

Les notes de cette chronique peuvent être citées de la façon suivante : GPL + date de la parution + identifiant unique (numéro de type GPL425c1 indiqué à la fin de chaque note, permettant de retrouver directement l'article via un moteur de recherche ou sur www.labase-lextenso.fr). Ex.: GPL 10 oct. 2023, n° GPL425c1.

Chronique de jurisprudence de droit de l'arbitrage GPL468m1

Par

Lilian LARRIBÈRE
Professeur de droit privé
et sciences criminelles
à l'université Paris
Nanterre, membre du
CEDIN

L'essentiel

La présente chronique couvre la période allant d'avril à septembre 2024. C'est l'arrêt *Hydro* du 15 mai 2024 de la première chambre civile de la Cour de cassation qui est certainement le plus marquant de ces derniers mois (Cass. 1^{re} civ., 15 mai 2024, n° 23-11012) : il affirme qu'un *exequatur* à fin de reconnaissance permet de reconnaître une sentence ayant pourtant condamné un débiteur en faillite à payer une créance.

Par ailleurs, deux intéressants arrêts confirment une solution classique (CA Paris, 5-16, 10 sept. 2024, n° 24/00151 et CA Paris, 5-16, 10 sept. 2024, n° 24/00152) : la demande d'intervention dans un recours engagé contre une sentence arbitrale est irrecevable. Mais le raisonnement pour la justifier semble laisser croire que l'arbitrage connaîtrait une sorte d'autonomie procédurale, le mettant à l'écart des règles classiques du droit judiciaire privé. Il y a là une extension de « l'autonomie » de l'arbitrage, dont l'effet d'entraînement est bien connu.

PLAN

I. LE CONTENTIEUX POST-ARBITRAL p. 1	C. La constitution du tribunal arbitral..... p. 7
A. Généralités p. 1	II. LE RESPECT DU PRINCIPE DU
B. La compétence du tribunal arbitral p. 5	CONTRADICTOIRE..... p. 9
	III. LE CONTENTIEUX PARA-ARBITRAL p. 10

I. LE CONTENTIEUX POST-ARBITRAL

A. Généralités

L'affinement des modalités du contrôle des sentences administratives internes GPL468z0

L'essentiel À l'occasion du contrôle d'une sentence interne rendue à propos d'un marché public, le Conseil d'État précise les griefs pouvant être soulevés contre une telle sentence, et le contrôle qu'il entend exercer tant

dans le cadre d'une procédure d'*exequatur* que d'annulation.

CE, 7^e-2^e ch. réunies, 30 juill. 2024, n° 485583 : Lebon ; CAPJIA 2024, à paraître, note M. Lahouazi ; Dalloz actualité, à paraître, obs. J. Jourdan-Marques

Note

Dans les arrêts *Fosmax I* et *Fosmax II* ⁽¹⁾, le Conseil d'État était venu préciser les modalités du contrôle qu'il entendait exercer contre les sentences arbitrales internationales dans le cadre de la compétence qui lui avait été réservé par le Tribunal des conflits. C'est ce contrôle qui est, pour l'essentiel, étendu aux sentences rendues en matière interne.

Au préalable, le Conseil d'État rappelle sa compétence pour trancher le contentieux post-arbitral en matière administrative : « Le litige né de l'exécution ou de la rupture d'un contrat administratif ressortit à la compétence du juge administratif » (n° 3). Une lecture attentive montre qu'en matière interne la compétence du juge administratif est plus large que dans la sphère internationale ⁽²⁾. En matière internationale, le Tribunal des conflits n'a accordé compétence à l'ordre administratif que pour les contrats de la commande et de la domanialité publiques impliquant des règles impératives, conclus par une personne morale de droit public, et exécutés sur le territoire français. La compétence en matière interne se veut plus large : elle concerne tous les contrats administratifs, catégorie plus vaste que les contrats de la domanialité et de la commande publiques, y compris donc ceux conclus par des personnes privées, ce qui est loin d'être rare en pratique. Explicitement ne sont visées que l'exécution et la rupture de ces contrats, mais l'on peut penser que cette compétence s'étendra à la validité, à propos de laquelle des règles d'ordre public devront d'ailleurs être respectées par les arbitres.

Au vu de la généralité d'une telle compétence, les modalités du contrôle du juge administratif apparaissent cardinales. Tout d'abord, le Conseil d'État commence par préciser le juge compétent au sein de l'ordre administratif. Pour ce faire, il s'appuie sur l'article L. 321-2 du Code de justice administrative qui prévoit que le Conseil d'État est compétent pour connaître des appels formés contre les décisions rendues en premier ressort par les autres juridictions administratives. Or, on sait que, depuis longtemps ⁽³⁾, le juge administratif considère l'arbitre comme une sorte de juridiction administrative spéciale, quoique cette qualification soit discutée dans ces rangs mêmes ⁽⁴⁾. C'est en tout cas ce fondement qui permet d'affirmer la compétence du Conseil d'État pour juger des recours

en annulation, et non pas des appels, formés contre les sentences administratives internes. Car une fois cette compétence affirmée, c'est bien une forme de recours en annulation que crée le Conseil d'État, et non un véritable appel de la sentence ⁽⁵⁾, avec des griefs limitativement énumérés. Autrement dit, la haute juridiction administrative tient compte des modifications apportées, dans le champ du droit privé, par le décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 qui avait renversé la solution de principe en faisant de l'appel en matière interne une voie en principe fermée. En sorte que, de ce point de vue, les juridictions judiciaire et administrative s'accordent.

Ce n'est pas le cas s'agissant de l'arbitrabilité des litiges, le Conseil d'État rappelant fermement sa position de principe, encore affirmé récemment ⁽⁶⁾ : les litiges concernant des personnes publiques sont inarbitrables sauf dérogation législative ou conventionnelle, dérogation qui s'appliquait en l'espèce. Notons que l'article 2060 du Code civil n'est pas cité ⁽⁷⁾ et que la compétence administrative est donc plus large que cette inarbitrabilité de principe, ce qu'elle n'est pas en matière internationale. Ainsi qu'on l'a dit, toutes les sentences rendues à propos de contrats administratifs ressortissent de la juridiction administrative en matière interne, y compris donc ceux conclus par des personnes privées, qui peuvent, elles, recourir à l'arbitrage. Si bien que ces litiges portant sur ces derniers contrats seront arbitrables par principe, mais les sentences seront scrutées par la juridiction administrative.

Mais, l'essentiel de l'arrêt porte sur les griefs susceptibles d'être soulevés à l'occasion de ce contrôle : pour résumer l'essentiel, l'article 1520 du Code de procédure civile est décalqué en matière administrative. Mais ce qui apparaît informatif est la mise en œuvre du contrôle. D'abord, l'absence de dispositif n'est pas jugée mettre en cause la régularité de la procédure : on sait que la même règle prévaut en matière judiciaire, justifiée par le fait que la sentence n'a pas à être rédigée comme un jugement. Ensuite, à propos de l'objet du litige, il est ici restrictivement conçu s'agissant d'un compromis d'arbitrage : une demande reconventionnelle qui n'y était pas visée a été justement écartée par les arbitres d'après le Conseil d'État. Enfin, on le sait, c'est le contrôle de l'ordre public qui attire le plus d'attention. Et du point de vue de son contenu, le Conseil d'État se borne à reprendre les indications déjà données dans les arrêts *Fosmax* si bien que le juge administratif ne distingue pas ordre public interne et ordre public international ⁽⁸⁾. Mais sur le plan de sa mise en œuvre, le contrôle de l'ordre public paraît relativement plus léger qu'attendu ⁽⁹⁾. L'une des règles qui pourrait faire craindre une révision très large de

(1) CE, 9 nov. 2016, n° 388806, *Fosmax* : JCP G 2016, 1430, n° 3, obs. C. Seraglini ; JCP G 2017, 29, note S. Bollée ; D. 2016, p. 2589, obs. T. Clay ; CAPJIA 2016, p. 977, note M. Laazouzi et S. Lemaire ; Rev. arb. 2017, p. 179, concl. G. Pellissier et note J. Billefont ; Rev. arb. 2017, p. 254, note M. Audit et C. Broyelle ; JDI 2017, comm. 4, note S. Manciaux – CE, 20 juill. 2021, n° 443342 : AJDA 2021, p. 2455, note M. Lahouazi ; JCP G 2021, 1280, § 6, obs. C. Seraglini ; JCP A 2021, 2267, obs. J. Martin, G. Pellissier et N. Gabayet ; Dalloz actualité, 17 sept. 2021, obs. J. Jourdan-Marques ; GPL 28 sept. 2021, n° GPL426u9, obs. N. Finck et S. Seroc ; Contrats-Marchés publ. 2021, p. 325, obs. M. Ubaud-Bergeron ; D. 2021, p. 2272, obs. T. Clay.

(2) Si celle-ci, toutefois, se maintient : sur cette discussion, v. J. Jourdan-Marques, « Le législateur torpille les jurisprudences INSERM et SMAC », D. 2024, p. 1296.

(3) R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, 13^e éd., 2008, LGDJ, p. 269, n° 299, EAN : 9782707615879.

(4) G. Pellissier, conclusions sous l'arrêt *Fosmax I*. RFDA 2016, p. 1154 : « [Cette référence à l'article L. 321-2 du Code de justice administrative] est au demeurant discutable puisqu'elle repose sur l'idée que le tribunal arbitral est une juridiction administrative spéciale, ce qui ne nous paraît pas du tout évident ».

(5) Sur l'évolution de cette question, v. M. Lahouazi, note ss CE, 30 juill. 2024, n° 485583, CAPJIA 2024, à paraître.

(6) CE, 17 oct. 2023, n° 465761 : Dalloz actualité, 13 nov. 2023, obs. J. Jourdan-Marques ; JDI 2024, comm. 10, note M. Lahouazi ; GPL 7 mai 2024, n° GPL462z1, obs. L. Larribère.

(7) Sur quoi, v. déjà M. Lahouazi, note ss CE, 30 juill. 2024, n° 485583, CAPJIA 2024, à paraître. Et sur la signification possible de cette absence, v. L. Larribère, obs. ss CE, 17 oct. 2023, n° 465761, GPL 7 mai 2024, n° GPL462z1.

(8) Sur quoi, v. déjà M. Lahouazi, note ss CE, 30 juill. 2024, n° 485583, CAPJIA 2024, à paraître.

(9) Pour une analyse similaire, M. Lahouazi, note ss CE, 30 juill. 2024, n° 485583, CAPJIA 2024, à paraître.

la sentence est, en effet, contrôlée d'une manière très lâche : celle de l'interdiction de consentir des libéralités. Ses conséquences pourraient, en effet, aller jusqu'à remettre en cause le calcul d'un paiement ordonné par un arbitre. Mais le Conseil d'État ne semble pas vouloir aller jusque-là : alors que le tribunal arbitral avait affirmé que le cocontractant n'avait pas fait « tous les efforts souhaitables pour établir la réalité [d'un] chef de préjudice », il avait malgré tout condamné la collectivité publique à payer plus de 400 000 € à titre de réparation. Si le préjudice n'existait pas, on aurait pu voir là une libéralité, ou à tout le moins entrer plus avant dans l'analyse factuelle et juridique de la situation litigieuse pour opérer un contrôle

de l'ordre public. C'est dans cette voie que ne s'engouffre pas le Conseil d'État qui laisse donc une certaine marge d'appréciation au tribunal arbitral.

Tout en construisant donc ce recours en annulation, le Conseil d'État donne quelques indications sur le recours en *exequatur* : c'est cette fois le tribunal administratif qui est compétent, et qui doit exercer un contrôle similaire à celui prévu en matière de recours en annulation. La question reste de savoir si l'*exequatur* pourrait suivre un chemin similaire à celui prévu devant le juge judiciaire : contrôle léger par le premier juge, et contrôle plus approfondi en appel. Rien n'autorise, à ce stade, à le penser.

L'autonomie procédurale du droit de l'arbitrage et l'irrecevabilité des demandes d'intervention GPL468z1

L'essentiel La demande d'intervention volontaire ne saurait être recevable lors d'un recours en annulation ou d'un appel contre une ordonnance d'*exequatur*, sauf volonté expresse des parties.

CA Paris, 5-16, 10 sept. 2024, n° 24/00151 – CA Paris, 5-16, 10 sept. 2024, n° 24/00152 : Dalloz actualité, à paraître, obs. J. Jourdan-Marques

Note

Quoique classique, l'irrecevabilité de principe de toute demande d'intervention dans le cadre d'un recours en annulation ou d'un appel contre une ordonnance d'*exequatur* peut surprendre ⁽¹⁾. Elle est pourtant réaffirmée avec vigueur par deux arrêts du 10 septembre 2024 de la cour d'appel de Paris, qui énoncent, au surplus, que les droits de demander l'*exequatur* ou l'annulation sont « strictement rattachés à la qualité de partie à l'arbitrage, qui n'appartient qu'aux parties à la sentence ou à des tiers admis conventionnellement comme parties » [n° 51]. Pour résumer l'essentiel des faits, alors que deux sentences avaient été rendues en faveur d'investisseurs mauriciens, ces derniers avaient conclu des *assignment agreements* au profit de plusieurs sociétés américaines aux termes desquels elles prenaient l'engagement de faire « leurs efforts raisonnables pour engager et poursuivre des procédures en vue d'exécuter les sentences et assurer leur recouvrement », en contrepartie d'une commission de 1 % sur toute somme récoltée. C'est pourquoi elles tentaient d'intervenir de manière volontaire dans le cadre de l'appel de deux ordonnances ayant *exequaturé* en France les sentences. Deux considérations traditionnelles justifient l'irrecevabilité de leurs demandes aux yeux de la Cour : un argument textuel, et un argument plus théorique.

Textuellement, l'article 1527 du Code de procédure civile (CPC), qui prévoit la procédure à suivre quant aux voies de recours ouvertes en droit de l'arbitrage international,

renvoie aux règles relatives à la procédure d'appel fixées aux articles 900 à 930-1 du CPC. Or, le principe de l'intervention en cause d'appel est prévu par les articles 544 et 545 du CPC, rangés dans les « dispositions relatives à la théorie général de l'appel [qui] sont exclues [en droit de l'arbitrage international] » ⁽²⁾. C'est ce premier argument qui permet à la cour d'affirmer « l'autonomie des règles applicables en matière d'arbitrage international ». On pourra répondre que cette autonomie est à géométrie variable : on se souvient que la Cour de cassation a récemment ouvert la tierce opposition contre l'ordonnance d'*exequatur* – on y reviendra – alors qu'aucun texte propre au droit de l'arbitrage ne l'ouvre ⁽³⁾. L'autonomie n'est donc, à tout le moins, pas totale ⁽⁴⁾. Mais le terme « autonomie » est tout à fait signifiant : il renvoie sûrement à l'autonomie de la convention d'arbitrage, qui, comme par effet d'entraînement, a donné naissance à l'autonomie du droit de l'arbitrage international. Et si l'on se souvient que, récemment, la jurisprudence française a découvert la notion de « fins de non-recevoir du droit de l'arbitrage » ⁽⁵⁾, on se convainc que c'est peut-être à l'émergence d'une véritable autonomie procédurale du droit de l'arbitrage que l'on assiste aujourd'hui.

À cet égard, il est vrai que toute demande d'intervention ne peut être reçue en la matière : l'intervention aux fins de condamnation du tiers ou d'une partie initiale ne peut être admise dans la mesure où la cour d'appel doit avoir

(1) Par ex., CA Paris, 8 mars 2001 : Rev. arb. 2001, p. 567, obs. C. Legros. *Contra* CA Paris, 5 avr. 1990 : Rev. arb. 1992, p. 110, note H. Synvet. Sur cette question, v. P. Callé, « Demandes en intervention et justice arbitrale », in *Mélanges dédiés à la mémoire du doyen Jacques Héron*, 2008, LGDJ, p. 155 et s., spéc. p. 162 et s.

(2) J. Pellerin, note ss Cass. 1^{re} civ., 13 avr. 2023, n° 21-50053, JDI 2024, comm. 16.

(3) Cass. 1^{re} civ., 26 mai 2021, n° 19-23996 : Dalloz actualité, 18 juin 2021, obs. J. Jourdan-Marques ; Procédures 2021, comm. 225, obs. L. Weiller ; Rev. arb. 2021, p. 476, note S. Akhouad-Barriga ; JDI 2022, comm. 15, note S. Bollée ; RDC sept. 2021, n° RDC200e0, obs. Y.-M. Serinet et X. Boucobza ; JCP E 2022, 1081, note D. Mainguy.

(4) La majorité de la doctrine s'accorde pour dire que les textes relatifs à la tierce opposition commandaient la solution finalement retenue en 2021. Il ne s'agit pas ici de la remettre en cause mais plutôt d'observer que l'autonomie professée n'est pas encore complète.

(5) Cass. 1^{re} civ., avis, 20 mars 2024, n° 23-70019 : JCP G 2024, 589, note P. Casson ; JCP G 2024, doct. 782, obs. L. Jandard ; JCP E 2024, 1144, note D. Mainguy ; Procédures 2024, comm. 118, obs. L. Weiller ; D. 2024, p. 798, note M. Barba ; CAPJIA 2024, à paraître, note J. Pellerin ; Rev. arb. 2024, p. 551, note L. Jandard et M. Plissonnier ; GPL 7 mai 2024, n° GPL462z0, obs. L. Larrière.

la possibilité de statuer au fond pour ce faire. C'est bien ici la délimitation propre du recours en annulation et de l'appel contre l'ordonnance d'*exequatur* qui justifie cette exclusion. Mais il aurait pu y avoir place, comme ici, pour une intervention volontaire accessoire, visant à appuyer les prétentions des parties⁽⁶⁾. Il n'aurait pas lieu de s'inquiéter d'une multiplication de ces interventions, dans la mesure où encore faut-il, pour qu'elle soit recevable, que le tiers ait intérêt à agir, ce qui ne serait arrivé que plutôt rarement. Mais c'est précisément cette voie que ferme catégoriquement la cour d'appel.

Plus théorique, le second argument repose sur le caractère contractuel de l'arbitrage qui empêcherait toute demande d'intervention. C'est dire que « bien que la justice ne soit plus ici contractuelle, mais étatique, [l']origine contractuelle [de l'arbitrage] imprime sa marque juridique jusque dans la recevabilité des demandes nouvelles, en limitant parfois les pouvoirs de la cour d'appel »⁽⁷⁾. Car en effet, il faut distinguer la demande d'intervention dans le cadre de l'instance arbitrale elle-même, et celle engagée devant la cour d'appel. Devant le tribunal arbitral, on peut comprendre que la nature contractuelle de l'arbitrage empêche toute intervention d'un tiers non-partie à la convention d'arbitrage, sauf accord des parties. La compétence des arbitres ne résulte que de cette convention, et l'on ne saurait permettre à un tiers de s'y immiscer, ou à l'inverse, le contraindre à y participer, sauf par les mécanismes d'extension de la convention. Cependant, devant le tribunal étatique, la compétence n'est plus limitée par cette nature contractuelle⁽⁸⁾. L'argument est bien pourtant mobilisé, comme c'est classiquement le cas en jurisprudence, et justifie également que l'intervention ne soit possible qu'à la condition que toutes les parties en conviennent. L'ombre de la « nature contractuelle »⁽⁹⁾ de l'instance arbitrale est ainsi comme projetée sur l'instance judiciaire qui la suit, et qui se rapporte à son produit, la sentence arbitrale. Il y a là une liaison singulière entre la substance du litige – la reconnaissance d'une sentence – et la procédure à appliquer que l'on croyait un peu perdue⁽¹⁰⁾. Quoique distingués par les deux décisions, ces deux arguments textuel et théorique se nouent pour justifier l'autonomie procédurale du droit de l'arbitrage.

Bien que traditionnelle, on aurait pu penser cette position être amenée à évoluer, précisément par l'ouverture récente de la tierce opposition contre une ordonnance d'*exequatur*. En effet, tierce opposition et intervention, en

particulier aux fins de déclaration de jugement ou d'arrêt commun (CPC, art. 331, al. 2), fonctionnent en couple : l'intervention permet d'étendre la chose jugée à un tiers, qui ne peut plus alors engager une tierce opposition⁽¹¹⁾. Elle fonctionne ainsi, en un certain sens, en préventif, quand la tierce opposition agit en curatif. Or dès lors que la tierce opposition a été ouverte contre une ordonnance d'*exequatur* en matière internationale, il aurait pu y avoir lieu à remise en cause de la position classique quant à l'intervention. L'argument avait été avancé ; il est balayé par la cour d'appel.

La dernière partie de l'arrêt apparaît plus novatrice : l'espèce était singulière puisque les sociétés américaines prétendaient être cessionnaires des créances issues des sentences arbitrales. Sans discuter de la réalité de cette cession, la cour affirme qu'à admettre cette hypothèse, elles ne pourraient malgré tout agir en annulation de la sentence ou interjeter appel contre l'ordonnance d'*exequatur*. On peine un peu à comprendre le raisonnement et l'analyse : en l'espèce, ces sociétés n'agissaient pas en annulation ou contre l'*exequatur*, mais tentaient précisément de soutenir le maintien de l'ordonnance d'*exequatur*. Or, si ces sociétés étaient réellement cessionnaires, il semble qu'elles aient intérêt à agir pour ce faire. Si la cour veut dire que dans le cas d'une telle cession, seul le cédant partie à l'arbitrage peut agir devant les juridictions judiciaires, soit en annulation, soit en *exequatur*, le décalage avec le droit judiciaire privé classique serait grand. Car, dans le cas d'une telle cession, on peut s'interroger sur l'intérêt à agir du cédant. Or, on ne peut dire que ni le cédant, ni le cessionnaire n'ont intérêt à agir en *exequatur* de la sentence, ou en annulation. Dès lors que le cessionnaire est devenu titulaire de la créance issue de la sentence, c'est lui qui devrait avoir intérêt à agir pour défendre l'*exequatur*, et même parfois l'annulation. On peut, en effet, imaginer des cas où le cessionnaire a racheté la créance issue de la sentence, tout en acceptant de prendre en charge une dette mise à la charge du cédant par le tribunal arbitral : le cessionnaire pourrait alors requérir une annulation partielle d'une telle sentence, par exemple en raison d'une incompétence limitée à la dette du tribunal arbitral. On peut donc ici s'interroger sur le sens exact de la formule employée par la cour, qui n'a ici pour conséquence que de réaffirmer l'impossibilité d'une demande en intervention.

(6) Sur ce point, P. Callé, « Demandes en intervention et justice arbitrale », in *Mélanges dédiés à la mémoire du doyen Jacques Héron*, 2008, LGDJ, p. 163, n° 18.

(7) P. Callé, « Demandes en intervention et justice arbitrale », in *Mélanges dédiés à la mémoire du doyen Jacques Héron*, 2008, LGDJ, p. 162, n° 16.

(8) C'est ce qui permet à Sylvain Bollée, dans un développement relatif aux liens entre intervention et tierce opposition, d'écrire que « la référence au fondement contractuel de l'arbitrage n'a pas de pertinence ici, parce que (...) ce caractère contractuel n'a rationnellement aucun lien avec les motifs qui justifient l'ouverture de la tierce opposition », v. S. Bollée, « Les recours et les tiers en matière d'arbitrage », *Rev. arb.* 2018, p. 139.

(9) Nous avons défendu ailleurs l'idée que l'intégralité de l'instance arbitrale n'était pas contractuelle, en particulier la partie relative à la discussion de la compétence des arbitres.

(10) Sur ces questions, v. É. Nédellec, *Critique de la publicisation du droit processuel civil*, thèse, 2022, Paris 1.

(11) Sur quoi, v. L. Cadiet et E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, 12^e éd., 2023, LexisNexis, p. 425, n° 454.

B. La compétence du tribunal arbitral

Renonciation à la convention d'arbitrage et fait nouveau GPL468x5

L'essentiel La renonciation à la convention d'arbitrage est un fait nouveau susceptible de permettre la recevabilité d'une nouvelle demande devant les juridictions étatiques alors même qu'elles ont déjà prononcé une décision d'incompétence dans cette affaire.

Cass. 1^{re} civ., 15 mai 2024, n^{os} 22-23832 et 23-10778, F-D (cassation partielle CA Paris, 7 nov. 2022) : Dalloz actualité, 14 juin 2024, obs. J. Jourdan-Marques

Note

Depuis quelque temps déjà, la jurisprudence française a affaire à des situations où le jeu classique de l'effet négatif du principe de compétence-compétence est susceptible d'entraîner des blocages, et, pour tout dire, des dénis de justice. On l'a vu notamment dans l'arrêt *Taglia'Pau* (Cass. 1^{re} civ., 9 févr. 2022, n^o 21-11253 : Dalloz actualité, 16 mars 2022, obs. J. Jourdan-Marques ; D. 2022, p. 2330, obs. T. Clay ; RTD com. 2022, p. 487, obs. E. Loquin ; JCP G 2022, 553, note M. de Fontmichel ; JCP G 2022, doct. 724, obs. L. Jandard ; Rev. arb. 2022, p. 309, note C. Jarrosson ; GPL 5 avril 2022, n^o GPL435e8, obs. L. Larribère ; Procédures 2022, comm. 100, obs. L. Weiller ; JCP E 2022, 1307, note P. Casson), à propos d'une partie refusant de payer la provision pour frais du tribunal arbitral tout en excipant de la convention d'arbitrage pour faire échec à une instance judiciaire. On l'a vu encore en matière d'impécuniosité : la Cour de cassation a créé un mécanisme original obligeant la partie impécunieuse à saisir un tribunal arbitral, à charge pour « les acteurs de l'arbitrage » de trouver une solution pour que la demande soit entendue, à défaut de laquelle l'effet négatif du principe de compétence-compétence peut être exceptionnellement déconnecté. L'arrêt du 15 mai 2024 vient rendre compatibles avec ces règles nouvelles les mécanismes procéduraux qui auraient pu être susceptibles d'y faire échec, dans une situation légèrement différente de celles venant d'être décrites. Une partie avait saisi un tribunal français : l'effet négatif du principe de compétence-compétence l'avait conduit à se déclarer incompétent. Elle avait alors saisi un tribunal arbitral danois, puis demandé un délai pour le paiement de la provision. L'autre partie avait refusé d'accepter cette extension, « résilié la convention d'arbitrage », et avait, le même jour, saisi les juridictions danoises pour voir trancher le fond. Le demandeur à l'arbitrage, resté donc infructueux, avait saisi de nouveau les juridictions françaises, qui s'étaient déjà prononcées dans cette affaire en établissant leur incompétence. L'autorité de chose jugée pouvait-elle faire échec à cette nouvelle action ? Une réponse positive aurait conduit à une situation de blocage, au

moins partiel : le tribunal arbitral n'avait pu véritablement fonctionner faute de paiement de la provision ; l'autorité de chose jugée empêcherait les juridictions françaises de retenir leur compétence en raison de la décision d'incompétence précédemment rendue. C'est pourquoi, la Cour de cassation qualifie de fait nouveau la « renonciation à la convention d'arbitrage », que la cour d'appel avait décelée dans le comportement du défendeur dans son pouvoir souverain d'appréciation. On peut en effet être convaincu qu'il s'agit « [d'un] fait juridique ayant modifié la situation sur laquelle la décision antérieure a statué » (C. Chainais, F. Ferrand, L. Mayer, S. Guinchard, *Procédure civile – Droit commun et spécial du procès civil, MARD et arbitrage*, 36^e éd., 2022, Dalloz, p. 898, n^o 1211). Or, un fait nouveau permet juridiquement une modification de la cause du litige (C. Chainais, F. Ferrand, L. Mayer, S. Guinchard, *Procédure civile – Droit commun et spécial du procès civil, MARD et arbitrage*, 36^e éd., 2022, Dalloz, p. 898, n^o 1211) : la condition de la triple identité de l'article 1355 du Code civil n'étant pas remplie, l'autorité de chose jugée ne saurait jouer. La renonciation – dont l'appréciation est renvoyée au pouvoir souverain des juges du fond – constitue donc un fait nouveau, permettant d'engager une nouvelle action devant les juridictions françaises, même si elles se sont retenues incompétentes dans une première décision sur le fondement du principe de compétence-compétence.

La solution peut certainement être étendue à d'autres situations proches : imaginons qu'une partie impécunieuse saisisse, d'abord, une juridiction étatique pour faire juger la convention manifestement inapplicable, puis un tribunal arbitral qui ne trouve pas de solution à la situation, et enfin, de nouveau, une juridiction étatique. Pour éviter la situation de blocage déjà décrite, on pourrait admettre l'existence d'un fait nouveau, consistant en la saisine infructueuse d'une juridiction arbitrale. Imaginons encore une situation comme celle de l'arrêt *Taglia'Pau*, mais où la partie a, en tout premier lieu, saisi une juridiction française qui s'est déclarée incompétente, puis un tribunal arbitral dont la provision n'a pas été payée par le défendeur, qui oppose enfin la convention d'arbitrage à une nouvelle action judiciaire. Le principe de loyauté procédurale dégagé dans cette affaire permettra de dire que l'effet négatif ne pourra jouer dans la seconde action judiciaire. Mais encore faudra-t-il écarter l'autorité de chose jugée de la première décision, ce qui ne pourra passer que par la qualification de fait nouveau de la saisine, ici aussi, infructueuse du tribunal arbitral.

D'où l'on voit que pour permettre une résolution de ces situations de blocage que l'effet négatif du principe de compétence-compétence crée parfois, ce sont aussi les mécanismes du droit judiciaire privé qu'il faudra mobiliser.

La portée limitée d'une convention d'arbitrage incluse dans les statuts sociaux GPL468z2

L'essentiel Une clause d'arbitrage, incluse dans les statuts sociaux, et visant les litiges naissant à propos des affaires sociales, ne s'applique pas à un litige relatif aux pertes d'exploitation subies par la société même si elles sont dues aux agissements de ses actionnaires.

CA Paris, 5-16, 30 avr. 2024, n° 21/19729 : Dalloz actualité, 14 juin 2024, obs. J. Jourdan-Marques

Note

Depuis quelque temps déjà, il nous semble que la convention d'arbitrage se trouve dotée d'un effet très large à l'égard des tiers, si bien que l'on a pu parler de convention d'arbitrage à effet *erga omnes*. Mais cette conception très large sur le plan *ratione personae* se trouve contrebalancée, dans cet arrêt du 30 avril 2024, par une conception relativement stricte de son applicabilité *ratione materiae*. Un litige s'était noué entre trois administrateurs, actionnaires et clientes d'une société exploitant un oléoduc. Le contrat de société comportait une clause d'arbitrage selon laquelle toutes les contestations qui pourraient s'élever soit entre, d'une part, la société et, d'autre part, les actionnaires ou administrateurs, soit entre les actionnaires eux-mêmes au sujet des affaires sociales seraient soumises à un tribunal arbitral. Ces trois actionnaires avaient, par ailleurs, conclu un pacte d'actionnaires extrastatutaire, comportant lui aussi une convention d'arbitrage, et obligeant notamment les parties à assurer l'équilibre financier de la société. Enfin, ces trois actionnaires étaient également clientes de la société, dont les conditions générales comportaient, elles aussi, une convention d'arbitrage. C'est le lien entre ces trois conventions d'arbitrage, et leur portée respective, qui se trouvaient au cœur du problème relatif à la compétence arbitrale. Le litige sur le fond se nouait après que les trois actionnaires avaient décidé, pour les besoins de leur activité propre, d'utiliser un autre oléoduc que celui géré par la société. Cette dernière formait trois demandes, dont seule la dernière, relative aux pertes d'exploitation subies, posait véritablement difficulté.

Sur le plan des opérations arbitrales, la société engageait tout d'abord une procédure fondée en même temps sur les trois conventions d'arbitrage. Alors que la demande sur les pertes d'exploitation n'avait, semble-t-il, pas encore été formée, le tribunal arbitral rendait une sentence partielle qui retenait sa compétence sur le seul fondement des statuts. Dans la sentence finale, en revanche, le tribunal arbitral affirmait que la convention d'arbitrage incluse dans les statuts ne couvrait pas le litige sur les pertes d'exploitation, qui relevait plutôt du pacte d'actionnaires sur lequel la société se fondait d'ailleurs sur le fond pour tenter d'engager la responsabilité des trois actionnaires. C'est cette analyse qui était contestée devant le juge du contrôle, qui rejette le recours en annulation.

Une première partie du raisonnement paraît difficilement compréhensible ⁽¹⁾ : le demandeur à l'annulation faisait valoir que certaines parties de la sentence finale relatives à la compétence des arbitres avaient autorité de chose jugée, en sorte qu'elles devaient entraîner le rejet de moyens proposés par les défenderesses. Ce qui est étonnant, c'est que l'analyse du demandeur n'ait pas été purement et simplement rejetée en raison du contrôle total, en fait et en droit, que le juge étatique réalise quant à la compétence arbitrale. Si le contrôle est total, tous les moyens doivent pouvoir être analysés par la cour d'appel, sans aucune restriction. L'autorité de chose jugée de la sentence ne saurait donc faire échec à l'étude d'un moyen proposé par le demandeur ou le défendeur ⁽²⁾.

La compétence du tribunal avait aussi été établie dans la sentence partielle, rendue avant que la demande relative aux pertes d'exploitation ne soit faite. Le juge du contrôle étudie alors l'autorité de chose jugée de cette sentence, pour dire qu'elle ne peut empêcher le contrôle de la compétence. La cour d'appel affirme ainsi : « [I]l convient de relever en effet qu'ayant été formulée après la sentence partielle, la demande n° 3 ne peut pas être atteinte par l'autorité de la chose jugée du dispositif de cette sentence partielle ». C'est cette absence d'autorité de chose jugée qui semble permettre le contrôle, d'après le raisonnement de la Cour. Il peut, ici, y avoir une explication à une telle analyse, qui ne vaut pas pour le raisonnement précédent relatif à l'autorité de chose jugée de la sentence finale. On peut, en effet, comprendre ainsi les choses : le contrôle est permis, car la compétence relative à la demande n° 3 a été établie dans la sentence finale. Si elle avait été établie dans la sentence partielle, le recours en annulation n'aurait pu concerner la compétence du tribunal, qu'il aurait fallu contester en intentant un recours en annulation contre la sentence partielle. Cette sentence n'ayant pas été attaquée, elle aurait acquis une autorité de chose jugée incontestable, qui aurait empêché le contrôle de la compétence. Cet argument de l'autorité de chose jugée de la sentence partielle se ramène *in fine* à une question d'exercice et de délai d'exercice des voies de recours.

Sur la compétence en elle-même, la difficulté tenait à l'imbrication de ces trois conventions, qui ne liaient pas formellement les mêmes parties : la société n'était pas partie au pacte d'actionnaires. Au surplus, l'arrêt n'indique pas si ces trois conventions étaient similaires quant aux modalités prévues.

Ainsi qu'on l'a dit, la demande n° 3 n'avait été formée qu'après la sentence partielle, et, semble-t-il, la compétence du tribunal à son égard n'avait été fondée que sur la convention trouvée dans les statuts sociaux. La cour d'appel en tire argument pour limiter son contrôle à cette convention, sans s'interroger sur la possible applicabilité de la convention prévue dans le pacte d'actionnaires. Cette restriction peut paraître étonnante au regard de

(1) Dans le même sens, J. Jourdan-Marques, obs. ss cet arrêt, Dalloz actualité, 14 juin 2024.

(2) D'autant plus que l'arrêt *Schooner* a même accepté que de nouveaux moyens à propos de la compétence soient soulevés, pour la première fois donc, devant le juge du contrôle.

l'arrêt *Schooner*⁽³⁾ : les parties auraient pu, devant le juge du contrôle, tenter d'affirmer que le tribunal arbitral aurait dû établir sa compétence sur le fondement du pacte d'actionnaires, même si ce moyen n'avait pas été soulevé devant le tribunal arbitral. Il est vrai que l'argumentation des parties ne semblait pas y inviter, mais il nous semble que l'arrêt *Schooner* l'aurait permis.

Toute la discussion interprétative tournait autour des termes utilisés par la convention incluse dans les statuts, qui visait les affaires sociales⁽⁴⁾, et autour du fondement de la demande relative aux pertes d'exploitation, trouvé lui dans le pacte d'actionnaires. Il semblait ainsi y avoir une disjonction entre le document dans lequel se trouvait la convention, et le document dans lequel se trouvait le fondement de la demande. C'est cette disjonction qui fonde l'interprétation restrictive de la convention d'arbitrage, qui ne pouvait pas s'appliquer à cette demande fondée sur un pacte d'actionnaires à suivre la cour d'appel. Elle s'appuie à cet égard sur le deuxième alinéa de l'article 1442 du Code de procédure civile qui prévoit que la clause compromissoire porte sur les litiges qui pourraient naître relativement au contrat dans lequel elle est incluse. Mais on sait qu'en droit de l'arbitrage une convention d'arbitrage peut englober plus que le contrat – il suffit de penser au groupe de contrats – ou moins que le contrat – par exemple, une clause qui viserait à dessein uniquement les litiges relatifs à son exécution. Au surplus, l'applicabilité d'une convention d'arbitrage est, en principe, indépendante du fondement de la demande : c'est ce qui explique qu'une demande délictuelle puisse être couverte par une clause compromissoire. Comme on l'a justement écrit, s'agissant de l'interprétation d'une convention d'arbitrage, il ne s'agit pas de s'interroger sur le fondement des demandes, mais

sur la volonté des parties⁽⁵⁾. C'est pourtant le fondement de la demande qui semble ici justifié l'approche restrictive adoptée par la Cour : la clause comprise dans les statuts sociaux était relative aux seules affaires sociales, et ne s'étendait pas à la garantie d'assurer l'équilibre financier de la société, dont les actionnaires étaient convenus dans le pacte d'actionnaires. Évidemment, les éléments du dossier démontraient peut-être aussi que la volonté des parties avait été de scinder ainsi les contentieux, mais au-delà de la question du fondement de la demande, on aurait pu estimer que la demande relative aux pertes d'exploitation relevait bien des « affaires sociales ». La doctrine la plus récente dégage, en effet, deux devoirs généraux, pesant sur les actionnaires⁽⁶⁾ : un devoir de financement, et un devoir de comportement. Or, ces deux devoirs résulteraient de la seule qualité d'actionnaire, et pourraient être ainsi rattachés aux « affaires sociales ». N'y avait-il pas là une piste pour permettre l'application de la convention d'arbitrage à la demande relative aux pertes d'exploitation ?

L'arrêt démontre surtout la nécessité, si telle est la volonté des parties, de s'assurer qu'un seul tribunal arbitral pourra être nommé pour entendre l'intégralité des demandes, par exemple en incluant dans le pacte d'actionnaires une référence à la convention incluse dans les statuts. On éviterait ainsi une scission du contentieux, sûrement dommageable pour les parties. Car, dans notre affaire, et au vu de la jurisprudence française, il est à peu près certain que les pertes d'exploitation pourront être entendues par un tribunal arbitral, sur le fondement cette fois de la convention d'arbitrage incluse dans le pacte d'actionnaires, et étendue d'une manière ou d'une autre à la société non signataire.

(3) Cass. 1^{re} civ., 2 déc. 2020, n° 19-15396, *Schooner* : Dalloz actualité, 15 janv. 2021, obs. J. Jourdan-Marques ; D. 2021, p. 1832, obs. L. d'Avout ; D. 2021, p. 2272, obs. T. Clay ; Procédures 2021, comm. 40, obs. L. Weiller ; Rev. arb. 2021, p. 419, note P. Duprey et M. Le Duc ; JDI 2021, p. 1394, note M. de Fontmichel ; GPL 9 mars 2021, n° GPL398k1, obs. D. Bensaude.

(4) Sur une lecture différente de la clause, v. J. Jourdan-Marques, obs. ss CA Paris, 30 avr. 2024, n° 21/19729, Dalloz actualité, 14 juin 2024.

(5) En particulier, S. Bollée, « La responsabilité extracontractuelle du cocontractant en droit international privé », in *Mélanges en l'honneur du professeur Bernard Audit*, 2014, LGDJ, p. 119 et s., EAN : 9782275043821 ; J. Jourdan-Marques, « Action extracontractuelle et arbitrage », Rev. arb. 2019, p. 685.

(6) V. en particulier, R. Dumont, *Les devoirs de l'actionnaire*, 2022, LGDJ, préf. B. Fages, p. 47 et s., n° 45 et s., et p. 151 et s., n° 298 et s., EAN : 9782275108513.

C. La constitution du tribunal arbitral

Tout ce que dit l'arbitre pourra être retenu contre lui GPL468x6

L'essentiel Dans deux arrêts récents, les déclarations de l'arbitre, révélant une situation qu'il ne connaissait pas lors de l'instance arbitrale, ou publiant un hommage au conseil décédé pendant l'instance, permettent l'annulation d'une sentence arbitrale.

Cass. 1^{re} civ., 19 juin 2024, n° 23-10972, FS-B (rejet pourvoi c/ CA Paris, 10 janv. 2023) : Dalloz actualité, à paraître, obs. J. Jourdan-Marques ; Rev. arb. 2024/4, à paraître, note F.-X. Train – CA Paris, P. 5, ch. 16, 2 mai 2024, n° 21/08610 : Dalloz actualité, 14 juin 2024, obs. J. Jourdan-Marques ; Rev. arb. 2024, à paraître, note C. Jarrosson

Note

Ce que dit l'arbitre peut se retourner contre lui, et ce même s'il n'avait pas connaissance des éléments susceptibles de faire douter de son indépendance lors de l'instance arbitrale (sur cette question, v. déjà l'affaire *Tecnimont*, et notamment CA Reims, 2 nov. 2011, n° 10/02888 : CAPJIA 2011, p. 1109, note T. Clay ; Rev. arb. 2012, p. 112, note M. Henry, cassé par Cass. 1^{re} civ., 25 juin 2014, n° 11-26529 sur un autre point). Tel est l'enseignement des deux arrêts rendus dans deux affaires relativement médiatiques : l'affaire du *port autonome de Douala* (PAD) tranchée par la Cour de cassation dans l'arrêt du 19 juin 2024 (Cass. 1^{re} civ., 19 juin 2024, n° 23-10972) et l'affaire *Opportunity Fund*, sur laquelle l'arrêt du

2 mai 2024 de la cour d'appel de Paris porte (CA Paris, P. 5, ch. 16, 2 mai 2024, n° 21/08610).

Dans la première, on se souvient que le président du tribunal arbitral avait publié un *in memoriam* en hommage à Emmanuel Gaillard, l'un des conseils d'une des parties, décédé au cours de l'instance arbitrale : la cour d'appel de Paris avait annulé la sentence en affirmant que le rapprochement fait dans cet article entre l'existence de liens d'amitié entre ces deux personnes et la procédure arbitrale en cours était de nature à faire douter de l'indépendance et de l'impartialité de l'arbitre. L'appréciation souveraine des juges du fond empêchait une remise en cause frontale de cette analyse, si bien que l'essentiel des griefs était d'ordre procédural. Ils sont rejetés. Sur le plan du droit de l'arbitrage, quelques éléments méritent d'être notés. Car, dans cette affaire, le demandeur avait, au cours de la procédure arbitrale, mis en cause l'indépendance et l'impartialité de l'arbitre, sans cela dit s'appuyer exactement sur les liens d'amitié pouvant exister entre lui et le conseil, et sans mettre en œuvre une demande formelle de récusation. Ce n'est qu'une fois l'hommage publié qu'une telle demande avait été engagée, et rejetée par la chambre de commerce internationale (CCI). Si bien que l'on pouvait s'interroger : l'article 1466 du Code de procédure civile (CPC) ne rend-il pas irrecevable une telle demande, dans la mesure où, faisant état de ses doutes bien longtemps avant la publication de l'hommage funèbre, les parties auraient dû, dans le délai de 30 jours prévu par le règlement CCI, engager une procédure de récusation ? La Cour affirme que dès lors que les faits ayant pu laisser croire aux parties à un manque d'indépendance de l'arbitre n'étaient pas ceux ayant été découverts lors de la publication de l'hommage, le délai de 30 jours n'avait pas à être compté. Sans entrer dans les détails de fait, laissés à l'appréciation souveraine de la cour d'appel, c'est dire que l'article 1466 ne doit pas être lu comme rendant irrecevable tout moyen d'annulation fondé sur le manque d'indépendance d'un arbitre dès lors qu'une partie a pu avoir des doutes sur cette indépendance sans engager de procédure de récusation. Autrement dit, l'article 1466 n'empêche d'exciper pour la première fois devant le juge de l'annulation que des irrégularités précises, connues des parties lors de l'instance arbitrale, mais qu'elles n'ont pas mobilisé pour tenter d'obtenir la récusation de l'arbitre. Or, ici, à suivre la cour d'appel, les liens d'amitié n'ont été connus des parties qu'à compter de la publication de l'hommage : les faits laissant penser à un manque d'indépendance lors de l'instance arbitrale n'étaient pas ces liens d'amitié dont les parties prétendaient n'avoir pas connaissance. On peut, en réalité, s'interroger sur cette analyse factuelle : il n'aurait sûrement pas été impossible de considérer qu'il y avait une sorte de continuité entre les doutes exprimés lors de l'instance, et les liens d'amitié révélés. Mais cette analyse factuelle n'était pas du ressort de la Cour de cassation. Ce qui l'était plus, et n'est pourtant pas évoqué dans l'arrêt, est la notoriété de ces faits, non évoquée dans l'arrêt d'appel, et qui aurait pu justifier une irrecevabilité fondée sur l'article 1466 du CPC. Sur le fond de la position de la Cour de cassation, elle invite donc à raisonner fait par fait, pour faire courir les délais du règlement d'arbitrage à partir de leur connaissance respective, et pour vérifier si l'article 1466 peut ou non s'appliquer.

Ensuite, sur l'élément de nature à faire douter de l'indépendance et de l'impartialité de l'arbitre, la Cour de cassation affirme que la publication de l'hommage était un fait objectif évoquant des liens étroits entre celui-ci et le conseil. Ce seul élément, produit donc par l'arbitre lui-même, suffit, d'après la Cour, à justifier l'annulation. Pour reprendre les catégories usitées en la matière, il s'agit donc bien, pour la Cour, d'un fait exogène, extérieur à l'arbitre. Il faut en comprendre – et l'on voit mal comment il pourrait en aller autrement dans la mesure où l'impartialité est classiquement définie comme l'absence de préjugés ou de partis pris – que même si les liens reprochés sont subjectifs – au sens où il se rapporte ici à des liens d'amitié subjectifs –, un seul fait objectif est susceptible de révéler leur existence, et de fonder une annulation pour constitution irrégulière du tribunal. Et ce fait objectif ne semble d'ailleurs pas être nécessairement une amitié réelle, mais ici une simple amitié déclarée, dans le détail de laquelle les juges du fond n'ont pas à entrer.

L'affaire *Opportunity Fund* (CA Paris, P. 5, ch. 16, 2 mai 2024, n° 21/08610) met aux prises une situation plus classique, celle des liens essentiellement financiers pouvant exister entre le cabinet d'un arbitre et l'actionnaire d'une partie, dans une configuration cependant originale. Car c'est à l'occasion d'un recours en révision que la présidente du tribunal arbitral avait semblé découvrir que le cabinet dont elle est associée avait eu des relations avec l'actionnaire devenu majoritaire au cours de l'arbitrage de l'une des sociétés en litige. Elle en avait alors informé les parties : la CCI l'avait récusée pour l'instance en révision. Mais il fallait s'interroger sur les conséquences que cette découverte pouvait avoir sur les opérations passées, c'est-à-dire sur la possible annulation de la sentence déjà rendue dans cette affaire. Le caractère notoire de la situation n'ayant aucune importance dans la mesure où la prise de participation de l'actionnaire avait eu lieu au cours de l'instance arbitrale, l'affaire n'était pas si évidente pour plusieurs raisons. D'abord, la présidente ne semblait pas avoir connaissance de ce courant d'affaires. La situation était ainsi proche de l'affaire *Tecnimont* (CA Reims, 2 nov. 2011, n° 10/02888), sauf à préciser que l'arbitre est associée de son cabinet, intéressée donc aux bénéficiaires. Ensuite, le courant d'affaires était pour un montant relativement modique. Enfin, le courant d'affaires n'était pas entre une partie à l'arbitrage et le cabinet d'un arbitre, mais entre un tiers et ce cabinet. Il fallait donc établir que ce tiers était intéressé à l'issue de l'arbitrage, ce qui n'était guère difficile au vu de son importante participation dans le capital de la société partie à l'arbitrage, et de sa participation dans la nomination de ses organes dirigeants. Quant aux deux autres points, la Cour se borne à appliquer une jurisprudence désormais classique : le fait que l'arbitre ne connaisse pas personnellement les éléments susceptibles de faire douter de son indépendance n'importe pas, pas plus que le volume du courant d'affaires. Ce qui compte est la nature de la relation, qu'ici le cabinet de la présidente souhaitait poursuivre. On rétorquera que si l'arbitre ne connaît pas la situation litigieuse, cette situation ne peut pas influencer son jugement. Mais le Code de procédure civile et la jurisprudence commandent de se placer, non du point de vue de l'arbitre, mais du point de vue des parties : or, les parties ne peuvent savoir si l'arbitre connaît ou non la situation, et de leur point de vue,

un tel courant d'affaires est susceptible de faire douter de l'indépendance de l'arbitre.

On notera que, pour tenir compte malgré tout de cette situation, la Cour fait, de nouveau, comme dans l'affaire *PAD* (CA Paris, 5-16, 10 janv. 2023, n° 20/18330), référence à la probité de l'arbitre, également aperçue dans d'autres

affaires plus anciennes. Autrement dit, il ne s'agit pas de reprocher la dépendance subjective de l'arbitre, mais de constater un doute objectif quant à son indépendance et son impartialité. C'est ce doute objectif qui entraîne alors l'annulation de la sentence.

II. LE RESPECT DU PRINCIPE DU CONTRADICTOIRE

Exequatur à fin de reconnaissance et violation de l'interdiction des poursuites individuelles GPL468z3

L'essentiel La demande d'*exequatur*, qui tend seulement à faire reconnaître le montant de la créance établie par la sentence, ne viole pas le principe d'arrêt des poursuites individuelles.

Cass. 1^{re} civ., 15 mai 2024, n° 23-11012, F-D (cassation sans renvoi CA Paris, 28 juin 2022) : Dalloz actualité, 14 juin 2024, obs. J. Jourdan-Marques ; Procédures 2024, comm. 202, obs. L. Weiller ; JCP E 2024, 1255, note P. Casson ; D. 2024, p. 1735, obs. S. Bollée

Note

Quoique posant fréquemment problème, l'articulation entre procédure arbitrale et procédure collective reste très délicate. C'est, en particulier, deux des principes fondamentaux du droit français des procédures collectives qui posent difficulté : le principe d'arrêt des poursuites individuelles et celui d'interdiction des paiements. Jusqu'alors ils interdisaient, d'une manière formaliste, à un tribunal arbitral de prononcer contre un débiteur en faillite une condamnation au paiement d'une créance. Plus précisément, la sentence rendue violait alors automatiquement l'ordre public international, si bien que sa reconnaissance était empêchée ⁽¹⁾. C'est cette solution que vient d'abandonner la Cour de cassation dans un important arrêt du 15 mai 2024.

Dans cette affaire, alors même qu'une procédure collective avait été ouverte en France contre le débiteur, le tribunal arbitral siégeant en Suisse ne s'était pas conformé aux limites que pose le droit français dans une telle situation : il avait condamné le débiteur à payer la créance. C'était violer le principe d'interdiction des poursuites individuelles. Le créancier demandait alors explicitement qu'une forme d'*exequatur* limité, apparue dans un arrêt de 2020 ⁽²⁾, soit apposée sur la sentence. Il demandait que la sentence soit seulement reconnue sans que la force exécutoire ne soit octroyée : il espérait ainsi pouvoir faire reconnaître son droit de créance dans la procédure collective. De cette

manière, le créancier tentait de purger *ex post* l'erreur du tribunal arbitral, pour éviter que l'ordre public international français ne s'oppose à la reconnaissance de la sentence.

La stratégie adoptée s'est avérée payante : puisque « l'*exequatur* n'était demandé qu'en vue d'une reconnaissance du montant de la créance (...) pour permettre de faire reconnaître ce droit de créance dans la procédure collective », la demande n'est pas contraire à l'ordre public international. On a là un véritable revirement de jurisprudence, prenant certes ses racines dans l'arrêt de 2020 mais en consacrant une solution qu'il n'imposait pas. Car, dans l'arrêt de 2020, qui avait consacré la figure de l'*exequatur* partiel en la matière, la sentence avait été rendue antérieurement à l'ouverture de la procédure collective. Le tribunal arbitral, qui avait condamné un débiteur au paiement, n'avait donc pas violé le principe d'interdiction des poursuites individuelles. Mais accorder un *exequatur* « complet » à la sentence aurait été lui donner force exécutoire, ce qui est impossible au regard des principes faillitistes. Pour que cette sentence ne reste pas lettre morte, la jurisprudence avait accepté cette forme d'*exequatur* limité. Mais l'arrêt du 15 mai 2024 va plus loin en acceptant une purge des vices de la sentence, rendue, elle, en contradiction avec les principes du droit français des procédures collectives.

Désormais donc, si la demande d'*exequatur* est limitée à la reconnaissance de la sentence, cette demande doit être acceptée, car elle se limite procéduralement à ce que l'efficacité substantielle de la sentence et son autorité de chose jugée soient reconnues. Est ainsi écartée la force exécutoire de la sentence, qui seule poserait difficulté au regard des principes faillitistes : c'est l'absence de toute possibilité de paiement effectif, rendue impossible par l'absence de force exécutoire, et donc l'interdiction d'engager des voies d'exécution sur le fondement de la sentence, qui rend tolérable sa reconnaissance. Cet *exequatur* partiel rend alors possible l'essentiel pour le créancier : que sa créance soit reconnue dans la procédure collective ⁽³⁾.

De cet arrêt, c'est la notion et le régime de l'*exequatur* mêmes qui ressortent précisés : un parallèle peut être fait avec la jurisprudence relative aux dommages-intérêts

(1) Sur cette solution antérieure, v. M. Audit, S. Bollée et P. Callé, *Droit du commerce international et des investissements étrangers*, 3^e éd., 2019, LGDJ, p. 710, n° 882, EAN : 9782275054728.

(2) Cass. com., 12 nov. 2020, n° 19-18849 : D. 2020, p. 2484, obs. T. Clay ; D. 2021, p. 1736, obs. E.-X. Lucas et P. Cagnol ; D. 2021, p. 1832, obs. L. d'Avout ; RTD civ. 2021, p. 486, obs. N. Cayrol ; RTD com. 2021, p. 192, obs. A. Martin-Serf ; RTD com. 2021, p. 555, obs. É. Loquin ; Rev. arb. 2021, p. 241, note D. Bureau ; Rev. crit. DIP 2022, p. 63, note É. Farnoux.

(3) V. déjà en ce sens, O. Cachard, W. Ben Hamida et R. Dalmau, *Droit des affaires internationales. Commerce international et investissement*, 4^e éd., 2024, LGDJ, p. 278, n° 469, EAN : 9782275090993.

punitifs. En la matière, la reconnaissance du jugement ou de la sentence n'est possible que si ces dommages-intérêts sont proportionnés. Or, la jurisprudence s'est refusée à n'accorder qu'un *exequatur* partiel, limité à la portion de dommages-intérêts compensatoires. La raison en est que la sentence serait alors, en un sens, modifiée : on retrancherait à la sentence pour n'en accorder qu'un *exequatur* partiel. Or, tel n'est pas le cas dans notre affaire : il ne s'agit pas de retrancher à la sentence ; il s'agit de retrancher aux effets de la demande d'*exequatur*. Et c'est aussi respecter le caractère objectif de la demande d'*exequatur* : l'ordre juridique français accepte d'apposer seulement certains effets à la sentence, pour que la demande de reconnaissance soit conforme à l'ordre public international. Cette forme d'*exequatur* limité informe aussi sur l'interprétation que l'on peut donner à l'article 1520, 5°, du Code de procédure civile : il s'agit de comparer les effets précisément attachés à la demande (ici d'*exequatur* limité), et non en réalité le contenu même de la sentence, à l'ordre public international pour déterminer si la reconnaissance est possible ou non.

Toutes les difficultés ne sont pas, pour autant, surmontées : d'abord, si cette purge *ex post* des vices de la sentence est possible, la violation par le tribunal arbitral de la procédure de déclaration des créances, qui l'oblige en particulier à suspendre l'instance arbitrale, ne le sera pas. Seules pourront être ainsi sauvées les sentences qui ont par ailleurs respecté les rigueurs du droit français des procédures collectives. Un arrêt récent de 2023 le donne à voir ⁽⁴⁾. Ensuite, on peut s'interroger sur l'attitude que

devrait adopter le juge français lorsque les parties n'ont pas mis un tel soin à demander un *exequatur* limité. La question est ainsi de savoir si un juge français doit, de lui-même, accorder un *exequatur* limité aux seules fins de reconnaissance si le créancier demande, lui, un *exequatur* total. L'arrêt de 2020 semble y répondre : le juge paraît devoir accorder un *exequatur* limité dans une telle situation. Enfin, la solution s'imposera-t-elle dans le cadre d'un recours en annulation ? On peut hésiter, car, dans un tel cas, la demande ne pourra être limitée à la seule reconnaissance de la sentence par hypothèse. Au surplus, les enjeux ne sont pas nécessairement similaires. Certains tribunaux arbitraux semblent condamner le débiteur, en dépit de l'interdiction française des poursuites individuelles, pour permettre une exécution à l'étranger de la sentence, où les règles d'ordre public françaises ne seront pas appliquées et n'empêcheront pas l'*exequatur* ⁽⁵⁾. Un moyen d'empêcher cette exécution à l'étranger est d'annuler la sentence puisque, dans la majorité des États du monde, une sentence annulée ne saurait être reconnue. Ne pas annuler une sentence condamnant un débiteur en adoptant une solution similaire à celle de l'arrêt ici commenté, c'est donc prendre le risque de voir la sentence exécutée à l'étranger, c'est-à-dire un paiement ordonné, contrairement aux principes faillitistes.

(4) Cass. com., 8 févr. 2023, n° 21-15771 : Dalloz actualité, 14 mars 2023, obs. J. Jourdan-Marques ; GPL 16 mai 2023, n° GPL449e9, obs. L. Larribère.

(5) Sur quoi, v. M. Menjucq, « De quelques réflexions au sujet de l'arbitrage international confronté à l'ordre public international "faillitaire" », in *Concurrence et Europe. Liber amicorum Laurence Idot*, vol. 2, 2022, Concurrences, p. 565 et s., spéc. p. 569.

III. LE CONTENTIEUX PARA-ARBITRAL

L'exclusivité de l'article 1526 du Code de procédure civile GPL468x7

L'essentiel L'article 958 du Code de procédure civile ne peut être utilisé pour suspendre les effets de l'ordonnance d'*exequatur* d'une sentence arbitrale.

Cass. 1^{re} civ., 15 mai 2024, n° 22-21854, F-D (rejet pourvoi c/ CA Paris, 10 juin 2022) : Dalloz actualité, 14 juin 2024, obs. J. Jourdan-Marques

Note

Depuis 2011, les voies de recours engagées contre la sentence arbitrale ne sont pas suspensives d'effet : la sentence doit donc être immédiatement exécutée, au besoin grâce à des mesures d'exécution forcée si elle a été *exequaturée* (C. Seraglini et J. Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, 2^e éd., 2019, LGDJ, p. 973, n° 982, EAN : 9782275042459). Mais, afin de préserver les droits des parties, l'article 1526 du Code de procédure civile (CPC) ménage une exception : le premier président statuant en référé ou le conseiller de la mise en

état « peut arrêter ou aménager l'exécution de la sentence si cette exécution est susceptible de léser gravement les droits de l'une des parties ». Mais cet aménagement spécial fait-il échec aux pouvoirs, de droit commun, du premier président qui lui permettent, en application de l'article 958 du CPC, d'ordonner sur requête toutes mesures urgentes relatives notamment à la sauvegarde des droits d'une partie ? L'enjeu essentiel tient au caractère contradictoire ou non de la procédure : si l'article 1526 oblige à son respect, tel n'est pas le cas de l'article 958. C'est sûrement pour le protéger que la Cour de cassation pose le caractère exclusif de l'article 1526 en matière arbitrale.

L'argumentation ingénieuse des parties ne paraissait pas, à bien y réfléchir, tout à fait convaincante. Elles faisaient valoir que l'article 1526, alinéa 2, du CPC se borne à permettre un arrêt ou un aménagement de l'exécution de la sentence elle-même. Or, elles ne demandaient pas l'aménagement de l'exécution de la sentence elle-même, mais de l'ordonnance qui avait accordé l'*exequatur* à la

sentence, et qui permettait donc l'engagement de voies d'exécution. Cette hypothèse d'aménagement de l'ordonnance d'*exequatur* n'étant pas couverte par la règle spéciale issue de l'article 1526, l'adage *specialia generalibus derogant* n'avait pas lieu de s'appliquer : le texte « de droit commun », l'article 958 du CPC, pouvait donc être mobilisé.

Cette lecture fine ne saurait entièrement convaincre : « [m]ême si le texte ne le précise pas, la demande d'arrêt ou d'aménagement de l'exécution immédiate ne peut à l'évidence être formulée qu'à partir du dépôt d'un recours en annulation contre la sentence ou d'un appel de l'ordonnance d'*exequatur* » (C. Seraglini et J. Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, 2^e éd., 2019, LGDJ, p. 974, n° 985, EAN : 9782275042459). Pourquoi ? Cet article vise le premier président de la cour d'appel ou le conseiller de la mise en état : c'est donc qu'une cour d'appel est saisie par hypothèse. Or, elle ne peut l'être qu'à l'occasion d'un recours en annulation, ou d'un recours contre une ordonnance d'*exequatur*. Si bien que ce que l'on pouvait considérer comme étant deux hypothèses n'en est qu'une : l'article 1526 couvre bien la demande d'arrêt d'exécution de l'ordonnance d'*exequatur*, si l'on peut dire.

Une telle analyse revient à expliciter, du point de vue de l'exécution de la sentence, les effets respectifs du prononcé de la sentence, et de l'ordonnance d'*exequatur*. Dès lors que la sentence est exécutoire dès son prononcé – bien qu'elle ne puisse permettre l'engagement de voies

d'exécution –, et dès lors que les recours contre elle ou l'ordonnance d'*exequatur* n'ont pas d'effet suspensif, on peut dire que l'*exequatur* n'a pas pour effet de rendre exécutoire la sentence. Ce qu'il ajoute, c'est la possibilité d'user de la force publique, grâce à la force exécutoire. C'est pourquoi, ce qui risque de porter atteinte aux droits des parties, ce n'est pas tant l'ordonnance d'*exequatur* en elle-même, que le caractère exécutoire de la sentence. D'où l'idée, explicite dans l'article 1526 du CPC, que le premier président ou le conseiller de la mise en état peuvent arrêter ou aménager l'exécution de la sentence elle-même, non de l'ordonnance d'*exequatur*. Mais si seuls le premier président ou le conseiller de la mise en état peuvent ordonner cet aménagement ou cet arrêt, c'est parce que, concrètement, la partie débitrice en particulier (l'article 1526 vise plus largement les droits « des parties », ce qui est plus large que la seule partie débitrice) ne risque de voir ses droits atteints que si des mesures d'exécution forcée peuvent être prises contre elles. À défaut d'*exequatur*, la sentence, même exécutoire, ne pourra être mise en œuvre de manière forcée, le débiteur pouvant donc rester dans une situation passive dans laquelle il ne court aucun risque.

C'est pourquoi, suspension des effets de la sentence, et suspension des effets de l'ordonnance d'*exequatur* ne paraissent que les deux faces d'une même pièce, couverte par l'article 1526 du CPC.