûretés judiciaires. Le tribunal arbitral peut modifier ou compléter la mesure provisoire ou conservatoire qu'il a ordonnée.*

135 Paris, 7 oct 2004, *Rev. Arb.* 2004, p. 982

136 *McCreary & Tire & Rubber Co. v. CEAT S.p.A.* 501 F.2d 1032 (3d Cir. 1974)

137 Article II §3 de la Convention de New York : « 3. *Le tribunal d'un État contractant, saisi d'un litige sur une*

compétence, faisait obstacle au pouvoir du juge étatique. Très controversée et jugée défavorable pour l'efficacité de l'arbitrage, cette jurisprudence a rapidement été abandonnée : l'arrêt *Carolina Power & Light Co v. Uranex*<sup>138</sup> décide au contraire « *qu'aucune disposition de la Convention de New York ne suggère l'incompétence des juges étatiques en la matière* ». Il est aujourd'hui admis que les cours américaines peuvent ordonner des mesures provisoires dans tous les domaines du droit, en dépit du silence du Federal Arbitration Act (celui-ci ne se prononce sur cette question que pour l'arbitrage maritime à la Section 8<sup>139</sup>). Le juge John M. Walker remarque très justement dans l'arrêt *Blumenthal v Merrill Lynch, Pierce, Fenner & Smith Inc* que « *la politique pro-arbitrage reflétée dans les décisions de la Cour Suprême est renforcée – et certainement pas affaiblie – par la règle autorisant les juridictions à préserver la valeur de l'arbitrage en ordonnant des mesures provisoires ; l'arbitrage ne serait qu'une formalité dénuée de sens si les parties pouvaient altérer de façon irréversible leur statu quo avant que les arbitres ne soient en mesure de rendre une sentence finale* »<sup>140</sup>.

La compétence concurrente du juge national est également admise à l'article 9 de la loi-modèle CNUDCI<sup>141</sup> ainsi qu'à l'article 183 aliéna 3 de la LDIP suisse, qui dispose que « *le tribunal arbitral ou le juge peuvent subordonner les mesures provisionnelles ou les mesures conservatoires qu'ils ont été requis d'ordonner à la fourniture de sûretés appropriées* ». Cette compétence parallèle est néanmoins susceptible d'engendrer un risque de conflit de juridiction (tout particulièrement pour les mesures provisoires postérieures à la constitution du tribunal arbitral). Un principe de subsidiarité de la compétence des juridictions étatiques tend par conséquent à apparaître en jurisprudence, afin d'éviter les pratiques dilatoires des parties consistant à se tourner vers les juges nationaux après un refus du tribunal arbitral : la Cour de justice de Genève a en ce sens rejeté une demande de mesure

---

*question au sujet de laquelle les parties ont conclu une convention au sens du présent article, renverra les parties à l'arbitrage, à la demande de l'une d'elles, à moins qu'il ne constate que ladite convention est caduque, inopérante ou non susceptible d'être appliquée. »*

138 *Carolina Power & Light Co v Uranex*, 451 F. Supp. 1044 (N.D. Calif 1977) : « *nothing in the text of the NYC itself suggests that it precludes prejudgment attachment...* »

139 Section 8 du FAA : *Proceedings begun by libel in admiralty and seizure of vessel or property* : « *If the basis of jurisdiction be a cause of action otherwise justiciable in admiralty, then, notwithstanding anything herein to the contrary, the party claiming to be aggrieved may begin his proceeding hereunder by libel and seizure of the vessel or other property of the other party according to the usual course of admiralty proceedings, and the court shall then have jurisdiction to direct the parties to proceed with the arbitration and shall retain jurisdiction to enter its decree upon the award* »

140 *Blumenthal v Merrill Lynch, Pierce, Fenner & Smith Inc*, 910 F2d 1049 (2d Cir 1990) : « *the proarbitration policies reflected in the Supreme Court decisions are furthered, not weakened, by a rule permitting a district court to preserve the meaningfulness of the arbitration through a preliminary injunction. Arbitration can become a « hollow formality » if parties are able to alter irreversibly the status quo before the arbitators are able to render a decision in the dispute. A district court must ensure that the parties get what they bargained for – a meaningful arbitration of the dispute.* »

141 Article 9 de loi-modèle CNUDCI : « *La demande par une partie à un tribunal, avant ou pendant la procédure arbitrale, de mesures provisoires ou conservatoires et l'octroi de telles mesures par un tribunal ne sont pas incompatibles avec une convention d'arbitrage.* »

provisionnelle, soulignant qu'elle n'accorderait pas de mesures préalablement refusées par le tribunal arbitral<sup>142</sup>.

Au contraire du droit américain et du droit suisse, la législation française a choisi de distinguer deux périodes pour délimiter la compétence du juge étatique : l'article 1449 du CPC dispose que « *l'existence d'une convention d'arbitrage ne fait pas obstacle, tant que le tribunal arbitral n'est pas constitué, à ce qu'une partie saisisse une juridiction de l'État aux fins d'obtenir une mesure d'instruction ou une mesure provisoire ou conservatoire* ». La compétence du juge étatique avant la constitution du tribunal arbitral n'est donc pas contestée : la Cour de cassation a même admis la recevabilité du référé-provision malgré l'existence d'une convention d'arbitrage, ce qui paraît surprenant au premier abord puisque cette mesure peut conduire le juge national à accorder au demandeur des provisions substantielles, voire correspondant à la totalité de la créance alléguée par la partie<sup>143</sup>. Les conditions de recevabilité du référé-provision en arbitrage sont heureusement dérogoires du droit commun, afin de ne pas vider de toute substance le litige avant même que les arbitres ne se soient prononcés : outre la nécessité que le tribunal arbitral n'ait pas préalablement été constitué, est ajoutée une condition d'urgence. L'urgence pourra par exemple être caractérisée par le fait que le créancier, au regard de sa propre solvabilité, ne peut attendre la constitution du panel arbitral pour recouvrer sa créance<sup>144</sup>.

Le droit français s'oppose en revanche à toute intervention du juge étatique après la constitution du tribunal arbitral. Cette innovation du décret du 13 janvier 2011, qui s'attache à renforcer l'autonomie de l'arbitrage international, est très critiquable. Le professeur Cécile Chainais constate que « *si le droit français paraît, sur le papier, s'être doté d'un système qui limite l'intervention du juge étatique à sa plus stricte expression, il se heurte en réalité à des résistances multiples* »<sup>145</sup>. Cet auteur estime qu'il aurait été judicieux de maintenir une compétence résiduelle du juge étatique dans au moins trois hypothèses : lorsqu'une partie souhaite obtenir une mesure provisoire à l'insu de son adversaire (la compétence de l'arbitre pour statuer extra-partes est fortement contestée en raison de son incompatibilité avec la nature consensuelle de l'arbitrage et du risque de mettre en péril l'indépendance de l'arbitre) ; lorsqu'il s'agit d'ordonner des mesures destinées à préserver l'existence

---

142 Cour de Justice de Genève (RSPI 1993, p.286 c.3), cité par S. BESSON et J-F. POUDRET, « Comparative Law of international arbitration », Second Edition, Translated by Stephen V. BERTI and Annette PONTI, Sweet & Maxwell 2007, p. 532

143 Cass. Civ. 1<sup>ère</sup> 29 novembre 1989 et 6 mars 1990, Rev. Arb 1990, p. 633, note H. Gaudemet-Tallon ; 20 mars 1989 : Rev Arb 1989, p.494; 30 janv 1992 : RTD com. 1993, p. 300, obs. E .Loquin

144 E. LOQUIN, « L'arbitrage du commerce international, Pratique des affaires », Joly éditions et Lextenso éditions, 2015, p. 239

145 C. CHAINAIS, « Les mesures provisoires dans le nouveau droit français de l'arbitrage », contribution à l'ouvrage « L'arbitre et le juge étatique, études de droit comparé à la mémoire de Giuseppe Tarzia », sous la direction d'A. SALETTI, J. VAN COMPERNOLLE et J.F. VAN DROOGHENBROECK, éditions Bruylant, 2014, p. 315

d'une preuve menacée de disparition pendant l'instance (l'assistance des juges étatiques paraît nécessaire dans la mesure où le pouvoir de l'arbitre est limité par le défaut d'imperium) ; enfin, le contingentement du référé-provision à une période pré-arbitrale ne convainc pas le professeur Cécile Chainais, qui déplore le fait que les parties ne pourront se voir accorder une provision en urgence, lors d'un risque imminent d'insolvabilité pendant l'instance. Elle propose en conséquence une lecture aménagée de l'article 1449 du CPC, qui ne ferait pas systématiquement obstacle à la compétence du juge national après la constitution du tribunal arbitral. Il s'agit d'ailleurs de la solution adoptée en droit belge depuis le 23 juin 2013 : il est prévu par le nouvel article 1683 du Code judiciaire belge qu'une « *demande en justice, avant ou pendant la procédure arbitrale, en vue de l'obtention de mesures provisoires ou conservatoires et l'octroi de telles mesures ne sont pas incompatibles avec une convention d'arbitrage et n'impliquent pas renonciation à celle-ci* ».

\*

\*       \*

Il existe ainsi de profondes divergences dans les droits nationaux quant au degré de soutien apporté par le juge étatique à l'arbitrage, qui s'observent tout particulièrement en ce qui concerne le niveau d'exigence attendu relativement à l'indépendance et à l'impartialité des arbitres ou encore relativement aux compétences reconnues au juge national pour le prononcé de mesures probatoires ou provisoires. L'idée selon laquelle une coopération accrue entre le juge national et l'arbitre est nécessaire pour le bon déroulement de la procédure est controversée, ceci révélant des conceptions idéologiques opposées.

L'objectif de ces différentes législations est pourtant le même : chacune tente de promouvoir sa place d'arbitrage, prétendant à une plus grande attractivité, notamment en promettant un contrôle toujours moins étendu de la procédure par le juge étatique – ce sera l'objet d'étude de la seconde partie de ce mémoire. Mais ce faisant, n'existe-t'il pas un risque de dérive et de fragilisation de tout l'édifice juridique, de sa cohérence et de son efficacité ?

## **SECONDE PARTIE :**

# **LE CONTRÔLE EXERCÉ PAR LE JUGE ÉTATIQUE SUR L'ARBITRAGE COMMERCIAL INTERNATIONAL**

Le professeur Bruno Oppetit insiste sur le fait que l'arbitrage commercial international « *n'est pas une institution en suspension dans un espace indéterminé, dématérialisé et déjudiciarisé qui échapperait à toute hétéronomie et qui ne serait gouvernée que par ses propres contingences* »<sup>146</sup> : l'arbitrage est nécessairement soumis à des règles d'organisation et de fonctionnement, dont le respect sera garanti par les juridictions étatiques du siège arbitral ou du lieu d'exécution de la sentence. Ces dernières, représentantes des intérêts publics de l'ordre juridique national, pourront contrôler la validité de la convention d'arbitrage (Chapitre 1) et de la sentence rendue par les arbitres (Chapitre 2). Expression de la confiance accordée à ce mode de règlement privé des conflits, il sera possible de constater le net affaiblissement du contrôle exercé par l'État.

### **CHAPITRE 1 – LE CONTRÔLE EXERCÉ PAR LE JUGE ÉTATIQUE SUR LA CONVENTION D'ARBITRAGE**

Le principe de compétence-compétence limite considérablement le pouvoir de contrôle *a priori* des juridictions étatiques, au profit de l'autorité du tribunal arbitral. Les juridictions nationales ne seront compétentes qu'à un stade ultérieure de la procédure, si les parties forment un recours à l'encontre de la sentence ou à l'occasion de l'exécution forcée de celle-ci. L'étude du droit comparé démontre cependant que le contrôle du juge étatique sur la convention d'arbitrage – qu'il s'agisse d'un contrôle de ses conditions de validité (I) ou de l'arbitrabilité du litige (II) – tend à s'affaiblir : les solutions retenues, de plus en plus libérales, témoignent de la confiance accordée à ce système de justice privée.

#### **I. La validité de la convention d'arbitrage**

##### **A. Le principe compétence-compétence : la renonciation à un contrôle a priori de l'autorité du tribunal arbitral**

Doctrine « sacro-sainte »<sup>147</sup> de l'arbitrage commercial international, la notion de compétence-

---

146 B. OPPETIT, « Théorie de l'arbitrage », PUF 1998, p.83

147 E. SILVA ROMERO, commentaire de la sentence CCI n° 10671 rendue en 2000, JDI, 2005.1268, p. 1276 ; in J.-J. ARNALDEZ, Y. DERAIS, D. HASCHER, Collection of ICC Arbitral Awards – Recueil des sentences arbitrales

compétence fonde l'autorité des arbitres pour connaître de leur propre compétence. Considérée comme universelle et illustrant l'autonomie de l'instance arbitrale, elle n'en demeure pas moins entourée d'un halo d'imprécision quant à sa définition et à sa fonction. Le professeur William W. Park estime qu'il s'agit d'un principe caméléon, changeant de couleur selon le contexte national et institutionnel de sa mise en oeuvre<sup>148</sup>. Le professeur Emmanuel Gaillard confirme cette analyse en soulignant « *qu'il fait aujourd'hui partie de ces règles qui paraissent unanimement admises mais qui, en réalité, dissimulent encore de profondes divergences en droit comparé* »<sup>149</sup>. En effet, si l'effet positif de la compétence-compétence est généralement consacré, son effet négatif demeure vivement contesté.

### 1. La reconnaissance universelle de l'effet positif du principe compétence-compétence

La terminologie de ce principe est empruntée à la doctrine allemande du XIX<sup>ème</sup> siècle (« Kompetenz-Kompetenz »), qui tentait de définir la notion de souveraineté de l'État : « *est souverain le pouvoir qui dispose de la compétence de la compétence, autrement dit est souverain le pouvoir qui peut librement définir l'étendue de sa propre compétence, qui dispose donc d'une plénitude de compétences* »<sup>150</sup>. Le professeur Emmanuel Gaillard remarque que « *le sérieux de l'expression [allemande], son prestige supposé, ont pu contribuer à l'acceptation du principe* »<sup>151</sup> en droit comparé, bien que désignant une réalité toute autre.

En droit de l'arbitrage commercial international, ce principe permet en effet à l'arbitre dont l'investiture est mise en doute par l'une des parties de statuer prioritairement sur le fondement de sa compétence. Ce concept est indispensable pour l'existence de l'arbitrage : il permet de faire échec à la manœuvre dilatoire d'une partie voulant se soustraire à l'arbitrage, sans sacrifier le droit légitime d'une partie de contester l'existence d'un accord d'arbitrage. Ce principe se retrouve aujourd'hui dans la totalité des droits modernes de l'arbitrage international : l'article 16 de la loi-modèle CNUDCI

---

de la CCI (2001-2007), ICC Publishing ; Kluwer Law International, 2009, p. 689, cité par Magali Boucaron-Nardetto. « Le principe compétence-compétence en droit de l'arbitrage » Université Nice Sophia Antipolis, 2011.

148 « *This mux-vexed principle possesses a chameleon-like quality that changes color according to the national and institutional background of its application* » : W. W. PARK, « The Arbitrator's Jurisdiction to Determine Jurisdiction », ICCA Congress Series No. 13, International Arbitration, 2006 Back to Basics ? The Hague, Kluwer, 2007, p. 55, cité par Magali Boucaron-Nardetto. « Le principe compétence-compétence en droit de l'arbitrage » Université Nice Sophia Antipolis, 2011.

149 E. GAILLARD, « L'effet négatif de la compétence-compétence », Études de procédure et d'arbitrage en l'honneur de Jean François Poudret, Faculté de droit de l'Université de Lausanne, Lausanne 1999, p. 388

150 V. CONSTANTINESCO et S. PIERRE-CAPS, Droit constitutionnel, 4<sup>e</sup> éd., PUF, 2009, p. 18, n° 20, cité par Magali Boucaron-Nardetto. « Le principe compétence-compétence en droit de l'arbitrage » Université Nice Sophia Antipolis, 2011, p. 10

151 E. GAILLARD, « L'effet négatif de la compétence-compétence », Études de procédure et d'arbitrage en l'honneur de Jean François Poudret, Faculté de droit de l'Université de Lausanne, Lausanne 1999, p. 389

dispose en ce sens que « *le tribunal arbitral peut statuer sur sa propre compétence, y compris sur toute exception relative à l'existence ou à la validité de la convention d'arbitrage* ». Il est également consacré à l'article 1465 du CPC<sup>152</sup> et à l'article 186 de la LDIP<sup>153</sup>. La jurisprudence américaine n'a consacré qu'avec réticence ce principe, faute d'une disposition claire dans le FAA<sup>154</sup> : la Cour Suprême des Etats-Unis l'a finalement admis dans l'arrêt « *Prima Paint v Flood and Conklin* »<sup>155</sup> en 1967 ou plus récemment dans l'arrêt « *Buckeye Check Cashing Inc v. Cardegna* »<sup>156</sup>. L'une des rares exceptions à la reconnaissance universelle de l'effet positif du principe de compétence-compétence – cela a été évoqué en introduction – est le droit chinois de l'arbitrage<sup>157</sup>.

## 2. Une acceptation encore limitée de l'effet négatif du principe compétence-compétence

Le professeur René David ajoute une seconde portée au principe compétence-compétence<sup>158</sup> : l'effet négatif de cette doctrine s'adresse cette fois aux juridictions étatiques et leur interdit de statuer sur les contestations relatives à l'existence ou à la validité d'un compromis avant que les arbitres eux-mêmes n'aient eu l'opportunité de se prononcer sur ces questions. Les juridictions étatiques devront par conséquent renvoyer les parties à l'arbitrage. Très décrié en droit comparé pour l'excès de confiance accordé aux arbitres, ce principe est reconnu depuis longtemps en droit français et plus récemment en droit suisse.

Le professeur Olivier Cachard souligne que « *le bon sens permet immédiatement d'apercevoir la contradiction qui consiste, dans le même temps, à encourager l'arbitre à apprécier sa propre compétence en vertu de l'effet positif du principe compétence-compétence, et à autoriser le juge étatique à se prononcer sur la clause compromissoire. Les deux facettes du principe compétence-compétence ne peuvent être dissociées à peine de promouvoir des solutions contradictoires* »<sup>159</sup>. Cette indissociabilité des règles est consacrée en France dès la réforme de l'arbitrage en 1981 et se retrouve aujourd'hui à l'article 1448 du CPC<sup>160</sup>. La Cour de cassation rappelle fréquemment ce

---

152 Article 1465 CPC : « *Le tribunal arbitral est seul compétent pour statuer sur les contestations relatives à son pouvoir juridictionnel* »

153 Art. 186 LDIP : « *Le tribunal arbitral statue sur sa propre compétence* »

154 S. BESSON et J-F. POUDRET, « *Comparative Law of international arbitration* », Second Edition, Translated by Stephen V. BERTI and Annette PONTI, Sweet & Maxwell 2007, n°549, note 16

155 Cour Supreme des États-Unis, *Prima Paint v Flood and Conklin*, 388 US 395 (1967)

156 Cour Supreme des États-Unis, *Buckeye Check Cashing Inc v. Cardegna*, 546 US 440 (2006)

157 Article 6 alinéa 1 du règlement d'arbitrage de la CIETAC : « *La CIETAC dispose du pouvoir de vérifier l'existence et la validité d'une convention d'arbitrage ainsi que sa compétence sur une affaire d'arbitrage. La CIETAC peut, si nécessaire, déléguer ce pouvoir au tribunal arbitral.* »

158 R. DAVID, *L'arbitrage dans le commerce international*, Economica 1982, no 232.

159 O. CACHARD, « *L'effet négatif du principe compétence-compétence et les contentieux parallèles* », DMF, sept. 2007, n° 684, p. 714, spéc. p. 723, n° 24

160 Article 1448 CPC : « *Lorsqu'un litige relevant d'une convention d'arbitrage est porté devant une juridiction de l'Etat, celle-ci se déclare incompétente sauf si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi et si la convention*

principe (par exemple dans l'arrêt Marco Zanzi c. de Coninck<sup>161</sup> du 5 janvier 1999 : « *La Cour d'appel qui n'était pas saisie du litige soumis au tribunal arbitral (...) devait laisser l'arbitre statuer sur sa propre compétence* »).

Le droit suisse a adopté la même position : il est en effet prévu à l'article 7 de la LDIP que « *si les parties ont conclu une convention d'arbitrage visant un différend arbitral, le tribunal suisse déclinera sa compétence* ». Le tribunal fédéral confirme cette solution dans l'arrêt de principe Fondation M. c. Banque X du 29 avril 1996<sup>162</sup>, mais a récemment décidé d'en restreindre la portée au cas dans lequel le tribunal arbitral a son siège en Suisse<sup>163</sup>.

Si l'on excepte ces deux droits, force est de constater que les législations étrangères – y compris américaines<sup>164</sup> – demeurent hostiles à la règle de l'effet négatif du principe de compétence-compétence. En doctrine, le débat a été particulièrement animé : alors que le professeur Jean-François Poudret critique l'effet négatif de la « compétence-compétence » et estime préférable d'autoriser les juridictions étatiques à trancher définitivement la question lorsque la convention d'arbitrage est invalide, plutôt que d'attendre l'issue de l'arbitrage<sup>165</sup>, le professeur Emmanuel Gaillard défend ce qu'il considère être « *le véritable signe de la maturité d'un droit par rapport à l'arbitrage* »<sup>166</sup> et « *un indicateur essentiel de la confiance réelle que les différents ordres juridiques font à l'arbitrage* »<sup>167</sup>.

### 3. Le cas particulier des « antisuits injunction »

Caractéristique de la Common Law, l'antisuit injunction se définit comme « *une mesure par laquelle un juge étatique interdit à un plaideur d'initier ou de poursuivre une procédure devant une juridiction étrangère* »<sup>168</sup>. Le professeur Olivier L. Mosimann estime que cette notion demeure

---

*d'arbitrage est manifestement nulle ou manifestement inapplicable.* »

161 Civ. 1ere, 5 janvier 1999, Marco Zanzi c/ de Coninck, no de rôle B 96-2 1.430, inédit. Rev. arb. 1995, p. 617, note E. GAILLARD.

162 Tribunal fédéral suisse, 29 avril 1996, Fondation M. C/ Banque X, ATF 122 III 139 ; Bull. ASA 1996, p. 527, obs. C. U. MAYER; RSDIE 1996, p. 586, obs. F. KNOEPFLER

163 Tribunal fédéral suisse, 25 oct. 2010, X. Holding AG, X. Management SA, A., et B., c. Y, Investments N. V. (4A\_279/2010), Rev. arb., 2010.907, obs. P.-Y. TSCHANZ, I. FELLRATH

164 E. GAILLARD, « L'effet négatif de la compétence-compétence », Études de procédure et d'arbitrage en l'honneur de Jean François Poudret, Faculté de droit de l'Université de Lausanne, Lausanne 1999, p. 397

165 J.-F. POUDRET, « Litispendance entre l'arbitre et le juge : quelle priorité ? », in Mélanges Jean-Pierre SORTAIS, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 495

166 E. GAILLARD, « La jurisprudence de la Cour de cassation en matière d'arbitrage international », Rev. arb., 2007, p. 709.

167 E. GAILLARD, « L'effet négatif de la compétence-compétence », Études de procédure et d'arbitrage en l'honneur de Jean François Poudret, Faculté de droit de l'Université de Lausanne, Lausanne 1999, p. 402

168 S. CLAVEL 'Anti-suit injunctions et arbitrage' (2001) 4 Rev. Arb. p. 669

encore relativement floue en arbitrage international<sup>169</sup>.

Le principe de compétence-compétence – dans son acceptation commune – est fragilisé par l'utilisation d'antisuit injunctions « hostiles », dont les praticiens observent la prolifération ces dernières années<sup>170</sup> : une partie saisit une juridiction étatique en requérant d'interdire aux arbitres de poursuivre la procédure sous peine de sanction. Les allégations sur la validité de la convention d'arbitrage sont donc directement portées devant le juge étatique, court-circuitant l'autorité du tribunal arbitral fondée par le principe de compétence-compétence. Dans l'arrêt *China Trade & Dev. Corp v. MV Choong Yong*, les juges américains ont admis l'utilisation des antisuits injunction en arbitrage commercial international mais l'ont heureusement cantonnée à des conditions d'application strictes<sup>171</sup> ; les tribunaux suisses ont pour leur part refusé de reconnaître ce procédé en raison de la violation du principe compétence-compétence<sup>172</sup>. Enfin, en l'absence d'un droit protecteur de leur autonomie, certains tribunaux arbitraux décident simplement d'ignorer l'injonction qui leur est faite : le professeur Gaillard cite en ce sens l'affaire *Petrobangla* (les arbitres faisaient l'objet d'une injonction des tribunaux bangladais au motif qu'ils avaient commis un « misconduct » en refusant une mesure d'instruction sollicitée par l'une des parties)<sup>173</sup>.

#### B. Le contrôle superficiel de la validité de l'accord des parties

Le contrôle sur la convention exercé par la juridiction étatique lors de la constitution du tribunal arbitral a déjà été abordé en première partie : le juge d'appui vérifie uniquement l'absence d'une nullité ou d'une inapplicabilité manifeste de l'accord des parties. Ce développement se focalisera sur le contrôle du juge sur les conditions de validité du compromis des parties à un stade ultérieur de l'arbitrage – lorsque les parties forment un recours à l'encontre de la sentence finale sur le fondement de l'incompétence des arbitres ou lors d'une procédure de reconnaissance et d'exécution des sentences arbitrales. Il convient à titre préliminaire de rappeler le principe d'autonomie

---

169 O. L. MOSIMANN, « Antisuit injunctions in international commercial arbitration », Eleven International Publishing, 2010

170 E. GAILLARD, « L'ordre juridique arbitral : réalité, utilité et spécificité », (2010) 55 McGill Law Journal, Revue de droit de McGill. 891, p. 900

171 « *China Trade & Dev. Corp. V MV Choong Yong* », 837 F.2d 33, 36 (2d Cir 1987) : les antisuits injunction ne sont possibles que s'il y a une identité de parties et de litige.

172 République et Canton de Genève, Tribunal de première instance, Order of 2 mai 2005, Stockholm International Arbitration Review, 191, translated by 23(4) ASA Bulletin. 739 (2005), Com. Matthias Scherer et Teresa Giovannini « Anti-Arbitration and Anti-suit injunctions in international Arbitration : some remarks following a recent judgment of the Geneva Court, 2005

173 Affaire CCI n° 7934, inédite, décrite dans la décision sur la compétence et les mesures provisoires rendues le 21 mars 2007. Voir Saipem S.p.A. u. Bangladesh (2007), 22:4 International Arbitration Report B-1 à la p. B-4 (International Centre for Settlement of Investment Disputes), cité par E. GAILLARD, « L'ordre juridique arbitral : réalité, utilité et spécificité », (2010) 55 McGill Law Journal, Revue de droit de McGill. 891, p. 901

matérielle<sup>174</sup> (également appelé « separability » en droit américain) de la convention d'arbitrage : la clause est autonome par rapport au contrat qui la contient. Les conditions de validité (qui recouvrent la capacité de compromettre, l'existence du consentement à l'arbitrage ainsi que la forme et la preuve de la convention d'arbitrage international) seront par conséquent appréciées uniquement à l'échelle de l'accord d'arbitrage et non pas du contrat principal.

### 1. La capacité de compromettre

Il n'existe pas de consensus international quant à la loi applicable à la capacité de compromettre des parties. La vaste majorité des législations sur l'arbitrage international ne contient d'ailleurs pas de disposition propre à cette question : elle relève de la capacité à contracter en général. Le professeur Jean-François Poudret préconise par conséquent l'application de la loi du siège pour éviter une possible annulation de la sentence<sup>175</sup> : c'est la solution retenue à l'article V(1)(a) de la Convention de New York<sup>176</sup>, ainsi que le choix fait par le droit américain<sup>177</sup> et par le droit suisse<sup>178</sup>.

Le professeur Emmanuel Gaillard recommande en revanche de recourir à la méthode des règles matérielles pour éviter la consultation des règles étatiques : cette dernière approche semble retenue par le droit français qui démontre une nouvelle fois son ambition d'adopter des règles « a-nationales ». La Cour d'appel de Paris a ainsi jugé à plusieurs reprises que « *le principe de capacité, selon lequel il est impossible de refuser l'accord d'arbitrer auquel on a consenti, repose sur la bonne foi et s'inscrit dans le contexte du principe de validité de la clause d'arbitrage qui a pour fondement la commune volonté des parties* »<sup>179</sup>. Cette décision démontre le choix de considérer la convention d'arbitrage international non pas comme un acte grave – comme c'est le cas pour l'arbitrage interne – mais comme un « acte de gestion courante » : très libérale, cette solution a pour vocation évidente de promouvoir l'autonomie de l'arbitrage et l'attractivité du siège français. Le professeur Christophe Seraglini note cependant « *qu'il pourrait paraître particulièrement impérialiste d'imposer un principe de capacité en matière internationale, sans égard pour la loi personnelle, fût-elle au demeurant la loi française, surtout lorsque les limites qu'il convient*

---

174 Cass. Civ. 1ère « Gosset », 7 mai 1963

175 J.F. POUDRET, S. BESSON, « Droit comparé de l'arbitrage, Bruylant, 2002, n°270, p. 246

176 Article V(1)(a) de la Convention de New York : « *Que les parties à la convention visée à l'article II étaient, en vertu de la loi à elles applicable, frappées d'une incapacité, ou que ladite convention n'est pas valable en vertu de la loi à laquelle les parties l'ont subordonnée ou, à défaut d'une indication à cet égard, en vertu de la loi du pays où la sentence a été rendue* »

177 G. BORN, « International arbitration : law and practice », Wolters Kluwer, 2012, p.57

178 Article 178 LDIP : « *Quant au fond, [la convention d'arbitrage] est valable si elle répond aux conditions que pose soit le droit choisi par les parties, soit le droit régissant l'objet du litige et notamment le droit applicable au contrat principal, soit encore le droit suisse* »

179 Paris, 15 mai 2008, Rev. Arb. 2008, p.829, ou Paris, 24 février 2005, Sidermétal, Rev Arb 2006, p.210, JCP G 2005, I, 179, n°1, obs Ch. SERAGLINI

d'assigner à un tel « principe » ne sont pas clairement définies »<sup>180</sup>.

## 2. L'existence du consentement à l'arbitrage

Le consentement à l'arbitrage est une exigence fondamentale, dans la mesure où il fonde la compétence des arbitres pour trancher le litige – et parallèlement l'incompétence des juridictions étatiques. Le débat est absolument identique à celui de la capacité des parties lorsqu'il s'agit de déterminer la loi applicable au consentement : alors que la grande majorité des droits nationaux retiennent une méthode conflictualiste (la loi applicable sera alors soit la loi du siège arbitral, soit la *lex contractus*), le droit français préfère l'application d'une règle matérielle. Cette solution – toujours très libérale et isolée en droit comparé – est illustrée par l'arrêt Soerni de la Cour de cassation : « attendu que l'engagement d'une société à l'arbitrage ne s'apprécie pas par référence à une quelconque loi nationale mais par la mise en oeuvre d'une règle matérielle déduite du principe de validité de la convention d'arbitrage fondée sur la volonté commune des parties, de l'exigence de bonne foi et de la croyance légitime dans les pouvoirs du signataire de la clause pour conclure un acte de gestion courante qui lie la société »<sup>181</sup>.

## 3. La forme et la preuve de la convention d'arbitrage

Les législations nationales diffèrent assez peu les unes des autres grâce à l'article II de la convention de New York, considérée comme une règle uniforme du commerce international, qui dispose que « chacun des États contractant reconnaît la convention écrite par laquelle les parties s'obligent à soumettre à un arbitrage tous les différends [...] portant sur une question susceptible d'être réglée par voie d'arbitrage ; on entend par « convention écrite » une clause compromissoire insérée dans un contrat, ou un compromis, signés par les parties ou contenus dans un échange de lettres ou de télégrammes ». Les mêmes exigences d'un écrit se retrouvent en droit suisse (Article 178 LDIP<sup>182</sup>) et en droit américain (Section 2 FAA<sup>183</sup>). Aucune autre exigence de forme n'est requise, ce qui conduit le juge américain William J. Brennan à déclarer dans l'arrêt *Moses H Cone Memorial*

---

180 Ch. SERAGLINI et J. ORTSCHIEDT, « Droit de l'arbitrage interne et international », Montchrétien – Lextenso éditions 2013, p. 513

181 Civ 1ère, 8 juillet 2009, SOERNI, Rev. Arb 2009, p. 529, note D. Cohen

182 Article 178 LDIP : « Quant à la forme, la convention d'arbitrage est valable si elle est passée par écrit, télégramme, télex, télécopieur ou tout autre moyen de communication qui permet d'en établir la preuve par un texte »

183 Section 2 FAA : « A written provision in any maritime transaction or a contract evidencing a transaction involving commerce to settle by arbitration a controversy thereafter arising out of such contract or transaction, or the refusal to perform the whole or any part thereof, or an agreement in writing to submit to arbitration an existing controversy arising out of such a contract, transaction, or refusal, shall be valid, irrevocable, and enforceable, save upon such grounds as exist at law or in equity for the revocation of any contract. »

Hospital v. Mercury Construction Corporation que « *la Section 2 du FAA est le reflet de la politique fédérale libérale du Congrès, très protectrice de la validité des conventions d'arbitrage, nonobstant les pratiques contraires des États fédérés* »<sup>184</sup>. Le droit français franchit un pas supplémentaire depuis le décret de 2011 en prévoyant à l'article 1507 du CPC que « *la convention d'arbitrage n'est soumise à aucune condition de forme* » : la stipulation par écrit n'est par conséquent plus une condition de validité.

Dans le prolongement de cette question, les juridictions ont dû se prononcer sur la validité des clauses d'arbitrage « par référence » : au lieu d'être incluse dans le contrat principal des parties, la clause est contenue dans un document extérieur (par exemple dans les conditions générales de vente, dans les annexes, voire même dans les factures). L'article 7 alinéa 6 de la loi-modèle de la CNUCDI confirme la validité de cette pratique : « *la référence dans un contrat à tout document contenant une clause compromissoire vaut convention d'arbitrage écrite, à condition que la référence soit telle qu'elle fasse de la clause une partie du contrat* ». Les juridictions américaines et suisses se sont conformées à cette solution, sous réserve que la référence soit « *raisonnable et conforme au principe de bonne foi* »<sup>185</sup>. Après une série de décisions marquant une évolution jurisprudentielle notable en France<sup>186</sup>, la Cour de cassation a jugé « *qu'en matière d'arbitrage international, la clause compromissoire par référence à un document qui la stipule est valable lorsque la partie à laquelle on l'oppose en a eu connaissance au moment de la conclusion du contrat et qu'elle a, fût-ce par son silence, accepté cette référence* »<sup>187</sup>. Ces solutions très favorables confirment la volonté des juridictions étatiques de réduire le contrôle de validité exercé sur la convention d'arbitrage.

## **II. Le contrôle atténué de l'arbitrabilité du litige**

### **A. L'évolution de la notion d'arbitrabilité**

#### **1. Une définition évasive**

---

184 Moses H Cone Mem'l Hosp. V Mercury Constr. Corp. 460, US. 1, 24 (1983) : « Section 2 of the FAA is a congressional declaration of a liberal federal policy favouring arbitration agreements, notwithstanding any state substantive or procedural policies to the contrary »)

185 Gary B. Born, International Commercial Arbitration, Second Edition, Kluwer Law International 2014, p.824

186 Civ 1ère 11 octobre 1989, Bomar Oil I, JDI 1990, p.663, note E. Loquin ; Rev. Arb. 199, p. 134, note C. KESSEDJIAN, Civ 1ère 9 novembre 1993, Bomar Oil II, JDI 1994, p.620, note E. Loquin, Rev Arb, p. 108, note Ch. KESSEDJIAN, Civ 1ère 3 juin 1997, Prodexport I, Rev Arb 1998, p. 537, RCDIP 1999, p.92, note P. MAYER,

187 Civ 1ère 20 décembre 2000, Prodexport II, n°98-21.548

Le professeur Charles Jarrosson remarque que « *l'arbitrabilité est une question abstraite, mal cernée, fuyante et qui suscite un certain nombre de malentendus, voire de contresens* »<sup>188</sup>. Il est d'emblée nécessaire de souligner que la notion d'arbitrabilité aux États-Unis possède un sens plus large qu'en droit continental : l'« *arbitrability* » couvre en effet l'intégralité des questions relatives à la compétence du juge étatique<sup>189</sup>. En droit continental, il est d'usage de distinguer l'arbitrabilité subjective, qui concerne l'aptitude d'une personne publique à conclure une convention d'arbitrage, et l'arbitrabilité objective, qui traite des questions relatives à la matière des litiges susceptibles d'être traités par un arbitre – cette seconde conception est celle que nous étudierons dans le cadre de ce mémoire. L'arbitrabilité reflète l'expression fondamentale de la liberté à l'arbitrage : elle établit les domaines respectifs de la justice privée et de la justice publique.

Comme en ce qui concerne le contrôle de la validité de la convention d'arbitrage, le tribunal arbitral et les juridictions étatiques ont une compétence concurrente pour juger de l'arbitrabilité du litige. La reconnaissance de l'autorité du tribunal arbitral (sur le fondement du principe compétence-compétence) n'a cependant pas été immédiate : en France, il faut attendre l'arrêt de la Cour de cassation du 18 mai 1971 *Impex v. P.A.Z. Produzione Lavorazione*<sup>190</sup>, tandis que le principe semble encore discuté aux États-Unis, ainsi que le démontre l'Arbitration Fairness Act de 2007, qui proposait d'amender la section 2, Titre 9, de l'USC pour confier entièrement compétence sur ces questions aux tribunaux étatiques<sup>191</sup>. Le juge anglais Michael J. Mustill remarque qu'« *idéalement, le traitement de l'arbitrabilité d'un litige doit ressembler à une course de relais ; [...] lorsque les arbitres sont nommés, ils gardent le bâton jusqu'à la production d'une sentence. À ce moment, le bâton est rendu à la juridiction étatique, de sorte qu'elle puisse statuer sur ces questions à l'occasion de la mise en œuvre de la sentence* »<sup>192</sup>. Cette réticence initiale des juridictions étatiques à partager leur compétence pour juger de l'arbitrabilité s'explique par le fait que cette notion a

---

188 Ch. JARROSSON, « L'arbitrabilité : présentation méthodologique », RJ. Com. 1996/3, p.1

189 *First Options of Chicago v Manuel Kaplan and MK Investment Inc*, 115 S Ct 1920, 1943 (1995)

190 Cour de cassation 18 mai 1971 « *Impex v P.A.Z Produzione Lavorazione* », 1972, Rev Arb. p. 3 : « *arbitral tribunal have exclusive jurisdiction to rule on disputes falling within the terms of the brief conferred upon them, subject to review by the courts hearing the application for an enforcement order (or to set the award aside) if a party claims that public policy has been contravened* ».

191 Arbitration Fairness Act de 2007, S. 2. c) : « *An issue as to whether this chapter applies to an arbitration agreement shall be determined by Federal law. Except as otherwise provided in this chapter, the validity or enforceability of an agreement to arbitrate shall be determined by the court, rather than the arbitrator, irrespective of whether the party resisting arbitration challenges the arbitration agreement specifically or in conjunction with other terms of the contract containing such agreement* »

192 M. MUSTILL, « *Comments and conclusions* » in *Conservatory and provisional measures in international arbitration* (ICC ed, 1993), p.119 : « *Ideally, the handling of arbitrable disputes should resemble a relay race. In the initial stages, before the arbitrators are seized of the dispute, the baton is in the grasp of the court ; for at that stage there is no other organisation which could take steps to prevent the arbitration agreement from being ineffectual. When the arbitrators take charge they take over the baton and retain it until they have made an award. At this point, having no longer a function to fill, the arbitrators hand back the baton so that the court can in case of need lend its coercitive powers to the enforcement of the award* »

longtemps été imprégnée d'ordre public.

## 2. L'arbitrabilité : un concept autrefois empreint d'ordre public

Le professeur Maximin de Fontmichel qualifie l'ordre public « *comme un corps de règles impératives dont les individus ne peuvent s'écarter ni dans leur comportement, ni dans leurs conventions en vue de la préservation de l'intérêt général* ». <sup>193</sup> Traditionnellement, les systèmes prohibaient le recours à l'arbitrage lorsque les droits privés se retrouvaient mêlés à des considérations d'intérêt national : ces restrictions étaient le reflet d'une méfiance profondément ancrée envers l'arbitrage, les arbitres étant perçus comme des « commercial men », biaisés par le commerce et hostiles aux législations publiques <sup>194</sup>. Plusieurs raisons étaient invoquées par les juridictions étatiques pour estimer l'arbitrage inapproprié pour régler les questions d'ordre public : il a par exemple été reproché à l'arbitrage de ne pas respecter les exigences d'un procès équitable (dans l'arrêt *Alexander v Gardner-Denvers*, il est relevé que « *le processus de recherche de la vérité n'est pas aussi développé en arbitrage que devant les juridictions étatiques : les règles probatoires habituelles ne sont pas appliquées* » <sup>195</sup>), ou encore de ne pas motiver correctement ses décisions (le juge américain William O. Douglas estime dans l'arrêt *Scherk v Alberto Culver* qu'« *une sentence peut être rendue sans explication voire même sans la constitution d'un dossier, de sorte que l'appréciation par l'arbitre de notre droit peut être totalement incorrecte, sans qu'il nous soit possible d'exercer un contrôle* ») <sup>196</sup>. Le professeur Loukas A. Mistelis trouve également pertinent de citer un extrait de l'arrêt *American Safety Equipment Corp, V JP Maguire & co*, illustration d'une défiance généralisée : « *si les questions de guerre et de paix sont trop importantes pour être confiées à un général, [les questions d'ordre public] sont également trop importantes pour être déléguées à un arbitre choisi par une communauté commerçante étrangère, sans expérience ou compréhension de nos valeurs ou de notre droit* » <sup>197</sup>.

---

193 M. de FONTMICHEL, « Le faible et l'arbitrage », Edition Economica, 2013, p.29

194 M. SORNARAJAH, « The settlement of Foreign Investment Disputes », Kluwer Law International, 2000, p.110

195 *Alexander v Gardner-Denver* (415 US 36, 94 S CT 1011, 39 L.Ed.2d 147 (1974)) : « *moreover, the fact-finding process in arbitration usually is not equivalent to judicial fact finding. The record of the arbitration proceedings is not as complete ; the usual rules of evidence do not apply ; and rights and procedures common to civil trials, such as discovery, compulsory process, cross-examination and testimony under oath, are often severely limited or unavailable* »

196 Opinion dissidente de Justice Douglas dans l'arrêt *Scherk v Alberto Culver* (417 US 506, USSC 1974) : « *an arbitral award can be made without explication of reasons and without development of a record, so that the arbitrator's conception of our statutory requirement may be absolutely incorrect yet functionally unreviewable, even when the arbitrator seeks to apply our law* »

197 L. A. MISTELIS, « Arbitrability : International and Comparative Perspectives », edited by L. A. MISTELIS et S. L. BREKOULAKIS, Wolters Kluwer Law & Business, 2009, p. 26 : *US Second Circuit in American Safety Equipment Corp, V JP Maguire & co* (391 F. 2d821 (2d Cir. 1968)) : « *issues of war and peace are too important to be vested in the generals, ... decisions as to antitrust regulation of business are too important to be lodged in arbitrators chosen from the business community-particularly those from foreign community that has had no experience with or exposure to our law and values* »

La confiance progressivement accordée à l'arbitrage a heureusement permis une évolution du droit en la matière : les arbitres ont peu à peu été autorisés à se prononcer sur les questions d'ordre public, solution d'autant plus judicieuse que ces règles impératives essaient aujourd'hui dans de nombreux domaines du droit. Cette évolution repose sur l'idée que les arbitres, loin de cette image négative des « commercial men », ont en réalité intérêt à prendre en considération les dispositions d'ordre public pour respecter leur devoir de résoudre aussi efficacement que possible un litige – ils s'exposeraient sinon à l'annulation de leur sentence. Le professeur Charles Jarrosson note en ce sens que « *l'arbitre peut motiver la sentence en ayant à l'esprit qu'il s'adresse par avance au juge, son censeur virtuel. Il cherche à lui présenter une sentence acceptable, en ayant déjà tout fait pour le dissuader de l'annuler ou de la réformer. Dans le langage des arbitres, cela s'appelle « verrouiller » la sentence* ». <sup>198</sup>

Cette autorisation a donc été consacrée par les juridictions américaines (*Mitsubishi Motors Corp v Soler Chrysler Plymouth Inc*<sup>199</sup>) ainsi que par les juridictions suisses (*Fincantieri-Cantieri Navali Italiiani and Oto Melara v M and arbitration tribunal* » : « *le fait que le litige affecte l'ordre public national ne suffit pas, en lui-même, à son inarbitrabilité* »<sup>200</sup>). Choissant de laisser lettre morte l'article 2060 du Code civil<sup>201</sup>, les juridictions françaises ont marqué la même évolution afin d'éviter le risque « *d'atrophie, sinon d'asphyxie de l'arbitrage chaque fois que de près ou de loin le différend touche à une matière réglementée* »<sup>202</sup>.

## B. L'émergence d'une présomption d'arbitrabilité

La rupture entre la notion d'arbitrabilité et la notion d'ordre public a considérablement favorisé l'émancipation de l'arbitrage commercial international. L'étude du droit comparé révèle l'utilisation de deux techniques par les législations nationales pour consacrer un critère général d'arbitrabilité : soit toutes les matières sont considérées a priori arbitrables en l'absence d'une disposition contraire

---

198 Ch. JARROSSON, L'acceptabilité de la sentence », *Rev. Arb.* 2012-04-793 et s. spéc. p. 802.

199 *Mitsubishi Motors Corp v Soler Chrysler Plymouth Inc* (473 US. 614 S Ct 3346, US Supreme Court, 2 juillet 1985),

200 *Federal Tribunal*, 23 June 1992, *Fincantieri-Cantieri Navali Italiiani and Oto Melara v M and arbitration tribunal*, 1995, XX YBCA 776 (« *the fact that the said claim affects public policy would not suffice, in itself, to rule out the arbitrability of the dispute. Arbitrability cannot be denied for the only reason that mandatory provisions of law or a given material public policy make the claim null and void, or its execution impossible* »).

201 Article 2060 du Code civil : « *On ne peut compromettre sur les questions d'état et de capacité des personnes, sur celles relatives au divorce et à la séparation de corps ou sur les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics et plus généralement dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public* »

202 R. Boulbès, note sous CA Paris 1ère Ch. Suppl. 10 novembre 1964, 2 novembre 1965, 3 décembre 1965, et 7 décembre 1965, *JCP* 1966, II, 14625

(il s'agit de la position retenue par le droit américain et par le droit français), soit une définition très vaste de l'arbitrabilité est dégagée et permet alors d'admettre à l'arbitrage tous litiges comprenant un intérêt économique ou financier (il s'agit de la méthode choisie par le droit suisse).

Le professeur Stavros Brekoulakis estime que la Cour Suprême américaine a été véritablement pionnière dans la construction d'un régime juridique de l'arbitrabilité<sup>203</sup> : il est prévu dans l'arrêt *Moses* que « *le moindre doute quant à l'étendue de l'arbitrabilité devrait être résolu en faveur de l'arbitrage* »<sup>204</sup>. Cette solution, qui consacre une présomption d'arbitrabilité en l'absence d'une prohibition expresse, témoigne de la sensibilité des États-Unis aux enjeux du commerce international : le juge Stephen Breyer souligne en ce sens que « *le besoin de prévisibilité de l'arbitrage commercial pour régler des différends internationaux nécessite de mettre en œuvre l'accord des parties en toute situation, même à supposer qu'une telle solution ne serait pas admise dans un contexte purement interne* »<sup>205</sup>.

Le droit suisse ne retient pas cette présomption d'arbitrabilité, mais va définir d'une façon particulièrement large ce concept: en application des dispositions de l'article 177 de la LDIP « *toute cause de nature patrimoniale peut faire l'objet d'un arbitrage* ». Il suffit ainsi d'avoir un intérêt économique pour qu'un litige puisse être soumis à une procédure arbitrale. Cette représentation très libérale de l'arbitrabilité est illustrée par l'arrêt *Fincantieri-Cantieri Navali Italiiani SPA et Oto Melara SPA v M et tribunal arbitral* : le tribunal fédéral suisse a refusé de considérer l'existence d'un embargo des Nations Unies sur les activités commerciales de l'Irak (effectif en Suisse) comme un obstacle à l'arbitrabilité d'un litige portant sur la vente d'équipement militaire dans ce pays<sup>206</sup>. Les tribunaux italiens, saisis dans la même affaire, avaient au contraire conclu à l'inarbitrabilité du différend<sup>207</sup>.

---

203 S. L. Brekoulakis : « On arbitrability : Persisting misconceptions and new areas of concern », contribution à l'ouvrage, « Arbitrability : International and Comparative Perspectives », edited by L. A. MISTELIS et S. L. BREKOULAKIS, Wolters Kluwer Law & Business, 2009 p. 19

204 *Moses H. Cone Memorial Hospital v Mercury Construction Corporation*, US. S. Ct 460 IS 1 et 25, 1983 : « any doubts concerning the scope of arbitral issues should be resolved in favor of arbitration »

205 Arrêt *First Options of Chicago v Kaplan*, 115 US S Ct. 1920 (1995) : « *the sensitivity to the need of the international commercial system for predictability in the resolution of disputes require that we enforce the parties' agreement, even assuming that a contrary result would be forthcoming in a domestic context* »

206 *Fincantieri-Cantieri Navali Italiiani SPA et Oto Melara SPA v M et tribunal arbitral*, ATF 118 II 353, 355 (June 23 1992),

207 *Corte di Appello Genoa*, 7 mai 1994, Rev Arb 1994, 505, XXI, YBCA (1996)

## CHAPITRE 2 – LE CONTRÔLE EXERCÉ PAR LE JUGE ÉTATIQUE SUR LA SENTENCE ARBITRALE

Le professeur Elisabeth Zoller relève que « *les recours contre la sentence traduisent une méfiance des parties contre elles-mêmes, supposant l'incompétence ou des négligences dans l'organisation de leur propre juridiction. De ce chef, le régime juridique des recours contre les décisions du tribunal présente tous les aspects d'une cotte mal taillée* »<sup>208</sup>. Ce constat souligne le caractère nécessairement exceptionnel que doit revêtir le recours en annulation formé contre une sentence arbitrale (I). Le contrôle exercé par le juge étatique sur la sentence à l'occasion de sa mise en œuvre s'est également fortement atténué, au point de placer l'exéquatur au rang de simple formalité. La nature accessoire de ce contrôle soulève aujourd'hui une nouvelle problématique : une sentence annulée dans son pays d'origine peut-elle être exécutée à l'étranger ? (II)

### I. Le contrôle exercé à l'occasion d'un recours contre la sentence arbitrale

#### A. L'admission d'un recours contre la sentence : le difficile équilibre entre finalité et équité

Le professeur Antonio Rigozzi note que « *la problématique du recours contre la sentence arbitrale se situe à cheval entre deux impératifs contradictoires : d'un côté celui d'assurer la finalité de la sentence et de l'autre, celui d'en garantir le caractère fondamentalement équitable* »<sup>209</sup>. Cette tension doit faire l'objet d'un équilibre au sein des législations nationales, afin de ne pas nuire à l'efficacité de l'arbitrage commercial international<sup>210</sup>. Si les systèmes varient, il est d'emblée possible de noter une nette tendance en faveur de l'arbitrage, ayant pour conséquence la limitation des fondements permettant l'annulation de la sentence.

Le droit suisse fait montre d'une première spécificité en droit comparé : au contraire du droit français (article 1519 du CPC<sup>211</sup>) et du droit américain (section 10 du FAA<sup>212</sup>) qui confient la compétence de l'annulation à un juge du ressort du siège de l'arbitrage – dont la décision pourra elle-même faire l'objet d'un recours devant une juridiction supérieure –, il est prévu à l'article 191 de

---

208 E. ZOLLER, « Observations sur la révision et l'interprétation des sentences arbitrales », *Annuaire français de droit international*, Année 1978, Volume 24, Numéro 24, pp. 327-351, spéc. p. 327.

209 A. RIGOZZI, « L'arbitrage international en matière de sport », spéc. N°1292, cité par « Le faible et l'arbitrage », de M. de FONTMICHEL, Editions economica, 2013, p.405

210 W. W. PARK, « Why Courts Review Arbitral Awards », in « *law of international business and dispute settlement in the 21st century – liber amicorum karl-heinz böckstiegel* » p.595 et 596 (Carl Heymanns, 2001)

211 Article 1519 CPC : « *le recours en annulation est porté devant la cour d'appel dans le ressort de laquelle la sentence a été rendue* »

212 Section 10 FAA : « *(a) In any of the following cases the United States court in and for the district wherein the award was made may make an order vacating the award upon the application of any party to the arbitration--* »

la LDIP que « *le recours n'est ouvert que devant le tribunal fédéral* ». Cette disposition a pour conséquence de centraliser le contentieux du recours en annulation devant la plus haute juridiction helvétique, limitant ainsi la possibilité pour la partie « perdante » d'exercer une nouvelle action. Ce choix permet de ne pas pénaliser excessivement la rapidité devant caractériser l'arbitrage commercial international.

La volonté de contenir les recours à l'encontre des décisions du tribunal arbitral se révèle également par la définition retenue de la sentence – car seule une sentence arbitrale peut ouvrir un droit au recours en annulation devant le juge étatique. Les arbitres pouvant rendre différents types de décisions au cours de la procédure arbitrale, il est nécessaire de définir précisément la notion de sentence arbitrale. Le professeur Emmanuel Gaillard, notant le silence de la Convention de New York sur ce point pourtant crucial, estime qu'il s'agit « *d'une décision de justice internationale qui a autorité de la chose jugée* »<sup>213</sup>. Les jurisprudences nationales ont également apporté quelques éléments de précision permettant de cerner la notion de sentence : elle doit prendre la forme d'une « *décision tranchant de manière définitive tout ou partie du litige soumis aux arbitres* »<sup>214</sup> : la finalité exigée de la décision permet alors de distinguer les sentences des autres mesures prises pendant l'instance arbitrale. Le professeur Sébastien Besson remarque que « *les ordres procéduraux, qui portent sur les mesures provisoires, conservatoires ou probatoires, ne peuvent avoir d'impacts sur la terminaison du litige* »<sup>215</sup>. Les juridictions étatiques pourront néanmoins requalifier de sentence arbitrale la décision du tribunal arbitral, si celle-ci est considérée à tort comme une ordonnance procédurale<sup>216</sup>. Ce critère de distinction, fondé sur la finalité de la décision, est critiqué par le professeur Emmanuel Gaillard pour son manque de clarté<sup>217</sup> : en ce sens, la jurisprudence américaine s'en détache parfois pour considérer qu'une mesure de production de pièce ouvre droit à un recours, non pas en raison de la finalité de la décision, mais parce qu'elle produit un effet immédiat qui doit pouvoir être contesté<sup>218</sup>.

## B. La limitation des fondements de révision d'une sentence

---

213 E. GAILLARD, « Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international », Editions Martinus Nijhoff, 2008, p. 40 et suivantes

214 Ch. SERAGLINI et J. ORTSCHIEDT, « Droit de l'arbitrage interne et international », Montchrétien – Lextenso éditions 2013, p. 776

215 S. BESSON et J-F. POUURET, « Comparative Law of international arbitration », Second Edition, Translated by Stephen V. BERTI and Annette PONTI, Sweet & Maxwell 2007, p. 642 : « *a procedural order deals with the conduct of procedure and evidentiary measures, and it has no impact on a possible termination of the arbitral proceedings* »

216 PARIS, Juillet 1<sup>er</sup>, 1999, Braspetro Oil Services (Brasoil), v CMRA 1994(4), Rev Arb p834 (note by C. Jarrosson)

217 E. GAILLARD, « The review of international arbitral awards », IAI series n°6, E. Gaillard Ed. 2010, p. 17

218 Publicis Communication and Publicis SA v True North Communications, 206 F. 3d 725 (7th Cir. 2000), XXV Y.B. Com Arb. 1152 (2000) : cf la critique de Philippe Pinsolle, 2000(4), Rev Arb 657

Il n'existe que trois fondements permettant de contester une sentence, qui seront interprétés très restrictivement par les juridictions étatiques : le recours peut être fondé sur l'incompétence, sur un manquement procédural ou sur le fond du litige. Ce dernier cas de recours demeure fortement contesté en droit comparé.

### 1. Le recours fondé sur l'incompétence de la juridiction arbitrale

Ce cas de recours est unanimement accepté par les législations nationales et permet au juge étatique de vérifier la validité de la convention d'arbitrage – il importe de rappeler qu'en application de l'effet négatif du principe de compétence compétence, les juges français et suisse statueront pour la première fois sur ce point, au contraire du juge américain qui peut avoir été saisi en amont. L'article 190(2) de la LDIP dispose que « *la sentence ne peut être attaquée que lorsque le tribunal arbitral s'est déclaré à tort compétent ou incompétent* ». Les professeurs Jean-François Poudret et Sébastien Besson constatent que le tribunal fédéral suisse retient une interprétation large de cet article pour y comprendre les recours qui ne sont pas directement liés à la compétence du tribunal arbitral, comme le non-respect du choix des parties de régler le litige en équité<sup>219</sup>. La même règle est énoncée en droit français<sup>220</sup>. L'alinéa 3 de l'article 1520 du CPC (qui ajoute que le recours en annulation est ouvert si « *le tribunal arbitral a statué sans se conformer à la mission qui lui avait été confiée* ») a cependant fait l'objet d'une discussion en doctrine : Selon le professeur Emmanuel Gaillard, une interprétation laxiste de cette disposition autoriserait à écarter la sentence dès lors que l'arbitre ne respecte pas une règle, même mineure<sup>221</sup>. Cette situation inopportune est heureusement évitée par l'approche restrictive adoptée par les juridictions françaises<sup>222</sup>. Enfin, le droit américain ne contient pas de clauses spécifiques permettant un recours fondé sur l'incompétence du tribunal arbitral. La section 10 du FAA prévoit cependant l'annulation de la sentence en cas d'une partialité ou d'une corruption évidente des arbitres (Section 10(2)<sup>223</sup>) ou lorsque ces derniers ont excédé leurs pouvoirs (Section 10(4)<sup>224</sup>).

### 2. Le recours fondé sur une violation procédurale

---

219 J-F. POUDRET et S. BESSON, « Droit comparé de l'arbitrage international », LGDJ, édition Schulthess, 2002, p. 733

220 Article 1520 alinéa 1 CPC : « *Le recours en annulation n'est ouvert que si le tribunal arbitral s'est déclaré à tort compétent ou incompétent* »

221 Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, « International Commercial Arbitration », Edited by Emmanuel Gaillard and John Savages, Kluwer Law International, 1999, p. 937

222 CA PARIS, 12 mars 1985, *Intrafor Cofor v Gagnant*, 1985, Rev Arb 299, Note E. Loquin

223 Section 10(2) FAA : « *In any of the following cases the United States court in and for the district wherein the award was made may make an order vacating the award upon the application of any party to the arbitration-- (2) where there was evident partiality or corruption in the arbitrators, or either of them* »

224 Section 10(4) FAA : « *where the arbitrators exceeded their powers, or so imperfectly executed them that a mutual, final, and definite award upon the subject matter submitted was not made* »

Les parties qui souhaitent obtenir l'annulation d'une sentence arbitrale invoquent d'une façon presque systématique la violation de leur droit à un procès équitable (« due process »), en plus des fondements traditionnels de recours en annulation. Contrairement au droit suisse qui traite directement de la question (l'article 190(2)d. dispose que « *la sentence ne peut être attaquée que lorsque l'égalité des parties ou leur droit d'être entendues en procédure contradictoire n'a pas été respecté* », le droit français et le droit américain ne prévoient pas un concept général de due process. Le FAA contient en revanche une liste d'irrégularités pouvant mener à l'annulation de la sentence s'il en résulte une injustice substantielle<sup>225</sup> ; les juridictions américaines résumant les exigences fondamentales du due process comme « *le droit d'être entendu au moment approprié de la procédure et d'une manière pertinente* »<sup>226</sup>. La jurisprudence française, pour sa part, en interprétant l'alinéa 5 de l'article 1520 du CPC (« *le recours en annulation n'est ouvert que si la reconnaissance ou l'exécution de la sentence est contraire à l'ordre public international* »), développe la notion « d'ordre public procédural »<sup>227</sup>. La Cour de cassation définit ce concept dans l'arrêt ETAP c. Société Internationale Entreprises : il s'agit de « *l'ensemble de règles sans le respect desquelles on ne peut rendre un jugement équitable. Sont donc considérées comme règles fondamentales de la procédure, celles relatives au droit de la défense et qui permettent à chaque partie au procès de présenter ses arguments et ses preuves et de discuter ceux de la partie adverse* »<sup>228</sup>. En pratique, il est très rare que l'invocation d'une violation du droit à un procès équitable soit couronnée de succès.

### 3. Le recours fondé sur le fond de la sentence

Le professeur Henri Batiffol estime que la possibilité d'un recours sur le fond « *qui aboutit à nier et réduire, au moins provisoirement, à néant la valeur et l'autorité internationale des décisions étrangères mêmes les plus régulières et les mieux rendues, et à contraindre celui qui les a obtenues à recommencer à courir en France les aléas d'un nouveau procès, est en premier lieu contraire au principe d'une coopération judiciaire internationale, laquelle ne saurait s'accommoder de la défiance systématique envers les juridictions étrangères qu'implique le pouvoir de révision* »<sup>229</sup>. Cet avis est partagé par la grande majorité des lois nationales d'arbitrage, qui ne prévoient en

---

225 Section 10(3) FAA : « *where the arbitrators were guilty of misconduct in refusing to postpone the hearing, upon sufficient cause shown, or in refusing to hear evidence pertinent and material to the controversy; or of any other misbehavior by which the rights of any party have been prejudiced* »

226 *Ukrvneshprom State Foreign Economic Enterprise v Tradeway, Inc*, n°95 Civ 10278 (RPP), SDNY Mars 11 1996 « *the opportunity to be heard at a meaningful time and in a meaningful manner* », cité par E. GAILLARD, « The review of international arbitral awards », IAI series n°6, E. Gaillard Ed. 2010, p. 44

227 CA PARIS 27 nov 1987, CCM SULZER v SOMAGEC, 1989, rev arb, p.62

228 S. BOSTANJI, F. HORCHANI, S. MANCIAUX, « Le juge et l'arbitre », Editions A. Pedone, 2014, p. 210

229 CA PARIS, 21 octobre 1955, Charr c. Hazim Ulusahim, Rev Cri. DIP 1955, note H. Batiffol

conséquence qu'une possibilité extrêmement limitée de faire un recours sur le fond.

La Cour Suprême des États-Unis érige dès 1854 le principe selon lequel une sentence arbitrale ne pourra être annulée sur le fondement d'une erreur de droit ou de fait<sup>230</sup>. La révision d'une sentence au fond n'est possible que dans deux hypothèses très restrictives. Le premier cas concerne l'exception d'ordre public : le juge Byron White souligne dans l'arrêt *United Paperworkers v Misco Inc* que l'annulation d'une sentence est justifiée lorsque l'interprétation d'un contrat qui y est faite « viole des dispositions d'ordre public explicites, bien définies et contenues dans la loi ou dans la jurisprudence ; les considérations générales et présupposées de l'ordre public ne doivent cependant pas être prises en compte »<sup>231</sup>. Cette définition restrictive de l'ordre public est confirmée dans l'arrêt *Parsons & Whittemore Overseas co. V Société générale de l'industrie du papier*, n'étant concernées que « les notions les plus basiques de moralité et de justice »<sup>232</sup>. Le second cas permettant un recours sur le fond de la sentence a été plus débattu en raison de son manque de clarté : cette exception est née d'une jurisprudence de 1953<sup>233</sup>, autorisant la révision de la sentence lors d'un « mépris manifeste du droit » (« manifest disregard of the law ») par le tribunal arbitral. Cette doctrine exigeait davantage qu'une mauvaise interprétation ou mise en oeuvre du droit, sans apporter de véritable précision quant à son champ d'application. Cette théorie a été abandonnée en 2008 par une décision opportune de la Cour Suprême des États-Unis, *Hall Street Associates, LLC v Mattel Inc*<sup>234</sup>.

Le droit suisse retient également comme unique fondement de révision au fond l'incompatibilité de la sentence avec l'ordre public (article 190 LDIP<sup>235</sup>). Les professeurs Jean-François Poudret et Sébastien Besson soulignent que la définition retenue par les juridictions de l'ordre public est tellement limitée que la possibilité d'une révision au de la sentence paraît illusoire<sup>236</sup>. En ce sens, le tribunal fédéral du 8 mars 2006 a estimé que « *qu'une sentence est incompatible avec l'ordre public si elle méconnaît les valeurs essentielles reconnues par tous en Suisse, et qui constituent la pierre*

---

230 Cour Suprême des États Unis, arrêt « *Burchell v Marsh* », 58 US 344, 349 (1854) : « *a court will not set an award aside for error either in law or fact* ».

231 Cour Suprême des États Unis, arrêt « *United Paperworkers v Misco Inc* » (484 US 29 1987) : « *is limited to situations where the contract as interpreted would violate some « explicit public policy » that is « well defined and dominant and is to be ascertained by reference to the laws and legal precedents, and not from general considerations of supposed public interests* »

232 *Parsons & Whittemore Overseas Co. V Société générale de l'industrie du papier*, 508 F. 2d 969, 974 (2d cir. 1974)

233 Cour Suprême des États Unis, arrêt *Wilko v Swan* (346 US 427, 436 (1953)) : « *the interpretations of the law by the arbitrators in contrast to manifest disregard of the law are not subject, in federal courts, to judicial review for error* »

234 *Hall Street Associates, L.L.C. v. Mattel, Inc.*, 552 U.S. 576 (2008)

235 Article 190(2)e : « *La sentence est définitive dès sa communication ; elle ne peut être attaquée que lorsque elle est incompatible avec l'ordre public* »

236 J-F. POUDRET et S. BESSON, « *Droit comparé de l'arbitrage international* », LGDJ, édition Schulthess, 2002, p. 768

*angulaire de tout ordre juridique* »<sup>237</sup>.

Enfin, le droit français exclut de la même manière les recours formés contre le fond de la sentence arbitrale, à moins que celle-ci ne méconnaisse les exigences de l'ordre public « de fond ». Cette notion s'est développée en parallèle du concept évoqué précédemment d'ordre public procédural. Les conditions de mises en œuvres sont particulièrement restrictives : la Cour d'appel de Paris a jugé dans l'arrêt *Thalès Air Défense c. Euromissile* que la violation de l'ordre public de fond doit être flagrante, effective et concrète<sup>238</sup>. Le professeur Christophe Seraglini estime que la violation doit « *crever les yeux du juge pour être sanctionnée* »<sup>239</sup>.

### C. La validité de l'accord des parties modifiant l'étendue du recours judiciaire

Les praticiens de l'arbitrage se sont interrogés quant à une possibilité offerte aux parties de modifier contractuellement l'étendue du recours judiciaire. Les fondements du recours en annulation prévus par les législations étant très limités, peuvent-elles en prévoir davantage ? A contrario, sont-elles autorisées à exclure dès la conclusion de l'accord d'arbitrage toutes voies de recours, permettant ainsi à la sentence arbitrale de devenir véritablement finale ?

La question de savoir si les parties à l'arbitrage peuvent être autorisées à ajouter des voies de recours a donné lieu à un débat enflammé en droit américain : si certaines cours soutenaient que les parties ne pouvaient altérer les dispositions du FAA, une autre partie de la jurisprudence considérait au contraire que le FAA avait pour unique but de rendre efficaces les accords privés des parties. La Cour Suprême est finalement intervenue pour autoriser cette pratique dans sa célèbre décision *Hall Street Associates, LLC, v Mattel Inc* de 2008<sup>240</sup>. L'exclusion des voies de recours (« opt out ») par les parties semble en revanche prohibée – bien que des décisions divergentes puissent être relevées : si les tribunaux l'admettent en 2001 dans l'arrêt *Roadway Package System, Inc v Kayser*<sup>241</sup>, une autre juridiction estime que « la compétence des cours fédérales américaines n'est pas une simple convenance : les parties ne peuvent, par un accord privé, les délester de leur obligation de contrôler

---

237 Tribunal fédéral suisse, 8 mars 2006, *Tensacciai SPA v Terra Armata SRL*, 24(3) ASA, BULL 521, 556 (2006) : « assuming a definition is needed, one could say that an award is inconsistent with public policy if it disregards those essential and widely recognised values which, according to the prevailing values in Switzerland, should be the founding stones of any legal order »

238 Paris, 18 novembre 2004, *SA Thalès Air Défense c. GIE Euromissile*, *JCP G* 2005, II, 10038, note G. Chabot

239 Ch. SERAGLINI, « La violation de l'ordre public doit-elle « crever les yeux » du juge pour être sanctionnée ? », *JCP Entreprise*, 2005, n°18-19, 5 mai, p.759

240 *Hall Street Associates, LLC, v Mattel Inc*, 552 US 576 (2008) « *the FAA is not the only way into court for parties wanting review of arbitration awards : they may contemplate enforcement under state statutory or common law, for example, where judicial review of different scope is arguable* ».

241 *Roadway Package System, Inc v Kayser*, 257 F 3d 287, 292, and 293 (3d Circuit 2001)

les sentences arbitrales »<sup>242</sup>.

Le droit français et le droit suisse adoptent des solutions diamétralement opposées à celles du droit américain : tout d'abord, afin de préserver le caractère nécessairement exceptionnel que doit revêtir le recours formé contre une sentence, il a été jugé que les parties ne peuvent s'accorder pour ajouter de nouveaux fondements permettant la révision de la décision arbitrale. Les dispositions de la LDIP et du CPC en la matière sont impératives. La possibilité opposée d'un « opt out » est en revanche consacrée. Le droit suisse l'accepte – avec mesure – à l'article 192 alinéa 1 de la LDIP qui dispose que « *si 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* ». Cette règle vise à éviter un double contrôle de la sentence arbitrale – par les juridictions du siège d'une part, puis par les juridictions du lieu d'exécution d'autre part. L'alinéa 2 de cet article ajoute cependant qu'un contrôle minimal sera exercé sur la sentence prononcée en Suisse, en application de la convention de New York<sup>243</sup>. Le droit français se distingue du droit suisse et fait montre d'un libéralisme extrême en acceptant la possibilité d'un opt out absolu : il est prévu à l'article 1522 du CPC que « *par convention spéciale, les parties peuvent à tout moment renoncer expressément au recours en annulation* ». Cette disposition, visant à renforcer l'attractivité du droit français, est une nouvelle fois révélatrice de la confiance accordée à l'arbitrage et de la volonté de se rapprocher d'un modèle de justice privée véritablement autonome, voire a-national.

## **II. Le contrôle exercé sur la sentence à l'occasion de sa mise en œuvre**

### **A. La procédure de reconnaissance ou d'exéquatur d'une sentence arbitrale : un contrôle minimal**

La sentence arbitrale bénéficie dès sa production de l'autorité de la chose jugée. En revanche, conséquence de la nature privée de l'arbitrage, cette décision n'a pas de plein droit la force exécutoire. Elle implique donc une procédure préalable de reconnaissance ou d'exéquatur auprès des juridictions étatiques. La reconnaissance est le constat de l'existence de la sentence par l'ordre juridique national : ce mécanisme présente un intérêt lorsqu'une partie souhaite invoquer la sentence dans un autre litige – par exemple pour se prévaloir de l'autorité de la chose jugée. L'exéquatur va

---

242 *Hoefl v MVL Group* (343 F. 3d 57 (2d Cir. 2003)) : « since federal courts are not rubber stamps, parties may not, by private agreement, relieve them of their obligation to review arbitration awards »

243 Article 192 alinéa 2 LDIP : « *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 »

au-delà de la simple reconnaissance de la sentence et lui confère une force exécutoire.

Les critères de mise en œuvre de ces deux procédures sont largement unifiés dans les législations étatiques, grâce à la Convention de New York de 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères. Sur le modèle des articles 35 et 36 la loi-type de la CNUDCI, les droits nationaux prévoient une présomption de validité de la sentence arbitrale<sup>244</sup>. Celle-ci ne fera alors l'objet que d'un contrôle très sommaire (il s'agira de rapporter la preuve de l'existence de la sentence, et son absence de contrariété manifeste à l'ordre public : Section 9 et 10 FAA, articles 193 et 194 LDIP et articles 1514 à 1517 CPC).

Face à cette procédure qui tend à ne devenir qu'une simple formalité, le professeur Sylvain Bollée remarque qu'il n'existerait pas d'obstacle théoriques insurmontables à prévoir directement la force exécutoire des sentences arbitrales<sup>245</sup>.

#### B. L'exécution d'une sentence étrangère annulée dans son pays d'origine

La problématique de l'exécution d'une sentence arbitrale annulée dans son pays d'origine a donné lieu à une véritable controverse internationale – et les solutions retenues ne font toujours pas l'objet d'un consensus aujourd'hui.

Ces discussions sont nées après que la Cour de cassation – tout particulièrement dans les célèbres affaires Norsolor<sup>246</sup>, Hilmarton<sup>247</sup> et Putrabali<sup>248</sup> – ait considéré que la loi du siège de l'arbitrage ne constitue pas le seul fondement de la validité de la sentence : la loi du lieu de l'exécution de la sentence doit primer pour déterminer si la sentence doit être reconnue et dotée de la force exécutoire. Cette position peut être illustrée par l'attendu de principe de l'arrêt Putrabali : « *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 ; qu'en application de l'article VII de la*

---

244 Par exemple en droit américain : *Florasynth Inc v Pickholz*, 750 F.2d 171, 176, (2d Cir. 1984) : « *confirmation of an arbitration award is a summary proceeding that merely makes what is already a final arbitration award a judgment of the court* »

245 S. BOLLÉE, « Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des sentences arbitrales », préf. P. Mayer, *Economica*, 2004, spéc. N°275, p.192

246 *Société Pablak Ticaret Limited Sirketi v. Norsolor S.A.*, French Cour de Cassation, 9 November 1984 (Arrêt n° 730) (“Norsolor”)

247 *Société Hilmarton Ltd. v. Société Omnium de Traitement et de Valorisation (OTV)*, French Cour de Cassation, 23 March 1994 (Arrêt n° 484 P) (“Hilmarton”)

248 *Société PT Putrabali Adyamulia v. Société Rena Holding et Société Moguntia Est Epices*, French Cour de Cassation, 29 June 2007 (Arrêt n° 1021 FP-P+B+I) (“Putrabali”)

*Convention de New-York du 10 janvier 1958, la société Rena Holding était recevable à présenter en France la sentence rendue à Londres le 10 avril 2001 conformément à la convention d'arbitrage et au règlement de l'IGPA, et fondée à se prévaloir des dispositions du droit français de l'arbitrage international, qui ne prévoit pas l'annulation de la sentence dans son pays d'origine comme cause de refus de reconnaissance et d'exécution de la sentence rendue à l'étranger ».*

Le droit américain semble s'être rallié à cette solution française dans l'affaire Chromalloy<sup>249</sup> : une sentence rendue en Egypte le 24 août 1994 condamnant l'Etat égyptien à indemniser la société américaine Chromalloy, a été reconnue aux Etats-Unis le 31 juillet 1996, malgré son annulation par les juridictions du siège le 5 décembre 1995. Cette position a été confirmée plus récemment par l'arrêt Commisa<sup>250</sup>. La grande majorité des droits nationaux – y compris le droit suisse – refusent ou ne se sont pas encore prononcés sur la question.

La doctrine s'est interrogée sur la compatibilité de ces décisions françaises et américaines avec l'article V(1)e. de la Convention de New York, qui dispose que « *la reconnaissance et l'exécution de la sentence ne seront refusées [...] que si la partie fournit la preuve que la sentence [...] a été annulée ou suspendue par une autorité compétente du pays dans lequel la sentence a été rendue* ». Le professeur Francisco González De Cossio relève cependant que cet article a seulement pour objet de permettre le refus, mais ne l'impose pas : la mise en œuvre de la sentence n'irait pas à l'encontre de l'ordre public international<sup>251</sup>.

Ces solutions – encore très rares, le professeur De Cossio soulignant que seuls huit arrêts se sont prononcés sur cette question dans le monde – sont appréciées de façon contrastée : cela découle de l'absence de consensus sur le rôle du siège de l'arbitrage. Selon une première conception, le siège arbitral constitue la pierre angulaire de la coopération entre le juge étatique et l'arbitre : le professeur Francis A. Mann considérerait en ce sens que « *le siège de l'arbitrage est l'équivalent du*

---

249 Chromalloy Aeroservices, a Division of Chromalloy Gas Turbine Corporation v. Arab Republic of Egypt, District Court, District of Columbia, 31 July 1996 (939 F. Supp. 907) (“Chromalloy”)

250 Corporación Mexicana de Mantenimiento Integral, S. de R.L. de C.V. v. Pemex-Exploración y Producción, District Court of the United States, South New York’s District, 27 August 2013 (1:10-cv-00206-AKH) (“Commisa”) : « *I hold ... that the Eleventh Collegiate Court decision violated basic notions of justice in that it applied a law that was not in existence at the time the parties' contract was formed and left COMMISA without an apparent ability to litigate its claims. I therefore decline to defer to the Eleventh Collegiate Court's ruling, and I again confirm the Award and grant judgment thereon.* »

251 F. G. DE COSSIO « Enforcement of annulled awards : toward a better analytical approach », article du 23 mai 2013, : « The premise that, albeit awards annulled abroad *may* be refused under Article V(1)(e) of the New York Convention, such outcome is not *mandated*. Moreover, enforcing is not against international public policy » [http://www.gdca.com.mx/PDF/arbitraje/Enforcement%20of%20Annulled%20Awards.%20Towards%20a%20Better%20Analytical%20Approach%20\(Arbitration%20International\)\(Final\).pdf](http://www.gdca.com.mx/PDF/arbitraje/Enforcement%20of%20Annulled%20Awards.%20Towards%20a%20Better%20Analytical%20Approach%20(Arbitration%20International)(Final).pdf)

*for des juridictions étatiques* »<sup>252</sup>. Cette théorie demeure consacrée par la majorité des législations nationales. La seconde conception – qui prime en France – estime que « *le siège de l'arbitrage relève essentiellement de considérations de commodité [...] : les arbitres ne tiennent pas leurs pouvoirs du droit de l'État où ils siègent mais de l'ensemble des ordres juridiques qui reconnaissent, à certaines conditions, la validité de la convention d'arbitrage et de la sentence à intervenir. C'est en ce sens que l'on affirme que les arbitres n'ont pas de for* »<sup>253</sup>. Indépendamment de la philosophie de l'arbitrage retenue par les systèmes juridiques, ces décisions présentent des inconvénients majeurs sur le plan pratique : Pour le professeur Hamid Gharavi, la mise en œuvre de sentences annulées dans leur pays d'origine favorise la création de « *sentences flottantes* »<sup>254</sup>. Cela désigne les sentences qui ne peuvent être annulées d'une façon définitive, faute d'un rattachement à un ordre juridique national, obligeant une partie injustement condamnée à devoir s'opposer à chaque mesure d'exécution prononcée dans divers pays. Il est ajouté que ces solutions sont d'autant plus inopportunes qu'elles peuvent « *amorcer un jeu de va-et-vient par dessus les frontières* »<sup>255</sup> entre les pays admettant ou refusant la reconnaissance d'une sentence annulée et les pays, contrecarrant par ailleurs la tentative d'harmonisation des solutions en droit international.

---

252 F. A. MANN, « *Lex facit arbitrum, International Arbitration* », Liber Amicorum for Martin Domke (P.Sanders, ed.), LaHaye 1967, p.157s, cité par E. GAILLARD : « *l'exécution des sentences annulées dans leur pays d'origine* » – JDI 125 (1998), n°3, p. 646s

253 E. GAILLARD : « *l'exécution des sentences annulées dans leur pays d'origine* » – JDI 125 (1998), n°3, p. 646s

254 H. GHARAVI, *The International Effectiveness of the Annulment of an Arbitral Award*, Kluwer Law (2002) p.125; « *The enforcement of annulled awards facilitates the creation of what is called "Floating Awards" which will expose the losing party to potential enforcement actions worldwide which cannot be blocked with certainty* »

255 B. ANCEL, « *L'arbitrage commercial international au pays des lumières* », p : 203  
<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2776/10.pdf>

## CONCLUSION

L'arbitrage, aujourd'hui considéré comme le mode normal de règlement des litiges du commerce international, doit son extraordinaire prospérité au développement de politiques étatiques favorables à son égard. L'établissement d'une coopération entre le juge national et l'arbitre – qui paraissait antithétique au premier regard, puisqu'il s'agit de demander au juge de participer à la spoliation de sa propre compétence –, a permis à ce système décentralisé de justice de surmonter un certain nombre de ses faiblesses. En raison du caractère privé de cette institution, l'arbitre est en effet dépourvu d'imperium, ce qui le rend tributaire de la justice étatique pour l'exécution de la convention d'arbitrage et l'exécution de la sentence.

L'intervention du juge étatique est heureusement le plus souvent en harmonie avec les objectifs de simplicité et de célérité de la procédure arbitrale : la mondialisation du commerce s'est accompagnée d'une exacerbation de la mise en concurrence des droits nationaux et des places d'arbitrage, avec des enjeux économiques majeurs mais aussi culturels et politiques, qui ne peuvent se résumer à un simple antagonisme entre la common law et le droit continental. Lucidité oblige cependant de constater que l'avenir des places d'arbitrage de New York, Paris ou Genève – et celles émergentes de Singapour et de Hong Kong –, a plus à voir avec la tectonique géopolitique des superpuissances économiques et politiques qu'à la science du droit.

Pour l'heure, dans chacun des systèmes juridiques, la priorité aura été de développer un droit de l'arbitrage attractif pour les entreprises, mettant l'accent sur son efficacité. Nous avons constaté d'une façon assez générale un affaiblissement du contrôle exercé par le juge étatique sur la procédure et sur la sentence : l'autonomie accordée à l'arbitre pour juger de la validité de sa propre investiture ou le principe d'arbitrabilité de l'ensemble des matières juridiques témoignent d'un engagement libéral de l'État envers l'arbitrage.

Cependant une autre attente des acteurs reste plus difficile à satisfaire: renforcer le degré de sécurité juridique, ce qui suppose un édifice juridique particulièrement cohérent et solide. Or, dans un mouvement qui tendrait à l'unification, l'écueil est la persistance de systèmes juridiques dont les fondements idéologiques demeurent profondément divergents. La nécessité d'une coopération renforcée entre juge national et arbitre reste controversée. Des oppositions persistent sur plusieurs questions fondamentales, tel que le rôle du juge en matière probatoire (jusqu'où le juge étatique peut-il assister le tribunal arbitral?), ou encore quant aux standards d'indépendance et d'impartialité exigés des arbitres. Cette disparité intrinsèque des droits nationaux de l'arbitrage, matière à la

croisée de différentes cultures juridiques, constitue un frein évident à l'établissement d'un mécanisme arbitral transnational, fondé sur des règles unifiées.

En l'état de cette évolution, où les législations tendent de façon pragmatique vers plus de libéralisme, et dans une certaine mesure, vers une harmonisation des solutions juridiques, l'absence d'une conception doctrinale privilégiant la construction d'un édifice juridique solide et cohérent – garantissant en définitive une réelle sécurité juridique - ne permettra pas de parachever la construction d'un ordre juridique arbitral autonome. Cela supposerait sans doute, en préalable, un dépassement des conceptions dogmatiques propres à chacune des cultures juridiques nationales. Cependant, un tel dépassement est-il possible – voire souhaitable ? La diversité des systèmes juridiques, ainsi que leur compréhension dans toutes leurs dimensions, présente un intérêt évident qui ne se limite pas à la sphère des études comparatistes, mais a également contribué au succès de l'institution de l'arbitrage. En ce sens, Montesquieu ne proposait pas de lois universelles, sa conception libérale du « doux commerce » ne pouvant s'accommoder d'une anthropologie réductrice<sup>256</sup>.

---

256 C. LARRÈRE, « Montesquieu et le « doux commerce » : un paradigme du libéralisme », Cahiers d'histoire, Revue d'histoire critique, n°123, 2014, p. 21 à 38

# PRINCIPALES RÉFÉRENCES

## BIBLIOGRAPHIQUES, JURISPRUDENTIELLES ET TEXTUELLES

### I. Références bibliographiques

#### A. Les ouvrages en langue française

1. S. BOLLÉE, « *Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des sentences arbitrales* », préf. P. Mayer, Economica, 2004,
2. S. BOSTANJI, F. HORCHANI, S. MANCIAUX, « *Le juge et l'arbitre* », Editions A. Pedone, 2014,
3. V. CONSTANTINESCO et S. PIERRE-CAPS, « *Droit constitutionnel* », 4e éd., PUF, 2009,
4. R. DAVID, « *L'arbitrage dans le commerce international* », Economica 1982,
5. J.-L. DELVOLVÉ, « *Le nouveau droit français de l'arbitrage* », (Dir. Th. Clay), Lextenso éditions, 2011,
6. M. de FONTMICHEL, « *Le faible et l'arbitrage* », Edition Economica, 2013,
7. Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, « *Traité de l'arbitrage commercial international* », Paris, Litec, 1996,
8. E. GAILLARD, « *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international* », Editions Martinus Nijhoff, 2008,
9. Ch. JARROSSON, « *La Notion d'arbitrage* », LGDJ 1987,
10. Ch. JARROSSON, « *Réflexions sur l'imperium* », Études offertes à P. Bellet, Litec 1991,
11. P. LALIVE, J.F. POUDRET, C. REYMOND « *Droit de l'arbitrage interne et international en Suisse* », Lausanne, Editions Payot, 1989,
12. E. LOQUIN, « *L'arbitrage du commerce international, Pratique des affaires* », Joly éditions et Lextenso éditions, 2015,
13. B. OPPETIT, « *Théorie de l'arbitrage* », PUF 1998,
14. J.-F. POUDRET et S. BESSON, « *Droit comparé de l'arbitrage international* », LGDJ, Schulthess, 2002,
15. J. C. F. ROZAS « *Le rôle des juridictions étatiques devant l'arbitrage commercial international* », Recueil de Cours n°290, the Hague Academy of International Law,
16. A. SALETTI, J. VAN COMPERNOLLE et J.F. VAN DROOGHENBROECK, « *L'arbitre et le juge étatique, études de droit comparé à la mémoire de Giuseppe Tarzia* », éditions Bruylant, 2014,
17. Ch. SERAGLINI et J. ORTSCHIEDT, « *Droit de l'arbitrage interne et international* », Montchrétien – Lextenso éditions 2013,
18. R.T. TROPLONG, « *Du contrat de la société civile et commerciale* », Paris 1843.

#### B. Les ouvrages en langue anglaise

1. S. BESSON et J-F. POUDRET, « *Comparative Law of international arbitration* », Second Edition, Translated by Stephen V. BERTI and Annette PONTI, Sweet & Maxwell 2007,
2. G. BORN, « *International arbitration : law and practice* », Wolters Kluwer, 2012,
3. G. BORN, « *International commercial arbitration in the United States* », Kluwer 1994,
4. J. H. CARTER et S. CHAKRABORTY, « *US discovery in aid of foreign proceedings* », The International Arbitration Review, Second Edition, Law Business Research LTD, 2011,
5. Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, « *International Commercial Arbitration* », Edited by Emmanuel Gaillard and John Savages, Kluwer Law International, 1999,
6. E. GAILLARD, « *The review of international arbitral awards* », IAI series n°6, E. Gaillard

- Ed. 2010,
7. H. GHARAVI, « *The International Effectiveness of the Annulment of an Arbitral Award* », Kluwer Law (2002),
  8. J. LEW, « *Applicable Law in International Commercial Arbitration* », Edition Oceana-Sijthoff, 1978,
  9. J. D. M. LEW, L. A. MISTELIS, S. M. KROLL « *Comparative International Commercial Arbitration* », Édition Kluwer Law International 2003,
  10. L. A. MISTELIS et S. L. BREKOULAKIS, « *Arbitrability : International and Comparative Perspectives* », Wolters Kluwer Law & Business, 2009
  11. O. L. MOSIMANN, « *Antisuit injunctions in international commercial arbitration* », Eleven International Publishing, 2010,
  12. M. SORNARAJAH, « *The settlement of Foreign Investment Disputes* », Kluwer Law International, 2000,
  13. M. WIEBECKE « *The International Arbitration Review* », Second Edition, Editor James H. Carter, Law Business Research LTD, 2011.

### C. Articles de doctrine

1. B. ANCEL, « *L'arbitrage commercial international au pays des lumières* », Biblioteca Juridica Virtual de Instituto de Investigaciones Juridicas de la UNAM, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2776/10.pdf>,
2. F. BACHAND, « *les rapports entre juridictions nationales et tribunaux arbitraux internationaux* », 3ème Congrès de l'AHJUCAF, « Internationalisation du droit, internationalisation de la justice », 21-13 juin 2010, Cour Suprême du Canada Ottawa, p. 59,
3. O. CACHARD, « *L'effet négatif du principe compétence-compétence et les contentieux parallèles* », DMF, sept. 2007, n° 684, p. 714, spéc. p. 723, n° 24,
4. O. CAPRASSE, « *la procédure arbitrale internationale ou le droit comparé en pratique* », RDIDC, 2008, pp. 349 to 365,
5. Ch. CARABIBER, « *l'évolution de l'arbitrage commercial international* », RCADI 148 (1960), p.148-50,
6. J. CASSIUS, « *Etude comparée de la réglementation de l'arbitrage international dans l'OHADA et en Suisse* », Université de Genève, 2007,
7. S. CLAVEL, « *Anti-suit injunctions et arbitrage* » (2001) 4 Rev. Arb. p. 669,
8. Th. CLAY, « *L'appui du juge à l'arbitrage* », Les cahiers de l'Arbitrage, 2011, n°2, L.G.D.J,
9. Th. CLAY, « *Un déni de justice peut justifier la compétence internationale du juge français* », Rev. crit. DIP 2006. p. 140,
10. Th. CLAY, « *l'arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges* », D., 22 décembre 2011, n°44, Panorama, p3023-3033, p.3028,
11. D. COHEN, « *Indépendance des arbitres et conflits d'intérêt* », Rev. Arb. 2011 n°3, p. 611, Kluwerarbitration,
12. Y. DERAÏNS, « *Expertise technique et référé arbitral* », Rev Arb 1982, p. 239-251,
13. J. L. DEVOLVÉ, « *L'intervention du juge dans le décret du 14 mai 1980 relatif à l'arbitrage* », Rev. Arb. 1980 p. 616 et suivantes,
14. FRASER, des Chambres de commerce britanniques, au congrès international de 1912 (Boston), in Fifth International Congress (1913),
15. E. GAILLARD , « *La jurisprudence de la Cour de cassation en matière d'arbitrage international* », Rev. arb., 2007, p. 709,
16. E. GAILLARD, « *L'ordre juridique arbitral : réalité, utilité et spécificité* », Revue de droit de McGill, 2010, p. 891,
17. E. GAILLARD et P. DE LAPASSE, « *Commentaire analytique du décret du 13 février 2011 portant réforme du droit français de l'arbitrage* », Cahier de l'arbitrage, 20 novembre 2011, 0401 n°2, p.263,

18. E. GAILLARD : « *l'exécution des sentences annulées dans leur pays d'origine* » – JDI 125 (1998), n°3, p. 646s,
19. B. GOLDMAN, « *L'action complémentaire des juges et des arbitres en vue d'assurer l'efficacité de l'arbitrage commercial international* », Rapport général pour le soixantième anniversaire de la cour d'arbitrage de la CCI, Paris, 1984, p. 271,
20. H. M. HOLTZMANN, « *L'arbitrage et les tribunaux : des associés dans un système de justice internationale* » : Rev. Arb. 1978,
21. C. JALLAMIN, « *Arbitrage et pouvoir politique en France du XVII ème au XX ème siècle* », Rev. arb., 2005, p. 3,
22. Ch. JARROSSON, « *L'arbitrabilité : présentation méthodologique* », RJ. Com. 1996/3, p.1,
23. Ch. JARROSSON, « *L'acceptabilité de la sentence* », Rev. Arb. 2012-04-793 et s. spéc. p. 802,
24. E. JOUANNET, « *Les visions française et américaine du droit international : cultures juridiques et droit international* », article publié en anglais par M. ROGOFF « *French and American Perspectives on International Law : Legal Cultures and International Law* », in le Maine Law Review,
25. G. KAUFMANN-KOHLER, « *Le lieu de l'arbitrage à l'aune de la mondialisation. Réflexions à propos de deux formes récentes d'arbitrage* », Rev. arb., 1998, p. 534,
26. C. LARRÈRE, « *Montesquieu et le « doux commerce » : un paradigme du libéralisme* », Cahiers d'histoire, Revue d'histoire critique, n°123, 2014, p. 21 à 38
27. Cl. LEMERCIER et J. SGARD Rapport « *arbitrage privé international et globalisation(s)*, » Mars 2015 : <http://www.gip-recherche-justice.fr/wp-content/uploads/2015/05/Rapport-LemercierSgard-final.pdf>,
28. F. A. MANN, « *Lex facit arbitrum, International Arbitration* », Liber Amicorum for Martin Domke (P.Sanders, ed.), LaHaye 1967, p.157s,
29. J. MARGUERAT, « *Indépendance et impartialité de l'arbitre : le devoir de révéler de l'arbitre éclipsé* », Commentaire de l'arrêt du tribunal fédéral du 9 octobre 2012 (4A\_110/2012) : in : Jusletter 15 avril 2013,
30. M. MUSTILL, « *Comments and conclusions* » in *Conservatory and provisional measures in international arbitration* » (ICC ed, 1993), p.119,
31. B. OPPETIT, « *Philosophie de l'arbitrage commercial international* », Journal de droit international, 1993, p.818,
32. J.- F. POUDRET, « *Litispendance entre l'arbitre et le juge : quelle priorité ?* », in Mélanges Jean-Pierre SORTAIS, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 495,
33. A. S. RAU, « *The Culture of American Arbitration and the Lessons of ADR* », Texas International Law Journal, 2005,
34. G. SAUSER-HALL, « *Rapport pour l'institut de droit international* », 1952 (44-1 Ann. IDI 469),
35. E. SILVA ROMERO, commentaire de la sentence CCI n° 10671 rendue en 2000, JDI, 2005.1268, p. 1276,
36. WILNER, « *Determining the law governing performance in international commercial arbitration: a comparative study* », 19 Rutgers L. Rev 646 (1965) 650-652,
37. E. ZOLLER, « *Observations sur la révision et l'interprétation des sentences arbitrales* », Annuaire français de droit international, Année 1978, Volume 24, Numéro 24, pp. 327-351, spéc. p. 327.

## II. Références jurisprudentielles

### A. Jurisprudence française

1. Cass. Civ. 1ère, 1<sup>er</sup> février 2005, n°01-13.742 et 02-15.237,
2. Cass. Civ. 1ère, 16 octobre 2001, Arrêt « Quarto Children »,
3. Cass. Civ. 1re, 16 mars 1999, D. 1999,
4. Cass. Civ. 2ème, 13 avril 1972, « Consorts Ury c. S.A. des Galeries Lafayette »,
5. Cass. Civ. 1ère, 10 octobre 2012, n°11-20.299,
6. Cass. Civ. 1ère 29 novembre 1989,
7. Cass. Civ. 1ere, 5 janvier 1999, « Marco Zanzi c/ de Coninck »,
8. Cass. Civ. 1ère , 7 mai 1963, « Gosset »,
9. Cass. Civ. 1ère, 8 juillet 2009, « Soerni »,
10. Cass. Civ. 1ère 11 octobre 1989, « Bomar Oil »,
11. Cass. Civ. 1ère 9 novembre 1993, « Bomar Oil II »,
12. Cass. Civ. 1ère 3 juin 1997, « Prodexport I »,
13. Cass. Civ. 1ère 20 décembre 2000, « Prodexport II »,
14. Cass. 18 mai 1971 « Impex v P.A.Z Produzione Lavorazione »,
15. Cass. 9 novembre 1984, « Norsolor »,
16. Cass. 23 mars 1994, « Hilmarton »,
17. Cass. 29 juin 2007, « Putrabali »,
18. Paris, 10 mars 1995, Rev Arb 1996, p. 143,
19. Paris, pôle 1, Chambre 1, arrêt du 12 avril 2016, n° 14/14884,
20. Paris, 7 oct 2004, Rev. Arb 2004, p. 982,
21. Paris, 24 février 2005, « Sidermétal »,
22. Paris, 12 mars 1985, « Intrafor Cofor v Gagnant »,
23. Paris, 27 novembre 1987, «CCM sulzer v somagec »,
24. Paris, 21 octobre 1955, « Charr c. Hazim Ulusahim »,
25. Paris, 18 novembre 2004, « SA Thalès Air Défense c. GIE Euromissile ».

### B. Jurisprudence suisse

1. Tribunal fédéral suisse, 13 avril 2010, (4A 582/2009),
2. Cour de Justice de Genève (RSPI 1993, p.286 c.3),
3. Tribunal federal suisse, 29 avril 1996, Fondation M. C/ Banque X, (ATF 122 III 139),
4. Tribunal federal suisse, 25 oct. 2010, X. Holding AG, X. Management SA, A., et B., c. Y, Investments N. V (4A\_279/2010),
5. République et Canton de Genève, Tribunal de première instance, Order of 2 mai 2005 (ASA Bulletin. 739 (2005)),
6. Federal Tribunal, 23 June 1992, Fincantieri-Cantieri Navali Italiiani and Oto Melara v M and arbitration tribunal, 1995, XX YBCA 776,
7. Fincantieri-Cantieri Navali Italiiani SPA et Oto Melara SPA v M et tribunal arbitral, ATF 118 II 353, 355 (June 23 1992),
8. Corte di Appello Genoa, 7 mai 1994, Rev Arb 1994, 505, XXI, YBCA (1996),
9. Tribunal federal suisse, 8 mars 2006, Tensacciai SPA v Terra Armata SRL, 24(3) ASA, BULL 521, 556 (2006).

### C. Jurisprudence européenne

1. Van Uden Maritime BV v Kommanditgesellschaft in Firma Deco-Line, C-391/95 (1998) E.C.R. I-7091, 7133 (ECJ).

#### D. Jurisprudence américaine

1. Scandinavian Reinsurance Co. Ltd. v. St Paul F&M Ins. Co 668 F.3d 60 (2nd Cir. 2012)
2. Astoria Med. Group v. Health Ins. Plan of Greater N.Y., 182 N.E.2d 85, 88 (N.Y. 1962)
3. Tobey v County of Bristol et al., 33 Fed. Cas. 1313 1321-23, CCD Mass 1845
4. Tolaram Fibers Inc, v Deutsche Eng's Der Voest-Alpine Industrieanlagenbau GmbH, 1991, US Dist. LEXIS 3565 (M.D.N.C, 1991)
5. Hunt v. Mobil Oil Corp., 583 F. Supp. 1092 (S.D.N.Y. 1984)
6. Lochner v. New York, 198 U.S. 45 (1905)
7. Landy Michaels Realty Corp. V Local, 32B-32J Service employees International Union 2d Cir. 1992
8. Intel Corp. v Advanced Micro Devices Inc. 542 US 241, 2004
9. El Paso Corp. V La Comision Ejecutiva Hidroelectrica Del Rio Lempa, 341, Fed. Appx 31 (5th Cir. 2009)
10. In Re Chevron Corp. 633. F.3d 153, 159 (2011)
11. Pacific Reins. Mgt. Corp. v Ohio Reins 935 F.2d 1019, 1022-23 (9th Circuit 1991)
12. Publicis Communication v. True North Communications Inc, 7th Circuit, 206 F3d 725 (7th circuit 2000)
13. McCreary & Tire & Rubber Co. v. CEAT S.p.A. 501 F.2d 1032 (3d Cir. 1974)
14. Sperry International Trade Inc. V. Government of Israël, U.S. Court of Appeals for the Second Circuit - 689 F.2d 301 (2d Cir. 1982), Argued April 29, 1982. Decided Sept. 3, 1982
15. Carolina Power & Light Co v Uranex, 451 F. Supp. 1044 (N.D. Calif 1977)
16. Blumenthal v Merrill Lynch, Pierce, Fenner & Smith Inc, 910 F2d 1049 (2d Cir 1990)
17. Buckeye Check Cashing Inc v. Cardegna, 546 US 440 (2006)
18. China Trade & Dev. Corp. V MV Choong Yong », 837 F.2d 33, 36 (2d Cir 1987)
19. Moses H Cone Mem'l Hosp. V Mercury Constr. Corp. 460, US. 1, 24 (1983)
20. First Options of Chicago v Manuel Kaplan and MK Investment Inc, 115 S Ct 1920, 1943 (1995)
21. Alexander v Gardner-Denver (415 US 36, 94 S CT 1011, 39 L.Ed.2d 147 (1974)
22. Scherk v Alberto Culver (417 US 506, USSC 1974)
23. Mitsubishi Motors Corp v Soler Chrysler Plymouth Inc (473 US. 614 S Ct 3346, US Supreme Court, 2 juillet 1985)
24. Ukrvnesprom State Foreign Economic Enterprise v Tradeway, Inc, n°95 Civ 10278 (RPP), SDNY Mars 11 1996
25. Burchell v Marsh, 58 US 344, 349 (1854)
26. United Paperworkers v Misco Inc (484 US 29 1987)
27. Parsons & Whittemore Overseas Co. V Société générale de l'industrie du papier, 508 F. 2d 969, 974 (2d cir. 1974)
28. Hall Street Associates, L.L.C. v. Mattel, Inc., 552 U.S. 576 (2008)
29. Roadway Package System, Inc v Kayser, 257 F 3d 287, 292, and 293 (3d Circuit 2001)
30. Hoeft v MVL Group (343 F. 3d 57 (2d Cir. 2003)
31. Florasynth Inc v Pickholz, 750 F.2d 171, 176, (2d Cir. 1984)
32. Chromalloy Aeroservices, a Division of Chromalloy Gas Turbine Corporation v. Arab Republic of Egypt, District Court, District of Columbia, 31 July 1996 (939 F. Supp. 907) (“Chromalloy”)
33. Corporación Mexicana de Mantenimiento Integral, S. de R.L. de C.V. v. Pemex-Exploración y Producción, District Court of the United States, South New York's District, 27 August 2013 (1:10-cv-00206-AKH) (“Commisa”)

### **III. Principales références textuelles**

#### **A. Textes nationaux**

1. Articles 1442 à 1527 du Code de procédure civile français,
2. Articles 175 à 197 de la Loi Fédérale sur le droit international privé suisse,
3. Sections 1-16, 201-208, 301-307 du Federal Arbitration Act américain.

#### **B. Lois modèles et conventions internationales**

1. Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international de 1985, amendée en 2006,
2. Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (New York 1958).